



Ankara Barosu

Yıl: 81 | Sayı: 2023/2 | ISSN 1300-9885

DERGİSİ

HAKEMLİ MAKALELER

Ceza Soruşturması İçin İzin Usulünün
Anayasaya Aykırılığı

Stj. Av. Furkan TERZİOĞLU

Kat Maliklerinin Yapı Maliki Sıfatıyla
Hukuki Sorumluluğu

Doç. Dr. Ferhat CANBOLAT
Dr. Öğr. Üyesi Dila OKYAR

The Cyprus Problem and the Fenced-Off
Varosha: An Analysis of the Judgments

Dr. Lecturer Meliz ERDEM

Uluslararası Hukuk Çerçevesinde
Kanal İstanbul'dan Olası Geçiş Rejimleri
ve Montrö Boğazlar Sözleşmesi
Açısından Taşıdığı Riskler

Arş. Gör. Dr. Selçuk KOCA

İş Sözleşmesinin Ahlak ve İyiniyet
Kurallarına Aykırılık ve Benzeri Nedenlerle
Feshinin (İş Kanunu m. 25/II)
Ceza Hukuku Bakımından
Değerlendirilmesi

Prof. Dr. Devrim AYDIN

Vergi Hukukunda Feragat Ön Koşullu
Uyuşmazlık Çözüm Yolları Açısından
Mükellef İradesinin Değerlendirilmesi

Arş. Gör. Ayşegül YÜCEL

Seçimlerin Ertelenmesi

Doç. Dr. Tolga ŞİRİN

MAKALELER

Hukuki El Atma Davaları

Av. Mehmet Ali GÖLCÜKLÜ

İcra Hukuk Mahkemesince
"İstihkak İddiasının Kabulüne" ve/veya
"İstihkak İddiasının Reddine" Karar
Verilmesini Gerektiren Nedenler

Av. Talih UYAR
Av. Cüneyt UYAR

Anayasa'nın 67. Maddesi Karşısında
Seçim Kanunlarındaki Değişikliklerin
Uygulanması Sorunu

Av. Şahin KÜÇÜKSÜLÜ



*Ölümünün ikinci yılında meslek üstadımız
Av. Ender DEDEAĞAÇ anısına
saygıyla...*



Ankara Barosu

Yil: 81 | Sayı: 2023/2 | ISSN 1300-9885

DERGİSİ

ANKARA BAROSU BAŞKANLIĞI

Atatürk Bulvarı No:40 Adliye Sarayı Kat:5 Sıhhiye-ANKARA/TÜRKİYE

T 0312 416 72 00 F 0312 309 22 37

www.ankarabarusu.org.tr

ankarabarusu@ankarabarusu.org.tr

ANKARA BAROSU EĞİTİM VE KÜLTÜR MERKEZİ (ABEM)

İhlamur Sk. No:1 Kızılay-ANKARA/TÜRKİYE

T 0312 416 72 00

ANKARA BAROSU GELİNCİK MERKEZİ

İhlamur Sk. No:1 Kızılay-ANKARA/TÜRKİYE

T 0312 444 43 06 (5 Hat)

www.gelincikprojesi.org.tr

ANKARA BAROSU GÖLBAŐI AVUKAT ÖZDEMİR ÖZOK SOSYAL TESİSİ

GaziosmanpaŐa Mah. Sahil Cad. No:46 GölbaŐı-ANKARA/TÜRKİYE

T 0312 485 03 93 F 0312 484 71 26



**Ankara Barosu Dergisi'nde yayımlanmakta olan makaleler
hukuk veritabanlarında taranmaktadır.**

*Articles published in the Journal of Ankara Bar Association
is being permanently indexed in law databases.*

Yıl/Year: 81, Sayı/Issue: 2023/2, ISSN: 1300-9885

İletişim Adresi | Contact

Ankara Barosu Başkanlığı
Atatürk Bulvarı No:40 Adliye Sarayı Kat:5 Sıhhiye-ANKARA/TÜRKİYE
T 0312 416 72 00 F 0312 416 72 80
www.ankarabarusu.org.tr
abym@ankarabarusu.org.tr

**Ankara Barosu | Designer of the 100th Anniversary of the
Cumhuriyet'in 100. Yılı Logo Tasarımı | Turkish Republic Logo for the Ankara Bar Association**
Arda ENGİN (Ankara Barosu)

Kapak Tasarımı ve Mizanpaj | Book cover design & Page layout
Ali Kemal ÇERŞİL (Ankara Barosu)

Basım Tarihi | Printing date
2023

Baskı Adedi | Print run
1500 adet | 1500 copies printed

Baskı ve Cilt | Printing and Bookbinding

Dergide yayımlanan yazıların herhangi bir bölümü veya tamamı kaynak gösterilmeden başka bir yerde yayımlanamaz.

No part of this publication may be reproduced or published in any form or by any means without reference to the journal.

**ANKARA BAROSU DERGİSİ**

Üç Aylık (Ocak, Nisan, Temmuz, Ekim)
Hakemli, Bilimsel ve Mesleki Yerel Süreli Yayın
Ankara Barosu Başkanlığı, 2023
Tüm Hakları Saklıdır.
ISSN 1300-9885

**Dergide ileri sürülen görüşler
yazarlarına aittir.**

JOURNAL OF ANKARA BAR ASSOCIATION

is a refereed journal, issued quarterly
(January, April, July, October)
Presidency of Ankara Bar Association, 2023
All Rights Reserved.
ISSN 1300-9885

**Articles published in this journal reflect
the views of the authors.**

Sahibi Ankara Barosu Adına / Owner on Behalf of Ankara Bar Association
Av. Mustafa KÖROĞLU

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü / Managing Editor
Av. Deniz Yağmur GÜNEŞ

Editör / Editor
Doç. Dr. Veysel DİNLER

Eş Editör / Peer Editor
Av. Dr. Zeynep BAHADIR DALKIRAN

Editör Yardımcıları / Assistant Editors
Dr. Öğr. Üyesi Timuçin KÖPRÜLÜ Dr. Arş. Gör. Hikmet BİLGİN
Dr. Öğr. Üyesi Erkan DUYSMAZ Arş. Gör. Ezgi Fulya AKKUŞ
Arş. Gör. Elif Gökçen TOKSOY

ANKARA BAROSU YAYINLARI MERKEZİ
ANKARA BAR ASSOCIATION PUBLICATION CENTER

Koordinatör Yönetim Kurulu Üyesi / Coordinator Board Member
Av. Deniz Yağmur GÜNEŞ

Merkez Başkanı / Head of the Center
Doç. Dr. Dilşad Çiğdem SEVER

Merkez Başkan Yardımcıları / Vice Presidents
Av. Songül KARATEKE ÖZTÜRK – Av. Mahmut Fevzi ÖZLÜER

Merkez Genel Sekreteri / Secretary
Av. Berkay YILMAZ

Merkez Saymanı / Bookkeeper
Av. Seçkin TÜRKOĞLU

Üyeler / Members

1. Av. İbrahim AKIN
2. Av. Abdulkadir ONAY
3. Av. Celal TOSUN
4. Av. Duyşen Selin KUZU KESİCİ
5. Av. Bülent DAĞSALI
6. Av. Taner EKEN
7. Av. Şeyma ERTAŞ
8. Av. Cemre MISIRLIOĞLU
9. Av. Ebubekir BAŞEL
10. Av. Elif BULUT
11. Av. Merve Nur KILIÇ
12. Av. Kübra ÜNLÜTÜRK
13. Av. Işıl Özge TAN
14. Av. Tuğçe TUNÇ
15. Av. Tansu Ceren ÖZÇELİK
16. Av. Defne KARACA
17. Av. Cansu ÇIPLAK
18. Av. Esra YILDIZ
19. Av. Ayşe YARIMOĞLU
20. Av. Mehmet Şerif Furkan ÖZCAN
21. Av. İlayda BAŞBUĞA
22. Av. Ahmet COŞKUN
23. Av. Elif ŞAHİN
24. Av. Nesli Umay SEYDİOĞULLARI
25. Av. Ali Asker ELDEN
26. Av. Berkay AKAN
27. Av. Berkay ÖZDEMİR
28. Av. Elif BAYRAM
29. Av. Yaren Semina BAYRAKTAR
30. Av. Haluk Can ELMADAĞ
31. Av. Hatice ŞAKALAR
32. Av. Harun SAKINAN
33. Av. Özge AKTAŞ
34. Av. Alper ÇETİNER
35. Av. Anıl AKYOL
36. Av. Ahmet Can DULDA
37. Av. Emre CAN
38. Av. Veysel Göktuğ ÇAKMAK
39. Av. Batuhan YILMAZ

(Sicil numarasına göre)

ANKARA BAROSU DERGİSİ

DANIŞMA KURULU

1. **Prof. Dr. Levent AKIN**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
2. **Prof. Dr. Olgun DEĞİRMENCİ**, TOBB Üniversitesi Hukuk Fakültesi
3. **Prof. Dr. Mohamad EL-GHAZI**, Trier Üniversitesi Hukuk Fakültesi (Almanya)
4. **Prof. Dr. Mustafa Ruhan ERDEM**, Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi
5. **Prof. Dr. Rifat ERTEN**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
6. **Prof. Dr. Selin ESEN**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
7. **Prof. Dr. İlke GÖÇMEN**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
8. **Prof. Dr. Cenker GÖKER**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
9. **Prof. Dr. Felix HERZOG**, Bremen Üniversitesi Hukuk Fakültesi (Almanya)
10. **Prof. Dr. Hakan KARAN**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
11. **Prof. Dr. Hamdi MOLLAMAHMUTOĞLU**, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
12. **Prof. Dr. N. Ayşe ODMAN BOZTOSUN**, Akdeniz Üniversitesi
13. **Prof. Dr. Joanna OSIEJEWICZ**, Varşova Üniversitesi Hukuk Fakültesi (Polonya)
14. **Prof. Dr. Pasquale POLICASTRO**, Szczecin Üniversitesi Hukuk Fakültesi (Polonya)
15. **Prof. Dr. Sema TAŐPINAR AYVAZ**, TOBB ETÜ Hukuk Fakültesi
16. **Prof. Dr. Süha TANRIVER**, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
17. **Prof. Dr. Asuman TURANBOY**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
18. **Prof. Dr. Gülriz UYGUR**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
19. **Prof. Dr. Ejder YILMAZ**, Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
20. **Prof. Dr. Gaye Burcu YILDIZ**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi
21. **Prof. Dr. Marek ZUBIK**, Varşova Üniversitesi Hukuk Fakültesi (Polonya)
22. **Doç. Dr. Yıldız ABİK**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
23. **Doç. Dr. Olgun AKBULUT**, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi
24. **Doç. Dr. Tolga CANDAN**, Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi
25. **Doç. Dr. Izabela GAWŁOWICZ**, Zielona Góra Üniversitesi Hukuk Fakültesi (Polonya)
26. **Doç. Dr. M. Ayhan TEKİNSOY**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
27. **Doç. Dr. Sunčana Roksandić VIDLIČKA**, Zagreb Üniversitesi Hukuk Fakültesi (Hırvatistan)
28. **Doç. Dr. Saim ÜYE**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
29. **Doç. Dr. Bülent YÜCEL**, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
30. **Dr. Clara da Mota Santos Pimenta ALVES**, Federal Yüksek Mahkeme (Brezilya)
31. **Dr. Fatma KARAKAŞ DOĞAN**, Bremen Üniversitesi Hukuk Fakültesi (Almanya)
32. **Dr. Stephanie LEMKE**

ANKARA BAROSU DERGİSİ

YAYIN İLKELERİ

1. Ankara Barosu Dergisi hukuk alanında teorik, mesleki ve uygulamaya dayalı yayınların geliştirilmesini amaçlayan, ULAKBİM/TR Dizin'de taranan hakemli bir bilimsel dergidir. Hakemli makalelerin yanında hakemsiz makale, çeviri, karar incelemesi ve diğer mesleki yazılara da yer vermektedir.
2. Dergiye gönderilen yazılar başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır.
3. Dergimizin yayın politikası ve kuralları gereği özel sayılar hariç aynı yazar(lar)a ait farklı makaleler aynı sayıda ve/veya ardışık iki sayıda yayımlanamaz.
4. Hakemli makaleler Dergipark üzerinden gönderilmelidir (<https://dergipark.org.tr/tr/journal/1756/submission/step/manuscript/new>). Editöryal değerlendirme ve hakemlik süreçleri doğrudan Dergipark sistemi üzerinden yapılacağı ve yazarlar tarafından süreç izlenebileceği için, hakemli makaleler için zorunlu olmadıkça e-posta yoluyla iletişim kurulmayacaktır.
5. Makale yazarına ait gerekli tüm bilgileri (ORC kimlik numarası -ORCID-, unvan, ad-soyad, iletişim adresi, güncel e-posta adresi, güncel cep telefonu) makale kapak sayfasına eklenmelidir. Hakemli makalelerin sisteme yüklenen versiyonunda yazarın kimlik bilgileri yer almayacağı gibi, hakemlerin yazarın tanınmasını sağlayacak işaret veya ifadelere yer verilmemelidir. Kapak ve makale şablonuna <https://dergipark.org.tr/tr/pub/abd/writing-rules> sayfasından ulaşabilirsiniz.
6. Hakemli makaleler önce Editöryal değerlendirmeye alınacak ve uygun görülmesi halinde ULAKBİM kriterleri doğrultusunda hakem incelemesinden geçirecektir. ULAKBİM, en az iki hakem denetimi koşulunu benimsediğinden yazı değerlendirme süreçleri değişken bir zaman aralığına yayılmakta olup, yazarların yazılarını gönderirken bunu göz önüne almaları gerekir.
7. Hakemli makale dışında kalan yazıların abym@ankarabarusu.org.tr adresine gönderilmesi gerekir. Makale yazarına ait gerekli tüm bilgileri (varsa ORC kimlik numarası -ORCID-, unvan, ad-soyad, iletişim adresi, güncel e-posta adresi, güncel cep telefonu) makalesin son sayfasına eklenmelidir.
8. Dergiye gönderilen tercüme edilmiş yazılar için, yazının sahibinin yayın izni ve metnin orijinali gereklidir.
9. Ankara Barosu Dergisi, elektronik ortamda tam metin olarak yayımlamak da dâhil olmak üzere, kabul edilen yazıların, tüm yayın haklarına sahiptir. Yazılar için telif ücreti ödenmez.

- 10.** Yayınlanması yayın kurulu ya da hakem tarafından uygun bulunmayan yazılar, yazarına geri gönderilmez.
- 11.** Yayın ilkeleri ve hakem süreciyle ilgili ayrıntılı bilgilere <https://dergipark.org.tr/tr/pub/abd> adresinden ulaşılabilir.

ANKARA BAROSU DERGİSİ

YAZIM KURALLARI

1. Yazım dili Türkçe ve İngilizcedir. Dergiye gönderilen yazıların yazım düzeltmesi Editörler/ Editör yardımcıları tarafından yapılır. Türkçe makalelerin yazımında, noktalamasında ve kısaltmalarda TDK Yazım Kılavuzu'nun en son baskısı esas alınır.
2. Ankara Barosu Dergisine gönderilecek makaleler "Microsoft Word" programında (.doc veya .docx formatında) A4 sayfa düzeni normal, sayfa yapısı; üstten 2,5 cm, alttan 2,5 cm, soldan 2,5 cm, sağdan 2,5 cm, cilt payı 0, üstbilgi 1.25 cm, alt bilgi 1,25 cm olmalıdır. Sayfa numaraları alt ortada gösterilmelidir.
3. Yazı tipi Times New Roman, 12 punto, normal stil; Satır aralığı 1,5 ve sonra 6 nk olmalıdır. Dipnotlarda Times New Roman, 10 punto, satır aralığı 1 olmalıdır.
4. Hakemli makalelerin Türkçe ve İngilizce özetlerin (toplam 400 kelimeyi geçmeyecek şekilde); her iki dilde yazı başlığının ve beşer anahtar sözcüğün de yazının başına eklenerek gönderilmesi gerekmektedir. Makalenin Türkçe Başlığı > Öz > Anahtar Kelimeler > Makalenin İngilizce Başlığı > Abstract > Keywords şeklinde sıralanmalıdır.
5. Başlıklandırma 5 düzeyi aşamaz (önerilen 3 düzeydir). Başlıklandırma şu şekilde yapılmalıdır:

I. BİRİNCİ DÜZEY BAŞLIK TÜMÜ BÜYÜK HARF VE KOYU

A) İKİNCİ DÜZEY BAŞLIK TÜMÜ BÜYÜK HARF VE KOYU

1- Üçüncü Düzey Alt Başlık Sadece İlk Harfler Büyük ve Koyu

a) Dördüncü Düzey Alt Başlık Sadece İlk Harfler Büyük ve Koyu

i. En Alt Başlık Sadece İlk Harfler Büyük, Koyu ve Eğik Gerekmekçe Kullanmayın

6. Metin içinde dipnot numarası, noktalama işaretlerinden sonra verilmelidir. Atıflar, metin içinde gösterilmez.
7. İlk atıfta kaynağın tam künyesi verilmeli, aynı esere takip eden atıflar, aşağıda gösterilen örneklerle uygun olarak kısaltılmış olarak verilir. (Age, agm, agk, ibid, id, loc. cit.) bir önceki kaynağa işaret eden kısaltmalar kullanmayınız. Metin içinde makalenizin başka bir bölümüne dikkat çekmek için dipnotta sayfa numarası vermeyiniz. Metin içinde atfı yapılmamış eserler, kaynakçada gösterilmez.
8. Ankara Barosu Dergisinde yayınlanan makaleler, The Chicago Manual of Style (17th Edition, Notes and Bibliography) atıf ve referans sistemi esas alınarak hazırlanmalıdır. Detaylı bilgi için bkz. https://www.chicagomanualofstyle.org/tools_citationguide/citation-guide-1.html

9. Kitap, editörlü kitap, e-kitap, çeviri kitap, kitap bölümü, dergi makalesi, bildiri, rapor, ansiklopedi maddesi, kitap tanıtımı, tez, gazete yazısı, röportaj, web içerik, blog yazısı vb tüm farklı yazı türleri atıf örneklerini <https://dergipark.org.tr/tr/pub/abd/writing-rules> sayfasından bulabilirsiniz.
10. Mahkeme kararları, kısaltmalar ve noktalama işaretlerinin kullanımında bir standart oluşturmak amacıyla; lütfen makalelerinizi <https://dergipark.org.tr/tr/pub/abd/writing-rules> yazılı kurallara uygun bir biçimde düzenleyiniz.

2023/2

Başkanın Mesajı | *President's Messages* XVII**Av. Mustafa KÖROĞLU**

Dedemin Anısına... XXI

Av. Kemal ELDEMİR**Hakemli Makaleler***Peer Reviewed Articles***1** Ceza Soruşturması İçin İzin Usulünün Anayasaya Aykırılığı 1
Stj. Av. Furkan TERZİOĞLU**2** Kat Maliklerinin Yapı Maliki Sıfatıyla Hukuki Sorumluluğu 27
Doç. Dr. Ferhat CANBOLAT
Dr. Öğr. Üyesi Dila OKYAR**3** The Cyprus Problem and the Fenced-Off Varosha:
An Analysis of the Judgments 57
Dr. Lecturer Meliz ERDEM**4** Uluslararası Hukuk Çerçevesinde Kanal İstanbul'dan
Olası Geçiş Rejimleri ve Montrö Boğazlar Sözleşmesi Açısından
Taşıdığı Riskler 89
Arş. Gör. Dr. Selçuk KOCA**5** İş Sözleşmesinin Ahlak ve İyiniyet Kurallarına Aykırılık
ve Benzeri Nedenlerle Feshinin (İş Kanunu m. 25/II)
Ceza Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi 137
Prof. Dr. Devrim AYDIN**6** Vergi Hukukunda Feragat Ön Koşullu Uyuşmazlık
Çözüm Yolları Açısından Mükellef İradesinin Değerlendirilmesi 173
Arş. Gör. Ayşegül YÜCEL**7** Seçimlerin Ertelenmesi 211
Doç. Dr. Tolga ŞİRİN

Makaleler*Articles*

- 1** Hukuki El Atma Davaları..... 255
Av. Mehmet Ali GÖLCÜKLÜ
- 2** İcra Hukuk Mahkemesince “İstihkak İddiasının Kabulüne”
ve/veya “İstihkak İddiasının Reddine” Karar Verilmesini
Gerektiren Nedenler..... 281
Av. Talih UYAR
Av. Cüneyt UYAR
- 3** Anayasa'nın 67. Maddesi Karşısında Seçim Kanunlarındaki
Değişikliklerin Uygulanması Sorunu 321
Av. Şahin KÜÇÜKSÜSLÜ



Yitirdiklerimiz | *In loving memory of our late colleagues* 325



Kıymetli Meslektaşlarım ve Değerli Okuyucular,

Hakikatli ve zorlu bir mücadeleye dayanan meslek tarihimiz, savunmanın ruhunu temsil eden Barolarımızın gelecekteki varlığına yön vermektedir. Bu yüzdendir ki, üstadlarla genç meslektaşları o bilgelik dolu köprüde buluşturmak ve birbirlerinin hayatına karışmalarına vesile olmak her zaman nihai amaçlarımdan biri oldu.

Ben bu köprüyü adliye koridorlarında, hayata kendisinde olanı başkalarına da öğretmek için gelmiş meslek üstadlarımdan olan, vefatının 2'nci yılına girdiğimiz bu günlerde özlemlerle andığım Avukat Ender Dedeoğaç gibi değerli hukukçularla kurmuş olmanın haklı gururunu yaşıyorum. Ender abi, benim doğduğum yıl mesleğe başlamış. Yani benim yaşadığım tüm hayat onun sadece meslek yaşantısına denk. Onu üstad yapan şey sadece bu değil tabii ki. Baronun o zaman Meslek İçi Eğitim Kurulu vardı ve onun başkanı olduğu o kurulda ben yanına çıkarılmış gibi yazmanlığını yaptım iki sene. Aslında başkan ve yazman dışında çok fazla kimse de yoktu görev alıp sorumluluk üstlenen. İkimiz beraber birçok eğitim çalışmasını hazırladık ve yaptık. Atölye çalışması ne demek bilmezdim ondan öğrendim. Sanırım altı haftaya yayılan rahmetli Avukat İlker Tüneri'nin verdiği Kooperatifler Hukuku üzerine yapılan atölye çalışması, yapılan en harika işlerden biriydi. Ben de katılır, dikkatle dinlerdim onları, tartışmalarını izlerdim. Ender abiyle yıllar sonra Staj Kurulunda da kesişti yolumuz. Beraber gençlere danışmanlık yaparak örnek olmaya ve bildiklerimizi anlatmaya çalıştık. Sürekli yazan ve üreten kimliğinden asla vazgeçmedi. HMK değişiklikleri ile ilgili yetkin yazıları ilk o yazardı. Mekânı cennet olsun. Biliyorum oradan da izliyor bizi. Ona ve öğrettiklerine layık olmaya çalışarak.

Değerli Meslektaşlarım,

Ülkemiz tarihinin değil aslında ülkemiz geleceğinin en önemli seçimlerinden birisine, 14 Mayıs'a emin adımlarla yaklaştığımız şu günlerde, hukuk devleti anlayışında herhangi bir aşınmaya sebep vermeden bilakis bu kavramı tüm yurttaşlar bakımından içselleştirilmesini sağlayarak çalışmalarımıza devam ediyoruz. Hak arama mesleğinin yılmaz savaşıları olarak, vatandaşın oyunun ve sandıkların da korunması hususunda asli sorumluluğumuzun olduğunu biliyoruz. Konu hak olunca, yetinmek veya sınırlı kalmak gibi bir yaklaşım içerisinde olmamız mümkün değil. Tâbi olduğumuz ve rıza

göstereceğimiz tek düzen, hukuk düzenidir. Bu düzenin inşası adına yaklaşmakta olan seçim sürecine kurmuş olduğumuz komisyon ve bu komisyon aracılığı ile vermiş olduğumuz eğitimlerle devam ettik. Hakkettiğimiz bir adil düzeni yeniden sağlayacağımıza inanıyorum. Bütün olan bitene rağmen mesleğimin, Baromun, aidiyetimin bu onurlu savaştan galip çıkacağına tüm kalbimle inanıyorum. Ve biliyorum ki inanmak, bize söz verme cesaretini ve bu sözleri yerine getirmemizi sağlayacak bir güzelliği yaratma kararlılığını bahşedecek. Bu inanç ve umut bizlere insanlığın armağanıdır.

Cervantes, Don Kişot'u insanlığa sunduğunda bu eserin kendi şanını gölgeleyeceğinin farkında mıydı bilinmez. Zira o öldükten sonra Don Kişot artık bir roman kahramanı olmaktan çıkmış, gerçek bir kahramana dönüşmüştür. Onu böylesine kahramanlaştıran ise her seferinde bir temiz pataklanmasına rağmen tereddütsüz inancı ve umudu ile “*yolu yok dövüşülecek yel değirmenleriyle*” diyerek yola koyulmasıdır. Çünkü o bilirdi ki bu yollar sonunda güzeller güzeli Dulsinya'sına çıkardı.

Dulsinya, Don Kişot'un düşlerde yaşattığı sevgilisidir. Hiçbir zaman var olmadı ama Don Kişot kadar gerçekti. O bitmek bilmeyen bir şövalyenin inancı ve tutkusuydu. Kahraman şövalyemiz bir hayali sevdı belki ama Don Kişot'u Don Kişot yapan da Dulsinya'sı değil midir zaten. Dulsinya yaşamı güzel eyleyendir. Yoksa dal gibi bir vücutla, çelimsiz bir Rosinantla, şişman ve hantal bir Sanço ile yola çıkmaya kim cesaret edebilir ki? Onu ellisinde şövalye, Rosinant'ı dünyanın en iyi atı, Sanço'yu ise en becerikli adamı yapan yine Dulsinya'sı değil midir? Bu yüzden Dulsinyalar var oldukça Don Kişotlar da var olacaktır. Don Kişotlar var oldukça Sanço Panzalar ve Rosinantlar da...

Son sözü Nazım Usta'ya bırakalım:

“Don Kişot

Ölümsüz gençliğin şövalyesi,

ellisinde uyup yüreğinde çarpan aklına

bir temmuz sabahı fethine çıktı

güzelin, doğrunun ve haklının:

Önünde mağrur, aptal devleriyle dünya,

altında mahzun ve kahraman Rosinant'ı.

*Bilirim, hele bir düşmeye gör hasretin halisine,
hele bir de tam okka dört yüz dirhemse yürek,
yolu yok, Don Kişot'um benim, yolu yok,
yel değirmenleriyle dövüşülecek.
Haklısın, elbette senin Dulsinya'ndır dünyanın en güzel kadını,
elbette sen haykıracaksın bunu
bezirganların suratına,
ve alaşağı edecekler seni
bir temiz pataklayacaklar seni.
Fakat sen, yenilmez şövalyesi susuzluğumuzun,
sen, bir alev gibi yanmakta devam edeceksin
ağır, demir kabuğunun içinde
ve Dulsinya bir kat daha güzelleşecek.”*

Yüreklерimizin asla vazgeçmeyecek bu kararlılıkla dolu olduğu böyle bir zamanda Ankara Barosu Yayınları Merkezi tarafından hazırlanan Ankara Barosu Dergisi'nin 2023/2 sayısını sizlerle buluşturmanın mutluluğunu yaşıyoruz. Yazarlarımızın özenle kaleme aldığı makalelerin mesleki çalışmalarınıza ışık tutmasını temenni ediyor, çok değerli katkılar sunan Ankara Barosu Yayınları Merkezi başta olmak üzere, kıymetli yazarlarımıza, editörlerimize, hakem ve raportörlerimiz ile emeği geçen herkese sonsuz teşekkürlerimizi sunuyoruz.

Geride bıraktığımız zor ve acı bir dönemde, birlik ve dayanışma duygumuzun en zor günlerde ne denli yüksek olduğunu göstermemizin ve Cumhuriyetimizin 100'üncü Yılına da aynı kararlılıkla gireceğimizin haklı gururu ile 5 Nisan Avukatlar Günümüzü kutluyorum.

Sonsuz bir umut ve hevesle...

Saygılarımla.

Nisan 2023

Av. Mustafa KÖROĞLU
Ankara Barosu Başkanı

Dedemin Anısına...

Tanırdık birbirimizi ama muhabbetimiz pek yoktu geçmiş zamanlarda... Sonra “Gel bir çay içelim, biraz konuşur, dertleşiriz.” davetleriyle başlayan buluşmalar, zamanla dost yüreklerin çoğalması ile yakın çevrede bilinen, adeta bir yaşam döngüsü haline getirdiğimiz yemekli buluşmalar, günlük sohbetler ve bilgi paylaşımları ile artık iyiden iyiye tanır olmuştuk birbirimizi...

O kadar yakın hissederdik ki ben ona “dedem”, o bana “çocuk” derdi, alınmazdık, gücenmezdik taktığımız sıfatlarımızdan, mutlu bile olurduk.

O bilinen blogspot makalelerinden birine “Ayinesi iştir kişinin lafa bakılmaz”. “Bu deyiş bana ‘kişinin içi de dışı da bir kişi’ olduğunu hatırlatır.” diyerek başlamıştı. Gerçekten de bazı insanlar aynadır, ışıktır, söyledikleri, yazdıkları, paylaştıkları ve yaşamlarıyla... Dedem de öyleydi. Hani hep konuşan ama konuştukları gibi yaşayamayanlar, renkleri güzel ama kokusu olmayan çiçekler gibidir ya... Dedem hiç öyle olmadı, olamadı.

Ölmemiş olmayı hak edenlerdendi dedem. Mesleğimiz adına, meslektaşlarımız adına, düşünmeyi, araştırmayı, üretmeyi, en önemlisi bilgisini paylaşmayı bilenlerdendi, kendine saklayanlardan hiç olmadı. Büyük bir sabrı, sevgisi ve isteği vardı, çalışmak ve üretmek ise yaşam anahtarı...

Çalışmaktan üretmekten, ürettiğini paylaşmaktan öylesine büyük bir zevk alırdı ki, tüm bunların kendisine ilaç gibi geldiğini söylerdi. Yüzünü hiç görmemiş, onunla el sıkışmamış olsa dahi, memleketin her köşesinden, genci yaşlısı pek çok meslektaşın görüş, bilgi edinme isteklerini, yürek kimliğini ortaya koyarcasına cevaplamaktan kaçınmazdı, yüksünmezdi, aksine mutlu olur, büyük haz duyardı. Bu manada yaşamı da adeta mesleğine, meslektaşlarına dahildi, yaşamı mesleğinden ayrı tuttuğu hiçbir anı hatırlamıyorum.

Bilgi de orta yolu tutmuş, kanaatkâr kişilerden de değildi dedem... Bilgili olma gayreti içerisinde, günlük işler bir angarya gibi gelse de, bilgiyi öğrenme, bilgiyi yayma yolunda durmadan gayret gösterirdi.

İyi insan olmak, iyi bir meslektaş olmanın bana göre öğretici bir kitabı yoktur, biri karşına çıkar, tüm duruluğu ile işte iyi insan dedirtir, içini umutla doldurur ya... İşte dedem... Şimdi ise, okyanusa katılan bir ırmağın artık okyanus olması gibi bir şey onu kaybedişimiz... içimiz daraldığında göğüne, ufkuna baktığımız...

Behçet NECATİGİL'in "Serin Mavi" şiirinde dediği gibi;

Yattığın yerden senin de

Bulutlar görünür mü?

Seyret gökyüzünü

Bir cam eşliğinde...

Özlemin bize düşsün, huzurda uyu Dedem...

Av. Kemal ELDEMİR

Hakemli Makaleler

Peer Reviewed Articles

Ceza Soruşturması İçin İzin Usulünün Anayasaya Aykırılığı

Furkan TERZİOĞLU*

Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK–ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.

* Stajyer Avukat, İstanbul Barosu. terzioglu.furkan@icloud.com, **ORCID ID:** 0000-0002-1607-6320

Makale geliş tarihi: 30 Haziran 2022 **Makale kabul tarihi:** 7 Mart 2023

Atf önerisi: Terzioğlu, Furkan. “Ceza Soruşturması İçin İzin Usulünün Anayasaya Aykırılığı.” *Ankara Barosu Dergisi* 81, no. 2 (Nisan 2023): 1-25.

DOI: 10.30915/abd.1138364

CEZA SORUŞTURMASI İÇİN İZİN USULÜNÜN ANAYASAYA AYKIRILIĞI

ÖZ

Temel hak ve hürriyetlerin kalkını olan adil yargılanma hakkı ve bileşenleri Anayasa'nın özellikle 36 ila 40. maddeleri arasında düzenlenmiştir ve Anayasa'nın 129. maddesinin 6. fıkrası ile adil yargılanma hakkına "izin" olarak adlandırılan bir istisna getirilmiştir. Bu istisna 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun başta olmak üzere diğer pek çok kanunda düzenlenmiştir.

Bu kanunların, soruşturma ve kovuşturma evrelerinden oluşan ceza muhakemesinin soruşturma evresini izne bağlayan hükümleri anayasaya aykırıdır çünkü Anayasa'nın 129. maddesinin 6. fıkrası sadece kovuşturmayı izne bağlamış olup yargılamanın soruşturma evresini izin usulünün kapsamına dahil etmemiştir.

Soruşturma, kanuna göre yetkili mercilerce suç şüphesinin öğrenilmesinden iddianamenin kabulüne kadar geçen evreyi ifade ederken kovuşturma, iddianamenin kabulüyle başlayıp hükmün kesinleşmesine kadar geçen evreyi tanımlamaktadır.

Buna göre, ihdas edildiği günden beri anayasaya aykırı olan 4483 sayılı Kanun'un ilgili hükümleri başta olmak üzere soruşturmayı izne bağlayan veya soruşturmanın izne bağlanmasına hizmet eden kanun hükümlerinin kovuşturma davası sırasında itiraz yoluna başvurulması suretiyle derhal somut norm denetimine tabi tutulması gerekmektedir.

Anahtar kelimeler:

anayasaya aykırılık

izin

soruşturma

kovuşturma

memur yargılaması

UNCONSTITUTIONALITY OF PERMISSION PROCEDURE FOR CRIMINAL INVESTIGATION

ABSTRACT

The right to a fair trial, which is the shield of fundamental rights and freedoms, and its components are specifically regulated between Articles 36 and 40 of the Constitution, and an exception called “permission” has been made to the right to a fair trial with the 6th paragraph of Article 129 of the Constitution. This exception is regulated in many other laws, especially the Law No. 4483 on the Trial of Civil Servants and Other Public Officials.

The provisions of these laws that bind the investigation phase of the criminal procedure, forms investigation and prosecution, to permission are unconstitutional because the 6th paragraph of Article 129 of the Constitution only binds the prosecution to permission and did not include the investigation phase of the trial within the scope of the permission procedure.

According to the relevant provisions of the law, the investigation defines the phase from the discovery of the suspicion of crime by the competent authorities to the acceptance of the indictment, while the prosecution defines the phase from the acceptance of the indictment to the finalization of the verdict.

Consequently, especially the provisions of the Law No. 4483, which has been unconstitutional since the day it was created, the provisions of the law that bind the investigation to permission or serve to bind the investigation to permission should be subject to concrete norm control immediately during the prosecution case.

Keywords:

unconstitutionality

permission

investigation

prosecution

trial of officer

GİRİŞ

Makalede 1982 Anayasası bağlamında izin usulünün sınırları çizilip ceza soruşturmasını izne bağlayan kanun hükümlerinin anayasaya aykırı olduğu iddia edilecek ve yorum ilkelerine dayanılarak çıkarımlarda bulunulacaktır. Ardından, ceza muhakemesi hukuku açısından soruşturma ve kovuşturma kavramları yorumlanıp memur yargılamasının tarihsel süreci incelendikten sonra olan ve olması gereken hukuk bakımından sonuca varılacaktır.

I. İZİNİN KONUSU

A) 1982 ANAYASASI'NA GÖRE İZİN

Temel hak ve hürriyetlerin kalkanı olan adil yargılanma hakkı ve bileşenleri Anayasa'nın özellikle 36 ila 40. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Söz konusu hak ve bileşenleri tıpkı diğer temel hak ve hürriyetler gibi Anayasa'nın 13. maddesine göre sınırlandırılabilir.^[1] Bu imkân “Temel Hak ve Hürriyetlerin Kanun ile Sınırlandırılması” olarak anılır.^[2] Temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması rejimi her ne kadar meyvelerinin büyük çoğunluğunu bu dalda verse de sadece bu olasılıktan ibaret değildir.

Anayasaya aykırı olmaksızın^[3] kanunla yapılacak olan sınırlandırmadan evvel “Anayasanın Anayasa ile Sınırlandırılması” imkânı mevcuttur.^[4] Bu durumda birbiriyle çatışan iki hüküm olur ve çatışma sorunu normlar arasında öncelik-sonralık bağlantısı yoksa aralarındaki genellik-özellik ilişkisine

[1] Bülent Tanör ve Necmi Yüzbaşıoğlu, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku* (İstanbul: Beta Yayınevi, 2016), 141 vd.; Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2019), 109 vd.; Kemal Gözler, *İnsan Hakları Hukuku* (Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2018), 332 vd.

[2] Terminoloji açısından bakınız: Gözler, *İnsan Hakları Hukuku*, 333.

[3] Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, 211-2; Kemal Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları Ders Kitabı* (Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2017), 357.

[4] Gözler, *İnsan Hakları Hukuku*, 327 vd.; Tanör ve Yüzbaşıoğlu, *Türk Anayasa Hukuku*, 139.

göre çözümlür.^[5] Özel norm, genel normun bir kısmını ilgilendiren müstakil bir hüküm içerir ve bu hüküm genel normun istisnasını oluşturur.

Anayasa'nın 129. maddesinin 6. fıkrası^[6] söz konusu duruma örnek teşkil eden özel bir normdur. İlgili fıkra "Memurlar ve diğer kamu görevlileri" olarak adlandırılan zümreye mensup olanlara^[7] imtiyaz verilerek ilgili gruptan olmayan kişilerin adil yargılanma hakkı sınırlandırılmıştır. Böylece Anayasa'nın 10. maddesinde düzenlenen eşitlik ilkesinin^[8] emredici tesiri altında bulunan Anayasa'nın 36 ila 40. maddeleri genel normu oluştururken Anayasa'nın 129. maddesinin 6. fıkrası özel normu oluşturup adil yargılanma hakkını sınırlandırmıştır. Bu sınırlama bizzat anayasanın anayasaya getirdiği bir istisna olduğu için Anayasa'nın 13. maddesine uygunluğu aranmaz.

4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun başta olmak üzere diğer pek çok kanun^[9] ile Anayasa'nın 129. maddesinin 6. fıkrasında emredilen izin usulü^[10] düzenlenmiştir. 4483 sayılı Kanun, Cumhuriyet başsavcılarınca kamu görevlileri tarafından görevleri

[5] Gözler, *İnsan Hakları Hukuku*, 254-7; Ali Nazım Sözer, *Hukukta Yöntembilim* (İstanbul: Beta Yayınevi, 2017), 128; Kemal Gözler, "Yorum İlkeleri," *Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması*, der. Ozan Ergül (Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2013), 100-2.

[6] 1982 Anayasası, Görev ve sorumlulukları, disiplin kovuşturulmasında güvence, 129. madde, 6. fıkra: "Memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında işledikleri iddia edilen suçlardan ötürü ceza kovuşturması açılması, kanunla belirlenen istisnalar dışında, kanunun gösterdiği idari merciin iznine bağlıdır." Hükmün gerekçesi yoktur.

[7] Gözler, *İnsan Hakları Hukuku*, 176 ve 294.

[8] Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, 154-7; Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri* (Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2017), 97-101.

[9] Diğer kamu görevlilerinin ceza soruşturması usulü için bakınız: Feridun Yenisey ve Ayşe Nuhoglu, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020), 601-2; Hasan Tahsin Gökcan ve Mustafa Artuç, *Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi ve Özel Soruşturma Usulleri (Memur Yargılaması)* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2016), 38-523.

[10] Yenisey ve Nuhoglu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 597; Nur Centel ve Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2019), 700; Nurullah Kunter, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku* (İstanbul: Beta Yayınevi, 1989), 96.

sebebiyle işledikleri iddia edilen bir suç şüphesinin öğrenilmesi durumunda ön inceleme yapmak üzere dosyanın ilgili makama gönderilmesini ve ceza soruşturması için izin istenmesini emretmektedir. Konu hakkındaki literatür incelendiğinde ceza hukuku^[11] ile idare hukukunda^[12] kitap bölümleri, monografiler,^[13] tezler^[14] ve makalelerde^[15] kanun lafzı tekrar edilip izin usulünün benimsendiği belirtilerek soruşturmanın izne tabi olduğunun

- [11] Centel ve Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 700-1; Yenisey ve Nuhoglu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 601; Bahri Öztürk, der., *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020), 54; Mustafa Özen, *Öğreti ve Uygulama İşığında Ceza Muhakemesi Hukuku* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2018), 78; Veli Özer Özbek, Koray Doğan, Pınar Bacaksız ve İlker Tepe, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017), 111; Yener Ünver ve Hakan Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2018), 99.
- [12] Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer ve Cemil Kaya, *Türk İdare Hukuku* (Ankara: Savaş Yayınevi, 2019), 726 ve 729; Kemal Gözler, *İdare Hukuku: Cilt II* (Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2019), 832; Nur Kaman, “Kamu Personel Hukuku,” *İdare Hukuku*, der. Yıldırım Turhan (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018), 221; Tayfun Akgüner ve Kahraman Berk, *İdare Hukuku* (İstanbul: Der Yayınları, 2017), 749 ve 759; Turgut Tan, *İdare Hukuku* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2018), 558.
- [13] Gökcan ve Artuç, *Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi ve Özel Soruşturma Usulleri*, 525; Fatma Karakaş, *Memur Yargılama Hukuku ve Uygulaması* (İstanbul: Legal Yayıncılık, 2002), 25 ve 74; İbrahim Topuz, *Memur ve Diğer Kamu Görevlilerinin Soruşturma ve Yargılama Usulleri* (Ankara: Mahalli İdareler Derneği Yayını, 2005), 85-7; Zehreddin Aslan ve Halil Altındağ, *Memurların Disiplin ve Ceza Soruşturması* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018), 123.
- [14] Barış İzmir, “Memurların ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılama Usulü (4483 Sayılı Kanun)” (Yüksek Lisans Tezi, İzmir Kâtip Çelebi Üniversitesi, 2019), 37; Kazım Yayla, “Türkiye’de Memurların Yargılanması ve 4483 Sayılı Kanun” (Yüksek Lisans Tezi, Niğde Üniversitesi, 2011), 82-3; Selman Sacit Boz, “Memur Yargılama Usulü ve İtiraz Süreci” (Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi, 2013), 12-3; Uygur Günerbüyük, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Kovuşturma Şartı Olarak İzin Kavramı ve İzin Denetimi” (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi, 2010), 39.
- [15] Ramazan Çağlayan, “Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanmasına İlişkin 4483 Sayılı Kanununun Hakkında Bir Değerlendirme,” *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi* 7, S. 1-2 (Haziran 2003): 118; Mustafa Avcı, “Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun Üzerine Bir İnceleme,” *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 11, S. 3-4 (2007): 278.

ifade edildiği görülmektedir. 4483 sayılı Kanun'un uygulanmasından doğan tereddütleri gidermek amacıyla Danıştayın verdiği istişari görüşünün^[16] ilgili kısmı da doktrinle aynı yöndedir.

Soruşturma ve kovuşturma evrelerinden oluşan^[17] ceza muhakemesinin soruşturma evresini izne bağlayan yasa hükümleri anayasaya aykırıdır çünkü Anayasa'nın 129. maddesinin 6. fıkrası sadece kovuşturmayı izne bağlamış olup yargılamanın soruşturma evresini izin usulünün kapsamına dahil etmemiştir.

Burada soruşturma evresini izne bağlayan yasa hükümlerinin Anayasa'nın 129. maddesinin 6. fıkrasından kaynaklanmadığı, ilgili fıkıyla sadece kovuşturmanın izne bağlandığı, soruşturmanın izne bağlanmasının ise Anayasa'nın 13. maddesine uygun olarak temel hak ve hürriyetlerin kanun ile sınırlandırılması rejimine tabi olduğu iddia edilebilir.

Bu farazi çıkarım yanlıştır çünkü Anayasa'nın 129. maddesinin 6. fıkrasında sadece kovuşturmadan bahsedilmesi zikredilmemiş olanın -soruşturmanın- dışlandığı anlamına gelir.^[18] “Böyle bir durumda anayasa metninde zikredilmeyen şeyin anayasa koyucu tarafından aynı hükme bağlanmasının reddedildiği sonucuna ulaşmak gerekir.”^[19] Kovuşturma gibi soruşturma da aynı hükme bağlanmak istenseydi zikredilirdi. Keza 1982 Anayasası'nda

[16] Danıştay 1. Daire, E. 2000/29, K. 2000/59, 17.4.2000, Danıştay Dergisi, Yıl: 31, Sayı: 104, 28-35. [İbrahim Çiçek, *Gerekçeli – Açıklamalı – İçtihatlı, Memurların ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında 4483 Sayılı Kanun* (İstanbul: Kazancı Hukuk Yayımevi, 2008), 333-4; Sabri Başköy, *4483 Sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun ve Uygulaması* (Ankara: Anıl Matbaa ve Ciltevi, 2006), 179; Sabri Başköy, *4483 Sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanunun Uygulanması ile İlgili Danıştay Kararları: Seçilmiş 525 Karar* (Ankara: Anıl Matbaa ve Ciltevi, 2006), 20.]

[17] Görüş ayrılıkları için bakınız: Yakup Duranoğlu, “Türk Ceza Muhakemesi Hukukundaki Soruşturma Evresinin Tarihsel Gelişimi,” *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 8, S. 1 (Ocak 2022): 184, <https://doi.org/10.54699/andhd.999690>.

[18] Gözler, “Yorum İlkeleri,” 67.

[19] Gözler, “Yorum İlkeleri,” 68.

hem konuyla hem de durumla alakalı örnekler vardır.^[20] Bunlardan biri olan Anayasa'nın 83. maddesinin 4. fıkrasında^[21] "soruşturma ve kovuşturma" ibareleri birlikte kullanılarak tıpkı Anayasa'nın 129. maddesinin 6. fıkrasında olduğu gibi istisnai hüküm tesis edilmiştir. Burada ikisinin birlikte kullanılıp Anayasa'nın 129. maddesinin 6. fıkrasında kullanılmaması zikredilmemiş olanın dışlandığı ve zikredilmiş olanla aynı sonuca bağlanmasının da yasaklandığı anlamına gelir. Bu yüzden Anayasa'nın 13. maddesine dayanarak aynı sonuca varmak olanaksızdır.

Söz konusu anayasaya aykırılık 4483 sayılı Kanun'un Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurul görüşmelerinde Doğru Yol Partisi Amasya Milletvekili Ahmet İyimaya tarafından da "...Anayasanın 129 uncu maddesi, kovuşturmayı izne bağlamaktadır; hazırlık tahkikatını, soruşturmayı, önsoruşturmayı değil... (sic)"^[22] şeklinde dile getirilmiş; takip eden birleşimde itirazlar^[23] devam ederken 57. Hükümetin Adalet Bakanı ve Demokratik Sol Parti Trabzon Milletvekili Hikmet Sami Türk "...Şimdi, sırasıyla, burada, bazı kavramlara değinmek istiyorum: Anayasamızın başka bir maddesinde "ceza kovuşturması" ibaresi geçmemektedir; ama, bazı maddelerinde, örneğin 83, 140 ve 144 üncü maddelerinde, ya «soruşturma» kelimesi ya da «soruşturma ve kovuşturma» kelimeleri ya da «disiplin soruşturması» ya da «inceleme ve soruşturma» gibi ibareler geçmektedir. Anayasamızda bu konuda tam bir terim birliği olmadığı anlaşılmaktadır. 129 uncu maddedeki "ceza kovuşturması" eski terimle "ceza takibatını" ya da "cezaî takibatı" karşılayan bir terimdir ve hazırlık soruşturmasından kamu davasının açılmasına ve

[20] Hasan Eren ve Hamza Zülfiyar, der., *Anayasa Sözlüğü* (Ankara: Türk Dil Kurumu, 1985), 114 ve 159.

[21] 1982 Anayasası, Yasama dokunulmazlığı, 83. madde, 4. fıkra: "Tekrar seçilen milletvekili hakkında soruşturma ve kovuşturma, Meclisin yeniden dokunulmazlığını kaldırmasına bağlıdır."

[22] TBMM Tutanak Dergisi, Cilt: 17, Dönem: 21 Yasama Yılı: 2, Birleşim: 21, 17.11.1999, 40.

[23] Doğru Yol Partisi İçel Milletvekili Turhan Güven (31 ve 64) ve Doğru Yol Partisi Kayseri Milletvekili Sevgi Esen (43) de anayasaya aykırılığı benzer şekilde ifade etmişlerdir. (TBMM Tutanak Dergisi, Cilt: 17, Dönem: 21, Yasama Yılı: 2, Birleşim: 22, 18.11.1999, 31, 43 ve 64.)

sonuçlanmasına kadar giden bütün süreci kapsamaktadır... (sic)^[24] diyerek anayasaya aykırılığın bulunmadığını ifade etmiştir.

Türk'ün açıklamasında iki önerme mevcuttur. Bunlardan birincisi anayasanın farklı hükümlerinde farklı terimlerin kullanılmış olmasından ötürü terim birliğinin olmadığını öne sürmesidir; ikincisi ise ceza kovuşturmasına verdiği manadır. Bu önermelerin olası itirazlar olarak görülüp irdelenmesi değerlidir. İki önermenin de incelenebilmesi için bahse konu hukuki terimlerden çalışmanın konusuna giren “soruşturma” ve “kovuşturma” kavramlarının yorumlanması gerekir. Bu yorum faaliyeti sadece önermeleri yanıqlamayacak aynı zamanda izin usulünün sınırlarının çizilmesine de hizmet edecektir.

B) SORUŞTURMA VE KOVUŞTURMA KAVRAMLARI

Soruşturma ve kovuşturma kavramları 1982 Anayasası'nda tanımlanmış değildir ancak kanunlar ile anayasaya dayanmaksızın^[25] –anayasaya uygun olmak koşuluyla– tanımlanabilir. Bu tanımlar anayasanın yorumunda^[26] emredici nitelikte olacaktır. Kanunun tanım yapmadığı noktada ise hukukun diğer kaynaklarından faydalanmak gerekir.

1- 1412 Sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'na Göre

4483 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği dönemde mer'i olan 4 Nisan 1929 tarihli ve 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'na göre kavramların tespit edilmesi önemlidir çünkü bu tespit anayasaya aykırılığın 4483 sayılı Kanun'un ezeline berri var olduğunu, 4 Aralık 2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun getirdiği kavramlardan kaynaklanmadığını ortaya koyacaktır.

[24] TBMM Tutanak Dergisi, Cilt: 17, Dönem: 21, Yasama Yılı: 2, Birleşim: 22, 18.11.1999, 33.

[25] Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*, 357.

[26] Kemal Gözler, *Hukukun Genel Teorisine Giriş* (Ankara: US-A Yayıncılık, 1998), 166-7.

a) Tahkikat (Soruşturma)

1412 sayılı Ceza Usulü Muhakemesi Kanunu'nda tahkikatın tanımı yapılmış değildir ancak 1412 sayılı Kanun'a göre ceza muhakemesi iki safhadan oluşmaktadır. Bunlar ön tahkikat ve son tahkikattır.^[27] Ön tahkikat da kendi içinde hazırlık tahkikatı ve ilk tahkikat^[28] olmak üzere ikiye ayrılır.^[29]

Ceza Usulü Muhakemesi Kanunu'nun 163. maddesi “*Yapılan hazırlık tahkikatı sonunda, toplanan deliller kamu davasının açılmasına yeterli ise Cumhuriyet Savcısı mahkemeye bir iddianame vermek suretiyle kamu davasını açar.*” şeklindeken 147. maddesinde “*Son tahkikata başlanması kamu davasının açılmasına bağlıdır.*” denilmiştir.

Bu hükümler ışığında tahkikatın, tüm evreleri kapsayan üst kavram olduğunu söylemek mümkündür. Keza Türk Hukuk Lûgatı da tahkikatı (soruşturmayı) “*Suç işlemiş olmak zannı altında bulunan bir kimsenin suçla münasebeti derecesini meydana çıkarmak üzere zabıtaca takibine başlanmasından itibaren hükmün kesinleşmesine kadar geçireceği araştırma ve derinleştirme safhalarına şamil bir tabirdir.*”^[30] şeklinde tanımlamıştır.

b) Takibat (Kovuşturma)

Kovuşturma ibaresi de Ceza Usulü Muhakemesi Kanunu'nda geçmemektedir. Bununla birlikte 1982 Anayasası'nda kovuşturmanın karşılığı olarak kullanılan takibat^[31] 1412 sayılı Kanun'da yer almaktadır ancak tanımı yapılmış değildir. Kunter, takibatı “*iddia makamının şüphesinin*

[27] Faruk Erem, *Ceza Usulü Hukuku* (Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1968), 218.

[28] 21.5.1985 tarih ve 3206 sayılı Kanun ile ilk tahkikat ilga edilmiştir.

[29] Duranoğlu, “Türk Ceza Muhakemesi Hukukundaki Soruşturma Evresinin Tarihsel Gelişimi,” 181; Erem, *Ceza Usulü Hukuku*, 222; Kunter, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 757-8.

[30] Türk Hukuk Kurumu, *Türk Hukuk Lûgatı* (Ankara: Başbakanlık İdareyi Geliştirme Başkanlığı, 1998), 315.

[31] Kunter, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 194.

kuvvetlenip sanı haline gelmesi üzerine şüphelinin sanık olması ile başlayan ve bu şüphenin yenilmesine kadar devam eden iddia faaliyeti” olarak tanımlamıştır.^[32]

Uygulayıcılar ise takibat sözcüğünü kamu davası açılması olarak kullanmışlardır.^[33] Uygulayıcıların bu çıkarıma, “takipsizlik kararı” olarak kısalttıkları takibata yer olmadığına dair karardan yola çıkarak vardığı kanaatindeyim. Hazırlık tahkikatının ardından Cumhuriyet savcısının iki seçeneği vardır. Ya kamu davası açacak (CMUK m. 163) ya da takibata (kovuşturmaya) yer olmadığına dair karar (CMUK m. 164) verecektir.^[34] Bu iki seçenekten biri menfi olarak “takipsizlik” şeklinde adlandırılıyorsa diğeri de müspet haliyle adlandırılabilir. Bu durumda tıpkı uygulayıcıların kabul ettiği gibi takip ile dava açılması kavramları üst üste gelmiş ve “son tahkikat” kavramı da aynı hukuki kurumu karşılamak üzere kullanılmış olur. Diğer yandan takipsizlik kararına karşı yapılan itiraz doktrinde “kovuşturma davası” olarak adlandırılmıştır.^[35]

c) Sonuç

Tahkikat ve takibat kavramlarının yorumu faaliyetinden takibatın tahkikatın bir parçası olan son tahkikatı ifade ettiği sonucuna varmak mümkündür.^[36]

[32] Kunter, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 194.

[33] Faruk Erem, *Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu (Şerh)* (Ankara: Dayınlarlı Hukuk Yayınları, 1996), 380.

[34] Erem, *Ceza Usulü Hukuku*, 202; Erem, *Şerh*, 432-3; Kunter, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 797; Erdener Yurtcan, *Ceza Yargılaması Hukuku* (İstanbul: Alfa Basım Yayım Dağıtım, 1994), 375-7; Öztekin Tosun, *Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri – Cilt II: Muhakemenin Yürüyüşü* (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1976), 60.

[35] Erem, *Şerh*, 439-41; Kunter, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 800-1; Yurtcan, *Ceza Yargılaması Hukuku*, 378.

[36] Kunter, kovuşturmanın her zaman ceza davasının açılması ile başlayan bir faaliyet olmadığını, asıl olanın suç isnadının varlığı veya yokluğu olduğunu vurgulamaktadır. Kamu davası açılmadan önce kişinin tutuklanmasının talep edilmesi bir suç isnadı içerdiğinden artık o kişinin şüpheli sıfatını kaybedip sanık sıfatını kazandığını belirtmektedir. Bu durumda kamu davası açılmamış olsa dahi kovuşturma başlamıştır. Söz konusu durumu teorik olarak şekli anlamda kovuşturma-maddi anlamda

Takibat, asıl ceza davası olan kamu davasının açılması ile başlayacaktır.^[37]

Bu durumda Türk'ün terim birliği olmadığına dair birinci önermesinin kendi kendisini yok eden bir argüman olduğunu söylemek mümkündür çünkü farklı hukuki kurumları ifade eden terimlerin farklı olması olağandır. Aynı hukuki kurumları ifade etmedikleri için söz konusu terimler arasında birlik aranması yanlıştır. Soruşturma ve kovuşturma kavramları birbirlerinin yerine geçebilecek terimler değildir.

Türk'ün ikinci önermesinde yapmış olduğu tanım ise iddia edildiği gibi takibatı değil açıldığını üzere tam olarak tahkikatı karşılamaktadır.^[38]

2- 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'na Göre

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu soruşturma ve kovuşturma kavramlarını şüpheye yer vermeyecek derecede açık bir şekilde tanımlamıştır. Bu yüzden yorumlanması kanunun sözünden ibarettir.^[39]

kovuşturma olarak ikiye ayırıp ifade etmek mümkündür. Kunter, maddi anlamda kovuşturmayı kabul etmektedir. Ancak 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun yapmış olduğu tanım şekli anlamda kovuşturmayı ifade etmektedir. Bu yüzden denebilir ki 1412 sayılı Ceza Usulü Muhakemesi Kanunu ile 4483 sayılı Kanun'un birlikte yürürlükte olduğu dönemde kural olarak kovuşturma asıl ceza davasının açılmasıyla başlayacaktır. Bu durum pratikte soruşturmayı yapmış olan Cumhuriyet savcısının iddianameyi sunmadan önce kovuşturma için izin usulünü başlatacağı ve iznin gelmesiyle birlikte iddianameyi sunacağı anlamına gelir. Ancak soruşturma evresinde kuvvetli suç şüphesinin varlığı ile şüpheliyi sanık pozisyonuna getirecek bir vakıa meydana getirilmek istenirse vakıa meydana getirilmeden kovuşturma için izin istenmesi gerekecektir. (Kunter, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 193-6.)

[37] Kunter, kamu davası açılmasına yer olduğunun görülmesinden, yani bir kimseye suç isnat edilmesinden kamu davası açılıncaya kadar geçen devreyi kısa soruşturma olarak adlandırmaktadır. (Kunter, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 842.) Sonuç olarak, Kunter'e göre kovuşturma kişiye suç isnat edilmesi ile başlayacak ve bu isnadın ortadan kalkmasına kadar devam edecektir. Eğer suç isnadı ön tahkikat içerisinde başlarsa kamu davası açılıncaya kadar geçen bu süreç kısa soruşturma olarak adlandırılacaktır.

[38] Türk Hukuk Kurumu, *Türk Hukuk Lûgatı*, 194.

[39] Sözer, *Hukukta Yöntembilim*, 158-160; Vecdi Aral, *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021), 185.

a) Soruşturma

5271 sayılı Kanun'un 2. maddesinin 1. fıkrasının e bendine göre soruşturma, kanuna göre yetkili mercilerce suç şüphesinin öğrenilmesinden iddianamenin kabulüne kadar geçen evreyi ifade eder.

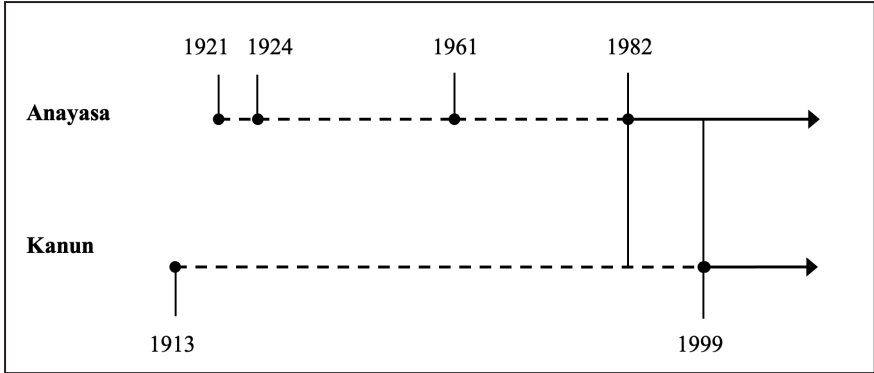
b) Kovuşturma

5271 sayılı Kanun'un 2. maddesinin 1. fıkrasının f bendine göre kovuşturma, iddianamenin kabulüyle başlayıp hükmün kesinleşmesine kadar geçen evreyi tanımlamaktadır.

c) Sonuç

İlk olarak, Ceza Muhakemesi Kanunu ile soruşturmanın üst başlık olarak kullanılmasının terk edildiğini söylemek mümkündür. Bunun yanında, mülga kanun dönemindeki hazırlık tahkikatı ifadesini karşılamak üzere soruşturma; son tahkikat kavramı yerine ise kovuşturma kavramının kabul edildiği söylenebilir.^[40]

II. TARİHSEL SÜREÇ



Şekil 1: Memur Yargılamasına Dair Hükümlerin Kronolojisi

[40] Duranoğlu, "Türk Ceza Muhakemesi Hukukundaki Soruşturma Evresinin Tarihsel Gelişimi," 183; Yener Ünver ve Hakan Hakeri, *Sorularla Ceza Muhakemesi Hukuku* (Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2006), 20.

A) 1982 ANAYASASI ÖNCESİNDE MEMUR YARGILAMASI

Bu dönemde mer'î olan anayasalar, 1982 Anayasası'nın 129. maddesinin 6. fıkrasındaki gibi özel bir hüküm içermediğinden^[41] 1913 tarihli Memurin Muhakematı Hakkında Kanun-ı Muvakkat'ın ihtiva ettiği hükümler döneminin anayasasının temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması rejimine tabi olmuştur.^[42]

Kanun-ı Muvakkat'te “soruşturmanın idare tarafından yapılıp kovuşturma kararının da idarece verilmesi, yargılamayı ise mahkemenin yapması kabul edilmiştir.”^[43] Yargı erkinin bazı yetkilerini yürütmeye aktararak kuvvetler ayrılığını tanımayan^[44] bu sistemin anayasaya aykırılık iddiası^[45] pek çok kez dermeyan edilmesine rağmen Anayasa Mahkemesi somut norm denetimi başvurularının neredeyse tamamını reddetmiştir.

B) 1982 ANAYASASI DÖNEMİNDE MEMUR YARGILAMASI

1- Memurin Muhakematı Hakkında Kanun-ı Muvakkat

1982 Anayasası'nın yürürlüğe girmesiyle birlikte 129. maddenin 6. fıkrasında anayasal düzeyde izin usulüne dair bir hüküm ihdas edilmiştir. Bunun sonucu olarak 1913 tarihli Memurin Muhakematı Hakkında Kanun-ı

[41] Karakaş, *Memur Yargılama Hukuku*, 68; 1961 Anayasası bağlamında bakınız: Yurtcan, *Ceza Yargılaması Hukuku*, 635.

[42] Kanun-ı Muvakkat hakkında detaylı bilgi için bakınız: Seda Örsten Esirgen, “Türk Hukuk Tarihinde Kanun-ı Muvakkat Kavramı ve Uygulaması,” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 71, S. 1 (2022): 477-514, <https://doi.org/10.33629/auhfd.1061340>.

[43] Gökcan ve Artuç, *Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi ve Özel Soruşturma Usulleri*, 528; Cengiz Bardak, *Ceza Muhakemesinde Hazırlık Soruşturması* (Ankara: Yetkin Yayınları, 1996), 449-50; İsmail Can, *Açıklamalı-İçtihatlı: Memur Soruşturması Memurlarla İlgili Suçlar ve Soruşturma Mevzuatı* (Ankara: Fon Matbaası, 1987), 99; Çetin Özek, “Türk Hukukunda Memurların Muhakemesi,” *İstanbul Hukuk Mecmuası* 26 (1960): 45-56.

[44] Özek, “Türk Hukukunda Memurların Muhakemesi,” 81. Kuvvetler ayrılığı dışında dönemin temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması rejimine uygun olup olmadığı ayrı bir inceleme konusudur.

[45] Karakaş, *Memur Yargılama Hukuku*, 63-8.

Muvakkat'ın kuvvetler ayrılığına aykırı hükümlerinin yanına Anayasa'nın 129. maddesinin 6. fıkrasına aykırı hükümleri de eklenmiştir.^[46] Ancak Anayasa Mahkemesi yine gerekli hukuki korumayı sağlayamamış ve ihtiyaca cevap verememiştir.^[47]

2- Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun

4483 sayılı ve 2.12.1999 tarihli Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun'un yürürlüğe girmesiyle birlikte 1913 tarihli Kanun-ı Muvakkat yürürlükten kaldırılmıştır. 4483 sayılı Kanun ile mülga dönemin kuvvetler ayrılığına aykırı hükümleri terk edilmiş olsa da açıklandığı üzere Anayasa'nın 129. maddesinin 6. fıkrasından ötürü soruşturmayı izne bağlayan veya soruşturmayı izne bağlayan hükümlere hizmet eden normların anayasaya aykırı olduğunu söylemek mümkündür.

[46] Norm değişiklikleri sonucunda alt normların üst normlara uygunluğunun sağlanmaması ülkemizde öteden beri gelen başlı başına bir sorundur.

[47] Karakaş, *Memur Yargılama Hukuku*, 68; Sami Selçuk, *Memur Yargılanması Hakkında* (İstanbul: TÜSİAD Yayınları, 1997), 134; Konu ile ilgili dönemin hukukçularının görüşleri için bakınız: Bahri Sorguç, *Adli Soruşturma: Memur Yargılama Yasası Açıklamalı ve Uygulamalı* (Ankara: Milli Eğitim Basımevi, 1986), 17-20.

SONUÇ

I. DE LEGE LATA (OLAN HUKUK)

Yürürlükte olan hukukun doğru uygulanabilmesi için 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun'un anayasaya aykırı hükümleri iptal edilmelidir. Unutulmamalıdır ki 4483 sayılı Kanun izin usulünü düzenleyen genel kanundur. 4483 sayılı Kanun'dan başka avukatların, noterlerin, öğretim üyelerinin ve daha pek çok kamu görevlisinin^[48] ceza soruşturmasının yapılabilmesi için izin şartı öngören özel kanun hükümleri mevcuttur. Bu hükümlerin de iptali gerekmektedir. 4483 sayılı Kanun bakımından iptali gereken hükümler aşağıdaki tabloda gösterilmiştir.

Madde / Fıkra	İptali Gereken Hüküm
3/1	"Soruşturma"
4/1	Bütün Fıkra
6/2	"soruşturma"
7/1	"soruşturma"
7/2	"soruşturma"
8/1	"Soruşturma" ve "soruşturma sırasında"
8/2	"Soruşturma sırasında"
9/1	"soruşturma"
9/2	"Soruşturma" ve "soruşturma"
11/ilk cümle	"Soruşturma" ve "soruşturma"
11/son cümle	Bütün Cümle

Tablo 1: 4483 sayılı Kanun'daki Anayasaya Aykırı Hükümler

Bu hükümlerin iptali için kullanılacak olan enstrüman somut norm denetimi olarak adlandırılan itiraz yoludur. İtiraz yolu, 1982 Anayasası'nın 152. maddesinde ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 40. maddesinde düzenlenmiştir.

[48] Gökcan ve Artuç, *Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi ve Özel Soruşturma*, 38-523.

Norm denetimi sürecinin^[49] konu açısından özellik teşkil eden yönü görülmekte olan dava ve davaya bakan mahkeme şartlarında^[50] ortaya çıkmaktadır. 4483 sayılı Kanun, Cumhuriyet başsavcılarınca kamu görevlileri tarafından görevleri sebebiyle işledikleri iddia edilen bir suç şüphesinin öğrenilmesi durumunda ön inceleme yapmak üzere dosyanın ilgili makama gönderilmesini ve ceza soruşturması için izin istenmesini emretmektedir.

İstenilen izin verilmemesi durumunda 4483 sayılı Kanun'un 9. maddesi gereğince Danıştayın İkinci Dairesine ya da yetkili bölge idare mahkemesine itiraz başvurusu yapılacaktır. Mercilerde yapılan itiraz incelemesinde soruşturma izni istenmesinin anayasaya aykırı olduğu gerekçesiyle iptali için Anayasa Mahkemesine başvurulması talep edilemeyecektir çünkü Anayasa Mahkemesi söz konusu mercilerin itirazı inceleme görevinin yargılama faaliyeti kapsamında olan bir dava değil idari bir görev olduğu görüşündedir.^[51] Bu yüzden mahkemenin önünde görülmekte olan bir davanın varlığından bahsedilemeyeceğinden somut norm denetimine konu olması mümkün değildir.^[52]

4483 sayılı Kanun'un 9. maddesine göre itiraz incelendikten sonra reddedilirse Cumhuriyet başsavcısı soruşturma izni alamadığı için muhakeme engeline^[53] takılır ve kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar vererek soruşturmayı sonlandırır. İşte bu karara karşı mahkeme vasfını haiz^[54] sulh ceza

[49] Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, 429-30; Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, 405-7; Sözer, *Hukukta Yöntembilim*, 141.

[50] Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, 428-9; Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, 399-402.

[51] AYM, E. 2006/163, K. 2006/121, 27.12.2006.

[52] Anayasa Mahkemesinin meseleyi idari görev olarak değerlendirmesi tartışmaya açık bir konudur.

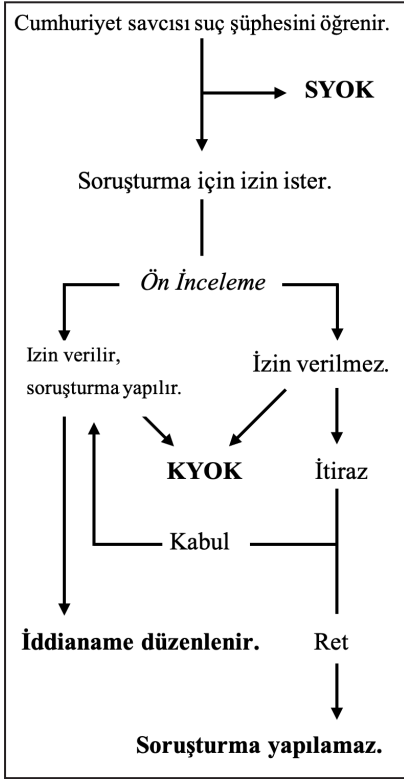
[53] Centel ve Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 690-4; Özbek ve diğerleri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 105-6; Öztürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 42; Yenisey ve Nuhoğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 584-5; Terminoloji açısından bakınız: Özen, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 66-7.

[54] AYM, E. 2018/6, K. 2021/60, 22.9.2021.

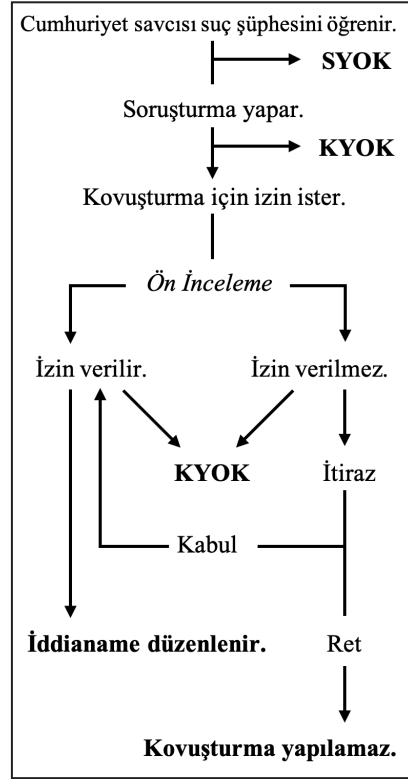
hakimliğinde açılacak olan kovuşturma davasında^[55] soruşturma için izin istenmesinin anayasaya aykırı olduğu ileri sürülüp mahkemeden itiraz yoluna başvurması talep edilecektir.

Anayasaya aykırılık her ne kadar hukuk normlarına etki eden hukukun genel teorisi kurallarından kaynaklansa da uygulanmakta olan anayasaya aykırı sistemin hukuk dogmatığı açısından da amaca hizmet etmediğini vurgulamak gerekir.

Aşağıdaki şekiller incelendiğinde mevcut sistemde ön inceleme yapılmadan süreci sonlandırmanın tek yolu varken anayasa aykırı hükümler iptal edildiğinde iki yol olacağı görülecektir.



Şekil 2A: Anayasaya Aykırı Sistem



Şekil 2B: Anayasaya Uygun Sistem

[55] Özbek ve diğerleri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 503-7; Öztürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 236-9; Yenisey ve Nuhoglu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 682-6.

Cumhuriyet savcısının maddi gerçeği ortaya çıkarmak amacıyla soruşturmayı tamamladıktan sonra kovuşturma için izin istemesi daha mantıklıdır çünkü ceza muhakemesinin soruşturma evresi dağınık yapıdadır.^[56] Uygulanmakta olan sistemde Cumhuriyet savcısı soruşturma için izin istedikten sonra ilgili idare ön incelemede sadece kendi bünyesindeki bulgular ile suç şüphesinin gerçek olup olmadığını irdeleyip karar vermeye çalışmaktadır. Halbuki Cumhuriyet savcısı suç şüphesinin araştırılmasında gerekli olan tüm kudrete sahiptir. Farklı yerlerde, farklı zamanlarda, farklı kişilerle suç şüphesinin soruşturmasını yapabilir. Bunun yanında soruşturma evresinin gizli yürütülmesi şüpheli kamu görevlilerinin zarar görmesini önleyecektir.^[57]

İdarenin soruşturma için izin vermemesi durumunda itiraz incelemesini yapacak olan merci tarafından çalışma ilkesinin uygulanması gerekmektedir. Aksi halde, idarenin sunmuş olduğu ön inceleme dosyasıyla yetinilip itiraz karara bağlanırsa adil yargılanma hakkı ihlal edilmiş olacaktır. Bu yüzden merci tarafından delil toplanması gerekmektedir çünkü Cumhuriyet savcısının soruşturma yapmaya izni yoktur. Bir tarafta soruşturmayı profesyonelce yönetebilecek Cumhuriyet savcısı varken diğer tarafta idare mahkemelerinin maddi gerçeğe ulaşmak için delil toplamaya çalışmaları ne amaca ne de usul ekonomisine hizmet etmektedir. Hatta, şüpheli ve mağdur haklarını ihlal edip yargı ayrılığı ilkesini de aşındırmaktadır.

Hukuka uygun olan sistemde Cumhuriyet savcısının kovuşturma izni istemesi daha zor ancak izni istedikten sonra kamu davası açmama ihtimali daha azdır. Şu anki sistemde ise Cumhuriyet savcısı kapsama giren her dosya için soruşturma izni istemekte, izin verilmiş olsa dahi pek çoğunu kovuşturmaya yer olmadığına dair karar ile sonlandırmaktadır. Bu durum hem idarenin hem de Cumhuriyet başsavcılıklarının iş yükünü arttırmaktadır.

II. DE LEGE FERENDA (OLMASI GEREKEN HUKUK)

Adalet varsa imtiyaza ihtiyacı olan yoktur. Kamu hizmetinin aksamaması amacıyla getirildiği iddia edilen bu düzenlemelerin hukuk dogmatğine hizmet edecek şekilde bilimsel olarak temellendirilmeleri gerekmektedir.

[56] Centel ve Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 115.

[57] Centel ve Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 110-2; Özbek ve diğerleri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 66.

4483 sayılı Kanun bu şekilde temellendirilmediğinden ihtiyaçtan değil alışkanlıktan ötürü kamu görevlilerinin kayırdığı izlenimi uyandırmaktadır.

Kamu görevlisi kavramı geniş bir yelpazeye yayılmaktadır. Devlet Hava Meydanları İşletmesinde görev yapan hava trafik kontrolörü de hastanelerin acil servislerinde nöbet tutan hekimler de Ordu Yardımlaşma Kurumu bünyesinde çalışanlar da bu şemsiyenin altında kamu görevlisi olarak adlandırılmaktadır. Bu durum kamu görevlisinin görevi sebebiyle işlediği suç kavramını neredeyse tüm Türk Ceza Kanunu'na yaymaktadır. Böylesine geniş bir alanda mücerret hüküm ihdas edebilmek zaman, para ve bilgi gerektirmektedir.

Öncelikle anayasaya aykırılığın giderilmesinin ardından istatistiksel verilerin toplanarak kanun koyucu için farazi bir ufkun oluşturulması gerekmektedir. Elde edilen veriler ışığında Anayasa'nın 129. maddesinin 6. fıkrasında kural olarak düzenlenmiş olan izin usulünün formülasyonunda değişikliğe gidilip gidilmeyeceği belli olacaktır. Kanaatimce izne tabi olmama kuralı; izne tabi olma ise istisna olmalıdır. Anayasal değişikliğin ardından ihdas edilecek olan kanunlarda hangi kamu görevlisinin hangi suçundan ötürü izne tabi olacağı tahdidi şekilde belirlenmelidir. Kazuistik metodun benimsenmesinin büyük bir sakıncası olmayacaktır çünkü izin istisna hale getirildiğinden imtiyaza sahip kamu görevlisi sayısının; bugün özel kanunlarla izin usulüne tabi olan kamu görevlisi sayısından az olacağını düşünmekteyim.

Kunter'in kovuşturmayı kişiye suç isnat edilmesinden başlatan maddi kovuşturma görüşüne katılarak soruşturma evresinde suç isnadının ileri sürülmesi durumunda kamu davası açılıncaya kadar geçen ve Kunter tarafından kısa soruşturma^[58] olarak adlandırılan dönemin memur yargılaması için ihdas edilebileceği kanaatindeyim.

Nihai hedef olarak kamu hizmetini aksatmaksızın verimli çalışan idare ve muhakeme sürecini adil yöneten yargının tesisi amaçlanmalıdır. İmtiyazlar azalarak yok olmalı; adalet her sineyi aydınlatmalıdır.

[58] Kunter, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 842.

KAYNAKLAR

- Akgüner, Tayfun ve Kahraman Berk. *İdare Hukuku*. İstanbul: Der Yayınları, 2017.
- Akyılmaz, Bahtiyar, Murat Sezginer ve Cemil Kaya. *Türk İdare Hukuku*. Ankara: Savaş Yayınevi, 2019.
- Aral, Vecdi. *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021.
- Aslan, Zehreddin ve Halil Altındağ. *Memurların Disiplin ve Ceza Soruşturması*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018.
- Avcı, Mustafa. “Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun Üzerine Bir İnceleme.” *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 11, S. 3-4 (2007): 273-94.
- Bardak, Cengiz. *Ceza Muhakemesinde Hazırlık Soruşturması*. Ankara: Yetkin Yayınları, 1996.
- Başköy, Sabri. *4483 Sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun ve Uygulaması*. Ankara: Anıl Matbaa ve Ciltevi, 2006.
- Başköy, Sabri. *4483 Sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanunun Uygulanması ile İlgili Danıştay Kararları: Seçilmiş 525 Karar*. Ankara: Anıl Matbaa ve Ciltevi, 2006.
- Boz, Selman Sacit. “Memur Yargılanmasında İzin ve İtiraz Süreci.” Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi, 2013. (“tez.yok.gov.tr” için Tez Numarası: 337701, Erişim Tarihi: 1.6.2022)
- Can, İsmail. *Açıklamalı-İçtihatlı: Memur Soruşturması Memurlarla İlgili Suçlar ve Soruşturma Mevzuatı*. Ankara: Fon Matbaası , 1987.
- Centel, Nur, ve Hamide Zafer. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. İstanbul: Beta Yayınevi, 2019.
- Çağlayan, Ramazan. “Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanmasına İlişkin 4483 Sayılı Kanunun Hakkında Bir Değerlendirme.” *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi* 7, S. 1-2 (Haziran 2003): 105-28.

- Çiçek, İbrahim. *Gerekçeli – Açıklamalı – İçtihatlı, Memurların ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında 4483 Sayılı Kanun*. İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınevi, 2008.
- Duranoğlu, Yakup. “Türk Ceza Muhakemesi Hukukundaki Soruşturma Evresinin Tarihsel Gelişimi.” *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 8, S. 1 (Ocak 2022): 167-90. <https://doi.org/10.54699/andhd.999690>.
- Erem, Faruk. *Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu (Şerh)*. Ankara: Dayınlarlı Hukuk Yayınları, 1996.
- Erem, Faruk. *Ceza Usulü Hukuku*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1968.
- Eren, Hasan, ve Hamza Zülfikar, der. *Anayasa Sözlüğü*. Ankara: Türk Dil Kurumu Yayınları, 1985.
- Gökcan, Hasan Tahsin, ve Mustafa Artuç. *Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi ve Özel Soruşturma Usulleri (Memur Yargılaması)*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2016.
- Gözler, Kemal. “Yorum İlkeleri.” *Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması*, Ozan Ergül tarafından derlendi, 15-119. Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2013.
- Gözler, Kemal. *Anayasa Hukukunun Genel Esasları Ders Kitabı*. Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2017.
- Gözler, Kemal. *Hukukun Genel Teorisine Giriş*. Ankara: US-A Yayıncılık, 1998.
- Gözler, Kemal. *İdare Hukuku: Cilt II*. Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2019.
- Gözler, Kemal. *İnsan Hakları Hukuku*. Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2018.
- Gözler, Kemal. *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*. Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2017.
- Günerbüyük, Uygur. “Ceza Muhakemesi Hukukunda Kovuşturma Şartı Olarak İzin Kavramı ve İznin Denetimi.” Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi, 2010.

- İzmir, Barış. “Memurların ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanmasında İdari Soruşturma Usulü (4483 Sayılı Kanun).” Yüksek Lisans Tezi, İzmir Kâtip Çelebi Üniversitesi, 2019.
- Kaman, Nur. “Kamu Personel Hukuku.” *İdare Hukuku*, Yıldırım Turhan tarafından derlendi, 217-18. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018.
- Karakaş, Fatma. *Memur Yargılama Hukuku ve Uygulaması*. İstanbul: Legal Yayıncılık, 2002.
- Kunter, Nurullah. *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*. İstanbul: Beta Yayınevi, 1989.
- Örsten Esirgen, Seda. “Türk Hukuk Tarihinde Kanun-ı Muvakkat Kavramı ve Uygulaması.” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 71, S. 1 (2022): 477-514. <https://doi.org/10.33629/auhfd.1061340>.
- Özbek, Veli Özer, Koray Doğan, Pınar Bacaksız ve İlker Tepe. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017.
- Özbudun, Ergun. *Türk Anayasa Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2019.
- Özek, Çetin. “Türk Hukukunda Memurların Muhakemesi.” *İstanbul Hukuk Mecmuası* 26 (1960): 34-85.
- Özen, Mustafa. *Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2018.
- Öztürk, Bahri, der. *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020.
- Selçuk, Sami. *Memur Yargılaması Hakkında*. İstanbul: TÜSİAD Yayınları, 1997.
- Sorguç, Bahri. *Adli Soruşturma: Memur Yargılama Yasası Açıklamalı ve Uygulamalı*. Ankara: Milli Eğitim Basımevi, 1986.
- Sözer, Ali Nazım. *Hukukta Yöntembilim*. İstanbul: Beta Yayınevi, 2017.
- Tan, Turgut. *İdare Hukuku*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2018.
- Tanör, Bülent, ve Necmi Yüzbaşıoğlu. *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*. İstanbul: Beta Yayınevi, 2016.

- Topuz, İbrahim. *Memur ve Diğer Kamu Görevlilerinin Soruşturma ve Yargılanma Usulleri*. Ankara: Mahalli İdareler Derneği Yayını, 2005.
- Tosun, Öztekin. *Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri–Cilt II: Muhakemenin Yürüyüşü*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1976.
- Türk Hukuk Kurumu. *Türk Hukuk Lûgatı*. Ankara: Başbakanlık İdareyi Geliştirme Başkanlığı, 1998.
- Ünver, Yener, ve Hakan Hakeri. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2018.
- Ünver, Yener, ve Hakan Hakeri. *Sorularla Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2006.
- Yayla, Kazım. “Türkiye’de Memurların Yargılanması ve 4483 Sayılı Kanun.” Yüksek Lisans Tezi, Niğde Üniversitesi, 2011. (yok.tez.gov.tr için Tez Numarası: 277438, Erişim Tarihi: 1.6.2022)
- Yenisey, Feridun, ve Ayşe Nuhoğlu. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020.
- Yurtcan, Erdener. *Ceza Yargılaması Hukuku*. İstanbul: Alfa Basım Yayım Dağıtım, 1994.

Mahkeme Kararları

- Anayasa Mahkemesi, Somut Norm Denetimi, E. 2006/163, K. 2006/121, 27.12.2006. <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2006/121?EsasNo=2006%2F163>.
- Anayasa Mahkemesi, Somut Norm Denetimi, E. 2018/6, K. 2021/60, 22.9.2021. <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2021/60?EsasNo=2018%2F6>.
- Danıştay, 1. Daire, E. 2000/29, K. 2000/59, 17.4.2000, Danıştay Dergisi, Yıl: 31, Sayı: 104, 28-35.

Tutanak Metinleri

Türkiye Büyük Millet Meclisi Tutanak Dergisi, Cilt: 17, Dönem: 21 Yasama Yılı: 2, Birleşim: 21, 17.11.1999. <https://tbmm.gov.tr/Tutanaklar/Tutanak?BirlesimSiraNo=1970&BaslangicSayfa=1&BitisSayfa=1&Tur=B>.

Türkiye Büyük Millet Meclisi Tutanak Dergisi, Cilt: 17, Dönem: 21, Yasama Yılı: 2, Birleşim: 22, 18.11.1999. <https://tbmm.gov.tr/Tutanaklar/Tutanak?BirlesimSiraNo=1971&BaslangicSayfa=1&BitisSayfa=1&Tur=B>.

Kat Maliklerinin Yapı Maliki Sıfatıyla Hukuki Sorumluluğu

Ferhat CANBOLAT*

Dila OKYAR**

Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK–ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.

* Doç. Dr., Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk ABD.
f.canbolat@hacettepe.edu.tr, **ORCID ID:** 0000-0003-2894-7119.

** Dr. Öğr. Üyesi, Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk ABD.
dilaokyar@hacettepe.edu.tr, **ORCID ID:** 0000-0002-7829-2133.

Makale geliş tarihi: 18 Temmuz 2022 **Makale kabul tarihi:** 7 Mart 2023

Atf önerisi: Canbolat, Ferhat ve Okyar, Dila. “Kat Maliklerinin Yapı Maliki Sıfatıyla Hukuki Sorumluluğu.” *Ankara Barosu Dergisi* 81, no. 2 (Nisan 2023): 27-55. **DOI:** 10.30915/abd.1142842

KAT MALİKLERİNİN YAPI MALİKİ SIFATIYLA HUKUKİ SORUMLULUĞU

ÖZ

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 69. maddesinde ağırlaştırılmış bir sebep sorumluluğu olarak düzenlenmiş olan yapı malikinin sorumluluğunun kat mülkiyeti ilişkisinde ortaya çıkması mümkündür. Kat mülkiyeti düzenine tâbi bir yapı eserindeki yapım bozukluğu ya da bakım eksikliği nedeniyle üçüncü kişinin uğradığı zarardan kimin veya kimlerin yapı maliki sıfatıyla sorumlu olduğu belirlenirken bağımsız bölüm-ortak yer ayrımı belirleyicidir. Ayrıca, klâsik kat mülkiyetinden farklı olarak toplu yapı düzeninde, ortak yerler nicelik bakımından artmakta ve nitelik bakımından çeşitlenmekte olup, bu durum, ortak yerlerden kaynaklanan zararlardan sorumlu kişilerin tespitinde önem arz eder. Ortak yerlerdeki yapım bozukluğu veya bakım eksikliği nedeniyle üçüncü kişilerin uğradığı zarardan kat maliklerinin sorumluluğunun hukuki niteliği tartışmalıdır. Bu tartışmanın çözüme kavuşturulmasında TBK m. 69 hükmünde düzenlenen sorumluluğun dayandığı esas ve kanun hükmünün ruhuna göre bir değerlendirme yapılmalıdır.

Anahtar kelimeler:

kat mülkiyeti

yapı maliki

ortak yer

paylı mülkiyet

toplu yapı

THE LEGAL LIABILITY OF FLAT OWNERS AS STRUCTURE OWNERS

ABSTRACT

The liability of the structure owner, which is regulated as an aggravated strict liability under Article 69 of the Turkish Code of Obligations (TCO), no. 6098, might arise in the relation to flat ownership. When determining the liable person for the damage suffered by a third party due to construction defect or lack of maintenance in a building subject to flat ownership, the distinction between the independent section and the common place is decisive. Additionally, unlike the classical flat ownership relationship, in the collective structure scheme, common areas increase in terms of quantity and diversify in terms of quality, which is important for determining the subject of the liability. The legal nature of the liability of flat owners for the damage suffered by third parties due to the construction defect or lack of maintenance in the common areas is controversial. In the resolution of this debate, the spirit of Article 69 TCO and the legal basis on which the liability is based need to be evaluated.

Keywords:

flat ownership

structure owner

common area

co-ownership

collective structure

GİRİŞ

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK)^[1] 69. maddesinde bir kusursuz sorumluluk hâli olarak düzenlenen yapı malikinin sorumluluğu, bir bina ya da diğer yapı eserindeki yapıım bozukluğu veya bakım eksikliği nedeniyle üçüncü kişinin uğradığı zarardan hukuki sorumluluğu ifade eder. Kurtuluş kanıtı getirme imkânı bulunmayan bu ağırlaştırılmış sebep sorumluluğunda sorumluluğun süjesi, söz konusu yapı eserinden en üst düzeyde faydalanan kişiler olarak malik, intifa hakkı ve oturma hakkı sahibi olarak belirlenmiştir.

Yapı malikinin sorumluluğunun bir kat mülkiyeti ilişkisinde ortaya çıkması durumunda, kat mülkiyeti düzenine tâbi bir yapı eseri bakımından TBK m. 69 uyarınca yapı maliki sıfatının kime veya kimlere ait olduğunun tespiti önem arz eder. 1966 yılında yürürlüğe giren 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu (KMK)^[2] ile öngörülen kat mülkiyeti, tek başına mülkiyet ile toplu mülkiyetin bir arada bulunduğu bir mülkiyet düzeni öngörür. Bu kendine özgü mülkiyet düzeninde yapı maliki sıfatıyla sorumlu kişinin tespitinde, bağımsız bölüm ve ortak yer ayrımı belirleyicidir. Kat mülkiyetinde yönetimin etkinlik alanını, ana taşınmaz ve ana taşınmazın ortak yerleri oluşturur^[3]. Klasik kat mülkiyetinden farklı olarak, toplu yapı düzeninde ise ortak yerler çeşitlenmekte olup, ortak yerin niteliğine göre yönetimi de iç içe geçmiş üç başlı yönetim düzeni çerçevesinde birden çok kat malikleri kurulu tarafından üstlenilir^[4].

Çalışmada kat mülkiyeti ilişkisinde malik sıfatı açıklandıktan sonra, TBK m. 69 hükmünde düzenlenen yapı malikinin sorumluluğu ana hatları itibariyle ele alınmakta ve ardından kat mülkiyeti ilişkisinde yapı maliki sıfatının kime veya kimlere ait olduğu, bağımsız bölüm-ortak yer ayrımı

[1] 11.01.2011 tarih ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu, (RG 04.02.2011/27836).

[2] 23.06.1965 tarih ve 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu, (RG 02.07.1965/12038).

[3] Seda Öktem-Çevik, *Toplu Yapılarda Yönetim* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2010), 83. Toplu yapıların yönetiminde esas düşünce, bağımsız bölümlerin bulunduğu yerlerdeki ortak yerler ile diğer parsellerdeki ortak yerlerin yönetimin ayrılmasıdır. Bkz. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi ve Saibe Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, 15. Baskı (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2012), 718.

[4] Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, 720; Akçaal, Mehmet. *Eşya Hukuku*. (Ankara: Yetkin Yayınları, 2021) 568-569.

çerçevesinde, zarar gören kişinin niteliği de dikkate alınarak hem klasik kat mülkiyeti hem de toplu yapı bakımından değerlendirilmektedir.

I. GENEL OLARAK YAPI MALİKİNİN SORUMLULUĞU

A) SORUMLULUĞUN HUKUKİ NİTELİĞİ

Türk Hukukunda yapı mâlikinin hukuki sorumluluğuna ilişkin düzenleme TBK m. 69 hükmünde yer almaktadır. Buna göre;

(1) *Bir binanın veya diğer yapı eserlerinin maliki, bunların yapımındaki bozukluklardan veya bakımındaki eksikliklerden doğan zararı gidermekle yükümlüdür.*

(2) *İntifa ve oturma hakkı sahipleri de, binanın bakımındaki eksikliklerden doğal zararlardan, malikle birlikte müteselsilen sorumludurlar.*

(3) *Sorumluların, bu sebeplerle kendilerine karşı sorumlu olan diğer kişilere rücu hakkı saklıdır”.*

TBK m. 69 hükmü, “özen sorumluluğu” üst başlığı altında, bir kusursuz sorumluluk hâli olarak düzenlenmiştir. Yapım bozukluğu ya da bakım eksikliği, bir anlamda özen ve gözetim yükümlülüğünün ihlâli ile ilgili olmakla birlikte,^[5] TBK m. 69 hükmünde düzenlenen sorumluluk, malik ya da malik gibi sorumlu olanlara yükletilmiş bir özen yükümlülüğünün ihlâline dayanmaz.^[6] Bina ya da diğer yapı eserini yeni satın alan (ya da bir başka sebeple devralan) kişinin, eski malik dönemindeki yapım bozukluğu ya da bakım eksikliği nedeniyle kendi mülkiyeti döneminde meydana gelen zarardan sorumlu olması bunun en önemli göstergesidir.^[7] Bu nedenle, kanunda özen sorumluluğu olarak düzenlenmiş olması eleştirilmektedir.^[8]

[5] Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 26. Baskı, (Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2021), N. 2036; Murat Aydoğdu ve Serdar Nart, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2022) 228.

[6] Kemal Oğuzman ve Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 2*, 16. Baskı (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2021), N. 517.

[7] Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku*, N. 517.

[8] Halûk N. Nomer, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 18. Baskı (İstanbul, Beta Yayıncılık, 2021), N. 121

Yapı malikinin kusuru, sorumluluğun bir şartı değildir.^[9] Yapım bozukluğu veya bakım eksikliğindeki özensizlik kusur derecesine ulaşmasa bile sorumluluk doğar.^[10] Yapı maliki, kusurlu davranışından dolayı değil, yapı eserindeki ayıplı durumdan sorumludur.^[11] Sorumlu kişilere, gerekli özenin gösterilmiş olduğu olgusuna dayanan kurtuluş kanıtı getirme imkânı tanınmadığından, yapı malikinin sorumluluğu, ağırlaştırılmış sebep sorumluluğu niteliğindedir.^[12]

B) SORUMLULUK ŞARTLARI

Yapı malikinin sorumluluğunun doğabilmesi için öncelikle bir bina ya da başka bir yapı eseri bulunmalıdır. “Bina” kavramı, toprağa bağlılık arz

- [9] Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku*, N. 515; Tekinay, Selahattin Sulhi, Sermet Akman, Haluk Burcuoğlu ve Atila Altop. *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler* Cilt.1. 6. Bası. (İstanbul: Filiz Kitabevi, 1988), 700; Ünlütepe, *Borçlar Hukuku*, 182; Gümüş, Mustafa Alper. *Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri*. (Ankara: Yetkin Yayınları, 2021) 487.
- [10] Eren, *Borçlar Hukuku*, N. 2034; Aydoğdu ve Nart, *Borçlar Hukuku*, 228; İnan, Ali Naim ve Özge Yücel. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. 4. Baskı. (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2014), 425. Yapı malikinin sorumlu tutulabilmesi için, yapım bozukluğunu veya bakım eksikliğini bilip bilmemesi önem taşımaz; yapı malikinin bozukluk veya eksikliği bilmesine rağmen bunu gidermeye yönelik harekete geçmemesi ise ek kusur oluşturur (Gümüş, *Borçlar Hukuku*, 485).
- [11] Ingeborg Schwenzer, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, 8. Auflage (Bern: Stämpfli Verlag, 2020), N. 53.16. Yapı malikinin sorumluluğu, durum sorumluluğudur (*Zustandshaftung*) (Walter, Fellmann and Andrea Kottmann, *Schweizerisches Haftpflichtrecht, Band I: Allgemeiner Teil sowie Haftung aus verschulden und Persönlichkeitsverletzung, gewöhnlichen Kausalhaftungen des OR, ZGB und PrHG* (Bern: Stämpfli Verlag, 2012), N. 899).
- [12] Bkz. Nomer, *Borçlar Hukuku*, N. 121; Aydoğdu ve Nart, *Borçlar Hukuku*, 228; Eren, *Borçlar Hukuku*, N. 2036; Mustafa Ünlütepe, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021) 181; Gökhan Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt. V/1,2*, 2. Baskı (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019), N. 1673; Gümüş, *Borçlar Hukuku*, 481; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, *Borçlar Hukuku*, 704. Ayrıntılı bilgi için bkz. Ece Baş, *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Açısından Bina veya Yapı Eserlerinden Doğan Sorumluluk (TBK m. 69, BK m. 58)* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2011), 41 vd.

eden^[13], insanların konaklaması veya diğer ekonomik ihtiyaçları karşılamak amacıyla (hayvan gibi canlıların barınması veya eşya gibi cansız şeylerin saklanması), tamamen veya kısmen kapalı, insan eliyle veya gücüyle (sun'î olarak) yapılmış veya düzenlenmiş her türlü inşa eserini ifade eder.^[14] “Diğer yapı eseri” ise, bina dışında kalan, araziye bağlı, insan tarafından yapılmış her türlü eserdir^[15]. Yapı eseri kavramına, yapı eserinin bütünüleyici parçası ve eklentileri de dâhildir^[16]. Yapı eseri, yer üstünde olabileceği gibi, yer altında da (bodrum kat, sığınak, yeraltı otoparkı vb.) olabilir.

TBK m. 69 hükmünün uygulama alanı, inşaatı tamamlanmış olan yapı eserleri ile sınırlıdır.^[17] TBK m. 69 bakımından yapı eserinin en önemli

[13] Toprağa bağlılık sürekli olabileceği gibi geçici nitelikte de olabilir. Başkasının arazisi üzerinde kalıcılık maksadı olmaksızın inşa edilen taşınır yapılar ise taşınır hükümlerine tâbi olup, TMK m. 728 hükmü uyarınca arazi malikine değil, bu yapıların malikine aittir.

[14] Schwenzer, *Schweizerisches Obligationenrecht*, N. 53.18; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku*, N. 522; Aydoğdu ve Nart, *Borçlar Hukuku*, 229; Ünlütepe, *Borçlar Hukuku*, 182; Halûk Tandoğan, *Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku* (Ankara: Turhan Kitabevi, 1981) 169-170.

[15] Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku*, N. 523; Tandoğan, *Kusura Dayanmayan*, 173; Gümüş, *Borçlar Hukuku*, 482-483; Baysal, *Haksız Fiil*, N. 3.109; Nomer, *Borçlar Hukuku*, N.121.1; İnan ve Yücel, *Borçlar Hukuku*, 427. Örnekler için bkz. Eren, *Borçlar Genel*, N. 2054. “Diğer yapı eseri” bakımından, bina ile benzerlik kriterinin günümüzde yeterli olmadığı, su kanalı, baraj, elektrik direği, çukur, kayak pisti gibi bina ile benzerliği olmayan yapıların da TBK m. 69 hükmü kapsamında yapı eseri olarak kabul edilmesi hakkında bkz. Baş, *Bina ve Yapı Eserleri*, 74-76.

[16] Eklenti niteliğindeki taşınırın maliki bir üçüncü kişi olsa bile, eklenti ile yapı eseri (asıl şey) arasında amaçsal bir bağlılık varsa (yapı eserinin ekonomik amacına sürekli olarak özgülünmüşse), eklentideki yapım hatası veya bakım eksikliğinden yapı maliki sorumlu olur. Bkz. Tandoğan, *Kusura Dayanmayan*, 174; Ali Erten, *Türk Borçlar Hukukuna Göre Bina ve İnşa Eseri Sahiplerinin Sorumluluğu (BK. md. 58)* (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2000), 162; Antalya, *Borçlar Hukuku*, N. 1743; Andreas Furrer, Markus Müller-Chen ve Bilgehan Çetiner, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021), N. 1060; Nomer, *Borçlar Hukuku*, N.121.1.

[17] Yapı eserinin inşaatı devam ederken, dönüştürülmesi ya da restorasyonu esnasında meydana gelen zararlar bakımından diğer sorumluluk normlarına (örneğin, TBK m. 49, TBK m. 66) başvurulabilir. Bkz. Furrer, Müller-Chen ve Çetiner, *Borçlar Hukuku*,

unsurları, sabitlik (toprağa bağlılık), yapaylık (insan eliyle meydana getirilmiş olma) ve tamamlanmış olmadır.^[18] İkinci olarak, yapı eserinin yapımında bir bozukluk veya bakımında bir eksiklik bulunmalıdır.^[19] Yapım bozukluğunun başlıca sebepleri; teknik ve fennin gereklerine uymayan bir yapım yöntemi kullanılması, kullanılan malzemenin kötü ya da eksik olması, yetersiz personel kullanılması, gerekli güvenlik donanımı olmamasıdır^[20]. Bakım eksikliği ise, yapı eserinin özgüleme amacına uygun özenin gösterilmemiş olması, yapı tamire muhtaç hâle gelmesine rağmen üçüncü kişilerin zarara uğramasını önleyici nitelikte güvenlik tedbirlerinin alınmamış olması, tamir gerekip tamiratın zamanında yapılmamış olması gibi durumları ifade eder.^[21] Üçüncü olarak, yapım bozukluğu veya bakım eksikliği nedeniyle bir üçüncü kişi zarara uğramış olmalıdır. Son olarak, yapım bozukluğu veya bakım eksikliği ile zarar arasında uygun illiyet bağı bulunmalıdır.

C) SORUMLULUK SÜJESİ

TBK m. 69 hükmünde düzenlenmiş olan sorumluluk, yapı eserine mâlik olmaya dayanır. Sorumluluğun süjesi, yapının maliki olup, bu sıfat, eşya hukuku normlarına göre belirlenir.^[22] Yapı maliki, “üst, arza tâbidir” ilkesi gereği (TMK m. 718/II), kural olarak, arazinin maliki olan kişidir. Ancak arazi malikinden başka bir kişinin de TBK m. 69 bakımından sorumlu

N. 1062; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku*, N. 529; Eren, *Borçlar Hukuku*, N. 2059; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, *Borçlar Hukuku*, 704. Konuya ilişkin farklı görüşler hakkında bkz. Gümüş, *Borçlar Hukuku*, 483; Baş, 85 vd.

[18] Tandoğan, *Kusura Dayanmayan*, 172 vd.; Eren, *Borçlar Hukuku*, N. 2051 vd.; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku*, N.523; Antalya, *Borçlar Hukuku*, N. 1726; Ünlütepe, *Borçlar Hukuku*, 182; Furrer, Müller-Chen ve Çetiner, *Borçlar Hukuku*, N. 1058 vd.; Baysal, *Haksız Fiil*, N. 3.110 vd.; Baş, 76 vd.

[19] Yapım bozukluğu ile bakım eksikliği ayrımı, zarardan sorumlu kişilerin belirlenmesinde önem taşır. İntifa hakkı ve oturma hakkı sahipleri, sadece bakım eksikliğinden kaynaklanan zararlar bakımından malik ile müteselsilen sorumludur (TMK m. 69/ II).

[20] Tandoğan, *Kusura Dayanmayan*, 175; Eren, *Borçlar Hukuku*, N. 2061.

[21] Tandoğan, *Kusura Dayanmayan*, 175; Eren, *Borçlar Hukuku*, N. 2062.

[22] Schwenger, *Schweizerisches Obligationenrecht*, N. 53.27.

olması mümkündür. Bakım eksikliği ile sınırlı olarak, intifa hakkı ve oturma hakkı sahibi de malik ile müteselsilen sorumlu tutulmuştur (TBK m. 69/II). Ayrıca, kanunda açıkça belirtilmiş olmasa bile, üst hakkına tâbi bir yapının mülkiyeti üst hakkı sahibine ait olacağından (TMK m. 726/I), üst hakkı sahibi de zaten malik sıfatıyla TBK m. 69 hükmünün kapsamına dâhildir. Dolayısıyla, üst hakkı sahibi, üst hakkı süresi boyunca yapı maliki sıfatına sahip olacaktır.^[23] Yapı maliki, gerçek kişi olabileceği gibi bir özel hukuk ya da kamu hukuku tüzel kişisi de olabilir. Zarar görene tazminat ödeyen malik, TBK m. 69/III uyarınca, yapım bozukluğu ya da bakım eksikliği nedeniyle kendisine karşı sorumlu olan kişilere rücu hakkına sahiptir.^[24]

TBK m. 69 bakımından malikin yapı eseri üzerinde fiilî egemenliğe sahip olması şart değildir. Önemli olan, zarara sebep olan olayın gerçekleştiği tarihte yapı eseri üzerinde kimin malik olduğudur.^[25] Dolayısıyla, mülkiyet hakkının el değiştirdiği durumlarda, yapım bozukluğu ya da bakım eksikliği önceki malik zamanına dayanıyor olsa bile, TBK m. 69 bakımından zarardan sorumlu olan kişi, yapı eserinin olay tarihindeki malikidir.^[26]

[23] Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku*, N. 543; Eren, *Borçlar Hukuku*, N. 2045, Nomer, *Borçlar Hukuku*, N. 219, Erten, *Bina ve İnşa Eseri*, 165, dn. 405. TBK m. 69 hükmü bakımından, üst hakkı sahibi ile arazi malikinin sorumluluğu arasındaki ilişki hakkında bkz. Gümü, *Borçlar Hukuku*, 490.

[24] TBK m. 69/III hükmünde öngörülen rücu hakkı, TBK m. 62 hükmünde düzenlenen rücu hakkından farklıdır. TBK m. 62 hükmü uyarınca yapı malikinin rücu edebileceği kişiler zarar görene karşı da sorumlu iken, TBK m. 69/III hükmüne göre rücu edebileceği kişiler sadece yapı malikine karşı sorumlu olan kişilerdir (yapı eserini ayıplı inşa eden yüklenici, yapı eserini ayıplı olarak kendisine satan eski malik vb.). Bkz. Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku*, N.549; Antalya, *Borçlar Hukuku*, N. 1776.

[25] Fellmann and Kottmann, *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, N. 901.

[26] Nomer, *Borçlar Hukuku*, N. 121.8; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku*, N. 548; Eren, *Borçlar Hukuku*, N. 2047; Başak Baysal, *Haksız Fiil Hukuku (BK m.49-76)* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019) N. 3.113; Tandoğan, *Kusura Dayanmayan*, 164-5.

D) ZARAR GÖREN KİŞİNİN NİTELİĞİ BAKIMINDAN DEĞERLENDİRME

Kat mülkiyeti düzeninde, yapı eserindeki yapım bozukluğu veya bakım eksikliği nedeniyle zarar gören kişi kat maliki^[27] olabileceği gibi, kiracı da dâhil olmak üzere, üçüncü bir kişi de olabilir. TBK m. 69 hükmünde öngörülen yapı malikinin sorumluluğunun, genel bir sorumluluk normu olarak, her iki durumda da uygulanacağı kanaatindeyiz.

Öte yandan, KMK m. 19/III hükmünde, sorumluluğa ilişkin özel bir düzenlemeye yer verilmiştir. Buna göre, “her kat maliki anagayrimenkule ve diğer bağımsız bölümlere, kusuru ile verdiği zarardan dolayı diğer kat maliklerine karşı sorumludur”. Burada öngörülen sorumluluk, ilk olarak, “*anagayrimenkule ve diğer bağımsız bölümlere [...] verdiği zarar*” ifadesinden hareketle, eşya zararları ile sınırlandırılmıştır. İkinci olarak, KMK m. 19/III, kat maliklerinin kendi bağımsız bölümlerinde yapacağı tadilat ve değişiklikler bakımından yükümlülük öngören üst fıkralarla birlikte bir bütün olarak değerlendirildiğinde, sorumluluğun konu itibarıyla de sınırlandırıldığı sonucuna ulaşılmaktadır.

TBK m. 69 ile KMK m. 19/III arasındaki uygulama ilişkisi değerlendirildiğinde, TBK’ye nazaran özel kanun niteliğindeki KMK m. 19/III’te öngörülen bu kusur sorumluluğu karşısında, TBK m. 69 hükmünün, genel bir sorumluluk normu olarak hâlen uygulanma kabiliyeti olduğu ve sorumluluğun kusursuz sorumluluk esasına göre kurulması gerektiği görüşündeyiz.

[27] Ortak yerden kaynaklanan zararlar bakımından zarar görenin kat maliki olduğu durumda, yapı maliki sıfatı tüm kat maliklerine ait olacağından, alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesi söz konusu olur. Bu durumda borç, birleşen kısım (kat malikinin payına düşen kısım) kadarıyla sona erecek, kalan kısım bakımından ise diğer kat malikleri sorumlu olacaktır. “*Olay tarihi itibarıyla ilgili taşınmazda pay sahibi olan davalılar Kat Mülkiyeti Kanununa göre ortak yer sayılan binanın dış kolonlarındaki bakım eksikliğinden kaynaklanan ve sigortalı araçta meydana gelen zarardan payları oranında sorumlu sayılırlar. Yine olay tarihinde taşınmazda pay sahibi olduğu anlaşılan davacının payı oranında da tazminattan indirim yapılması gerekir*” (Yargıtay 17. Hukuk Dairesi, E. 2007/3175, K. 2008/413, 31.01.2008, Lexpera).

II. KAT MÜLKİYETİNDE YAPI MALİKİNİN SORUMLULUĞU

A) YAPI MALİKİ SIFATI

1- Genel Olarak

Türk Hukukunda eşya, cismani (maddi) varlığı bulunan, sınırlandırılmış, üzerinde fiili ve hukuki hâkimiyet kurulabilen ve ekonomik değere sahip olan şeyleri ifade eder.^[28] 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun (TMK)^[29] eşya hukukuna ilişkin dördüncü kitabının sistematigi incelendiğinde, Cermen Hukukunun etkisi ile taşınır-taşınmaz eşya ayrımının esas alındığı görülür.^[30] Türk Hukukunda taşınır eşya, toprağa bağlı olmayan, özünde bir değişiklik olmaksızın, kendi gücüyle veya bir başka güçle yer değiştirebilen maddi şeylerdir^[31]. Taşınmaz mülkiyetinin kapsamına girmeyen doğal güçler de taşınır eşya hükmünde kabul edilmiştir (TMK m. 762). Taşınmaz mülkiyetinin konusunu ise, “arazi”, “tapu kütüğünde ayrı sayfaya kaydedilen bağımsız ve sürekli haklar” ve “kat mülkiyeti kütüğüne kayıtlı bağımsız bölümler” oluşturur (TMK m. 704/I) ve bunlar tapu siciline taşınmaz olarak kaydedilir (TMK m. 998/I).

Hukuki anlamda eşya, işlevsel bir kavramdır.^[32] Bir şeyin hukuken eşya olarak kabul edilmesinde, sadece fiziki yapısı değil, o şeyin ekonomik işlevi de etkilidir. Türk hukukunda bu ekonomik işlev, kat mülkiyeti düzeninde

[28] Gürsoy, Kemal, Fikret Eren ve Erol Cansel. *Türk Eşya Hukuku*. (Ankara: Sevinç Matbaası, 1978) 20 vd.; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, 8; Lale Sirmen, *Eşya Hukuku*, 7. Baskı (Ankara: Yetkin Yayınları, 2019), 4; Eren, *Mülkiyet Hukuku*, 51; Akçaal, *Eşya Hukuku*, 14 vd.; Ertaş, Şeref. *Eşya Hukuku*. 16. Baskı (İzmir: Barış Yayınları, 2021) 6.

[29] 22.11.2001 tarih ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu, (RG 08.12.2001/24607).

[30] Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, 11; Hüseyin Hatemi, Rona Serozan ve Abdülkadir Arpacı, *Eşya Hukuku* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 1991) 52; Ertaş, *Eşya Hukuku*, N. 34.

[31] Hatemi, Serozan ve Arpacı, *Eşya Hukuku*, 303; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 12; Akçaal, *Eşya Hukuku*, 21; Ertaş, *Eşya Hukuku*, N. 34.

[32] Sirmen, *Eşya Hukuku*, 4. Hukuki eşya kavramı ile fiziki eşya kavramı, her zaman birbiriyle örtüşmez (Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, 4). “Eşya kavramı sadece fiziksel özelliği ile izah edilmemelidir eşya amaçsal yaklaşımla özellikle ekonomik fonksiyonu, toplumsal yaşama ilişkileri

bağımsız bölümlerin bağımsız mülkiyet konusu yapılmasında açık bir şekilde görülür. 1966 yılında yürürlüğe giren KMK ile Türk Hukukuna dâhil olan kat mülkiyeti kavramı, İkinci Dünya Savaşı sonrası dönemde, yoğun şehirleşme nedeniyle ortaya çıkan konut sıkıntısına hukuki bir çare bulma ihtiyacından doğmuştur.^[33] KMK ile getirilen düzenleme, belirlilik ilkesi başta olmak üzere eşya hukukunun temel prensipleri ile bağdaştırılması güç esaslara dayandığı gerekçesiyle yoğun eleştirilere uğramıştır.^[34] Kat mülkiyeti düzeni ile, tamamlanmış bir yapının ayrı ayrı ve başlı başına kullanılmaya elverişli bağımsız bölümleri, bütüncü parça kuralına istisna teşkil edecek şekilde müstakil mülkiyet hakkının konusu hâline getirilmiştir.^[35] Her bağımsız bölüm, kat mülkiyeti kütüğünün ayrı bir sayfasına kaydedilir (TMK m. 998/I, KMK m. 11).

Kat mülkiyetine konu olan taşınmazın bütünü *ana taşınmaz*; yalnız esas yapı kısmı *anayapı*; ana taşınmazın ayrı ayrı ve başlı başına kullanılmaya elverişli olup, KMK hükümlerine göre bağımsız mülkiyete konu olan bölümleri *bağımsız bölüm*; bağımsız bölümler üzerinde kurulan mülkiyet hakkı *kat mülkiyeti* ve bu hakka sahip olanlar *kat maliki* olarak adlandırılır (KMK m. 2/I-a). Arsa payı, arsanın, bağımsız bölümlere tahsis edilen ortak mülkiyet payını (KMK m. 2/I-d), ortak yer ise ana taşınmazın bağımsız

ve etik düşünce çerçevesinde nazara alınarak açıklanmalıdır” (Topuz, *Taşınmaz Mülkiyeti*, 20).

[33] Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, 604-5; Gürsoy, Eren ve Cansel, *Eşya Hukuku*, 472-3; Hatemi, Serozan ve Arpacı, *Eşya Hukuku*, 155-156; Ertaş, *Eşya Hukuku*, N. 1947.

[34] Kat Mülkiyeti Kanunu ile getirilen düzenin, eşya hukuku normlarına uygunluğu eleştirilmektedir. “[...] ana duvarlar paylı mülkiyete tâbi olunca, kat adı altında bağımsız mülkiyet konusu olarak kalan şey, o katın işgal ettiği hava boşluğundan başka bir şey değildir. Hava tabakası üzerinde ise gerçek anlamıyla bir mülkiyet söz konusu olamayacağına göre, nazarı bakımdan mülkiyet konusu olarak kattan söz edilmesi doğru olmaz” (Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, 726). “Kat mülkiyeti kanununda kendini gösteren düzenleme ile kat mülkiyeti, âdeta, ‘hava mülkiyeti’ manzarası arz etmektedir” (Hatemi, Serozan ve Arpacı, *Eşya Hukuku*, 159).

[35] Fikret Eren, *Mülkiyet Hukuku*, 4. Baskı (Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2016) 142; Murat Topuz, *Türk Özel Hukukunda Taşınmaz Mülkiyeti* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020) 315; Gürsoy, Eren ve Cansel, *Eşya Hukuku*, 473.

bölümleri dışında kalıp, korunma ve ortaklaşa kullanma veya faydalanmaya yarayan yerlerini (KMK m. 2/I-b) ifade eder.

Kat mülkiyeti, arsa payı ve ana taşınmazdaki ortak yerlerle bağlantılı özel bir mülkiyet türüdür (KMK m. 3/I). Kat malikleri, bağımsız bölümler üzerinde tek kişi mülkiyetine, anayapının inşa edilmiş olduğu arsa ile ortak yerler üzerinde ise paylı mülkiyet hakkına sahiptir.^[36] Böylelikle kat mülkiyeti, tek kişi mülkiyeti ile paylı mülkiyetin bir arada bulunduğu, kendine özgü (*sui generis*) mahiyette bir toplu mülkiyet türüdür.^[37] Arsadaki ve ortak yerlerdeki paylı mülkiyete ilişkin pay oranı aynı olup bu pay, bağımsız bölüm üzerindeki mülkiyet hakkına ayrılmaz bir şekilde bağlanmış ve böylelikle *eşyaya bağlı paylı mülkiyet* düzeni kurulmuştur.^[38] Bağımsız bölüm üzerinde mülkiyet hakkına kim sahipse, arsa payına ve ortak yerlerdeki paylı mülkiyet payına da o sahip olur.^[39]

2-Kat Mülkiyetinde Yapı Maliki Sıfatı

a) Klasik Kat Mülkiyeti Bakımından

TBK m. 69 hükmünde düzenlenmiş olan yapı malikinin sorumluluğunun kat mülkiyeti ilişkisinde de ortaya çıkması ve kat maliklerinin yapı maliki sıfatıyla sorumlu tutulması mümkündür.^[40] Kat mülkiyetine tâbi bir taşınmaz bakımından TBK m. 69 hükmüne göre yapı maliki sıfatının kime veya kimlere ait olduğu belirlenirken, öncelikle, yapıım bozukluğu ya da bakım eksikliği bulunan yerin niteliğine, diğer bir ifadeyle, zararın nereden kaynaklandığına bakılmalıdır. Zararın bağımsız bölümden mi yoksa ortak yerden mi kaynaklandığına göre sorumlu kişiler de değişecektir.

[36] Gürsoy, Eren ve Cansel, *Eşya Hukuku*, 475; Topuz, *Taşınmaz Mülkiyeti*, 93.

[37] Jale Akipek ve Turgut Akıntürk, *Eşya Hukuku* (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2009), 417.

[38] Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, 608-9; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 463; Eren, *Mülkiyet Hukuku*, 144; Akçaal, *Eşya Hukuku*, 524.

[39] Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, 610; Gürsoy, Eren ve Cansel, *Eşya Hukuku*, 475-476; Akçaal, *Eşya Hukuku*, 524.

[40] KMK m. 9 gereği, KMK'de hüküm bulunmayan hallerde, kat mülkiyetinden doğan anlaşmazlıklara Türk Medeni Kanunu ve ilgili diğer kanunların hükümleri uygulanır.

Klasik kat mülkiyeti düzeninde^[41] kat maliki, bağımsız bölüm ve o bağımsız bölüme özgülünmüş olan eklentiler^[42] üzerinde tek başına mülkiyet, ortak yerler üzerinde ise, eşyaya bağlı mülkiyet ilişkisi çerçevesinde paylı mülkiyet hakkına sahiptir. Kat malikleri, ana taşınmazın bütün ortak yerlerine, arsa payları oranında, ortak mülkiyet hükümlerine göre malik olur (KMK m. 16/I). Her kat maliki, bu yerler üzerinde paylı mülkiyetten doğan hak ve yetkilere sahiptir.^[43] Ortak yerler, ana taşınmazın bağımsız bölümleri dışında kalan, korunma ve ortaklaşa kullanma ve faydalanmaya yarayan yerleri ifade eder (KMK m. 2/I-b). Bu tanım doğrultusunda, ortaklaşa kullanım yerleri (asansör, koridor, çamaşırılık, garaj vb.), ortaklaşa faydalanma yerleri (ana taşınmazın bahçesinden elde edilen ürünler vb.), ortaklaşa korunma yerleri (kiriş, kolon, sığınak, yangın merdiveni vb.) şeklinde üçlü bir ayırım yapılabilir. Ortak yerlerin bir kısmı bağımsız bölümün tamamen dışında bulunurken (örneğin, kuyu, sığınak, genel kömürlük), bir kısmı ise bağımsız bölüm ile irtibatlıdır (örneğin, bağımsız bölümün içindeki su boruları). Bu

[41] “Klasik kat mülkiyeti” kavramı, tek parsel üzerine inşa edilmiş tek anayapıdan oluşan kat mülkiyeti düzenini ifade etmek üzere kullanılmaktadır. Bkz. Şengül, Mehmet, “Kat Mülkiyetinde Ortak Yer ve Tesislerin Niteliğinin Değiştirilmesi,” *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 18, no. 3 (Aralık, 2012): 204.

[42] KMK m. 6/I: “Bir bağımsız bölümün dışında olup, doğrudan doğruya o bölüme tahsis edilmiş olan kömürlük, su deposu, garaj, elektrik, havagazı veya su saati yuvaları, tuvalet gibi eklentiler, ait olduğu bağımsız bölümün bütünleyici parçası sayılır ve o bölümün maliki, eklentilerin de tek başına maliki olur”. Eklentilerin bütünleyici parça niteliğinde olmaması nedeniyle, söz konusu hükümde geçen “bütünleyici parça” kavramının, eşya hukukuna özgü teknik anlamında kullanılmadığı yönünde bkz. Sirmen, *Eşya Hukuku*, 464; Eren, *Mülkiyet Hukuku*, 145.

[43] Burada öngörülen paylı mülkiyet ilişkisi ile klasik anlamdaki paylı mülkiyet ilişkisi arasında önemli bir fark vardır. TMK m. 688/III uyarınca, “paydaşlardan her biri kendi payı bakımından malik hak ve yetkilerine sahiptir. Pay devredilebilir, rehnedilebilir ve alacaklılar tarafından haczedilebilir”. Ancak kat maliklerinin, ortak yerlerdeki payı üzerinde bu tür yetkileri yoktur. Ortak yerler üzerindeki hak, bağımsız bölümün hukuki kaderine bağlanmıştır. KMK m. 6/son uyarınca, “bağımsız bölümlerin başkasına devri, kayıtlanması veya kiralanması halinde, eklentiler ve ortak yerler de kendiliğinden devredilmiş, kayıtlanmış veya kiralanmış olur”. Ortak yerler üzerindeki bu paylı mülkiyet hakkı, kat mülkiyetine bağlı bir hak olduğundan, kat maliklerinin yetkileri belirlenirken bu husus göz önünde bulundurulmalıdır (Akipek ve Akıntürk, *Eşya Hukuku*, 424).

şekilde, KMK m. 4 hükmünde, ortak yerlerin sözleşme ile belirlenebileceği belirtilmiş ve kanun gereği her halde^[44] ortak yer olarak kabul edilmesi gereken yerler üç bent hâlinde sayılmıştır.

Kat mülkiyeti ilişkisi çerçevesinde, ana taşınmazın yönetimi, kat malikleri kurulu (genel kurul) tarafından yürütülür (KMK m. 27). Kat malikleri kurulu, ana taşınmazın yönetimiyle ilgili karar organıdır.^[45] Kat mülkiyetinde yönetimin etkinlik alanını, ortak yerler oluşturur.^[46] Tüm kat maliklerinden oluşan kat malikleri kurulunun tüzel kişiliği yoktur.^[47] Kat malikleri, ana taşınmazın yönetimini kendi aralarından ya da dışarıdan seçecekleri bir kimseye (yönetici) ya da üç kişilik bir kurula (yönetim kurulu) bırakabilirler (KMK m. 34/I). Kat malikleri ile yönetici arasındaki ilişki vekalet sözleşmesi niteliğinde olup, yönetici, kat maliklerine karşı vekil gibi sorumludur (KMK m. 38/I).

Klasik kat mülkiyeti düzenindeki bu mülkiyet ilişkisinden hareketle; bir bağımsız bölümdeki yapıım bozukluğu veya bakım eksikliği nedeniyle üçüncü kişinin uğradığı zarardan TBK m. 69 uyarınca kat maliki tek başına, ortak yerlerdeki yapıım bozukluğu ya da bakım eksikliğinden kaynaklanan zararlar bakımından ise tüm kat malikleri birlikte sorumlu olur.^[48]

Bir taşınmazdaki yapıım bozukluğu veya bakım eksikliği nedeniyle ortaya çıkan zarardan TBK m. 69 hükmüne göre sorumluluk bakımından yapı maliki sıfatınının kime ya da kimlere ait olduğu, çeşitli ihtimallere göre değerlendirilebilir;

[44] KMK m. 4/I hükmünde geçen “her halde” ifadesinin katı bir şekilde yorumlanmaması gerektiği; burada sayılan yerlerin ortak yer olduğu karineten kabul edilmekle birlikte, niteliği elverdiği ölçüde, kat maliklerinin arzusuna göre bir bağımsız bölüme eklenti olarak tahsis edilebileceği ya da başlı başına bir bağımsız bölüm niteliği taşıyabileceği kabul edilmektedir. Ayrıntılı açıklamalar için bkz. Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, 611, dn. 29; Şengül, “Kat Mülkiyetinde,” 226, dn. 57.

[45] Akipek ve Akıntürk, *Eşya Hukuku*, 425.

[46] Hatemi, Serozan ve Arpacı, *Eşya Hukuku*, 184.

[47] Eren, *Mülkiyet Hukuku*, 165; Topuz, *Taşınmaz Mülkiyeti*, 102; Aydın Aybay ve Hüseyin Hatemi, *Eşya Hukuku* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2009), N. 81.

[48] Furrer, Müller-Chen ve Çetiner, *Borçlar Hukuku*, N. 1056; Nomer, *Borçlar Hukuku*, N. 121.10; Erten, *Bina ve İnşa Eseri*, 186; Ünlütepe, *Borçlar Hukuku*, 182.

- Üç kardeş arasında paylı mülkiyete tâbi (kat mülkiyetine tâbi olmayan) üç katlı bir apartmanda, TMK m. 689/I uyarınca yapılan taşınmaz kullanma anlaşması ile, her paydaşa bir kat özgülenmiştir. Örneğin, üçüncü kattaki balkonun çökmesi nedeniyle apartmanın yanındaki yolda park hâlinde bulunan bir başkasına ait aracın zarara uğraması durumunda, tüm paydaş kardeşler yapı maliki sıfatıyla müteselsilen sorumlu olur.
- Klasik kat mülkiyetine tâbi bir apartmanda, bağımsız bölümden kaynaklanan zararlar bakımından kat maliki tek başına, ortak yerlerden kaynaklanan zararlar bakımından ise tüm kat malikleri müteselsilen sorumludur. Örneğin; teslimata gelen kuryenin kolunun bozuk asansör kapısına sıkışması olayında, (giriş katındaki dairede oturan, asansörü kullanmayan kat maliki de dâhil olmak üzere) tüm kat malikleri, ortak yerden kaynaklanan bu zarardan TBK m. 69 hükmüne göre sorumludur.
- Öte yandan, kanunen ortak yer kabul edilen bir yer, somut olayda ortak kullanımda olmayıp, sadece bir bağımsız bölümün kullanımına tahsis edilmiş olabilir. Böyle bir durumda, buradaki yapım bozukluğu ya da bakım eksikliğinden sadece söz konusu yerin özgülendiği bağımsız bölüm maliki sorumlu olup, diğer bağımsız bölüm sahiplerinin sorumluluğu doğmayacaktır. Konuyla ilgili somut bir uyuşmazlıkta, KMK m. 4/I-c hükmü uyarınca, baca, kanunen ortak yer sayılan yerlerden olmakla birlikte, ortak kullanımda olmayıp sadece bir bağımsız bölümün kullanımına özgülenmiş ise, diğer bağımsız bölüm sahiplerinin bacanın düşmesi nedeniyle üçüncü bir kişinin uğradığı zarardan sorumlu olmayacağına hükmedilmiştir^[49].

[49] Apartmandaki doğalgaz bacasının bir aracın üzerine düşerek hasara uğramasına neden olduğu olayda, “mahkemeye, sigortalı aracın üzerine düşerek zarara sebebiyet veren bacanın apartmanın ortak kullanımında mı, yoksa davalı A.’nın dairesine münhasır olmak üzere onun tarafından mı yaptırıldığının, gerektiğinde mahallinde konusunda uzman bilirkişilerle keşif yapılarak tespit edilmesi, bacanın ortak kullanıma ait olmadığı belirlenmesi halinde kazanılmış haklar da gözetilerek kullanan daire sahibi dışındaki temyize gelen tüm davalıların zarardan sorumlu olmayacakları hususunun gözetilerek sonucuna göre bir karar verilmesi” gerektiğine hükmedilmiştir. Bkz. Yargıtay 17. Hukuk Dairesi, E. 2008/2332, K. 2008/4087, 16.09.2008 (HukukTürk).

- Toplu yapı düzeninde ise, yine her kat maliki kendi bağımsız bölümünden kaynaklanan zararlardan sorumlu olmaya devam etmekle birlikte, ortak yerler bakımından, blok, ada ya da toplu yapı ortak yeri olup olmamasına göre bir ayırım yapılması gerekir. Örneğin; bir blokun giriş kapısında bulunan camın düşmesi neticesinde bir çocuğun yaralanması olayında, söz konusu giriş kapısı, blok ortak yeri olduğundan, sadece o blok kat malikleri müteselsilen sorumlu olur; diğer blok kat maliklerinin ise sorumluluğu doğmaz.

Öte yandan, tüm bağımsız bölümlerin kullanımına tahsis edilen, toplu yapı ortak yeri niteliğindeki bir çocuk parkında oynayan çocuğun bindiği salıncağın zincirinin kopması, yüzme havuzuna giren kişinin elektrik kaçağı nedeniyle elektrik akımına kapılması, açık otopark alanındaki aydınlatma direğinin, park halindeki aracın üzerine düşmesi olaylarında, tüm kat malikleri müteselsilen sorumludur.

b) Toplu Yapı Bakımından

i. Toplu Yapı Kavramı

1965 kabul tarihli 634 sayılı KMK hazırlanırken *tek parsel, tek yapı* düşüncesinden hareket edilmiştir.^[50] Ancak zaman içerisinde ortaya çıkan nüfus artışı ve kente göç nedeniyle artan konut ve işyeri ihtiyacını karşılamak amacıyla, bir ya da birden fazla parsel üzerinde birden fazla yapıdan (blok) oluşan siteler inşa edilmeye başlamıştır. Bu tür yerleşim düzenlerini de kanunun kapsamına dâhil etmek amacıyla, öncelikle 1983 yılında KMK'ye eklenen madde ile tek parsel üzerinde birden fazla blok bulunması olgusu düzenlenmiştir (ek madde 3). 2007 yılında ise 5711 sayılı Kanun^[51] ile

[50] “Kat Mülkiyeti Kanunu hazırlanırken, uygulamada, belli bir arsa (parsel) üzerinde yapılmış veya yapılacak birden çok bağımsız bölümü kapsayan tek bir yapı söz konusu olmakta ve bütün olarak yer ve tesisler tek parsel ve tek yapı içinde yer almaktaydı. Bu nedenle, Kat Mülkiyeti Kanununda da, bağımsız bölümler üzerindeki mülkiyet hakkı, ortak yerler ve onlardan faydalanma, anagayrimenkulün yönetimi, ortak giderlere katılma gibi hususlar düzenlenirken tek parsel, tek yapı düşüncesinden hareket edilmiştir”. Bkz. 5711 sayılı Kanun Genel Gerekeçe, <https://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0332.pdf> (E.T. 10.01.2023). Ayrıca bkz. Eren, *Mülkiyet Hukuku*, 186.

[51] 14.11.2007 tarih ve 5711 sayılı Kat Mülkiyeti Kanununda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun, (RG 28.11.2007/26714).

KMK'ye yeni bir bölüm eklenerek, “toplu yapılara ilişkin özel hükümler” başlıklı dokuzuncu bölüm altında yapılan düzenleme ile “toplu yapı” kavramı mevzuatımıza girmiştir (KMK m. 66-74). Günlük dilde, toplu yapı yerine daha ziyade “site” kavramı kullanılmaktadır. Böylelikle, “toplu kat mülkiyeti” adı verilen bu sistem ile site şeklinde kat mülkiyeti müşterek yönetimin kurulmasına olanak verilmiştir^[52]. Toplu yapılar bakımından öngörülen özel hükümler saklı kalmak üzere, KMK'de yer alan bütün hükümler, toplu yapılar hakkında da aynen veya kıyasen uygulanır (KMK m. 74).

Toplu yapı kavramı, “bir veya birden çok imar parseli üzerinde, belli bir onaylı yerleşim plânına göre yapılmış veya yapılacak, alt yapı tesisleri, ortak kullanım yerleri, sosyal tesis ve hizmetler ile bunların yönetimi bakımından birbirleriyle bağlantılı birden çok yapıyı ifade eder” (KMK m. 66/I). Bu tanımdan hareketle, toplu yapının unsurları şu şekilde sıralanabilir^[53]: tek ya da birden fazla parsel üzerinde inşa edilmiş birden fazla yapı bulunması, bu yapılar arasında altyapı tesisleri, ortak kullanım yerleri, sosyal tesis ve hizmetler yönünden bağlantı bulunması ve bu yapılar ile ortak yerler arasında yönetim bakımından bağlantı bulunmasıdır. Birden fazla yapı, blok şeklinde olabileceği gibi, blok niteliğinde olmayan yapılar (örneğin, müstakil olarak inşa edilen bağımsız bölümler) da olabilir.

ii. Toplu Yapılarda Ortak Yerlere İlişkin Yönetim Düzeni

Toplu yapı rejiminin en önemli sorunu, ortak yerlerin belirlenmesi ve bu tür yerlere uygulanacak olan hükümlerin tespitidir.^[54] Toplu yapılarda yönetimin etkinlik alanını, ana taşınmaz ve ana taşınmazda yer alan ortak yerler oluşturur.^[55] “Yönetim” başlıklı KMK m. 69 hükmünde, toplu yapılar bakımından üç başlı yönetim tarzı benimsenmiş ve bu doğrultuda, birden fazla kat malikleri kurulu öngörülmüştür.^[56] Toplu yapılarda ana yapıda ortak

[52] Ertaş, *Eşya Hukuku*, 487.

[53] Akçaal, *Eşya Hukuku*, 567.

[54] Aybay ve Hatemi, *Eşya Hukuku*, N. 7.

[55] Seda Öktem-Çevik, *Toplu Yapılar*, 83.

[56] Toplu yapının tek ya da birden fazla ada üzerine kurulu olduğu durumlarda, toplu yapı yönetimi, blok kat malikleri kurulu ile toplu yapı kat maliklerinden oluşur. Ada kat malikleri kurulu ise, toplu yapının birden fazla adadan oluşması durumunda

yerleri olan yapılar, “blok yapı” olarak adlandırılır. Blok yapıların her biri, kendi sorunlarına ve yalnız o bloğa ait ortak yerlere ilişkin olarak, o blokta bulunan bağımsız bölüm maliklerinden oluşan blok kat malikleri kurulu tarafından yönetilir (KMK m. 69/I, c.1). Bir adada birden fazla parsel bulunuyorsa, aynı adada yer alan parsellerin ortak yerlerinin yönetimi, o adada bulunan tüm bağımsız bölüm maliklerinin oluşturduğu ada kat malikleri kurulu tarafından üstlenilir (KMK m. 69/II, c.1). Birden fazla adaya yayılan toplu yapılar bakımından ise toplu yapı ortak yerlerin yönetiminde, toplu yapı kapsamındaki tüm bağımsız bölüm maliklerinden oluşan “toplu yapı kat malikleri kurulu” yetkilidir (KMK m. 69/III, c.1).

Bu düzenlemelerden hareketle, toplu yapılarda ortak yerler üçlü bir ayrıma tâbi tutulur: blok ortak yeri, ada ortak yeri ve toplu yapı ortak yeri. Blok kat malikleri kurulunun yetkisi, “blokun kendi sorunları ile yalnız o bloka ait ortak yerler” ile sınırlandırılmıştır. Bu kapsamda ilk akla gelen blok ortak yerleri, bloğun çatısı, asansörü, merdiven boşluğu vb. yerlerdir. Ada ortak yerlerinin başlıca örnekleri ise sosyal tesis, bahçe, yüz havuzu, parklar vb. yerlerdir. Toplu yapıya ilişkin ortak yerlerin kapsamını belirleyen KMK m. 67 hükmünde ise, iki çeşit toplu yapı ortak yeri düzenlenmiştir. Bunlardan ilki, bir ya da birden fazla parsel üzerinde yer alan ortak yerlerdir. Bu tür yerler, özgülendikleri parsellerde yer alan bağımsız bölümlerin ortak yeri olur (KMK m. 67/I). Esasında, KMK m. 67/I hükmünde, bir ya da birden fazla parsel üzerinde yer alan, toplu yapı kapsamındaki bağımsız bölümlerin kullanımına tahsisli ortak yerler tanımlanmamış, sadece bu tür yerlerle ilgili tapu kaydının nasıl tutulacağı belirtilmiştir.^[57] İkincisi ise, ortak yer için ayrı bir parsel tahsis edilmemiş olmasına rağmen, söz konusu ortak sosyal ya da altyapı tesisinin, sadece yer aldığı parseldeki bağımsız bölümlere, o parselde birlikte diğer parsellere ya da tüm bağımsız bölümlere özgünlendiği olmasıdır. Bu durumda da söz konusu yer, özgülendiği bağımsız bölümün ortak yeri kabul edilir (KMK m. 67/II).

Bu ayrıma rağmen, somut olaya konu ortak yer bakımından yetkili yönetim kurulunun tespitinin her zaman kolay olmadığı durumlarla karşılaşılması mümkündür. Bu tür durumlardan ilki, blok ortak yeri olmasına rağmen,

söz konusu olur; toplu yapının tek adadan oluşması durumunda ada kat malikleri kuruluna ihtiyaç olmayacaktır. Bkz. Öktem-Çevik, *Toplu Yapılar*, 91 vd.

[57] Bkz. Aybay ve Hatemi, *Eşya Hukuku*, N. 9.

verilecek kararın niteliği gereği tüm toplu yapıyı ilgilendiriyor olmasıdır. Bunlar, artık sadece o blokun *kendi sorunu* olmaktan çıkan, toplu yapının tamamının güvenliğini, estetik görünümünü vb. etkileyen konulardır. Blokun dış cephe boyası, blok çatısına havalandırma sistemi koyulması bu tür konulara örnek teşkil eder. İkincisi ise, blok ortak yerinin aynı zamanda ada ya da toplu yapı ortak yeri olmasıdır. Her iki durumda da (yönetim planında konuya ilişkin bir düzenleme bulunmuyorsa) menfaat kriterinden hareketle yönetim yetkisinin hangi kurula ait olduğu belirlenmelidir.^[58] Bu doğrultuda, ilk tür durumlarda, toplu yapı kat malikleri kurulunun yetkili olduğu kabul edilmeli, ikinci tür durumlarda ise, hangi tarafın menfaati ağır basıyorsa, o tarafın kat malikleri kurulunun yetkili olduğu sonucuna varılmalıdır. Klasik kat mülkiyetinden farklı olarak, toplu yapı düzeninde ortak yerin niteliğine göre toplu yapı yönetimi de iç içe geçmiş üç başlı yönetim düzeni çerçevesinde birden çok kat malikleri kurulu tarafından üstlenildiğinden,^[59] hangi kat malikleri kurulunun yetkili olduğunun tespiti, ortak yerlerden kaynaklanan zararlar bakımından kat maliklerinin yapı maliki sıfatıyla sorumluluğu bakımından hangi malikler kurulunda yer alan kat maliklerinin sorumlu olacağıın belirlenmesi bakımından önem arz eder.

Toplu yapılar da KMK çerçevesinde kat mülkiyeti düzenine tâbidir; kat malikleri, bağımsız bölüm üzerinde müstakil mülkiyet hakkına, ortak yerler üzerinde ise, eşyaya bağlı mülkiyet ilişkisi çerçevesinde paylı mülkiyet hakkına sahiptir. Dolayısıyla paylı mülkiyet ilişkisinde yapı malikinin sorumluluğu bakımından benimsenen yaklaşım, toplu yapı kapsamındaki ortak yerlerdeki yapıım bozukluğu veya bakım eksikliği nedeniyle üçüncü kişilerin uğradığı zarardan, kat maliklerinin yapı maliki sıfatıyla sorumluluğu bakımından da geçerli olur. Hangi kat maliklerinin sorumlu olduğu ise somut olayda zararın kaynaklandığı ortak yerin niteliğine göre belirlenir.

[58] Ayrıntılı bilgi için bkz. Öktem-Çevik, *Toplu Yapılar*, 93 vd.

[59] Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, 720; Akçaal, *Eşya Hukuku*, 568-569.

B) KAT MÜLKİYETİNDE YAPI MALİKİNİN SORUMLULUĞUNUN HUKUKİ NİTELİĞİ

1- Genel Olarak

Klasik kat mülkiyeti düzenine tâbi olan yapılar bakımından öngörülen mülkiyet ilişkisinden hareketle, bir bağımsız bölümdeki yapıım bozukluğu veya bakım eksikliği nedeniyle üçüncü kişinin uğradığı zarardan, söz konusu bağımsız bölüm üzerinde tek kişi mülkiyeti bulunuyorsa, TBK m. 69 uyarınca kat maliki tek başına sorumlu olacaktır. Hukuki açıdan asıl çözülmesi gereken mesele ise, birden fazla kişinin malik sıfatına sahip olduğu ortak yerlerdeki yapıım bozukluğu veya bakım eksikliği nedeniyle zarara uğrayan üçüncü kişilere karşı birden fazla kat malikinin sorumluluğunun hukuki niteliğinin belirlenmesidir.

2- Ortak Yerler Nedeniyle Kat Maliklerinin Yapı Maliki Sıfatı ile Birlikte Sorumluluğunun Hukuki Niteliği

Kat mülkiyeti ilişkisinde ortak yerlerdeki yapıım bozukluğu veya bakım eksikliği nedeniyle üçüncü kişinin uğradığı zarardan kat maliklerinin birlikte sorumluluğunun niteliği tartışmalıdır. Esasında bu tartışma, zarara sebep olan yapı eserin paylı mülkiyete tâbi olması durumunda, paylı maliklerin yapı maliki sıfatıyla sorumluluğunun hukuki niteliğine ilişkin görüş farklılığından kaynaklanmaktadır. Elbirliği mülkiyeti ilişkisinde, ortakların belirlenmiş payları olmayıp^[60] her bir malikin mülkiyet hakkı o şeyin tamamına yaygın olduğundan (TMK m. 701/II), maliklerin yapı maliki sıfatıyla müteselsilen sorumlu oldukları tartışmasız kabul edilmektedir.^[61]

[60] Elbirliği mülkiyeti ilişkisinde ortaklık üyeleri, paylı mülkiyetten farklı olarak, paydaş olarak değil, *ortak* olarak nitelendirilir. Bkz. Eren, *Mülkiyet Hukuku*, 128.

[61] Furrer, Müller-Chen ve Çetiner, *Borçlar Hukuku*, N. 1055; Schwenzer, *Schweizerisches Obligationenrecht*, N. 53.27; Karl Oftinger and Emil Stark, *Schweizerisches Haftpflichtrecht, Zweiter Band: Besonderer Teil, Erster Teilband: Verschuldenshaftung, gewöhnliche Kausalhaftungen, Haftung aus Gewässerverschmutzung* (Zürich: Schulthess Verlag, 1987), §19 N. 30; Fellmann and Kottmann, *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, N. 904; Tandoğan, *Kusura Dayanmayan*, 168; Erten, *Bina ve İnşa Eseri*, 183; Ahmet M. Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 19. Baskı, (Ankara: Turhan Kitabevi, 2015), 364; Antalya, *Borçlar Hukuku*, N. 1679; Baş, *Bina veya Yapı Eserleri*, 140.

Paylı mülkiyet ilişkisi bakımından ise bu mesele tartışmalıdır.^[62] Bu tartışma çerçevesinde ileri sürülen iki temel görüşten biri, müteselsil sorumluluk esasını savunurken^[63], diğer görüş, paylı maliklerin payları oranında sorumlu olması gerektiği yönündedir.^[64] Müteselsil sorumluluk görüşünün hareket noktası, TBK m. 69 hükmünde düzenlenen sorumluluğun malik sıfatına bağlanmış olmasıdır.^[65] Buna göre, sorumluluk paya değil, malik olmaya bağlı olduğundan, malik sıfatına sahip paylı maliklerin tümü yapı maliki sıfatıyla müteselsilen sorumlu olmalıdır. Pay oranında sorumluluk görüşü ise, müteselsil sorumluluğun ancak kanunda öngörülen hâllerde söz konusu olması esasına (TBK m. 162/II) dayanmaktadır. Bu tartışmanın pratik önemi her bir paydaşın zarar görene karşı sorumluluğunun belirlenmesinde ortaya çıkar. Pay oranında sorumluluk görüşü benimsenirse, zarar gören, her bir paydaşı ayrı ayrı payı oranında dava etmek zorunda kalacakken, müteselsil sorumluluk durumunda, pay oranına bakmaksızın zararın tamamı için her bir paydaşa karşı dava açabilecektir.

Paylı mülkiyet ilişkisindeki bu tartışma çerçevesinde paylı malikler bakımından kabul edilen çözüm tarzı, kat mülkiyeti ilişkisinde paylı mülkiyete tâbi olan ortak yerlerdeki yapıım bozukluğu/bakım eksikliği nedeniyle üçüncü kişilerin uğradığı zararlardan kat maliklerinin sorumluluğu açısından da geçerli olur. Doktrinde her iki yönde de görüş mevcuttur.^[66] İsviçre dokt-

[62] Doktrinsel tartışma hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Erten, *Bina ve İnşa Eseri*, 183 vd.

[63] Oftinger and Stark, *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, §19 N. 30; Schwenzer, *Schweizerisches Obligationenrecht*, N. 53.27; Furrer, Müller-Chen ve Çetiner, *Borçlar Hukuku*, N. 1055; Eren, *Borçlar Hukuku*, N. 2046; Baysal, *Haksız Fiil Hukuku*, N. 3.115.

[64] Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku*, N.546; Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku*, 363.

[65] Oftinger and Stark, *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, §19 N.30; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, *Borçlar Hukuku*, 703, dn. 14b. Bakım eksikliğinden doğan zarardan, intifa hakkı ve oturma hakkı sahiplerinin, malik olmamalarına rağmen malik ile birlikte müteselsil sorumluluğu kabul edilmişken, paylı mülkiyette paydaşların müteselsil sorumlulukları evleviyetle kabul edilmelidir. Bkz. Baş, *Bina veya Yapı Eserleri*, 142; İnan ve Yücel, *Borçlar Hukuku*, 426.

[66] Müteselsil sorumluluk görüşünü savunan yazarlar için bkz. Tandoğan, *Kusura Dayanmayan*, 169; Eren, *Borçlar Hukuku*, N. 2046; Erten, *Bina ve İnşa Eseri*, 186;

rininde hakim görüş, müteselsil sorumluluk yönündedir.^[67] Kat mülkiyeti ilişkisinde ortak yerlerden kaynaklanan zararlardan kat maliklerinin payları oranında sorumlu tutulması görüşünü savunan *Kılıçoğlu*, bu görüşüne bir başka dayanak noktası olarak, KMK m. 20/I-b uyarınca, kat maliklerinin, aksine anlaşma olmadıkça, ana taşınmazın tüm ortak yerlerinin bakım, koruma, güçlendirme ve onarım giderlerinden arsa payları oranında sorumlu olmalarını, ortak yerlerin bakım ve onarımında tek başına karar yetkisine sahip olmamalarını göstermektedir.^[68] Ortak yerlerden kaynaklanan zararlardan kat maliklerinin sorumluluğu bakımından, TBK m. 69 hükmünü KMK m. 20/I-b ile birlikte değerlendiren Yargıtay kararları da bulunmaktadır.^[69]

İsviçre Federal Mahkemesi, paylı maliklerin yapı maliki sıfatıyla müteselsil sorumlu olacakları görüşündedir.^[70] Yargıtay'ın eski tarihli kararlarında hem müteselsil sorumluluk^[71], hem pay oranında sorumluluk^[72] görüşüne rastlanmaktadır. Öte yandan, kat mülkiyetine ilişkin yeni tarihli kararlarda, Yargıtay'ın, pay oranında sorumluluk esasını benimsediği görülmektedir.^[73]

Kanaatimizce; bu hukuki meselenin çözümünde öncelikle söz konusu kanun hükmünün ruhu araştırılarak sorumluluk normunun amacı belirlenmelidir. TBK m. 69 hükmünde öngörülen sorumluluk, yapı eserinden

Baş, *Bina veya Yapı Eserleri*, 143-4. Pay oranında sorumluluk görüşünü savunan yazarlar için bkz. *Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku*, 363.

[67] Fellmann and Kottmann, *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, N. 905.

[68] Bkz. *Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku*, 364.

[69] Yargıtay 17. Hukuk Dairesi, E. 2016/270, K. 2016/1398, 09.02.2016; Yargıtay 17. Hukuk Dairesi, E. 2014/5094, K. 2016/7051, 09.06.2016 (Lexpera).

[70] BGE 117 II 50.

[71] Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, E. 1979/8805, K. 1980/2578, 28.02.1980 (Lexpera).

[72] Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, E. 1971/10793, K. 1972/1605, 28.02.1972 (HukukTürk).

[73] Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, E. 2009/6763, K. 2010/3248, 23.03.2010 (Lexpera); 17. Hukuk Dairesi, E. 2007/2869, K.2008/5694, 23.12.2008 (Lexpera); Yargıtay 17. Hukuk Dairesi, E. 2007/3175, K. 2008/413, 31.01.2008 (Lexpera); Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E. 2004/10130, K. 2005/6814, 27.06.2005 (HukukTürk); Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E. 2003/2484, K. 2003/8484, 29.09.2003 (HukukTürk); Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E. 2001/10753, K. 2002/2875, 01.04.2002 (HukukTürk).

en üst düzeyde faydalanan, eşya üzerinde en geniş yetkiye sahip kişi olan malike yükletilmiştir. Diğer bir ifadeyle, sorumluluk malik olma sıfatına bağlanmış ve sorumluluğun süjesi yapı eserinin maliki olarak belirlenmiştir. Özel mülkiyet, hak sahibinin bir ya da birden çok kişi olmasına göre, “tek başına mülkiyet” ve “toplu (birlikte) mülkiyet” şeklinde ikiye ayrılır. Toplu mülkiyetin türlerinden biri olan elbirliği mülkiyeti, aralarında kanunda öngörülen bir ortaklık bağı bulunan kişilerin bir mala birlikte malik olma hâlidir. Elbirliği mülkiyetinde malvarlığı, aynı anda ortakların tümüne ait olur; ortakların her birinin hakkı, ortaklığa giren malların tamamına yaygındır (TMK m. 701/II). Dolayısıyla, ortakların tümü aynı anda mülkiyet hakkının sahibidir. Elbirliği ortaklığı tüzel kişiliğe sahip olmadığından, Türk Hukukunda kabul gören görüşe göre, tek bir mülkiyet hakkına ortakların tümü hep birlikte sahiptir.^[74] Toplu mülkiyetin diğer türü olan paylı mülkiyet ilişkisinde ise paydaşlar, bir şeyin tamamına belli paylarla maliktir (TMK m. 688/I). Ancak mülkiyet konusu olan eşya, paydaşlar arasında fiziken bölünmüş değildir; bölünmüş gibi görünen şey, mülkiyet hakkından doğan yetki ve ödevlerdir. Paylar, hem paydaşların eşya üzerindeki yetki ve yükümlülüklerini gösterir hem de *paydaşlar arasındaki iç ilişkiyi (karşılıklı hak ve borçlarını) belirler*.^[75] Mülkiyet hakkının kendisi, tüm olarak paydaşların hepsine birden ait olmaya devam eder.^[76]

Bu çerçevede, yapı eseri üzerinde toplu mülkiyet bulunması durumunda, elbirliği mülkiyeti ilişkisinde her ortak, paylı mülkiyet ilişkisinde ise her paydaş malik sıfatına sahiptir. Dolayısıyla her iki durumda da TBK m. 61 uyarınca birden fazla kişinin aynı zarardan aynı kusursuz sorumluluk sebebine dayanan müteselsil sorumluluğunun doğacağı kanaatindeyiz. Paylı mülkiyet ilişkisinde malikler arasındaki iç ilişkiyi belirleyen kuralların ise (taşınmazın bakım giderlerine belirli bir oranda katılma yükümlülüğünü öngören kurallar vb.), zarar gören ile aralarındaki dış ilişkide sorumluluğun niteliğini belirlemede ölçüt teşkil etmeyeceği, dolayısıyla üçüncü kişi konumundaki zarar görene karşı ileri sürülemeyeceği kanaatindeyiz.

[74] Bkz. Akipek ve Akıntürk, *Eşya Hukuku*, 408-410; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, 346-7.

[75] Bkz. Akipek ve Akıntürk, *Eşya Hukuku*, 389-390; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, 307-9.

[76] Akipek ve Akıntürk, *Eşya Hukuku*, 390.

Kat mülkiyeti ilişkisinde ortak yerler üzerinde kat malikleri paylı mülkiyet hakkına sahip olduğundan, TBK m. 69 bakımından paylı mülkiyette benimsenen yaklaşım tarzı, kat mülkiyetinde ortak yerlerden kaynaklanan zararlardan sorumluluk bakımından da geçerli olur. Tüm bu gerekçelerle, kat mülkiyeti ilişkisinde kat maliklerinin, paylı mülkiyet hakkına sahip oldukları ortak yerlerdeki yapım bozukluğu ya da bakım eksikliği nedeniyle üçüncü kişilerin uğradığı zarardan müteselsilen sorumlu tutulması gerektiği yönündeki görüşü paylaşıyoruz.

SONUÇ

TBK m. 69 hükmünde kusursuz sorumluluk hali olarak düzenlenmiş olan yapı malikinin sorumluluğu, kat mülkiyeti ilişkisi çerçevesinde ortaya çıkabilir. Bu durumda yapı maliki sıfatının kime ya da kimlere ait olduğunun tespiti önem arz eder. Bu tespitte belirleyici olan, yapı m bozukluğu ya da bakım eksikliği sebebiyle zarara sebep olan yerin niteliğidir. Kendine özgü bir mülkiyet düzeni öngören kat mülkiyeti ilişkisinde her kat malikinin kendi bağımsız bölümü üzerinde tek başına mülkiyet, ortak yerler üzerinde ise paylı mülkiyet hakkı bulunur. Yapı malikinin sorumluluğu yapı eserine malik olmaya dayandığından, bağımsız bölümden kaynaklanan zararlar bakımından kat maliki tek başına, ortak yerlerden kaynaklanan zararlar bakımından ise tüm kat malikleri sorumludur.

Klasik kat mülkiyetinden farklı olarak, bir ya da birden fazla parsel üzerinde birbiriyle yönetim bakımından bağlantılı birden çok yapının bulunduğu toplu yapı düzeninde ise, blok-ada-toplu yapı ayrımı doğrultusunda üç başlı yönetim sistemi benimsenerek birden fazla kat malikleri kurulu oluşturulmuştur. Meydana gelen zarardan sorumlu olan kat malikleri, ortak yerin blok, ada ya da toplu yapıya ait olmasına göre belirlenecektir.

Ortak yerlerden kaynaklanan zararlardan sorumluluk bakımından kat maliklerinin payları oranında mı yoksa müteselsilen mi sorumlu olacakları meselesi tartışmalıdır. Kanaatimizce, TBK m. 69 hükmünde düzenlenmiş olan sorumluluğun yapı eserine malik olma sıfatına bağlanmış olmasından hareketle gerek elbirliği mülkiyeti gerekse paylı mülkiyet ilişkisinde maliklerin zarar gören kişiye karşı TBK m. 61 uyarınca müteselsilen sorumlu olduğu kabul edilmelidir. Kat mülkiyeti düzeninde kat maliklerinin ortak yerlerin bakım ve onarım masraflarından, kural olarak, arsa payları oranında sorumlu olmalarına ilişkin KMK m. 20/I-b hükmünde yer alan düzenleme de kat malikleri arasındaki iç ilişkiyi düzenleyen bir kural olup, zarar gören üçüncü kişi ile aralarındaki hukuki ilişkinin niteliğini belirlemede bir ölçüt teşkil etmemektedir. Ayrıca, TBK m. 69 hükmünde düzenlenen sorumluluğun, bir genel sorumluluk normu olarak, zarar görenin gerek kat maliki gerekse kat maliki sıfatına sahip olmayan bir üçüncü kişi olduğu durumlarda uygulanacağı kanaatindeyiz.

KAYNAKÇA

- Akçal, Mehmet. *Eşya Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2021.
- Akipek, Jale ve Turgut Akıntürk. *Eşya Hukuku*. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2009.
- Antalya, Gökhan. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt. V/1,2*. 2. Baskı. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019.
- Aybay, Aydın ve Hüseyin Hatemi. *Eşya Hukuku*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2009.
- Aydoğdu, Murat ve Serdar Nart. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2022.
- Baş, Ece. *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Açısından Bina veya Yapı Eserlerinden Doğan Sorumluluk (TBK m. 69, BK m. 58)*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2011.
- Baysal, Başak. *Haksız Fiil Hukuku (BK m.49-76)*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019.
- Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. 26. Baskı. Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2021.
- Eren, Fikret. *Mülkiyet Hukuku*. 4. Baskı. Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2016.
- Ertaş, Şeref. *Eşya Hukuku*. 16. Baskı. İzmir: Barış Yayınları, 2021.
- Erten, Ali. *Türk Borçlar Hukukuna Göre Bina ve İnşa Eseri Sahiplerinin Sorumluluğu (BK. md. 58)*. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2000.
- Fellmann, Walter and Andrea Kottmann. *Schweizerisches Haftpflichtrecht, Band I: Allgemeiner Teil sowie Haftung aus verschulden und Persönlichkeitsverletzung, gewöhnlichen Kausalhaftungen des OR, ZGB und PrHG*. Bern: Stämpfli Verlag, 2012.
- Furrer, Andreas, Markus Müller-Chen ve Bilgehan Çetiner. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021.
- Gümüş, Mustafa Alper. *Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2021.

- Gürsoy, Kemal, Fikret Eren ve Erol Cansel. *Türk Eşya Hukuku*. Ankara: Sevinç Matbaası, 1978.
- Hatemi, Hüseyin, Rona Serozan ve Abdülkadir Arpacı. *Eşya Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 1991.
- İnan, Ali Naim ve Özge Yücel. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2014.
- Kılıçoğlu, Ahmet M. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. 19. Baskı. Ankara: Turhan Kitabevi, 2015.
- Nomer, Halûk N. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. 18. Baskı. İstanbul, Beta Yayıncılık, 2021.
- Oftinger, Karl and Emil Stark. *Schweizerisches Haftpflichtrecht, Zweiter Band: Besonderer Teil, Erster Teilband: Verschuldenshaftung, gewöhnliche Kausalhaftungen, Haftung aus Gewässerverschmutzung*. Zürich: Schulthess Verlag, 1987.
- Oğuzman, Kemal ve Turgut Öz. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.2*. 16. Baskı. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2021.
- Oğuzman, Kemal, Özer Seliçi ve Saibe Oktay-Özdemir. *Eşya Hukuku*. 15. Baskı. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2012.
- Öktem-Çevik, Seda. *Toplu Yapılarda Yönetim*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2010.
- Schwenzer, Ingeborg. *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*. 8. Auflage. Bern: Stämpfli Verlag, 2020.
- Sirmen, Lale. *Eşya Hukuku*. 7. Baskı. Ankara: Yetkin Yayınları, 2019.
- Şengül, Mehmet. “Kat Mülkiyetinde Ortak Yer ve Tesislerin Niteliğinin Değiştirilmesi.” *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 18, no. 3 (Aralık, 2012): 201-231.
- Tandoğan, Halûk. *Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku*. Ankara: Turhan Kitabevi, 1981.
- Tekinay, Selahattin Sulhi, Sermet Akman, Haluk Burcuoğlu ve Atilla Altop. *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt.1*. 6. Bası. İstanbul: Filiz Kitabevi, 1988.

Ferhat CANBOLAT
Dila OKYAR

Topuz, Murat. *Türk Özel Hukukunda Taşınmaz Mülkiyeti*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020.

Ünlütepe, Mustafa. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.

The Cyprus Problem and the Fenced-Off Varosha: An Analysis of the Judgments*

Meliz ERDEM**

Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK–ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.

* The author has been a lawyer at the Immovable Property Commission at the time of the research. The author declares that any opinions in this article are personal and do not represent those of people or institutions that the author may be associated.

** Dr. Lecturer, Bahçeşehir Cyprus University, Faculty of Law. melizerdem@yahoo.com; meliz.erdem@baucyprus.edu.tr, **ORCID ID:** 0000-0001-7923-8430.

Date of issue: 18th July 2022 **Date of acceptance:** 7th March 2023

Cite: Erdem, Meliz. “The Cyprus Problem and the Fenced-Off Varosha: An Analysis of the Judgments.” *Journal of Ankara Bar Association* 81, no. 2 (April 2023): 57-88. **DOI:** 10.30915/abd.1145674

**THE CYPRUS PROBLEM AND
THE FENCED-OFF VAROSHA:
AN ANALYSIS OF THE JUDGMENTS**

ABSTRACT

Negotiations continuing for more than forty-five years under the auspices of the United Nations (UN) in resolving Cyprus problem have to date ended without agreement. The property dispute has been one of the aspects of the problem. The Immovable Property Commission (IPC) established in the north to examine claims of Greek Cypriots who abandoned their properties has been a development in this regard. In this respect, the properties remaining in the fenced-off area of Varosha deserve a separate analysis.

Fenced-off Varosha has been a military zone since the Turkish military intervention of 1974. The UN Security Council Resolutions 550 (1984) and 789 (1992) state that it should be transferred to the administration of the UN for resettlement of its inhabitants. Following the decision of the Turkish Republic of Northern Cyprus (TRNC) in 2020 to demilitarize and open the area up for its original inhabitants, which was also supported by calls from the Republic of Türkiye, the political implications of this move have been subject of various discussions.

However, this article attempts to shed light upon the domestic decisions and judgments in relation to properties remaining in this area, the claims by the *Evkaf* Administration of Cyprus and the implications these might have on the Greek Cypriots property rights. The issue has two dimensions: First is the question of what could the impact of the initiative by the Turkish authorities on the prospect of Greek Cypriot property claims be? Second is the question of how could the approach of the IPC affect the prospect of Greek Cypriot claims before the European Court of Human Rights (ECtHR)?

Keywords:

Cyprus

Varosha

European Convention on Human Rights

Immovable Property Commission

property

KIBRIS SORUNU VE KAPALI MARAŞ: MAHKEME KARARLARININ ANALİZİ

ÖZ

Kıbrıs sorununun çözümü için Birleşmiş Milletler'in (BM) gözetimi altında *kırk beş yıldan fazla bir süredir devam eden müzakereler* bugüne değin sonuçsuz kalmıştır. Mülkiyete dair uyuşmazlık sorunun sadece bir boyutu olarak varlığını sürdürmektedir. Bu bağlamda, Taşınmaz Mal Komisyonu'nun (TMK) Kıbrıslı Rumların adanın kuzey tarafında terketmiş oldukları mallara dair taleplerini ele almak üzere kurulması bugüne kadar gerçekleşen gelişmelerden biri olarak tanımlanabilir. Bu *çerçevenin bir parçası olarak*, Kapalı Maraş bölgesinde bulunan malların ayrıca ele alınması gerekmektedir.

Kapalı Maraş 1974'te gerçekleşen Türkiye müdahalesinden bu yana askeri bölge statüsündedir. BM Güvenlik Konseyi'nin 550 (1984) ve 789 (1992) no'lu kararları bölgenin BM idaresine devredilerek önceki mal sahiplerinin yerleşimine açılmasını öngörmektedir. 2020 yılında KKTC tarafından alınan ve Türkiye tarafından da desteklenen çağrılar sonucunda bölgenin askeri bölge olmaktan çıkarılarak açılması kararı birçok tartışmaya neden olmuş ve ağırlıklı olarak bu açılımın siyasi etkileri masaya yatırılmıştır.

Bununla birlikte, bu makale bölgede bulunan mallarla ilgili alınmış olan yerel karar ve mahkeme kararlarına *ışık tutmayı*, Kıbrıs Vakıflar İdaresi (*Evkaf*)'ın bu bölgedeki mallar üzerindeki hak iddialarını ve bu gelişmelerin Kıbrıslı Rumlar'ın mülkiyet hakları açısından olası sonuçlarının neler olabileceğini ele almayı amaçlamaktadır. Konunun iki boyutu bulunmaktadır: Birincisi, Türk tarafının açılıma dair aldığı bu inisiyatifin Kıbrıslı Rumlar'ın *mülkiyet hakları üzerinde nasıl bir etkisi olabileceği sorunsalıdır*. İkincisi ise *TMK tarafından izlenecek yolun Kıbrıslı Rumlar'ın Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) önündeki talepleri açısından doğruracağı etkinin ne olabileceğidir*.

Anahtar kelimeler:

Kıbrıs

Maraş

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

Taşınmaz Mal Komisyonu

mülkiyet

INTRODUCTION

The island of Cyprus has been divided since 1974.^[1] A UN buffer zone separates Turkish Cypriots in the north from Greek Cypriots in the south.^[2] The background of the conflict lies with an ethnic struggle between the two major communities—the Greek and Turkish Cypriots.^[3] It should be noted that the history illustrates the roots of the conflict began prior to a period before 1974, but the line which divides the island dates back to 1974.^[4]

For over forty-five years, the efforts of the UN in finding a solution to the conflict in Cyprus have not been successful. Meanwhile, an innovative development has so far been the establishment of the IPC in the north to address Greek Cypriot property claims.^[5] The IPC was established in 2005 following the European Court of Human Rights (ECtHR or the Court)

[1] Frank Hoffmeister, *Legal Aspects of the Cyprus Problem, Annan Plan and EU Accession* (Nijhoff, 2006), 34-38.

[2] Hoffmeister, *Legal Aspects of the Cyprus Problem*, 50.

[3] Zaim M. Necatigil, *The Cyprus Question and the Turkish Position in International Law*, 2nd ed (Oxford University Press, 1990), Chapter 1; Hoffmeister, *Legal Aspects of the Cyprus Problem*, Chapter 1; for a general evaluation of the conflict see also Niyazi Kızılyürek, *Milliyetçilik Kaskacında Kıbrıs* [Cyprus in the Claws of Nationalism], (İletişim Yayınları, 2002); Niyazi Kızılyürek, “Historical Grounds of a Federal State in Cyprus,” in *The Cyprus Conflict: Looking Ahead*, ed. Ahmet Sözen (Eastern Mediterranean University Press, 2008); Niyazi Kızılyürek, *Bir Hınç ve Şiddet Tarihi: Kıbrıs'ta Statü Kavgası ve Etnik Çatışma* [A History of Vengeance and Violence: Battle of Status and Ethhic Conflict in Cyprus] (İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2016).

[4] Hoffmeister, *Legal Aspects of the Cyprus Problem*, Chapter 2.

[5] Meliz Erdem and Steven Greer, “Human Rights, the Cyprus Problem and the Immovable Property Commission,” *ICLQ* 67, (2018): 721; Nasia Hadjigeorgiou, “Joannou v. Turkey: An Important Legal Development and a Missed Opportunity,” *European Human Rights Law Review* 2, (2018): 168; Elena K. Proukaki, “The Right of Displaced Persons to Property and to Return Home after Demopoulos,” *Human Rights Law Review* 14, no. 4, (2014): 701; Mustafa Erçakıca, *Kendi Kaderini Tayin Etme Hakkı ve Devletlerin Tanınması İlişkisi: Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Örneği Çerçevesinde Bir İnceleme* [The Relationship Between the Right to Self-Determination and the Recognition of States: An Examination within the Framework of the Turkish Republic of Northern Cyprus] (Oniki Levha Yayıncılık, 2020), 150.

decisions, namely *Xenides-Arestis v Turkey* and *Demopoulos and others v Turkey*,^[6] to compensate, provide restitution or exchange of properties in question abandoned by Greek Cypriots when the island was divided.^[7] However, the properties remaining in the fenced-off area of Varosha needs particular attention as this area has been a military zone since 1974. In addition, the UN stressed several times that any attempt to settle any part of Varosha by people other than its inhabitants is inadmissible and that no actions should be carried out in relation to this area that are not in accordance with its resolutions.^[8] On the other hand, in line with the above stated ECtHR decisions, the properties remaining in the fenced-off zone falls under the IPC's jurisdiction regardless of its military status.^[9] However, claims by *Evkaf* Administration of Cyprus over properties in fenced-off Varosha makes the issue even more complicated. In this regard, the future of the properties in the area is one of the most serious issues that the IPC and the ECtHR will have to rule on which also concerns the effectiveness of the IPC.

[6] ECHR, *Xenides-Arestis/Turkey* (Admissibility), App. No: 46347/99, 14 March 2005, ECHR, *Xenides-Arestis/Turkey* (Merits), App. No: 46347/99, 22 December 2005; *Xenides-Arestis/Turkey* (Just Satisfaction) App. No: 46347/99, 7 December 2006; ECHR *Demopoulos and others/Turkey* (Admissibility), Apps. Nos: 46113/99, 3843/02, 13751/02, 13466/03, 10200/04, 14163/04, 19993/04, 21819/04, 1 March 2010.

[7] Law No 67/2005, "Law for the Compensation, Exchange and Restitution of Immovable Properties which are within the Scope of Sub-Paragraph (b) of Paragraph 1 of Article 159 of the Constitution".

[8] Security Council Resolution 550 (1984), S/Res/550 (11 May 1984); Security Council Resolution 789 (1992), S/Res/789 (25 November 1992); UN Security Council, "Statement by the President of the Security Council," S/PRST/2021/13 (23 July 2021); in this statement it was stated "*The Security Council reaffirms the status of Varosha as set out in previous United Nations Security Council resolutions, including resolution 550 (1984) and resolution 789 (1992). The Security Council reiterates that any attempt to settle any part of Varosha by people other than its inhabitants is inadmissible and that no actions should be carried out in relation to Varosha that are not in accordance with its resolutions.*".

[9] See Article 3 (Purpose) of the Law No. 67/2005.

Upon recent developments with respect to the Turkish side's plan to demilitarize and open this particular area up, much has been said about the political implications of this initiative.^[10] But, at the same time, it is necessary to address how the IPC has handled the applications in which the subject matter properties are situated in the fenced-off area.

With this in mind, this paper examines the domestic decisions and jurisprudence in relation to properties located in the area and the implications these might have on the Greek Cypriots property rights. The question is whether claims of *Evkaf* might have implications on the decisions and judgments of the ECtHR and whether these might undermine the principles set by the Court to date.

The next section starts with a brief overview on how the area relates to negotiations to solve the Cyprus problem in general. The paper then addresses the above-mentioned recent developments on the demilitarization and opening the area up. The following section sheds light on the domestic decisions and jurisprudence which concern properties located in the fenced-off Varosha. For easier follow-up, the section starts with an overview of proceedings before the IPC, before it turns to address the fenced-off Varosha more specifically. Finally, the main conclusions are drawn out.

I. THE NEGOTIATIONS TO SOLVE THE CYPRUS PROBLEM AND THE FENCED-OFF VAROSHA

Although a detailed exploration is beyond the scope of this article, a basic understanding of the negotiations to solve the Cyprus problem is necessary to understand the essence of the conflict. This is addressed in the subsequent sub-section. A general overview of the property dispute will be made in sub-section B. This will be followed by an examination of the attempts to open the area of fenced-off Varosha before elaborating on the issue further in Section II.

[10] The topic has been subject of a series of discussions which are available at <https://cyprus-mail.com/tag/varosha/>, accessed: 26 June 2022.

A) NEGOTIATIONS TO SOLVE THE CYPRUS PROBLEM

As noted above, negotiations to solve the “frozen conflict” of Cyprus has been ongoing for more than forty-five years.^[11] The UN itself refers to the process as “peace talks”^[12] and it acts as the mediator in this respect. In the last decade of the negotiations, the parties were expected to settle as envisaged by the Annan Plan V.^[13] The Plan, revised five times to accommodate Greek and Turkish Cypriots demands, is the most comprehensive plan put forward so far for the resolution of the Cyprus problem. It was mainly built on the 1977-79 High Level Agreements, the Set of Ideas and the guidelines set out by the UN Security Council.^[14] However, Greek Cypriots rejected the Plan with a 76% “No” vote when Turkish Cypriots accepted it with a 65% “Yes” in referendums held on both parts of the island on 24 April 2004.^[15] Therefore, the process ended without success.

It was said that the Turkish Cypriot leader Mustafa Akıncı and the Greek Cypriot leader Nicos Anastasiades had made considerable progress in the chapters on “governance and power-sharing”, “property”, “territory”, “EU

[11] Iosif Kovras, *Grassroots Activism and the Evolution of Transitional Justice: The Families of the Disappeared* (Cambridge University Press, 2017), 154; Constantinos Adamides and Costas M. Constantinou, “Comfortable Conflict and (Il)liberal Peace in Cyprus,” in *Hybrid Forms of Peace: From Everyday Agency to Post-Liberalism*, eds. Oliver P. Richmond and Audra Mitchell (Palgrave Macmillan, 2012).

[12] Information on this is available at <https://uncyprustalks.unmissions.org/about>, accessed: 14 January 2022.

[13] Hoffmeister, *Legal Aspects of the Cyprus Problem*, 180.

[14] Ali Osman Karaoğlu, “Dispute over the Fenced Varosha in the light of International Law, United Nations Security Council Resolutions and Judgments of European Court of Human Rights,” *Public and Private International Law Bulletin* 42, no. 1, (2022): 333-43.

[15] “Cyprus misses ‘historic chance’ as it rejects UN reunification plan, Annan says,” *The UN News*, 24 April 2004, accessed: 19 July 2022, <https://news.un.org/en/story/2004/04/101352-cyprus-misses-historic-chance-it-rejects-un-reunification-plan-annan-says>.

and economy” in the years that followed. However, these efforts also ended without agreement in July 2017.^[16]

On various occasions, the UN has had a significant position and/or considerable involvement in attempting to overcome the stalemate on the island.^[17] For example, the UN operation in Cyprus was established with Resolution 186 (1964).^[18] The Resolution stated that the goals of the UN mission for peacekeeping and peace-making were to find and/or promote a settlement and to prevent the recurrence of violence and/or war in Cyprus.^[19] Having said this, some of the key phases of negotiations shall also be briefly addressed here.

Between 1963 and 1967, the main objective of the negotiations was to prevent a conflict between Greece and Türkiye, and most of the time, the two Cypriot community leaders had limited participation in the negotiation process. This led to substantial unrest and dissatisfaction.^[20] However, the period between 1975 and 1979 can be referred to as the basis of future negotiations where Denktaş and Kyprianou (the then community leaders) settled the “Ten-Point Agreement” confirming the four guidelines and envisaging, among other things, the resettlement of the fenced-off area of Varosha under the auspices of the UN. In addition, the Agreement became the reference point for future negotiations culminating in the 1977- 79 “High Level

[16] “Cyprus talks end without agreement, says UN chief”, *The Guardian*, 7 July 2017, accessed 13 July 2017, <https://guardian.ng/news/cyprus-talks-end-without-agreement-says-un-chief/>.

[17] Chrystalla Yakinthou, *Political Settlements in Divided Societies: Consociationalism and Cyprus* (Palgrave Macmillan 2009), 123.

[18] Security Council Resolution (1964) 186, S/5575 (4 March 1964).

[19] Security Council Resolution 186 (1964), § 5-7; Yakinthou, *Political Settlements*, 123.

[20] Ahmet Sözen, “The Cyprus Negotiations: From the 1963 Inter-communal Negotiations to the Annan Plan,” in *Reflections on the Cyprus Problem: Compilation of Recent Academic Contributions*, ed. Ahmet Sözen (Cyprus Policy Center, 2004), 2; Jenna C. Borders, “Another Door Closed: Resort to the European Court of Human Rights for Relief from the Turkish Invasion of 1974 May No Longer Be Possible for Greek Cypriots”, *NCJ Int.l & Com Reg* 36, (2010): 689 – 94.

Agreements” and set forth a clearer policy for the future of negotiations.^[21] During 1984-86, the UN resorted to a “comprehensive solution” but the lack of will by the two sides to solve the problem led to an unsuccessful end. Between 1988 and 1992, the efforts to find a solution were renewed where in August 1992, the UN Secretary General Boutros Ghali put forth a “Set of Ideas”. This was a detailed plan elaborating on the bi-zonal, bi-communal federation model, with two politically equal federated states.^[22] However, when the Set of Ideas was rejected, by 1992 the UN’s attention turned instead to confidence building measures (CBMs). In other words, the idea of the CBMs was the result of a lack of trust between the two communities and was the most important aspect relevant for fenced-off Varosha.^[23] Accordingly, the then UN Secretary-General put forth a number of confidence building measures (CBMs) to advance the goal of the forthcoming joint meetings for an overall settlement agreement.^[24] On 24 November 1992, the proposed CBMs were endorsed by the UN Security Council.^[25] These included humanitarian, social and economic measures including the opening of the fenced-off Varosha contemplated by both sides in detail.^[26] According to the CBMs, Varosha would be controlled and administered by the UN, the claims of Greek Cypriots would be addressed and the area would reflect an objective to improve and enhance the relationship between

[21] Sözen, “The Cyprus Negotiations,” 5; International Crisis Group, “Cyprus: Bridging the Property Divide,” (Report No.210, 9 December 2010), 5; Necatigil, *The Cyprus Question*, 129.

[22] Kypros Chrysostomides, *The Republic of Cyprus: A Study in International Law* (Martinus Nijhoff Publishers, 2000), 405–406; “Set of Ideas” was later adopted by the UN Security Council Resolution 774 (1992), S/Res/774 (26 August 1992).

[23] Sözen, “The Cyprus Negotiations,” 13.

[24] UN Security Council, “Report of the Secretary General on His Mission of Good Offices in Cyprus,” S/24830, 19 November 1992, § 63; Meltem Müftüleri-Bac, “The Cyprus Debacle: What the Future Holds,” *Futures* 31, (1999): 563 – 70.

[25] UN Security Council, “Report of the Secretary-General on His Mission of Good Offices in Cyprus,” S/26026, 1 July 1993.

[26] Sözen, “The Cyprus Negotiations,” 15.

the two communities.^[27] Indeed, the Turkish Cypriot side put Varosha on the table several times, but their proposals were rejected by the Greek Cypriots.^[28] To sum up, the negotiations with respect to the CBMs were also unsuccessful.^[29] According to Sözen, CBMs were generally “politicized by both sides” where they were in fact solely considered a bargaining chip.^[30]

The Greek Cypriot side similarly put forth CBMs which, again, included settlement of previous inhabitants of fenced-off Varosha under the UN administration. This was also prescribed under the UN Security Council Resolutions 550 (1984) and 789 (1992). These were categorically rejected by the Turkish Cypriot side with an emphasis on a two-state solution policy based on sovereign equality in Cyprus.^[31]

B) THE ATTEMPTS TO OPEN THE FENCED-OFF VAROSHA

When the island of Cyprus was divided in 1974, Greek Cypriots who fled from the north left behind an estimated 1,350,000 donums (1 donum=1,338 square meters) of property and Turkish Cypriots about 400,000 donums of property in the south.^[32] This meant that approximately 142,000 Greek Cypriots from the north fled south, and approximately 55,000 Turkish Cypriots fled north.^[33] In this context, the fenced-off area of Varosha has been

[27] Karaoğlu, “Dispute over the Fenced Varosha,” 343.

[28] Mete Hatay, “Varosha: Between Human Rights and Realpolitik,” (FES Briefing, Prio, 2021).

[29] Sözen, “The Cyprus Negotiations,” 14-15.

[30] Sözen, “The Cyprus Negotiations,” 15.

[31] Security Council Resolution 550 (1984), S/Res/550 (11 May 1984); Security Council Resolution 789 (1992), S/RES/789 (25 November 1992); Sarah Ktisti, “Spat continues over confidence building measures,” *Cyprus Mail*, 1 June 2022. <https://cyprus-mail.com/2022/06/01/spat-continues-over-confidence-building-measures/>.

[32] Mensur Akgün, Ayla Gürel, Mete Hatay and Sylvia Tiryaki, “Quo Vadis Cyprus?,” (Tesev Working Paper, April 2005).

[33] Ayla Gürel and Kudret Özersay, “The Politics of Property in Cyprus, Conflicting Appeals to ‘Bizonality’ and ‘Human Rights’ by the Two Cypriot Communities,” (Prio Report, 3/2006); Ayla Gürel, Mete Hatay and Chrystalla Yakinthou, “Displacement

considered as a separate matter of disagreement, and was put forth as one of the CBMs as addressed above.^[34] It should be noted that when it comes to the remedies to be made available for properties located therein, the IPC has jurisdiction to examine claims over these properties. Having said this, an overview of some statistics is necessary before addressing the domestic legal proceedings and the position of the ECtHR in the subsequent section.

In 1974, the population of the entire Famagusta city was approximately 40,000, 26,000 of which were Greek Cypriots, 4,000 of which were non-Cypriot residents and 8,500 of which were Turkish Cypriots.^[35] It is estimated that the total closed area corresponds to 3,731,763 square meters.^[36] Since 15 August 1974, only the western part of the town has been open to settlement, housing both Turkish Cypriots and settlers from Türkiye. The remaining parts, closed to civilians, have been under Turkish military control since then.^[37] It is estimated that returning the entire Varosha to its lawful owners will mean that around 30,000 displaced persons will be able to access their properties.^[38]

In August 2019, the TRNC government started a process to open the area up under its administration. For this, meetings have been held under the auspices of the TRNC Ministry of Foreign Affairs mainly with the objective of putting forth an analysis of inventory with regard to the infrastructure within the zone.^[39] Another meeting was held in February 2020 in the

in Cyprus: Consequences of Civil and Military Strife Report 5,” (Prio Cyprus Centre, 2012); see also Murat M. Hakkı, “Property Wars in Cyprus: The Turkish Position according to International Law,” *Turkish Studies* 12, no.1, (2012): 79 – 80.

[34] Karaoğlu, “Dispute over the Fenced Varosha,” 351-52.

[35] For numbers see Hatay, “Varosha”.

[36] There is no public official record on this.

[37] Mete Hatay, “Maraş’ın 74 öncesi ve bugününe şöyle bir bakalım [Looking at Varosha prior to 74 and now],” *Havadis Gazetesi*, 24 January 2017. <https://www.havadiskibris.com/marasin-74-oncesi-bugunune-soyle-bir-bakalim/>.

[38] Hatay, “Maraş’ın 74 öncesi”.

[39] “Kapalı Maraş’ta “Hukuki, Siyasi ve Ekonomik Yönleri ile Kapalı Maraş Açılımı başlıklı yuvarlak masa toplantısı yapılacak [A round table meeting called “Legal, Political

fenced-off Varosha in the presence of the Republic of Türkiye Vice-President, Turkish officials from the Republic of Türkiye, the TRNC government officials, the President of the Union of Turkish Bar Associations, the IPC President and several associations/unions.^[40] The meeting was criticised by various NGOs, Greek Cypriots and left-wing Turkish Cypriot political parties referring to it a provocative step mainly for the sake of political gains for forthcoming presidential elections in the TRNC at that time.^[41] The then TRNC President Akıncı who was not invited to the meeting also criticised this, stating that no steps should be taken that could be in contravention to the existing UN Resolutions. Main opposition Party *Cumhuriyetçi Türk Partisi* (CTP) has not attended the meeting either, emphasising, in particular, that the President Akıncı should have been invited to the meeting as the issue of fenced-off Varosha was undeniably among his duties as being the representative for the Turkish Cypriots at all levels in solving the Cyprus problem.^[42] The nature of meetings illustrated that the process was not an

and Economic Aspects of the initiative for fenced-off Varosha” will be held in the fenced-off Varosha],” *BRT*, 13 February 2020, accessed: 1 July 2022, <https://pio.mfa.gov.ct.tr/kapali-marasta-hukuki-siyasi-ve-ekonomik-yonleri-ile-kapali-maras-acilimi-baslikli-yuvarlak-masa-toplantisi-yapilacak/>; Evi Andreaou, “Protest Planned as North Discusses Opening of Varosha,” *Cyprus Mail*, 15 February 2020. <https://cyprus-mail.com/2020/02/15/protest-planned-as-north-discusses-opening-of-varosha/>; “Özersay: Rum Liderliğini Maraş sürecine dahil edecek yaklaşımlardan uzak durulmalı [Özersay: Any steps to include the Greek Leadership in the Varosha process should be avoided],” *BRT*, 13 February 2020, accessed: 1 July 2022, <https://pio.mfa.gov.ct.tr/ozersay-rum-liderligini-maras-surecine-dahil-edecek-yaklasimlardan-uzak-durulmalil/>.

- [40] “TBB’den KKTC’de “Kapalı Maraş” toplantısı [Fenced-off Varosha meeting by the TBA in the TRNC],” 18 February 2020, accessed: 1 July 2022, <https://www.barobirlik.org.tr/Haberler/tbb-den-kkktc-de-kapali-maras-toplantisi-81130/>; “Türkiye Barolar Birliği Kapalı Maraş Açılımı Toplantısı Sonuç Bildirisi [TBA Opening of Fenced-off Varosha Meeting Final Declaration],” 20 February 2020, accessed: 1 July 2022, <https://www.barobirlik.org.tr/Haberler/turkiye-barolar-birligi-kapali-maras-acilimi-toplantisi-sonuc-bildirisi-81133/>.
- [41] “Maraş’ın kısmen açılması Kuzey Kıbrıs’ta seçimi nasıl etkiler? [How will the opening of Varosha effect the Elections in North Cyprus?],” *BBC*, 9 October 2020, accessed: 10 October 2020, <https://www.bbc.com/turkce/haberler-dunya-54482827>.
- [42] “Erhürman’dan Maraş Açıklaması: “Doğru Değil” [Varosha Statement by Erhürman: This is not Right],” *Yenidüzen*, 12 February 2020, accessed: 1 July 2022, <http://www.>

inclusive one excluding not only the right holders associations (i.e. Greek Cypriots) but also academics and NGOs from different backgrounds, as well as political parties having different positions on the issue.

The announcement by the President of the Republic of Türkiye in Ankara on 6 October 2020 to open the area, and the actual opening on 8 October 2020 have been among the developments noted above. President of the Republic of Türkiye further announced that he would celebrate the anniversary of the TRNC on one of Varosha's more recently opened beach front. The opened-up area currently corresponds to 3.5% of the entire zone.^[43]

The impact of the initiative to open the area up on the IPC was expressed by the President of the IPC Növber Ferit Veçhi in an interview held on 30 November 2021.^[44] Veçhi noted that the number of applications which stood at 280 in February 2020, reached to 228, to 410 by the end of November 2021 and increased further to 459 by the end of September 2022.^[45] According to Veçhi, most of the applicants have so far claimed restitution, but it was not possible at that stage to clearly envisage how many of the properties subject to these applications remain in the opened-up area of

yeniduzen.com/erhurmandan-maras-aciklamasi-dogru-degil-123835h.htm.

[43] Hatay, "Maraş'ın 74 öncesi ve bugünü"; "Kıbrıs'ta Maraş bölgesinin yüzde 3,5'unun açılacak olması ne anlama geliyor? [What is the meaning of opening the 3.5% of fenced-off Varosha]," *BBC*, 21 July 2021, accessed: 1 July 2022, <https://www.bbc.com/turkce/haberler-turkiye-579187581>; Karaoğlu, "Dispute over the Fenced Varosha," 343. (It was noted by government officials that 3.5% of the whole area in the fenced-off Varosha was demilitarized by a TRNC Council of Ministers the details of which could not be found in the Official Gazette).

[44] "Maraş'taki mallarla ilgili başvurular arttı [The number of applications relating to fenced-off Varosha increased]," *Kıbrıs Postası*, 30 November 2021, accessed: 1 July 2022, <https://www.kibrispostasi.com/c88-GAZIMAGUSA/n402032-novber-ferit-vechi-marastaki-mallarla-ilgili-basvurular-artti>.

[45] "TMK Başkanı Veçhi: Maraş bölgesi için TMK'de toplamda 459 başvuru var [The IPC President Veçhi: There are 459 applications before the IPC for Varosha]," *Kıbrıs Postası*, 27 September 2022, accessed: 1 July 2022, https://www.kibrispostasi.com/c35-KIBRIS_HABERLERI/n440153-tmk-baskani-vechi-maras-bolgesi-icin-tmkde-toplamda-459-basvuru-var.

the fenced-off Varosha.^[46] Having said this, the following section starts by addressing how the IPC has dealt with those applications in which the subject matter properties are located in the fenced-off Varosha.

II. THE FENCED-OFF VAROSHA, DOMESTIC PROCEEDINGS AND THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

The key questions arising with regard to the properties remaining in the fenced-off Varosha concern how the applications before the IPC are processed and the problems faced in this regard including the length of proceedings and the claims by *Evkaf* over the properties remaining there. These will be addressed in turn below under sub-sections A and B.

Although the ECtHR became an important factor for Greek Cypriot property claims in 1990s especially with the landmark judgment in *Loizidou v Turkey* in 1996,^[47] only those that are relevant to the fenced-off area of Varosha will be addressed here.

A) THE PROCESS BEFORE THE IPC

How the IPC was established and how it operates have been addressed in detail elsewhere in literature.^[48] It would suffice to note here that the IPC has mainly been the result of the leading judgments of *Xenides-Arestis v Turkey* and *Demopoulos and others v Turkey* decided by the ECtHR.^[49] In addition, how the IPC Law No. 67/2005 regulates the proceedings for applications before it will be briefly addressed.

[46] It was emphasised by Veçhi that not all properties that are subject matter of these applications remain in the fenced-off Varosha. In other words, applicants may submit their applications for properties situated in the fenced-off Varosha or elsewhere in a single application.

[47] ECHR, *Loizidou/Turkey* (Merits), App. No: 15318/89, 18 December 1996; Robin White, “Tackling Political Disputes through Individual Applications,” *EHRLR*, (1998): 61–71; see also Hakkı, “Property Wars,” 80.

[48] Erdem and Greer, “Human rights,” 725; Hadjigeorgiou, “Joannou v. Turkey,” 170.

[49] ECHR, *Xenides-Arestis/Turkey* (Merits); ECHR, *Xenides-Arestis/Turkey* (Just Satisfaction); *Demopoulos and others/Turkey* (Admissibility); Murat M. Hakkı, “Property Wars,” 81–82; Erçakıca, *Kendi Kaderini Tayin Etme*, 150.

The Law No. 67/2005 sets the conditions for Greek Cypriots claiming to have rights over abandoned movable and immovable properties, and remedies.^[50] It refers to principles envisaged by the UN negotiation process (i.e., bizonal – bicomunal federation), as well as to a possible comprehensive settlement agreement in the future to overcome the conflict on the island, i.e. the resolution of the Cyprus problem.^[51] With this in mind, the objective is to put forth that those who claim to have rights over these properties in the north can apply to the IPC or await a future political solution.^[52]

The remedies the IPC can provide for are compensation, exchange and restitution.^[53] Compensation is the most straightforward remedy and can be awarded for the value of the property and for the loss of use where applicable.^[54] A second remedy provided by the IPC Law is “exchange of a property” in the south for one of equal value to that which the applicant claims in the north. On the other hand, as a third remedy, a property can be restituted “within a reasonable time” where its “ownership or use has not been transferred to any natural or legal person other than the State”^[55] according to the legislation in force in the TRNC. In addition, the property must be outside military installations or areas defined as under military control.^[56] This is a case in point for properties situated in the fenced-off Varosha as it has been a military area. At the same time “restitution following

[50] Article 3 (Purpose) of the Law No. 67/2005.

[51] Article 3 states that the Law regards “[...] *the principle of and the provisions regarding protection of bizonality, which is the main principle of 1977-1979 High level Agreements and of all the plans prepared by the United Nations on solving the Cyprus Problem and without prejudice to any property rights or the right to use property under the Turkish Republic of Northern Cyprus legislation or to any right of the Turkish Cypriot People which shall be provided by the comprehensive settlement of the Cyprus Problem*”.

[52] This was addressed in ECHR *Demopoulos and others/Turkey* (Admissibility), § 128.

[53] Article 8 of the Law No. 67/2005.

[54] Compensation can also be awarded for non-pecuniary damages depending on the circumstances of each application.

[55] Article 8(1) of the Law No. 67/2005.

[56] Article 8(1) of the Law No. 67/2005.

the settlement of the Cyprus problem” as a remedy is an alternative if the property in question is in use by other persons in line with the legislation in force in the TRNC.^[57]

Until 2013, the IPC has particularly received increasing number of applications, but, since 2014 a sharp decrease can be observed.^[58] It should be noted that the IPC has faced several problems. These particularly include, excessive length and alleged unfairness of proceedings, and the execution of decisions awarding compensation.^[59] For the purposes of this paper, length of proceedings are closely related with the applications for fenced-off Varosha.

According to the legislation in force, the Ministry of Interior is the defendant in the proceedings before the IPC.^[60] Accordingly, Attorney General’s Office represents the Ministry, and it is required to file a defence/opinion^[61] within thirty working days from the notice of the application.^[62] However, this is not the case in practice.^[63] In such circumstances, applicants have the right to file a “default application” against the defendant in line with the Civil Procedure Rules of the Law Courts.^[64] This is to request for a decision

[57] Article 8 of the Law No. 67/2005.

[58] Numbers can be found at the web page of the IPC www.tamk.gov.ct.tr, accessed: 1 July 2022.

[59] Erdem and Greer, “Human rights,” 728.

[60] Article 2 of the Law No. 67/2005.

[61] The defence/opinion by the defendant includes a summary of the facts and the value of the relevant property in 1974. It also consists of a statement of the current value of the property for the purposes of preliminary hearing. This is done by the Land Registry relevant for the property in question.

[62] Article 3(8) of the “Rules Made Under Sections 8(2)(A) And 22 Of the Law for The Compensation, Exchange and Restitution of Immovable Properties Which Are Within the Scope of Sub-Paragraph (B) of Paragraph 1 of Article 159 of The Constitution (Law No: 67/2005)”

[63] Emine Çolak, *Property Rights in North Cyprus*, (Turkish Cypriots Human Rights Foundation Publications No. 2, 2012), 62.

[64] Rules are applicable before the IPC as well. O.48 of the Rules available at <https://www.mahkemeler.net/cgi-bin/hukukmuh.aspx>, accessed: 1 July 2022.

to be made by the IPC. However, in practice, the IPC adjourns such applications, and thus, applicants have to await to prove their cases and obtain a decision until a defence is filed by the defendant.^[65] In *Meleagrou and others v. Turkey*, the ECtHR has decided on the issue of “excessive length of proceedings”.^[66] The applicants claimed, among other things, that the length and unfairness of proceedings violated Article 6 (1)^[67] of the ECHR.^[68] The Court noted that a period of four years and eight months had passed since the applicant submitted the application as well as its resolution. It concluded this was not unreasonable. For this, the Court referred to the newness of the procedure, the number of claims raised, and the complicated technical character of the property disputes in question. The Court finally stated that the IPC proceedings were fair and there was no violation.^[69]

However, in a more recent case, *Joannou v. Turkey*, it held that Article 1 of Protocol No 1 was violated.^[70] The Court concluded that the procedure before the IPC lacked “coherence, diligence and appropriate expedition” as required by the Convention.^[71] In other words, the IPC remained passive in the application before it.

[65] O. 26 rule 10 of Civil Procedure Rules states, “*If the Respondent fails to deliver statement of defence [...], the Plaintiff can apply [...] for a judgment to be delivered [...].*”

[66] ECHR, *Eleni Meleagrou and others/Turkey* (Admissibility), App. No: 14434/09, 2 April 2013.

[67] The article on the right to a fair trial by an independent and impartial tribunal. It reads “*1. In the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law. [...].*”

[68] § 17 of the decision.

[69] § 18 – 22 of ECHR *Eleni Meleagrou and others/Turkey*.

[70] ECHR, *Joannou/Turkey* (Merits and Just Satisfaction), App. No: 53240/14, 12 December 2017.

[71] § 103.

There have been other claims with respect to “the delays and ineffectiveness of proceedings” and these were also brought before the ECtHR.^[72] *K. V. Mediterranean Tours Limited v. Turkey* concerns properties situated in the fenced-off Varosha, and this will be addressed in turn below.^[73]

B) THE PROPERTIES IN THE FENCED-OFF VAROSHA AND THE PROCEEDINGS

1- Length of Proceedings

Before the applicant *K. V. Mediterranean Tours Limited* brought its case before the ECtHR, the issue of length of proceedings was litigated at the High Administrative Court of the TRNC as domestic remedies should have been exhausted.^[74] The case originated from the application no 167/2010 which was before the IPC where the applicant’s lawyer filed a “default application”. With the default application, the applicant has requested a final decision on the merits since the defendant had not filed its defence/opinion within the period of time prescribed by the applicable legislation relevant to the IPC.^[75] The IPC rejected the request stating that Article 6 of Law No 67/2005 requires that, for a decision to be taken in applicant’s favour, he must satisfy the Commission “beyond reasonable doubt” as to the conditions stated in the Law.^[76] Among other things, the applicant claimed before the High Administrative Court that the IPC decision should be repealed. The applicant argued that the IPC unreasonably postponed the “default application” eleven times. It was also claimed that their rights

[72] For example, ECHR, *K. V. Mediterranean Tours Limited/Turkey* (Communicated Case), App. No: 41120/17, lodged on 25 May 2017; ECHR, *Theodora Panagi and Evdoxia Shiartou/Turkey* (Communicated Case), App. No: 6178/18, lodged on 19 January 2018.

[73] This is considered a test case before the ECtHR.

[74] YİM, *K.V. Mediterranean Tours Limited ile Taşınmaz Mal Komisyonu arasında*, YİM 262/2012, D. 32/2015, 6 November 2015.

[75] Filed by the applicant in line with O 26, r 2 of Civil Procedure Rules applied at the Law Courts of the TRNC, as well as the Article 3(8) of the Rules of the IPC.

[76] Article 6 reads “*In proceedings before the Commission the burden of proof shall rest with the applicant who must satisfy the Commission beyond any reasonable doubt as to the following in order for a decision to be taken in his favour*”.

of fair trial had been violated. It was further put forth that the IPC decision was in violation of the right to property (Article 1 of Protocol 1) and the right to an effective remedy (Article 13) as protected under the ECHR – this was reflected by submitting that no remedy was available within a reasonable time for the applicant’s property rights. The defendant referred to Article 6 of the Law No 67/2005 and argued that the applicant should prove the case beyond reasonable doubt and therefore, could not request a final decision on the merits from the IPC. The High Court addressed the provisions of the Civil Procedure Rules,^[77] to examine whether the IPC has the authority to decide to postpone the default application, or to give a final decision on the merits. It concluded that the IPC has competence and the discretion in this respect for the purposes of administrative law principles. Therefore, although the applicant’s “default application” of 1 November 2010 was postponed from 7 December 2010 until 23 October 2012, the Court rejected the applicant’s claims under this head, and the decision was subsequently appealed.^[78] The High Court of Appeal addressed the reasoning of the single judge and stated that the IPC has the authority and the discretion to adjourn the “default application”. Accordingly, it approved the decision of the single judge.^[79] Together with several other cases as noted above, the applicant’s lawyer brought the case before the ECtHR complaining that there are no effective domestic remedies for pending cases, in particular for those concerning properties located in the fenced-off area of Varosha at the IPC. In *K. V. Mediterranean Tours Limited*, the ECtHR has asked the parties several questions which concern whether there has been a breach of the applicant company’s rights under Article 6 (1) (fair

[77] Order 48, rule 6 “*Hearing of any petition can be adjourned from time to time depending on the conditions (if any) deemed suitable by the court or judge*”; Order 26, rule 10 “*If the Respondent fails to deliver statement of defence in all actions other than the actions specified in the aforementioned rules of this order, the Plaintiff can apply through application by summons in order for a judgment to be delivered and a decision which the plaintiff deserves can be delivered in accordance with the opinion of the court or judge*”.

[78] YİM, *Vakıflar Örgütü ve Din İşleri Dairesi ve Taşınmaz Mal Komisyonu ile K.V. Mediterranean Tours Limited* YİM/İstinaf: 12-13-14/2015, D. 6/2016, 29 November 2016.

[79] Composed of three judges.

trial guarantees) and Article 1 of Protocol No. 1 (right to property) of the Convention. The Court's questions link the issue with the admission of the *Evkaf* Administration as a third party in the proceedings before the IPC, to enquire whether the applicant company have at its disposal an effective remedy for its complaints under Article 6 § 1 of the Convention and Article 1 of Protocol No. 1 in connection with Article 13 (the right to an effective remedy) of the Convention.^[80] Republic of Türkiye was granted a series of extensions to submit its observations at the Court. These observations have not been publicised. Murat Hakkı, notes that the observations and documents by the parties have been submitted and the ECtHR it is expected to issue its judgment in 2022.^[81]

2- Claims of *Evkaf* Foundation

It should be stressed that before the matter came to the IPC, *Evkaf* also claimed rights in cases before the ECtHR alleging that it was the owner of some of the properties claimed by the applicants, and that the latter had registered them in their own names according to the principles set out in the "Ahkâm-ül Evkaf Laws".^[82] Türkiye, the respondent State before the ECtHR, had pointed out that the property allegedly owned by the applicant was listed in the books of the Turkish Muslim religious trust (*vakf*) and thus, following the registration of a deed of *vakf*, it could not be alienated or transferred.^[83] The respondent maintained that the transfer of this property to the applicant was unlawful and therefore, null and void. However, the Court noted that the applicant Greek Cypriot *Xenides-Arestis* had provided the Court with official certificates of ownership from the Department of Lands and Surveys of the Republic of Cyprus which proved that she was

[80] See ECHR, *K.V. Mediterranean Tours Limited/Turkey* (Questions to the Parties).

[81] Murat Hakkı, "Vakıf Malları ve Maraş ile ilgili Karmaşa [Vakf Properties and the Chaos of Varosha]," *Yenidüzen*, 27 December 2021. <https://www.yeniduzen.com/vakif-mallari-ve-maras-ile-ilgili-karmasa-147965h.htm>.

[82] ECHR, *Xendies-Arestis/Turkey* (Admissibility), App. No: 46347/99, 14 March 2005, 18-19; Karaoğlu, "Dispute over the Fenced Varosha," 348.

[83] ECHR, *Xendies-Arestis/Turkey* (Admissibility), 18-19.

indeed the owner of the relevant property.^[84] It had also been noted that the respondent Government had not substantiated its case against the applicant's victim status.^[85] In *Lordos and others v Turkey* which was concluded after *Xenides-Arestis*, the claims with respect to *Evkaf* were once again rejected.^[86]

It should be noted that the intervention as a third party is a matter also regulated under Law No. 67/2005. According to Article 7 of the Law, Commission allows an individual to participate in the proceedings, who, "according to the legislation of the Turkish Republic of Northern Cyprus, holds the property right or the right to use the property in respect to which a claim is made". *Evkaf* claims that the properties in the fenced-off Varosha which have belonged to Abdullah Paşa Religious Trust had been illegally transferred to individuals under the British Administration, back in 1900s. It is further noted by *Evkaf* that, since then, the said properties had belonged and been used by third persons other than *Evkaf* until 1974. Together with the laws regulating *Evkaf* and alleging that they hold the title deeds dated between 1571 and 1974 to those properties, it refers to a declaratory judgment of the Famagusta District Court of TRNC issued in 2005 to further substantiate its claims.^[87] This declaratory judgment by the District Court states that the 1472 properties in fenced-off Varosha belong to Abdullah Paşa Religious Trust (*Vakf*).^[88] For several requests for

[84] ECHR, *Xenides-Arestis/Turkey* (Admissibility), 18-19.

[85] ECHR, *Xenides-Arestis/Turkey* (Admissibility), 18-19.

[86] ECHR, *Lordos and others/Turkey* (Merist), App. No: 15973/90, 2 November 2010, §116-117; ECHR, *Zavou and others/Turkey* (Just Satisfaction), App. No: 16654/90, 22 September 2009, § 58; ECHR, *Kyriakou/Turkey* (Just Satisfaction), App. No: 18407/91, 27 January 2009, § 56.

[87] These claims can be found at the official website of Evkaf <http://www.evkaf.org/site/sayfa.aspx?pkey=891>, accessed: 16 July 2022.

[88] The judgment is declaratory. As a result, the Court did not order modification of the land registry records in its decision. Thus, it cannot be said that Evkaf is the registered 1974 owner of properties according to the present Land Registry Records. 1) *Vakıflar Örgütü ve Din İşleri Dairesi, Abdullah Paşa Vakfının Emaneten İdarecisi ve Temsilcisi Sıfatıyla, Lefkoşa* 2) *Vakıflar Örgütü ve Din İşleri Dairesi, Lefkoşa ile KKTC Başsavcısı, Lefkoşa Gazimağusa Kaza Mahkemesi Dava No: 271/2008*, 27 December 2005.

intervention to claim rights, the IPC, referring to this declaratory judgment and Article 7 of the Law No. 67/2005, permitted *Evkaf* to be involved as a third party in its proceedings.^[89]

In 2017,^[90] lawyer Murat Hakkı challenged the said declaratory judgment of the Famagusta District Court stating, among other things, that his client has been the legal owner of Argo Hotel located in fenced-off Varosha as of 20 July 1974 according to land registry records. The High Court of a single judge rejected these requests and concluded that he had “no *locus standi* before the Court to ask for remedies other than those he might claim before the IPC under Law No 67/2005”. Hakkı appealed and the High Administrative Court of a panel of three judges also rejected the claims. However, the Court made a note in its judgment, stating that the IPC, in examining the matter, could only take the title deeds belonging to 1974 to decide on the legal ownership of the properties at that time. Unsurprisingly, this reflected the fact that the IPC cannot change the Land Registry Records showing 1974 owners or to decide whether there had been fraudulent acts against *Evkaf* back in the 1900s with respect to transfer of relevant properties.^[91] From this point of view, it may be argued that the declaratory judgment of Famagusta District Court might not have a negative impact on applicants’ rights over their properties. Hakkı supports that the properties concerned should be returned to their lawful owners as shown by

[89] The issue has also been brought before the High Administrative Court; YİM, *Vakıflar Örgütü ve Din İşleri Dairesi ve Taşınmaz Mal Komisyonu ile K.V. Mediterranean Tours Limited arasında* YİM/İstinaf: 12-13-14/2015, D. 6/2016, 29 November 2016.

[90] Yargıtay/Asli Yetki, *Akinita I. Th. Ioannou & Yi Limited ile Vakıflar Örgütü ve Din İşleri Dairesi ve diğerleri arasında* Yargıtay/Asli Yetki/İstida No: 1/2017 (Gazimağusa Dava No: 271/2000) D. 1/2018, 13 March 2018; *Giagkos Filippou yetkili vekili Maria Philippou vasıtasıyla ile Vakıflar Örgütü ve Din İşleri Dairesi ve diğerleri arasında* Yargıtay/Asli Yetki/İstida No: 2/2017 (Gazimağusa Dava No: 271/2000) D. 2/2018, 13 March 2018.

[91] Yargıtay/Asli Yetki, *Akinita I. Th. Ioannou & Yi Limited ile Vakıflar Örgütü ve Din İşleri Dairesi ve diğerleri arasında* Yargıtay/Asli Yetki/İstinaf No: 1/2018 (Yargıtay/Asli Yetki İstida İstinaf No: 2/2018 ile konsolide (Yargıtay/Asli Yetki İstida No: 1/2017) D. 2/2019, 13 March 2018.

the 1974 land registry records.^[92] Demetriades, also representing the *K.V. Mediterranean Tours Limited* before the ECtHR, stated previously that, under the circumstances, the IPC appears to be the only way to the ECtHR for Greek Cypriots to claim restitution of their properties.^[93] He has noted that, “if they fail to exhaust this Turkish domestic remedy, then it is very likely that in the event of opening of Varosha – under Turkish rule – they will not be able to take possession of their property”.^[94]

It should be mentioned that, more recently, another application was decided via a hearing before the IPC in which *Evkaf* sought to intervene to be able to put forth its claims with regard to properties in the fenced-off Varosha. In December 2022, the IPC once again decided to leave *Evkaf* to participate in the proceedings as the third party. The details of the decision could not be provided as the decision is not public but was appealed before the High Administrative Court. The outcome of the judgment and how the IPC will decide on the merits of the application remains to be seen.

Although it can be argued that *Evkaf*'s intervention to these applications as a third-party does not mean that the final decision will be in their favour, this will have several implications. The final section addresses these to conclude.

[92] Murat Hakkı, “Vakıf Malları ve Maraş ile ilgili Karmaşa”; Ödül Aşık Ülker, “Maraş’ın Vakıf Malı olduğu İddiaları Gayri Ciddi [Claims for Varosha belonging to Evkaf are Unserious],” *Yenidüzen*, 30 June 2019. <http://www.yeniduzen.com/marasin-vakif-mali-oldugu-gayri-ciddi-116432h.htm>.

[93] Achilleas Demetriades, “ECHR to judge value of Varosha properties,” *Cyprus Mail*, 17 June 2020. <https://cyprus-mail.com/2020/06/17/echr-to-judge-value-of-varosha-properties/>.

[94] Demetriades, “ECHR to judge”.

CONCLUSION

As indicated in this article, the opening the fenced-off Varosha has been of the CBMs put forth by the UN Secretary General in 1992.^[95] Both sides discussed these under the UN auspices as addressed in this article. In addition, the UN Security Council called various times for the area to be handed over to the UN prior to its resettlement by its inhabitants as expressed previously.^[96]

The Turkish move to open the 3.5% of the area up under the TRNC administration has caused serious discussions at all levels. Under the given circumstances, it can be argued that the area will remain a challenge for the IPC. First, despite the political will to open the area up and to demilitarize it, the situation remains at odds with the UN Security Council Resolutions. Second, the issue remains pending with the case *K. V. Mediterranean* before the ECtHR, the result of which remains to be seen. The third challenge lies behind the claims by *Evkaf* Foundation which has been a third party in several proceedings before the IPC. This third challenge can be addressed under two heads. One is that if *Evkaf* can participate as a third party as the current owner of the properties, then there is no prospect for Greek Cypriot claims for restitution within a reasonable time as the applicable Law does not allow for it if the property in question currently belongs to other persons as addressed previously in this article.^[97] Second, if the alleged claims by *Evkaf* were accepted, this would contradict with the principles set forth by the *Demopoulos and others v Turkey* case where the Court accepted the IPC as an effective remedy. Because in *Demopoulos* the precedent was based on the fact that:

[.....] many decades after the loss of possession by the then owners, property has in many cases changed hands, by gift, succession or otherwise; those claiming title may have never seen, or ever used the property in question ... The losses thus claimed become increasingly speculative and hypothetical. There has, it may be recalled, always been a strong legal and factual link between ownership

[95] As expressed in the "Report of the Secretary General 1992," § 63.

[96] For example, UN Security Council Resolution 550.

[97] See Article 8 of Law No. 67/2005.

and possession ... and it must be recognised that with the passage of time the holding of a title may be emptied of any practical consequences.^[98]

In other words, accepting *Evkafs*'s claims would result in a setback for current users of Greek Cypriot properties in general in the north as recognised by the ECtHR in *Demopoulos and others*.

On the other hand, demilitarization of the fenced-off Varosha might enable the IPC to award "restitution after the solution of the Cyprus problem" as noted, again, above. However, even if this is the case, awarding compensation for loss of use for the income generating from 1974 to date would be necessary. Considering the extensive need for financial resources, this burden might be impossible to carry out. It should also be recalled that the members of the Security Council reminded, in October 2019, the previous UN Security Council resolutions, including Resolution 550 (1984) and Resolution 789 (1992), reiterating that no actions should be carried out in relation to Varosha that are not in accordance with these resolutions.^[99] It can be said under these circumstances that the future for the fenced-off Varosha still remains bleak and the outcome of the initiative remains to be seen, but should be carefully planned.

[98] § 111 of the decision.

[99] See <https://www.un.org/press/en/2019/sc13980.doc.htm>, accessed: 1 July 2022.

BIBLIOGRAPHY

Books, Journal Articles and Reports

Adamides Constantinos and Constantinou Costas. “Comfortable Conflict and (Il)liberal Peace in Cyprus.” in *Hybrid Forms of Peace: From Everyday Agency to Post-Liberalism*, Editors Oliver P. Richmond and Audra Mitchell, 242—59. Palgrave Macmillan, 2012.

Akgün, Mensur, Gürel, Ayla, Hatay, Mete and Tiryaki, Sylvia. *Quo Vadis Cyprus?* Tesev Working Paper, April 2005.

Jenna C, Borders. “Another Door Closed: Resort to the European Court of Human Rights for Relief from the Turkish Invasion of 1974 May No Longer Be Possible for Greek Cypriots.” *NCJ Int.l & Com Reg* 36, (2010): 689-749

Chrysostomides, Kypros. *The Republic of Cyprus: A Study in International Law*. Martinus Nijhoff Publishers, 2000.

Çolak, Emine. *Property Rights in North Cyprus*. Turkish Cypriots Human Rights Foundation Publications No.2, 2012.

Erçakıca, Mustafa. *Kendi Kaderini Tayin Etme Hakkı ve Devletlerin Tanınması İlişkisi: Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Örneği Çerçevesinde Bir İnceleme*. Oniki Levha Yayıncılık, 2020.

Erdem, Meliz and Greer, Steven. “Human Rights, the Cyprus Problem and the Immovable Property Commission.” *ICLQ* 67, (2018): 721-732.

Evanthis, Hatzivassilou. “The Red Line: Pressure and Persuasion in Greek Diplomatic Strategies on Cyprus, 1945 to 2004.” *Mediterranean Quarterly* 20, no. 1, (2009): 52:68

Gürel, Ayla, Hatay, Mete and Yakinthou, Chrystalla. *Displacement in Cyprus: Consequences of Civil and Military Strife Report 5*. Prio Cyprus Centre, Nicosia 2012.

Gürel, Ayla and Özersay, Kudret. *The Politics of Property in Cyprus, Conflicting Appeals to ‘Bizonality’ and ‘Human Rights’ by the Two Cypriot Communities*. Prio Report, 3/2006.

- Hadjigeorgiou, Nasia. "Joannou v. Turkey: An Important Legal Development and a Missed Opportunity." *European Human Rights Law Review* 2, (2018):168-174.
- Hakkı, Murat M. "Property Wars in Cyprus: The Turkish Position according to International Law." *Turkish Studies* 12, no. 1, (2012): 79-90.
- Hatay, Mete. *Varosha: Between Human Rights and Realpolitik*. FES Briefing, Prio 2021.
- Hoffmeister, Frank. *Legal Aspects of the Cyprus Problem, Annan Plan and EU Accession*. Nijhoff, 2006.
- International Crisis Group. *Cyprus: Bridging the Property Divide*. Report No. 210, 9 December 2010.
- Karaoğlu, Ali O. "Dispute over the Fenced Varosha in the light of International Law, United Nations Security Council Resolutions and Judgments of European Court of Human Rights." *Public and Private International Law Bulletin* 42, no. 1, (2022): 333-356.
- Kızılyürek, Niyazi. *Milliyetçilik Kıskaçında Kıbrıs*. İletişim Yayınları, 2002.
- Kızılyürek, Niyazi. "Historical Grounds of a Federal State in Cyprus." in *The Cyprus Conflict: Looking Ahead*, editör Ahmet Sözen, 95-102. Eastern Mediterranean University Press, 2008.
- Kızılyürek, Niyazi. *Bir Hınç ve Şiddet Tarihi: Kıbrıs'ta Statü Kavgası ve Etnik Çatışma*. İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2016.
- Kovras, Iosif. *Grassroots Activism and the Evolution of Transitional Justice: The Families of the Disappeared*. Cambridge University Press, 2017.
- Müftüler-Bac, Meltem. "The Cyprus Debacle: What the Future Holds." *Futures* 31, (1999): 559-575.
- Necatigil, Zaim M. *The Cyprus Question and the Turkish Position in International Law*. 2nd edition. Oxford University Press, 1990.
- Proukaki, Elena K. "The Right of Displaced Persons to Property and to Return Home after Demopoulos." *Human Rights Law Review* 14, no. 4, (2014): 701- 732.

- Sözen, Ahmet. “The Cyprus Negotiations: From the 1963 Inter-communal Negotiations to the Annan Plan.” in *Reflections on the Cyprus Problem: Compilation of Recent Academic Contributions*, editor Ahmet Sözen, 1-22, Cyprus Policy Center 2004.
- White, Robin. “Tackling Political Disputes through Individual Applications.” *European Human Rights Law Review*, (1998): 61-72.
- Yakinthou, Chrystalla. *Political Settlements in Divided Societies: Consociationalism and Cyprus*. Palgrave Macmillan, 2009.

Cases

ECtHR

- Demopoulos and others/Turkey* (Admissibility), Apps. Nos: 46113/99, 3843/02, 13751/02, 13466/03, 10200/04, 14163/04, 19993/04, 21819/04, 1 March 2010.
- Eleni Meleagrou and others/Turkey* (Admissibility), App. No: 14434/09, 2 April 2013.
- Joannou/Turkey* (Merits and Just Satisfaction), App. No: 53240/14, 12 December 2017.
- K.V. Mediterranean Tours Limited/Turkey* (Communicated Case), App. No: 41120/17, lodged on 25 May 2017.
- Kyriakou/Turkey* (Just Satisfaction), App. No: 18407/91, 27 January 2009.
- Loizidou/Turkey* (Merits), App. No: 15318/89, 18 December 1996.
- Lordos and others/Turkey* (Merits), App. No: 15973/90, 2 November 2010.
- Theodora Panagi and Evdokia Shiartou/Turkey* (Communicated Case), App. No: 6178/18, lodged on 19 January 2018.
- Xenides-Arestis/Turkey* (Admissibility), App. No: 46347/99, 14 March 2005.
- Xenides-Arestis/Turkey* (Merits), App. No: 46347/99, 22 December 2005.
- Xenides-Arestis/Turkey* (Just Satisfaction), App. No: 46347/99, 7 December 2006.
- Zavou and others/Turkey* (Just Satisfaction), App. No: 16654/90, 22 September 2009.

Domestic Judgments

Yargıtay/Asli Yetki, *Akinita I. Th. Ioannou & Yi Limited ile Vakıflar Örgütü Ve Din İşleri Dairesi ve diğerleri arasında* Yargıtay/Asli Yetki/İstida No: 1/2017 (Gazimağusa Dava No: 271/2000) D. 1/2018, 13 March 2018.

Akinita I. Th. Ioannou & Yi Limited ile Vakıflar Örgütü Ve Din İşleri Dairesi ve diğerleri arasında Yargıtay/Asli Yetki/İstinaf No: 1/2018 (Yargıtay/Asli Yetki İstida İstinaf No: 2/2018 ile konsolide (Yargıtay/Asli Yetki İstida No: 1/2017) D. 2/2019, 13 March 2018.

Giagos Filippou yetkili vekili Maria Philippou vasıtasıyla ile Vakıflar Örgütü Ve Din İşleri Dairesi ve diğerleri arasında Yargıtay/Asli Yetki/İstida No: 2/2017 (Gazimağusa Dava No: 271/2000) D. 2/2018, 13 March 2018.

K.V. Mediterranean Tours Limited ile Taşınmaz Mal Komisyonu arasında YİM 262/2012, D. 32/2015, 6 November 2015.

Vakıflar Örgütü ve Din İşleri Dairesi ve Taşınmaz Mal Komisyonu ile K.V. Mediterranean Tours Limited YİM/İstinaf: 12-13-14/2015, D. 6/2016, 29 November 2016.

1) *Vakıflar Örgütü ve Din İşleri Dairesi, Abdullah Paşa Vakfının Emaneten İdarecisi ve Temsilcisi Sıfatıyla, Lefkoşa* 2) *Vakıflar Örgütü ve Din İşleri Dairesi, Lefkoşa ile KKTC Başsavcısı, Lefkoşa* Gazimağusa Kaza Mahkemesi Dava No: 271/2008, 27 December 2005.

UN Documents

UN Security Council, “Statement by the President of the Security Council.” S/PRST/2021/13, 23 July 2021.

UN Security Council, “Report of the Secretary-General on His Mission of Good Offices in Cyprus”. S/26026, 1 July 1993.

Security Council Resolution 774 (1992). S/Res/774, 26 August 1992.

Security Council Resolution 789 (1992). S/RES/789, 25 November 1992.

UN Security Council, “Report of the Secretary General on His Mission of Good Offices in Cyprus.” S/24830, 19 November 1992.

Security Council Resolution 550 (1984). S/Res/550, 11 May 1984.

Security Council Resolution 186 (1964). S/5575, 4 March 1964.

Newspaper and Web Articles

Andreaou, Evi. "Protest Planned as North Discusses Opening of Varosha." *Cyprus Mail*, 15 February 2020.

<https://cyprus-mail.com/2020/02/15/protest-planned-as-north-discusses-opening-of-varosha/>

"Cyprus misses 'historic chance' as it rejects UN reunification plan, Annan says." *The UN News*, 24 April 2004.

<https://news.un.org/en/story/2004/04/101352-cyprus-misses-historic-chance-it-rejects-un-reunification-plan-annan-says>

"Cyprus talks end without agreement, says UN chief." *The Guardian*, 7 July 2017.

<https://guardian.ng/news/cyprus-talks-end-without-agreement-says-un-chief/>

Demetriades, Achilleas "ECHR to judge value of Varosha properties." *Cyprus Mail*, 17 June 2020.

<https://cyprus-mail.com/2020/06/17/echr-to-judge-value-of-varosha-properties/>

"Erhürman'dan Maraş Açıklaması: 'Doğru Değil.'" *Yenidüzen*, 12 February 2020.

<http://www.yeniduzen.com/erhurmandan-maras-aciklamasi-dogru-degil-123835h.htm>

Hakkı, Murat "Vakıf Malları ve Maraş ile ilgili Karmaşa." *Yenidüzen*, 27 December 2021. <https://www.yeniduzen.com/vakif-mallari-ve-maras-ile-ilgili-karmasa-147965h.htm>

Hatay, Mete. "Maraş'ın 74 öncesi ve bugününe şöyle bir bakalım." *Havadis*, 24 January 2017. <https://www.havadiskibris.com/marasin-74-oncesi-bugunune-soyle-bir-bakalim/>

“Kıbrıs’ta Maraş bölgesinin yüzde 3,5’unun açılacak olması ne anlama geliyor?” *BBC*, 21 July 2021.

<https://www.bbc.com/turkce/haberler-turkiye-579187581>

“Maraş’ın kısmen açılması Kuzey Kıbrıs’ta seçimi nasıl etkiler?” *BBC*, 9 October 2020.

<https://www.bbc.com/turkce/haberler-dunya-54482827>

“Maraş’taki mallarla ilgili başvurular arttı.” *Kıbrıs Postası*, 30 November 2021.

<https://www.kibrispostasi.com/c88-GAZIMAGUSA/n402032-novber-ferit-vechi-marastaki-mallarla-iligili-basvurular-artti>

“Kapalı Maraş’ta “Hukuki, Siyasi ve Ekonomik Yönleri ile Kapalı Maraş Açılımı başlıklı yuvarlak masa toplantısı yapılacak.” *BRT*, 13 February 2020.

<https://pio.mfa.gov.ct.tr/kapali-marasta-hukuki-siyasi-ve-ekonomik-yonleri-ile-kapali-maras-acilimi-baslikli-yuvarlak-masa-toplantisi-yapilacak/>

Ktisti, Sarah. “Spat continues over confidence building measures.” *Cyprus Mail*, 1 June 2022.

<https://cyprus-mail.com/2022/06/01/spat-continues-over-confidence-building-measures/>

“Özersay: Rum Liderliğini Maraş sürecine dahil edecek yaklaşımlardan uzak durulmalı.” *BRT*, 13 February 2020.

<https://pio.mfa.gov.ct.tr/ozersay-rum-liderligini-maras-surecine-dahil-edecek-yaklasimlardan-uzak-durulmali/>

“TBB’den KKTC’de “Kapalı Maraş” toplantısı.” 18 February 2020.

<https://www.barobirlik.org.tr/Haberler/tbb-den-kktc-de-kapali-maras-toplantisi-81130>

“TMK Başkanı Veçhi: Maraş bölgesi için TMK’de toplamda 459 başvuru var.” *Kıbrıs Postası*, 27 September 2022.

The Cyprus Problem and the Fenced-Off Varosha:
An Analysis of the Judgments

https://www.kibrispostasi.com/c35-KIBRIS_HABERLERI/n440153-tmk-baskani-vechi-maras-bolgesi-icin-tmkde-toplamda-459-basvuru-var

Türkiye Barolar Birliği. “Türkiye Barolar Birliği Kapalı Maraş Açılımı Toplantısı Sonuç Bildirisi.” 20 February 2020.

<https://www.barobirlik.org.tr/Haberler/turkiye-barolar-birligi-kapali-maras-acilimi-toplantisi-sonuc-bildirisi-81133>

Ülker, Ödül Aşık. “Maraş’ın Vakıf Malı olduğu İddiaları Gayri Ciddi.” *Yenidüzen*, 30 June 2019.

<http://www.yeniduzen.com/marasin-vakif-mali-oldugu-gayri-ciddi-116432h.htm>

Web sites

uncyprustalks.unmissions.org

www.evka.org

www.mahkemeler.net

www.tamk.gov.ct.tr

www.un.org

Uluslararası Hukuk Çerçevesinde Kanal İstanbul'dan Olası Geçiş Rejimleri ve Montrö Boğazlar Sözleşmesi Açısından Taşıdığı Riskler

Selçuk KOCA*

Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK–ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.

* Arş. Gör. Dr., Kahramanmaraş Sütçü İmam Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Siyaset Bilimi ve Uluslararası İlişkiler Bölümü, Devletler Hukuku Anabilim Dalı, koca.selcuk@gmail.com, **ORCID ID:** 0000-0001-8511-5146

Makale geliş tarihi: 30 Ağustos 2022 **Makale kabul tarihi:** 10 Mart 2023

Atıf önerisi: Koca, Selçuk. “Uluslararası Hukuk Çerçevesinde Kanal İstanbul'dan Olası Geçiş Rejimleri ve Montrö Boğazlar Sözleşmesi Açısından Taşıdığı Riskler.” *Ankara Barosu Dergisi* 81, no. 2 (Nisan 2023): 89-135.

DOI: 10.30915/abd.1168580

ULUSLARARASI HUKUK ÇERÇEVESİNDE KANAL İSTANBUL'DAN OLASI GEÇİŞ REJİMLERİ VE MONTRÖ BOĞAZLAR SÖZLEŞMESİ AÇISINDAN TAŞIDIĞI RİSKLER

ÖZ

Kanal İstanbul projesiyle, İstanbul boğazına paralel ve alternatif bir su yolu açılması planlanmaktadır. Gerçekleşmesi halinde açılacak kanaldan geçişlerin ücretli olması öngörülmektedir. Montrö Boğazlar Sözleşmesi kapsamında İstanbul Boğazından geçiş rejimi zararsız geçişe benzeyen *sui generis* bir rejimdir ve ücretsizdir. Kanalın açılması ve gemilerin kanalı kullanmaya zorlanması Montrö Boğazlar Sözleşmesi'nin varlığını tehlikeye atacak niteliktedir. Ayrıca sözleşmeye taraf devletler, kanal sebebiyle *rebus sic stantibus* ilkesi çerçevesinde sözleşmenin feshini veya tadilini talep edebilir. Özellikle Rusya-Ukrayna savaşındaki gelişmelerde de görüldüğü üzere, Türkiye'nin ve Karadeniz'in güvenliğini önceleyen Montrö Boğazlar Sözleşmesi'nin korunması uluslararası toplumun çıkarıdır. Makalede, Kanal İstanbul projesinin Montrö Boğazlar Sözleşmesi açısından taşıdığı riskler ve kanaldan geçiş rejiminin sözleşmeye uygun olması amacıyla nasıl düzenlenebileceği ele alınacaktır.

Anahtar kelimeler:

Türk Boğazları

Kanal İstanbul

Montrö Boğazlar Sözleşmesi

Karadeniz

zararsız geçiş

**POSSIBLE REGIMES OF PASSAGE FROM
CANAL ISTANBUL AND ITS RISKS FOR
MONTREUX STRAITS CONVENTION
UNDER INTERNATIONAL LAW**

ABSTRACT

With the Canal Istanbul project, it is planned to open an alternative waterway parallel to the Bosphorus. If it happens, it is foreseen that the passages through the channel will be paid. Under the Montreux Convention, the regime of passage through the Bosphorus is a *sui generis* regime similar to innocent passage and is free of charge. The opening of the canal and forcing the ships to use the canal threatens the existence of the Montreux Convention. In addition, the contracting states may request the termination or amendment of the contract within the framework of the principle of *rebus sic stantibus* due to the channel. As can be seen especially in the developments in the Russia-Ukraine war, it is in the interest of the international community to protect the Montreux Convention, which prioritizes the security of Turkey and the Black Sea. In the article, the risks of the Canal Istanbul project in terms of the Montreux Convention and how the regime of passage through the canal can be arranged to comply with the Convention will be discussed.

Keywords:

Turkish Straits

Canal Istanbul

Montreux Convention

Black Sea

innocent passage

GİRİŞ

Dünya ticaretinin %80'i dünya taşımacılığının can damarı olarak kabul edilen su yolları üzerinden gerçekleşmektedir.^[1] Boğazlar ve kanallar da deniz taşımacılığında mesafeleri kısaltmaları bakımından önemlidir. Öğretide boğaz, kara parçaları arasında iki deniz alanını birbirine bağlayan doğal ve dar su yolu olarak ifade edilmektedir.^[2] Dünyada bu tanıma uygun olan ve ulaştırma açısından oldukça önem arz eden boğazlara örnek olarak Cebelitarık Boğazı, Çanakkale ve İstanbul Boğazları, Malakka Boğazı, Danimarka Boğazları, Aaland Boğazı, Hürmüz Boğazı, Macellan Boğazı ve Dover Boğazı gösterilebilir. Kanallar da boğazlarla benzer işleve ve coğrafi özelliklere sahip olmakla birlikte doğal değil yapay olmaları bakımından boğazlardan ayrılmaktadır.^[3] Atlantik Okyanusu ile Pasifik Okyanusu'nu birleştiren Panama Kanalı, Akdeniz ile Kızıldeniz'i birleştiren Süveyş Kanalı uluslararası ticaret ve ulaşım açısından son derece önemli kanallardır.

Çalışmamızın konusunu oluşturan *Kanal İstanbul* projesi kapsamında, İstanbul'da İstanbul boğazına paralel ve alternatif bir su yolu açılması planlanmaktadır. Projenin birçok bilim dalının yanı sıra uluslararası hukuk açısından da değerlendirilmesi gerekmektedir. Gerçekleşmesi halinde kanal, Montrö Boğazlar Sözleşmesi'nin varlığını tehlikeye atabilecek niteliktedir. Bu doğrultuda kanaldan geçiş rejiminin Montrö Boğazlar Sözleşmesi ile uyumlu olması oldukça önemlidir. Kanal İstanbul projesini uluslararası hukuk açısından değerlendirirken 1982 Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi (BMDHS) hükümlerinin ve bu sözleşmede düzenlenen boğazlardan geçiş rejimlerinin incelenmesi, boğaz ve kanal kavramlarının örneklerle birlikte ele alınması, Türk Boğazları bölgesinde geçerli olan Montrö Boğazlar Sözleşmesi rejiminin ve Türkiye'nin İstanbul Boğazı'ndan geçişlere ilişkin

[1] Ayrıntılı bilgi için bkz. https://www.wto.org/english/tratop_e/serv_e/transport_e/transport_maritime_e.htm. Erişim 21 Ağustos 2022.

[2] Yüksel İnan, *Türk Boğazlarının Siyasal ve Hukuksal Rejimi*, 2. Baskı, (Ankara: Turhan Kitabevi, 1995), 1. Hüseyin Pazarcı, *Uluslararası Hukuk*, (Ankara: Turhan Kitabevi, 2013), 271. Yusuf Aksar, *Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk II*, 2. Baskı, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2013), 43. Kudret Özersay, *Türk Boğazlarından Geçiş Rejimi*, (Ankara 1999), 25. Hakan Selim Canca, *Uluslararası Hukukta Türk Boğazları*, (Seçkin Yayınevi, Mayıs 2012), 25.

[3] Özersay, *Türk Boğazlarından Geçiş Rejimi*, 25.

yaptığı düzenlemelerin dikkate alınması zaruridir. Çalışmamızda bu hususlar üzerinde durulacak, kanalın hukuki statüsü ve Montrö Boğazlar Sözleşmesi açısından taşıdığı riskler ele alınacaktır.

I. BOĞAZLAR

Boğazlar, coğrafi özellikleri sebebiyle ya iki açık denizi birbiriyle ya da bir iç denizi açık denizle birleştirirler.^[4] Boğazlar, taşıdıkları bazı özelliklere göre ulusal boğaz veya uluslararası boğaz olarak ayrılırlar. Bu ayrım boğazlarda uygulanacak geçiş rejimi ve geçişi düzenleme yetkisine kimin haiz olduğu gibi hususlar açısından önem taşımaktadır.

Genelde tek bir devletin kıyıdaşı bulunduğu ya da kapalı bir denize bağlanan dar deniz yolları ulusal boğazları oluşturmaktadır.^[5] Ulusal boğazlar, kıyı devletinin egemenliği altındadır ve geçiş rejimini belirleme yetkisi de tek taraflı olarak kıyı devletindedir. Dağılmadan önce SSCB'nin tek kıyıdaşı olarak bulunduğu ve Azak denizini Karadeniz'e bağlayan Kerç Boğazı, İngiltere'nin Menai yahut Minch boğazları bu tür boğazlara örnek olarak gösterilebilir.

Uluslararası boğazlar farklı şekillerde karşımıza çıkmaktadır. 1958 Cenevre Karasuları ve Bitişik Bölge Sözleşmesi (KBBS), “bir açık denizle bir devletin karasularını bağlayan deniz yollarını, uluslararası deniz ulaşımı açısından gerekli oldukları takdirde uluslararası boğaz” olarak kabul etmiştir.^[6] 1982 BMDHS de benzer tanımı kabul etmiş, ilaveten boğazın bir devletin karasuları ile bir başka devletin münhasır ekonomik bölgesini birleştirmesi durumunda da uluslararası boğaz olarak kabul edileceğini belirtmiştir.^[7]

Bir boğazın uluslararası boğaz olarak nitelenebilmesi açısından Uluslararası Adalet Divanı'nın 09.04.1949 tarihli Korfu Boğazı Davası'nda verdiği karar yol gösterici olmaktadır. Divan kararında, bir boğazın uluslararası nitelikte kabul edilmesi için iki açık deniz parçasını birleştirmesi ve uluslararası seyrüseferde kullanılmasını yeterli görmüş, bu deniz yolunun kullanımının

[4] Canca, *Uluslararası Hukukta Türk Boğazları*, 25.

[5] Pazarcı, *Uluslararası Hukuk*, 271.

[6] 1958 KBBS m. 16/4.

[7] 1982 BMDHS m. 45/1.

zaruri veya ihtiyari olmasının önem taşımadığına hükmetmiştir.^[8] Ayrıca bir boğaz, coğrafi özellikleri bakımından ulusal boğaz gibi görünse dahi uluslararası anlaşmalara konu olmuşsa uluslararası boğaz olarak kabul edilir. Bu tanımlardan hareketle uluslararası boğazları, “kara parçaları arasında ya bir açık deniz ya da münhasır ekonomik bölge alanı ile bir başka açık deniz ya da münhasır ekonomik bölge alanını ya da devletlerin karasularını bağlayan ya da uluslararası antlaşmaya konu olan doğal deniz yolu” olarak tanımlamak mümkündür.^[9]

II. 1982 BİRLEŞMİŞ MİLLETLER DENİZ HUKUKU SÖZLEŞMESİ'NE GÖRE ULUSLARARASI BOĞAZLARDAN GEÇİŞ REJİMLERİ

1982 BMDHS, uluslararası boğazlardan geçiş rejimlerine ve geçişin düzenlenmesine ilişkin ayrıntılı hükümler içermektedir. Söz konusu düzenlemeler, denizlerde ulaşım özgürlüğü ile boğazlara kıyıdaş devletlerin güvenlik ve çevrenin korunmasına ilişkin kaygılarını yakından ilgilendirmesi bakımından oldukça önemlidir.^[10] 16 Kasım 1994 tarihinde yürürlüğe giren sözleşmeyi 168 ülke kabul etmiş^[11] olup Türkiye taraf değildir.

1982 BMDHS'nin kıyı devletlerine karasularını 12 deniz miline kadar çıkarma hakkı tanıması^[12] ve bu hakkın günümüzde uluslararası örf adet hukuku kuralı haline gelmesi nedeniyle birçok boğaz, kıyıdaş devletlerin karasuları içerisinde kalmıştır.^[13] Genişliği 24 deniz milinin üzerinde olan boğazlar açısından, uluslararası sulardaki seyrüsefer serbestisi geçerliliğini

[8] Ayrıntılı bilgi için bkz. Uluslararası Adalet Divanı, Korfu Boğazı Davası Kararı, 9 Nisan 1949.

[9] Pazarıcı, *Uluslararası Hukuk*, 273.

[10] John Norton Moore, “The Regime of Straits and the Third United Nations Conference on the Law of the Sea,” *American Society of International Law*, Vol. 74, No. 1, (Ocak 1980): 78-79.

[11] 1982 BMDHS'ne taraf olan devletler listesi için bkz. Erişim 23 Ağustos 2022, https://www.un.org/Depts/los/reference_files/chronological_lists_of_ratifications.htm#The%20United%20Nations%20Convention%20on%20the%20Law%20of%20the%20Sea.

[12] BMDHS m. 3.

[13] Aksar, *Teoride ve Uygulamada*, 43.

koruduğu için bir sorun bulunmamaktadır.^[14] Ancak genişliği 24 deniz milinin altında olan boğazlar kıyı devletlerinin karasuları içerisinde kalmaktadır. Söz konusu boğazlardan geçiş rejimlerinin, deniz ulaşımı, taşımacılık, ekonomik değer ve askerî harekâta kullanım gibi stratejik önemleri sebebiyle net bir şekilde ortaya konulması devletlerarası yeni uyumsuzlukların ortaya çıkmasını önlemek için gereklidir.

Uluslararası boğazlardan geçiş serbestisi yapılageliş kuralı olarak kabul edilmiş, bu ilkeye 1958 Cenevre KBBS m. 16/4'te de yer verilmiştir. Söz konusu sözleşmede boğazlardan geçiş rejimi zararsız geçiş olarak ifade edilmektedir. 16 Kasım 1994'te yürürlüğe giren 1982 BMDHS ise 1958 KBBS'ne nazaran kıyıdaş devletlerin boğazdan geçişleri düzenleme yetkilerine daha fazla kısıtlama getirmektedir. Ancak BMDHS'nde, uluslararası seyrüseferde kullanılan boğazlardan geçiş rejiminin diğer yönlerden boğaz sularının hukuki rejimini etkilemeyeceği, kıyı devletlerinin ülkesel egemenlik veya yetkilerini kullanmaya devam edecekleri ifade edilmiştir.^[15] Kıyı devletleri, uluslararası boğazın geçiş rejimini uygularken ulaşım güvenliğini, deniz trafiğini düzenleyebilir ve trafik ayırım şemaları oluşturup geçiş yollarını belirleyebilir.^[16] Bu çerçevede kıyı devletleri güvenlik ve çevrenin korunması gibi sebeplerle iç hukukları çerçevesinde söz konusu yetkilerini kullanmaktadır.

BMDHS'nde uluslararası boğazlardan geçiş konusunda, beş farklı geçiş rejimi uygulamasına yer verildiği görülmektedir. Söz konusu geçiş rejimleri serbest geçiş, zararsız geçiş, transit geçiş, takımada sularından geçiş ve ilgili boğaza ilişkin özel sözleşmelerle düzenlenen geçiş rejimleri başlıkları altında toplanmaktadır. Takımada devletlerinin sahip olduğu takımada sularında bulunan boğazlarda takımada geçiş rejimi, genişliği karasuları genişliğinin iki katından fazla olan uluslararası boğazlarda yer alan münhasır ekonomik bölge veya açık deniz alanlarında serbest geçiş rejimi uygulanmaktadır. Ayrıca BMDHS m. 35/c'de belirtildiği üzere, ayrı bir uluslararası anlaşmanın konusunu oluşturan boğazlarda anlaşmada belirlenen özel hukuksal düzen uygulanır.

[14] Aksar, *Teoride ve Uygulamada*, 44.

[15] 1982 BMDHS m. 34.

[16] 1958 KBBS m. 17, 1982 BMDHS m. 21, 22, 41, 42, 53, 54.

Türk Boğazları ve Kanal İstanbul bağlamında, BMDHS'nde yer alan zararsız geçiş ve transit geçiş rejimleri ile Montrö Boğazlar Sözleşmesi'nde düzenlenen *sui generis* nitelikteki geçiş rejimi önem taşımaktadır.

A) ZARARSIZ GEÇİŞ

1982 BMDHS'nde, uluslararası ulaşırmada kullanılan boğazlarda esas geçiş rejiminin transit rejim olmasının kabulüyle beraber m. 45'te belirtilen bazı özelliklere sahip boğazlarda zararsız geçiş rejiminin uygulanacağı ifade edilmiştir. Düzenleme doğrultusunda bir devletin karasularını, açık denizin bir kısmına veya diğer bir devletin münhasır ekonomik bölgesine bağlayan boğazlarda, zararsız geçiş rejimi uygulanacaktır.^[17] Boğazlardan zararsız geçiş rejimi, farklılıklar olmakla beraber karasularında uygulanan zararsız geçişe benzer bir rejimdir. Uluslararası boğazlardan zararsız geçişle karasularından zararsız geçiş arasındaki en önemli fark ise kıyı devletinin boğazdan zararsız geçişi askıya alamayacak olmasıdır.^[18] Boğazlardan yapılacak geçişler kesintisiz ve çabuk olmalıdır.^[19]

Zararsız geçiş rejiminde, geçişlerin hangi hallerde zararlı olacağı 1982 BMDSH m. 19/2'de düzenlenmiştir. Kıyı devletinin, zararsız geçişe ilişkin düzenleme yapabileceği konular da m. 21'de düzenlenmiştir. Kıyı devleti genel olarak, seyrüsefer güvenliği, deniz trafiğini düzenleme, bu amaçlarla kullanılan teçhizat ve tesisleri koruma, denizaltı kablo ve petrol borularını koruma, canlı kaynakları koruma, balıkçılığa dair kuralları ihlal eden eylemleri önleme, çevrenin korunması ve kirlilikle mücadele, bilimsel araştırma ve ölçüm yapma, gümrük, maliye ve muhaceretle ilgili düzenlemelerine aykırı eylemlerin önlenmesi amaçlarıyla kanun ve kural koyma yetkisine sahiptir.

B) TRANSİT GEÇİŞ REJİMİ

Transit geçiş rejimi, 1958 KBBS'nde yer almamış ve ilk olarak 1982 BMDHS'nde düzenlenmiştir. 1982 sözleşmesinin uluslararası boğazlara ilişkin genel olarak kabul ettiği geçiş rejimi transit geçiştir. Transit geçiş rejimi, "açık denizin veya münhasır ekonomik bölgenin bir bölümü ile açık

[17] 1982 BMDHS m. 45/1-b.

[18] 1982 BMDHS m. 45/2.

[19] 1982 BMDHS m. 18/2.

denizin veya münhasır ekonomik bölgenin diğer bir bölümü arasında uluslararası seyrüsefer için kullanılan boğazlarda” uygulanır.^[20] Transit geçiş hakkı, boğazın tamamının karasularına dahil olması halinde mümkündür. Yani boğaz içerisinde kalan suların bir kısmı kıyı devletinin karasularının dışında kalması durumunda boğazdan karasularına girmeden geçmek mümkün olacağından söz konusu boğazda transit geçiş rejimi uygulanmayacaktır.^[21]

Transit geçiş hakkı, gemiler ve uçakların tamamının herhangi bir engelleme olmadan bu haktan yararlanmasını kapsar. Aynı zamanda transit geçiş, tüm gemiler ve uçaklar için hızlı ve kesintisiz olmalıdır. Boğazlara kıyısı olan devletler, transit geçiş hakkını engelleyemez veya geçici bir süre de olsa durduramazlar.^[22] Transit geçiş sırasında yabancı gemilerin, boğaza kıyısı olan devletlerin izni olmaksızın bilimsel araştırma ve ölçüm yapması yasaktır.^[23]

Boğaz kıyıdaş devletlerin transit geçişe ilişkin düzenleme yapma yetkileri sözleşmenin 41. ve 42. maddelerinde düzenlenmiştir. Söz konusu maddelere göre kıyı devleti, boğazda seyrüsefer güvenliğini sağlamak amacıyla gidiş ve geliş yollarını tespit etme ile trafik ayırım şemalarına uyulmasını talep etme olanağına sahiptir. Ayrıca kıyı devleti, uluslararası kurallar çerçevesinde boğazda kirlilikle mücadele; balık avlama yasağı; gümrük, maliye, sağlık ve muhaceret hususlarındaki düzenlemeleri doğrultusunda mal ve kişilerin gemilerden çıkartılması veya gemiye alınması konularında düzenleme yapma yetkisine sahiptir.

BMDHS’ne göre, bir devletin anakarası ile aynı devlete ait bir ada arasında bulunan boğazlarda, eğer adanın açık deniz tarafında veya bir münhasır ekonomik bölgede eşit uygunlukta alternatif bir yol mevcutsa bu boğazda transit geçiş rejimi uygulanmaz.^[24] Bu tür boğaza örnek olarak İtalya ile Sicilya Adası arasında bulunan Messina Boğazı gösterilmektedir. Ayrıca açık deniz veya münhasır ekonomik bölge ile yabancı bir devletin karasuları arasında

[20] 1982 BMDHS m. 37.

[21] Hüner Tuncer, “Dünden Bugüne Boğazların Durumu ve Montrö Sözleşmesi,” içinde *Çılgin Proje Kanal İstanbul*, Kaynak Yayınları, İstanbul, 122.

[22] 1982 BMDHS m. 44.

[23] 1982 BMDHS m. 40.

[24] 1982 BMDHS m. 38/1.

bulunan boğazlarda da transit geçiş rejimi yerine ertelenemez zararsız geçiş rejimi uygulanır.^[25]

Transit geçiş rejiminde, zararsız geçiş rejiminin aksine kıyı devletlerinin gemilerin geçişlerinin önceden bildirilmesini isteme olanağı veya denizaltıların su yüzeyinden geçmesi ve bayraklarını göstermesi gibi kurallar yoktur. Gemilerin yanı sıra uçaklar da transit geçiş hakkında faydalanır^[26] ve geçişin zararsız olma şartı da aranmamaktadır.^[27] Zararsız geçişte, sözleşmede ifade edilen hallerde geçişin zararlı hale gelmesi durumunda kıyı devleti yaptırım uygulayabilecekken, transit geçişte gemilerin kurallara uymamaları halinde ne tür bir yaptırımın uygulanabileceği belirsizdir.^[28] Bu çerçevede transit ve zararsız geçiş rejimleri kıyaslandığında transit geçiş rejiminin gemiler ve uçaklar için çok daha fazla serbesti getirdiği ve kıyı devletinin yetkilerini kısıtladığı görülmektedir.

C) *SUI GENERIS* GEÇİŞ REJİMLERİ

1982 BMDHS m. 35/c'de ifade edildiği üzere, özel antlaşmaların konusu oluşturan uluslararası boğazlarda ilgili antlaşma hükümleri kapsamında *sui generis* ya da *ad hoc* geçiş hakkı veren özel geçiş rejimleri uygulanacaktır. Söz konusu boğazların hukuksal rejimleri ve geçiş kuralları, özel antlaşmalarla genel olarak serbestlik esasına bağlı olarak düzenlenmiştir.^[29] Özel geçiş rejimlerinin uygulandığı boğazlara Danimarka Boğazları, Macellan Boğazı, Aaland Boğazları, Cebelitarık Boğazı ve Türk Boğazları örnek gösterilebilir.

Kuzey Denizi ile Baltık Denizi'ni birleştiren Küçük Belt, Büyük Belt ve Sound Boğazları Danimarka Boğazları olarak isimlendirilmektedir. Bu boğazlarda uygulanacak olan geçiş rejimi 14 Mart 1857 Kopenhag Sözleşmesi

[25] 1982 BMDHS m. 45/2.

[26] Yücel Acer ve İbrahim Kaya, *Uluslararası Hukuk Temel Ders Kitabı*, (Ankara: USAK Yayınları, 2013), 160.

[27] Kayode Olatoke Esq., "The Legal Regime Of International Straits," *Benue State University Journal of Private and Public Law* 1, no. 2, (2013): 279.

[28] Canca, *Uluslararası Hukukta Türk Boğazları*, 50.

[29] İnan, *Türk Boğazlarının Siyasal*, 3.

ile belirlenmiştir.^[30] Sözleşme ile gemilerin geçiş serbestisi kabul edilmiş olup geçiş ücretsizdir ve Danimarka'nın savaşta olması halinde boğazları kapatma yetkisi bulunmaktadır.^[31] Sözleşmede savaş gemilerinin geçişine ilişkin özel bir düzenleme bulunmamakla beraber Danimarka, barış zamanında ve kendisinin savaş dışı olduğu durumlarda savaş gemilerinin geçişine itiraz etmemiştir.^[32]

Macellan Boğazı, Atlantik Okyanusu'nu Pasifik Okyanusu'na bağlayan önemli bir su yoludur. Boğazdan geçiş rejimi Şili ile Arjantin arasında 23 Temmuz 1881 tarihinde akdedilen sözleşme ile belirlenmiş olup sözleşmede bütün gemilerin serbestçe geçeceği, boğazların sürekli olarak tarafsız olacağı ve sahillerin tahkiminin yasak olduğu düzenlenmiştir.

Aaland Boğazı, İsveç ve Finlandiya arasında yaklaşık 6500 ada ve adacığın bulunduğu bir bölgede yer almaktadır. Boğaz, Baltık Denizi ile Botni Körfezi arasında geçişi sağladığı için önemlidir. Söz konusu boğazdan geçiş rejimine ilişkin düzenlemeler, 20 Ekim 1921 tarihli "Aaland Adasının Tahkim Edilmemesi ve Tarafsızlaştırılması Hakkında Sözleşme" içerisinde öngörülmüştür. Sözleşme ile tarafsız ve askersiz bir statüye sokulan Aaland Boğazı'ndan zararsız geçiş ilkesi kapsamında bir geçiş rejimi öngörülmüştür. Son olarak hem Finlandiya hem de İsveç BM Deniz Hukuku Sözleşmesi'ni onaylarken, Aaland Boğazları'nın Deniz Hukuku Sözleşmesi'nin m. 35/c bendi hükmünde öngörülen nitelikte bir boğaz olduğunu beyan etmişlerdir.

Cebelitarık Boğazı, Akdeniz ile Atlantik Okyanusu'nu bağlayan önemli bir su yoludur. Cebelitarık Boğazı'na İspanya, Fas ve İngiltere kıyıdaştır. Geçiş rejimi, İngiltere ile Fransa arasında 8 Nisan 1904'te imzalanan Londra Bildirisi ile düzenlenmiştir. Boğaz ticaret ve savaş gemisi ayrımı olmaksızın geçişlere açık olup boğazın sahillerinde tahkimat yapmak yasaktır.^[33] İki akit devlet, Cebelitarık Boğazı'ndan serbest geçişin sağlanabilmesi için

[30] Sözleşmenin İngilizce metni için bkz, erişim 30 Ağustos 2022, <https://babel.hathitrust.org/cgi/pt?id=hvd.hj1391&view=1up&seq=68>.

[31] Aksar, *Teoride ve Uygulamada*, 46.

[32] Canca, *Uluslararası Hukukta Türk Boğazları*, 26. Kazım Ökten, "Montreux Boğazlar Sözleşmesi," (Yüksek Lisans tezi, Trakya Üniversitesi, 2008), 144.

[33] Canca, *Uluslararası Hukukta Türk Boğazları*, 26. Ökten, "Montreux Boğazlar Sözleşmesi," 145.

gerekli önlemleri alacaklarını kabul etmişlerdir. İspanya, Fransa'yla yaptığı 27 Kasım 1912 tarihli anlaşma ile bildirinin esaslarını kabul etmiş, serbest geçişi sağlamak için ortak sorumluluk almıştır. Fas is halefiyet sebebiyle bu sözleşmelere taraf bulunmaktadır.^[34]

III. TÜRK BOĞAZLARI

Türk Boğazları, Montrö Boğazlar Sözleşmesi'nin konusunu oluşturduğundan uluslararası boğaz statüsündedir.^[35] “Türk Boğazları” ifadesi, ilk olarak 1923 Lozan Boğazlar Sözleşmesi'nin Başlangıç kısmında kullanılmış olup akabinde Montrö Boğazlar Sözleşmesi'nde de yinelenmiştir. Türk Boğazları kavramı, İstanbul Boğazı, Çanakkale Boğazı ve Marmara Denizi'nden ortak geçiş rejimini ifade etmek için kullanılmakta, bu üç deniz alanının ayrı coğrafi ve hukuksal varlıklarını ortadan kaldırmamaktadır.^[36] Örnek olarak Marmara Denizi tümüyle bir iç denizdir ve gerek tarihi gerek coğrafi nedenlerle iç sular rejimine tabidir.^[37] Ancak uluslararası ulaşım bakımından Marmara Denizi, İstanbul Boğazı ve Çanakkale Boğazı bir bütün olarak kabul edilip değerlendirilmektedir.^[38] Türk Boğazları, Karadeniz'den dünyanın diğer yerlerine ve dünyadan Karadeniz'e deniz yoluyla ulaşımın tek yoludur.^[39]

Tarihte Türk Boğazlarından geçiş rejimlerine bakarsak, 1453 yılında İstanbul'un fethinden 1809 yılına kadar geçen süreçte boğazlarda mutlak Türk egemenliğinin olduğu görülmektedir.^[40] Bu süreçte boğazlardan geçişe

[34] İnan, *Türk Boğazlarının Siyasal*, 2.

[35] Özersay, *Türk Boğazlarından Geçiş Rejimi*, 40.

[36] Pazarıcı, *Uluslararası Hukuk*, 276. İnan, *Türk Boğazlarının Siyasal*, 3.

[37] İnan, *Türk Boğazlarının Siyasal*, 4.

[38] Aksi takdirde ülkemizin, iç sular statüsünde bulunan Marmara Denizi'nden yabancı gemilerin geçişini engellemek ve yasaklamak hakkı bulunabilecekti. İnan, *Türk Boğazlarının Siyasal*, 4.

[39] Meltem Sarıbeyoğlu-Skalar ve Hilal Cecanpınar, “85. Yılında Montrö Boğazlar Sözleşmesi: Türkiye ve Karadeniz'e Kıyıdaş Devletler Açısından Önemi,” *Marmara Avrupa Araştırmaları Dergisi* 29, no. 1, (2021): 80.

[40] Bülent Şener, “Türk Boğazları'nın Geçiş Rejiminin Tarihi Gelişimi ve Hukuki Statüsü,” *Tarih Okulu Dergisi (TOD)* 7, no. XVII, (Mart, 2014): 469.

ilişkin karar yetkisi tek taraflı olarak Osmanlı İmparatorluğu'nun elindedir. Karadeniz'in bir Türk gölü haline gelmesinden sonra boğazlar tüm yabancı gemilere kapatılmıştır. Boğazların yabancı gemilere kapalı olması imparatorluğun *Kadim Kuralı* olarak isimlendirilmiştir. Osmanlı Devleti, 1809 yılında İngiltere'yle imzalanan Kale-i Sultaniye Antlaşması'yla barış zamanında boğazları yabancı devletlerin savaş gemilerine kapatmayı kabul etmiştir.^[41] Böylece boğazların hukuki statüsü iki taraflı anlaşmayla belirlenmiştir. İlerleyen yıllarda imparatorluğun iyice zayıflaması üzerine daha fazla sayıda devlet boğazlar üzerinde söz sahibi olmak istemiş ve nihayetinde 1841 yılında imzalanan Londra Boğazlar Sözleşmesi'nden itibaren günümüze kadar boğazların hukuki statüsü çok taraflı anlaşmalarla düzenlenmeye başlamıştır.^[42]

1. Dünya Savaşı'nda Osmanlı İmparatorluğu'nun savaşı kaybetmesi üzerine imzalanan Mondros Mütarekesi'nin 1. maddesi ile boğazların açılması ve boğazlardaki askeri tesislerin, kalelerin müttefiklerce işgali düzenlenmiştir. 10 Ağustos 1920'de imzalanan Sevr Barış Anlaşması ile boğazların gerek savaş gerek barış zamanında tüm savaş ve ticaret gemilerine, askeri ve ticari uçaklara açık olması kabul edilmiştir. Sevr Anlaşmasıyla boğazlardan yapılacak geçişi düzenlemek ve uygulamak için ayrı bayrağı, bütçesi olan ve özel bir polis gücü oluşturma yetkisi de bulunan uluslararası boğazlar komisyonu kurulması, boğazların her iki yanının Türk ve Yunan askerlerinden ve silahtan arındırılması öngörülmüştür.^[43] Türk Boğazları'nda Türk hâkimiyeti ve yetkisini tamamen ortadan kaldıran bu antlaşma taraf devletlerce onaylanmamış ve hiçbir zaman hukuksal geçerlilik kazanmamıştır.

Kurtuluş savaşının kazanılması üzerine 24 Temmuz 1923 tarihinde Lozan Barış Anlaşması imzalanmıştır. Anlaşmanın 23. maddesi ile taraflar, boğazlardan barış ve savaş zamanlarında deniz ve havadan geçiş serbestisini kabul etmişlerdir. Ayrıca serbest geçiş ilkesini ayrıntılı olarak düzenlemek amacıyla barış anlaşmasıyla aynı gün imzalanan Lozan Boğazlar Sözleşmesi'nin, Lozan Barış Anlaşması'nın bir parçası olduğu da hükme bağlanmıştır. Sözleşmeye uyulmasını sağlamak amacıyla başkanı Türk olan ve imzacı devletlerin temsilcilerinden oluşan yeni bir boğazlar komisyonunun kurulması düzenlenmiştir.

[41] Şener, "Türk Boğazları'nın," 474.

[42] Şener, "Türk Boğazları'nın," 477.

[43] Sevr Barış Anlaşması m. 22.

Sözleşmede, boğazlarda belli bölgelerin askersizleştirilmesiyle beraber, 18. maddeyle geçiş serbestliğine ilişkin hükümlerin ihlali veya beklenmedik bir saldırı veya savaş tehdidi halinde akit devletlerin bu eylemleri birlikte önleyecekleri garanti edilmiştir. Sözleşmeyle boğazların uluslararası statüsü ve rejimi devam etmiş, gemilerin geçişine ilişkin ticaret gemisi-savaş gemisi ayrımı ile barış zamanı-savaş zamanı ayrımları yapılmıştır.

Lozan Boğazlar Sözleşmesi'ne göre, ticaret gemileri ve sivil uçaklar barış zamanında tam geçiş serbestisine sahiptir. Ticaret gemileri geçiş sırasında kılavuz almakla yükümlü değildir ve gemilerden geçiş karşılığında vergi, harç gibi herhangi bir ücret alınmaz. Savaş zamanında eğer Türkiye tarafsız ise barış zamanında olduğu gibi gece ve gündüz tam geçiş serbestliğine sahiptirler. Savaş zamanında eğer Türkiye savaştan tarafsız, tarafsız devletlerin ticaret gemileri ve sivil uçakları düşmana yardım etmemek koşuluyla, geçiş serbestisine sahiptir. Ancak Türkiye'nin bahsedilen gemi ve uçakları denetleme ve arama hakkı bulunmaktadır.

Lozan Boğazlar Sözleşmesi'nde, savaş gemilerinin boğazlardan transit olarak geçmeleri ve zorunlu nedenler dışında geçişleri için gerekli süreden fazla boğazlarda duramayacakları düzenlenmiştir. Sözleşmeye göre, barış zamanında savaş gemileri bayrakları ne olursa olsun gece ve gündüz herhangi bir ücret ödemeksizin boğazlardan serbestçe geçiş hakkına sahiptir. Ancak Karadeniz'e kıyıdaş olmayan devletin boğazlardan geçireceği kuvvet Karadeniz'in en kuvvetli donanmasından fazla olamaz. Yabancı devletlerin gemileri, boğazlarda dostça olmayan eylemlere girişemez ve diğer devletlere ait gemileri kontrol edemezler. Savaş zamanında Türkiye tarafsızsa barış zamanına ilişkin geçiş rejimi uygulanacaktır. Türkiye tarafsız kaldığı bir savaşta boğazlardan barış zamanında olduğu gibi serbest geçişi sağlamakla yükümlü tutulmuş, Türkiye'ye kendi güvenliği için dahi serbest geçişi engelleyecek önlem alma imkânı tanınmamıştır.^[44]

Savaş zamanında Türkiye savaştan devletlerden biriye, tarafsız devlet savaş gemileri ve uçaklarının barış zamanında olduğu gibi serbestçe geçmesi düzenlenmiştir. Sözleşmeye göre Türkiye, düşman savaş gemileri ile uçaklarının geçişini engellemek için ise tarafsız devletlerin gemi ve uçaklarının geçişini engellemeden gerekli önlemleri alabilir. Tarafsız sivil gemiler, düşmana yardım etmemek koşuluyla geçiş ve ulaşım özgürlüğünden yararlanırlar.

[44] İnan, *Türk Boğazlarının Siyasal*, 35.

A) MONTRÖ BOĞAZLAR SÖZLEŞMESİ'NE GÖRE BOĞAZLARIN HUKUKİ STATÜSÜ VE BOĞAZLARDAN GEÇİŞ REJİMİ

Dünyada siyasi ortamın değişmesi ve Avrupa'da silahlanmanın artması, Türkiye'nin güvenliğini garanti altına almayı amaçlayan Lozan Boğazlar Sözleşmesi'nin 18. maddesinin işlevsiz kalmasına neden olmuştur.^[45] Türkiye, Lozan Boğazlar Sözleşmesi'ndeki silahsızlandırmaya ilişkin hükümler sebebiyle boğazların savunmasız bir hal aldığını ve ülkenin güvenliği için değişiklikler yapılması gerektiğini Milletler Cemiyeti'nde ve çeşitli diplomatik toplantılarda dile getirmiştir.^[46] Bu girişimlerin başarısız olması üzerine Türkiye, Lozan Boğazlar Sözleşmesi'ne taraf devletlere nota göndererek sözleşmenin güncel şartlara uymadığını, değiştirilmesi gerektiğini, dünyada silahlanma yarışının hız kazandığını ve bu durumda boğazların askerden arındırılmasının Türkiye için büyük tehlike arz ettiğini belirtmiş, gerekçelerini *rebus sic stantibus* ilkesine dayanarak açıklamıştır.^[47] Türkiye'nin bu çağrısına devletlerden olumlu yanıt gelmiştir. Netice olarak Türk Boğazları'nın rejimini değiştirmek amacıyla 22 Haziran 1936 tarihinde Montrö Konferansı toplanmış^[48] 20 Temmuz 1936'da Montrö Boğazlar Sözleşmesi imzalanmıştır.

Sözleşme, Lozan Boğazlar Sözleşmesi'nde olduğu gibi Türk Boğazları'nın İstanbul Boğazı, Marmara Denizi ve Çanakkale Boğazından oluştuğunu tekrar etmiştir. Sözleşmede geçiş serbestliği ilkesi öngörülmüş^[49] ve bu

[45] M. Deniz Vank, "Uluslararası Boğazların Hukuki Statüsü, Geçiş Rejimleri ve Türk Boğazları," *Ankara Barosu Dergisi* 1, no. 6, (1998): 101.

[46] Canca, *Uluslararası Hukukta Türk Boğazları*, 77.

[47] Canca, *Uluslararası Hukukta Türk Boğazları*, 77. Türkiye'nin gerekçelerine dair ayrıntılı bilgi için bkz. İnan, *Türk Boğazlarının Siyasal*, 45. Özersay, *Türk Boğazlarından Geçiş Rejimi*, 59. Uluslararası hukukta, antlaşmanın yapıldığı dönemde antlaşmanın yapılmasına esas olan koşulların, sonradan meydana gelen ve öngörülemeyen esaslı bir değişiklikte taraf yükümlülüklerini köklü şekilde etkilemesi halinde antlaşmanın feshedilmesini, askıya alınmasını ya da antlaşmanın tadil edilmesini öngören ilkeye "*rebus sic stantibus*" denilmektedir.

[48] Konferansa katılan devletlerin boğazlarda kurulacak geçiş rejimine ilişkin görüşler için bkz. İnan, *Türk Boğazlarının Siyasal*, 51-53. Özersay, *Türk Boğazlarından Geçiş Rejimi*, 63-65.

[49] Montrö Sözleşmesi m. 1/1.

geçiş serbestliğinin sonsuz şekilde uygulanacağı ifade edilmiştir.^[50] Sonsuz ifadesinin kullanılma amacı, başta yirmi yıllık bir süre için geçerli olan sözleşmenin feshedilmesi halinde de geçiş serbestisinin devam etmesidir. Montrö Boğazlar Sözleşmesi'nde, Lozan Boğazlar Sözleşmesi'nde bulunan boğazların silahsızlandırılmasına ilişkin hükme yer verilmemiş ve sözleşmeye eklenen protokolde Türkiye'nin boğazlara askeri tahkim yapabileceği düzenlenmiştir.^[51] Bu doğrultuda Türk Silahlı Kuvvetleri, Boğazlar Bölgesi olarak tanımlanan Çanakkale Boğazı, İstanbul Boğazı ve Marmara Denizi'ne girerek güvenlik amacıyla bu bölgeyi silahlandırmıştır.^[52] Ayrıca Lozan Boğazlar Sözleşmesi'nde yer alan Boğazlar Komisyonu kaldırılarak komisyonun sahip olduğu yetkiler Türkiye'ye devredilmiştir.^[53] Böylece Türkiye boğazlardan geçişle ilgili sözleşme kurallarının uygulanmasında tek yetkili haline gelmiştir.

Montrö Boğazlar Sözleşmesi, Türkiye ve Karadeniz'e kıyısı olan devletlerin emniyetini ön plana çıkarmış, Türk Boğazları'ndan geçiş rejimi de bu doğrultuda düzenlenmiştir.^[54] Başlangıç bölümünde sözleşmenin, geçiş serbestisi ilkesini "Türkiye'nin ve Karadeniz'e kıyısı olan devletlerin güvenliğini koruyacak" bir şekilde düzenlemek amacıyla imzalandığı belirtilmiştir.^[55] Sözleşme, boğazlardan geçecek gemilerin ticaret veya savaş gemisi olması, Türkiye'nin savaşta olup olmaması, Türkiye'nin kendisini savaş tehdidi altında görmesi ve geçecek savaş gemilerinin Karadeniz'e kıyıdaş devletlere ait olup olmaması gibi çeşitli durumlara ilişkin farklı düzenlemeler getirmiştir.

[50] Montrö Sözleşmesi m. 28/2.

[51] Özersay, *Türk Boğazlarından Geçiş Rejimi*, 80.

[52] İnan, *Türk Boğazlarının Siyasal*, 54. Özersay, *Türk Boğazlarından Geçiş Rejimi*, 80.

[53] Montrö Sözleşmesi m. 24/1.

[54] Aksar, *Teoride ve Uygulamada*, 46. İsmail Soysal, "Türk Boğazları ve 1936 Montreux Sözleşmesi," içinde *Prof. Mahmut Belik ve Prof. Dr. Tahir Çağ'ya Saygı Semineri*, (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1994), 5.

[55] Sevin Toluner, *Türkiye'nin Bazı Dış Politika Sorunları*, 2. Baskı, (İstanbul: Beta Yayınevi, 2004), 388.

1- Ticaret Gemilerinin Boğazlardan Geçışı

Sözleşmede, ticari gemilerin tanımı yapılmamış ancak savaş gemilerinin tanımı yapılarak savaş gemisi olmayan gemiler ticari gemi olarak kabul edilmiştir.^[56] Sözleşme'nin 2. maddesinde, barış zamanında ticaret gemilerinin, gündüz ve gece boğazlardan geçiş özgürlüğünden tam olarak yararlanacakları düzenlenmiştir. Ticaret gemilerinin geçişlerde kılavuzluk ve römorkaj hizmetlerinden yararlanması zorunlu değil, isteğe bağlıdır. Sözleşme'nin I Numaralı Ekinde öngörülen vergi yahut harçlar dışında, geçişten herhangi bir ücret talep edilmesi mümkün değildir. Yani boğazlardan geçiş ücretsizdir. Saklı tutulan 3. madde hükmüne göre ise barış zamanı geçiş rejiminde, uluslararası sağlık kuralları çerçevesinde Türk makamlarınca sağlık kontrolleri yapılabilecektir.^[57]

Savaş zamanı Türkiye'nin tarafsız olduğu durumlarda, ticaret gemilerinin geçişine, barış zamanı geçiş rejimi uygulanacaktır.^[58] Savaş zamanı Türkiye'nin savaştan konumunda olması durumunda ise Türkiye ile savaşta olmayan devletlerin ticaret gemileri, düşman devletlere yardım etmemek, gündüz geçmek ve her seferinde Türkiye tarafından gösterilecek rotayı takip etmek koşullarıyla geçiş serbestisinden yararlanabileceklerdir.^[59] Türkiye'nin savaştan devlet olduğu durumda, boğazlardan geçen gemilerin düşmana yardım etmemesi şartı arandığından, Türkiye'nin gemiler üzerinde denetim hakkının bulunduğu ve taşıdıkları yükü kontrol edebileceği sonucu çıkmaktadır.^[60]

Türkiye'nin kendisini pek yakın bir savaş tehlikesi tehdidi karşısında saydığı durumlarda ise ticaret gemilerine, boğazlara gündüz girmek, Türk makamlarının göstereceği belirli bir rotayı izlemek ve gerektiğinde ücrete bağlı olmayan zorunlu kılavuz almak şartlarını yerine getirmek suretiyle sözleşmenin 2. maddesi kapsamında yer alan barış zamanı geçiş rejimi uygulanacaktır.^[61]

[56] Montrö Sözleşmesi m. 7.

[57] Montrö Sözleşmesi m. 2.

[58] Montrö Sözleşmesi m. 4.

[59] Montrö Sözleşmesi m. 5.

[60] Canca, *Uluslararası Hukukta Türk Boğazları*, 83.

[61] Montrö Sözleşmesi m. 6.

2- Savaş Gemilerinin Boğazlardan Geçışı

Sözleşme'nin İkinci Kesiminde savaş gemilerinin boğazlardan geçişine ilişkin rejim belirlenmiştir. Bu rejime genel olarak bakıldığında, Karadeniz'e kıyısı olan devletlerin güvenliğinin esas alındığı görülmektedir. Barış zamanında dahi savaş gemilerinin boğazlardan geçişine ilişkin çeşitli kısıtlamalar bulunmaktadır. Her şeyden önce sözleşme, savaş gemilerinin boğazlardan geçişleri ile ilgili olarak, bir *ön bildirim şartı* getirmiştir. Sözleşmenin 13. maddesinde, bu ön bildirim şartının olağan süresinin 8 gün olduğu ve bu sürenin Karadeniz'e kıyısı olmayan devletler açısından 15 güne kadar çıkarılabileceği düzenlenmiştir.

Sözleşmede, Karadeniz'e kıyısı olmayan devletlerin savaş gemilerinin boğazlardan geçişine ilişkin özel kısıtlamalar yer almaktadır. Bu devletlerin boğazlardan tek seferde Karadeniz'e geçiş yapacak olan savaş gemilerinin toplam sayısının 9'u, gemi veya gemilerin toplam tonajının 15.000'i aşmayacağı düzenlenmiştir.^[62] Söz konusu devletlerin sadece hafif su üstü gemileri, küçük savaş gemileri ve yardımcı gemileri boğazlardan Karadeniz'e geçebilecektir, denizaltı ve uçak gemilerinin Karadeniz'e çıkmaları mümkün değildir. Karadeniz'e kıyısı olan devletlerinse, dışarıda yaptıkları veya satın aldıkları veya onarılabilecek denizaltıları, önceden Türkiye'yi haberdar etmek ve gündüz, su üstünden seyretmek koşuluyla boğazlardan geçebilecektir.

Karadeniz'e kıyısı olmayan devletlerin Karadeniz'de bulundurabilecekleri savaş gemilerinin toplam tonajı 45.000 tonla, tek bir devlete ait savaş gemileri için ise 30.000 tonla sınırlandırılmıştır. Ancak Karadeniz'in en güçlü donanmasının toplam tonajının sözleşmenin imzalandığı tarihte Karadeniz'de bulunan en güçlü olan donanmanın tonajını en az 10 bin ton geçerse, 30 binlik toplam tonaj aynı miktarda arttırılacak ve en çok 45.000 ton olacaktır.^[63] Bu gemilerin Karadeniz'de kalabileceği maksimum süre 21 gündür. Karadeniz'e kıyısı olan devletlere ait 15.000 tondan büyük savaş hattı gemilerinin, tek tek ve iki torpido (veya muhrip) eşliğinde boğazlardan geçebilmeleri mümkündür.

Türkiye savaş zamanında tarafsız ise diğer tarafsız devletlerin gemileri için geçerli olan geçiş rejimi barış rejimiyken, savaşan devletlere ait savaş

[62] Montrö Sözleşmesi m. 14.

[63] Montrö Sözleşmesi m. 18/1-b.

gemilerinin boğazlardan geçmesi iki istisna hariç yasaklanmıştır. Bağlama limanından dönmek isteyen gemilerin ve Milletler Cemiyeti (Birleşmiş Milletler) bünyesinde oluşturulmuş Türkiye'yi bağlayan karşılıklı yardım anlaşması gereğince bir harekate katılan savaş gemilerinin geçişlerine izin verilmiştir.^[64] Son dönemde bu düzenleme Rusya ve Ukrayna arasındaki silahlı çatışmalar sebebiyle uygulanmış, Türkiye boğazların Rusya ve Ukrayna'nın savaş gemilerine kapatıldığını açıklamıştır.^[65]

Türkiye, savaş zamanında savaşan devlet konumunda ise yabancı devletlerin savaş gemilerinin boğazlardan geçmelerine veya geçmemelerine istediği şekilde karar verebilecektir.^[66] Türkiye, kendisini pek yakın bir savaş tehlikesi tehdidi karşısında gördüğü durumlarda da aynı şekilde, yabancı devlet savaş gemilerinin boğazlardan geçip geçemeyeceğine dilediği gibi karar verebilecektir. Ancak MC Konseyi (BM) üçte iki çoğunlukla, Türkiye'nin aldığı tedbirlerin haksız olduğuna karar verirse ve sözleşmeye taraf devletlerin çoğunluğu da bu görüşe katılırsa alınan önlemlerin kaldırılması yükümlülüğü doğacaktır.^[67]

Uçaklarla ilgili Montrö Sözleşmesi'nin 23. maddesinde düzenleme yapılmıştır. Bahsedilen düzenlemeye göre Türkiye, sivil uçakların Akdeniz ile Karadeniz arasında geçişini sağlamak için geçişe ayrılmış hava yollarını gösterecek; sivil uçaklar arasından tarifersiz uçuşlar üç gün önceden, düzenli uçuşlar ise Türkiye'ye yapacakları geçiş tarihlerini gösteren genel bir ön bildirimle bu yolları kullanacaklardır.^[68] Sözleşmede sadece sivil uçakların geçişi düzenlenmiş, askeri uçaklara yer verilmemiştir. Bu doğrultuda askeri uçakların boğazlardan geçip geçemeyeceğine dair takdir yetkisi Türkiye'ye bırakılmıştır.^[69]

[64] Montrö Sözleşmesi m. 19.

[65] Ayrıntılı bilgi için bkz. "Montrö devrede; boğazlar, Rusya ve Ukrayna'ya kapatılacak", Cumhuriyet, erişim 5 Şubat 2023, <https://www.cumhuriyet.com.tr/dunya/montro-devrede-bogazlar-rusya-ve-ukraynaya-kapatilacak-1911588>.

[66] Montrö Sözleşmesi m. 20.

[67] Montrö Sözleşmesi m. 21.

[68] Montrö Sözleşmesi m. 23.

[69] İnan, *Türk Boğazlarının Siyasal*, 78.

Sözleşmeyle getirilen yukarıda incelediğimiz geçiş rejimi zararsız ve transit geçiş rejiminden farklı ancak zararsız geçişe yakın bir *sui generis* rejimdir.^[70] Zararsız veya transit geçişte yabancı gemilerin geçişinin yasaklanması ya da geçiş hakkının askıya alınması mümkün değilken, Türk Boğazları'ndan bazı savaş gemilerinin geçişi yasaktır ve savaş gemileri geçişten belli bir süre önce bildirimde bulunmazsa geçiş hakkı askıya alınabilmektedir.^[71] Savaş ve savaş tehlikesi durumlarında da Türkiye'nin geçişleri yasaklama ve düzenleme yetkisi bulunmaktadır.^[72]

3- Sözleşmenin Değiştirilmesi ve Feshi

Sözleşmenin bir veya daha fazla maddesinin değiştirilmesine ilişkin usul 29. maddede gösterilmiş olup söz konusu hükme göre taraf devletler, sözleşmenin yürürlüğe girmesini izleyen her beş yıllık sürenin dolmasından en az üç ay önce bildirimde bulunmak şartıyla değişiklik önerisinde bulunma hakkına sahiptir. Değişiklik önerisinin, Montrö Sözleşmesi'nin 14. ve 18. maddeleriyle ilgiliyse en az başka bir taraf devletçe, farklı maddelerle alakalı olması halinde ise en az başka iki taraf devletçe desteklenmesi gerekir. Değişiklik önerisi üzerinde diplomasi yoluyla bir uzlaşmaya varılamazsa taraf devletler konuyu toplanacak bir konferansta görüşecektir. Söz konusu konferansta 14. ve 18. maddelerle ilgili değişiklik önerilerinin kabul edilebilmesi için Türkiye'nin yanında Karadeniz'e kıyıdaş olan devletlerin olumlu oylarını da içeren dörtte üç çoğunluk esas alınacak, diğer maddelerle ilgili değişiklik önerilerinde ise oybirliği esas alınacaktır.^[73]

Sözleşmenin feshine ilişkin düzenlemeler ise 28. maddede yer almaktadır. Söz konusu düzenlemeye göre, sözleşmenin süresi, yürürlüğe girdiği 9 Kasım 1936 tarihinden itibaren 20 yıldır. Sözleşmenin feshi için, bu sürenin bitiminden iki yıl önce taraf devletlerden herhangi birinin sözleşmeyi sona erdirmek için ön bildirimde bulunması gerektiği belirtilmiş, bu bildirim

[70] İnan, *Türk Boğazlarının Siyasal*, 57. Canca, *Uluslararası Hukukta Türk Boğazları*, 80. William L. Schachte, "International Straits and Navigational Freedoms," *Ocean Development & International Law*, Vol. 24:2, (1993); 192.

[71] Pazarıcı, *Uluslararası Hukuk*, 278.

[72] Pazarıcı, *Uluslararası Hukuk*, 278.

[73] Montrö Sözleşmesi m. 29.

depoziter devlet olan Fransız hükümetine verilmesinden sonraki iki yıllık sürenin sonunda sözleşmenin sona ereceği ifade edilmiştir. 20 yıllık süre geçmesine rağmen hiçbir taraf devlet sözleşmeyi sona erdirmeye iradesi gösterip sözleşmeyi feshetmemiştir. Mevcut durumda taraf devletlerden biri sözleşmeyi feshetmek isterse, sona erdirmeye ön bildirimini Fransız hükümetine gönderecek, ön bildiriminin gönderilmesinden sonraki iki yıl boyunca sözleşme yürürlükte kalacak ve bu sürenin tamamlanmasından sonra sözleşme feshedilmiş sayılacaktır.^[74] Ayrıca sözleşme bu usule uygun feshedildiğinde taraf devletler, yeni bir sözleşme oluşturmak için yapılacak konferansa katılmayı kabul etmişlerdir.^[75]

Montrö Boğazlar Sözleşmesi'nin imzalandığı 1936 yılından günümüze değin dünya siyasetinde önemli gelişmeler olmasına rağmen sözleşme, gerek 2. Dünya Savaşı gerekse Soğuk Savaş döneminde yürürlükte kalmıştır.^[76] Sözleşmenin bu denli uzun bir süre uygulanabilmesinin arkasında Türkiye'nin bu sözleşmeyi en ağır koşullar altında bile iyi bir şekilde uygulamış olması yatmaktadır.^[77] Montrö Boğazlar Sözleşmesi'ni, taraf devletlerin ve Karadeniz'e kıyıdaş devletlerin çıkarlarını korumak bakımından bir denge sözleşmesi olarak tanımlamak mümkündür. Günümüzde, sözleşmenin feshi veya tadili durumunda söz konusu devletlerin bir uzlaşma sağlayabilmesi pek de mümkün görünmemektedir. Sözleşme feshedilse dahi, geçiş ve gidiş-geliş özgürlüğü ilkesinin sonsuz süreli olacağını belirten 28. maddeyi de unutmamak gerekir. Sözleşme feshedilirse ve yeni bir geçiş rejimi üzerinde uzlaşma sağlanamazsa, boğazlardan geçiş rejiminin 1982 BMDHS'nin de benimsediği ve örf-adet kuralı haline gelmeye başlayan transit geçiş rejimi olma ihtimali bulunmaktadır.^[78] Uluslararası Deniz Hukuku'ndaki gelişmeler dikkate alındığında sözleşmenin feshi ile yeni bir geçiş rejimi bulma

[74] Canca, *Uluslararası Hukukta Türk Boğazları*, 93.

[75] Canca, *Uluslararası Hukukta Türk Boğazları*, 93.

[76] Şule Güneş, "Türk Boğazları," *ODTÜ Gelişme Dergisi*, no. 34, (Aralık 2007): 245.

[77] Güneş, "Türk Boğazları," 245.

[78] İnan, *Türk Boğazlarının Siyasal*, 84.

girişimlerinin Türkiye lehine sonuç vereceğini ummak oldukça iyimser fakat gerçekçi olmayan bir yaklaşımdır.^[79]

Türk Boğazları'nın yoğunluğuna baktığımızda, boğazlardan geçiş yapan gemi sayısının günümüzde oldukça arttığı görülmektedir. Montrö Boğazlar Sözleşmesi'nin imzalandığı yıl olan 1936'da boğazlardan günde 17, yılda 6200 geminin geçtiği ve bu gemilerin çoğunun tanker olmadığı görülmektedir.^[80] 2019 yılında ise boğazlardan ortalama olarak günde 70-80 adedi petrol ürünleri taşıyan 300 gemi geçmiştir. Başlangıç noktasından çıkış noktasına kadar toplam mesafe yaklaşık 300 km olan boğazlar, güvenli bir geçişi güçleştiren coğrafi, morfolojik ve oşinografik özellikler taşımaktadır.^[81] Bu olumsuz özellikler dikkate alındığında boğazlardaki yoğunluğun artması deniz kazaları, çevre ve İstanbul'da yaşayan halkın güvenliği bakımından büyük bir risk haline gelmektedir. Bu riskler sebebiyle Kanal İstanbul'un yapılması, Montrö Sözleşmesi'nin feshi, değiştirilmesi ve Türkiye'nin düzenleme yetkileri tartışma konusu olmaktadır. Türkiye, boğazlardan güvenli geçişi sağlamak amacıyla Montrö Sözleşmesi ile kendisine tanınan yetkiler çerçevesinde ulusal hukukta çeşitli düzenlemeler yapmıştır.

B) TÜRKİYE CUMHURİYETİ'NİN GEMİLERİN BOĞAZLARDAN GEÇİŞİNE İLİŞKİN YAPTIĞI DÜZENLEMELER

Montrö Sözleşmesi ve sonrasında Türkiye'nin geçiş rejimine ilişkin yaptığı ulusal düzenlemelerin boğazlardaki egemenlik sorununu Türkiye'nin lehine ortadan kaldırdığını söylemek mümkündür.^[82] Montrö Sözleşmesi, Türkiye'nin boğazlar bölgesindeki egemenliğini sadece geçiş rejimine ilişkin olarak sınırlandırmakta, bu hususlarda anlaşmada öngörülenlerin haricinde

[79] İnan, *Türk Boğazlarının Siyasal*, 84. Aynı yönde görüş ve Montrö Sözleşmesi'ndeki boşlukların zararsız geçiş rejimi uyarınca doldurulacağına dair görüşler için bkz. Toluner, *Türkiye'nin Bazı Dış Politika*, 401.

[80] Canca, *Uluslararası Hukukta Türk Boğazları*, 62.

[81] İstanbul Boğazı'nda her 2.5 günde bir gemi arızasıyla karşılaşmaktadır ve 2005 yılında toplam 138 gemi arızası yaşanmıştır. Canca, *Uluslararası Hukukta Türk Boğazları*, 56 ve 64. Boğazlarda meydana gelen kazalarla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. M. Kürşad Sucuoğlu, "Kanal İstanbul Projesi'nin Türk Denizciliği Açısından SWOT Analizi," (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi, 2014), 11.

[82] Canca, *Uluslararası Hukukta Türk Boğazları*, 90.

bir düzen getirmesini engellemektedir.^[83] Ancak Türkiye'nin zabıta ve yargı yetkisi gibi anlaşma konusuna girmeyen alanlardaki yetkisi saklıdır.^[84] Türkiye, boğazlardan geçiş güvenliğini sağlamak, çevresel riskleri azaltmak amacıyla İstanbul Liman Tüzüğü, Boğazlar ve Marmara Bölgesi Deniz Trafik Düzeni Hakkında Tüzük ile Türk Boğazları Deniz Trafik Düzeni Hakkında Tüzük isimli düzenlemeleri yapmıştır.

Boğazlarda seyrüsefer güvenliğinin sağlanması noktasında Türkiye tarafından atılan ilk ciddi adım, 1982 yılında kabul edilen İstanbul Liman Tüzüğü olmuştur. Bu düzenleme ile bir trafik ayırım sistemi kabul edilmiş ve gidiş-geliş yönleri benzer uluslararası suyollarında uygulanan kurallarla uyumlu hale getirilmiştir. İstanbul Boğazı'nda 1934-1982 yılları arasında Sol Seyir Düzeni uygulanmaktayken, 1979 yılında gerçekleşen *Independenta* kazası sebebiyle 1982'den günümüze kadar Sağ Seyir Düzeni'ne geçilmiştir.

Türkiye'nin boğazlarda seyrüsefer güvenliğini sağlamak amacıyla yaptığı ikinci düzenleme 1994 Tüzüğü olarak da isimlendirilen "Boğazlar ve Marmara Bölgesi Deniz Trafik Düzeni Hakkında Tüzük"tür. 1 Temmuz 1994 tarihinde yürürlüğe giren bu tüzük, Türkiye'nin Montrö Sözleşmesi'nde saklı tuttuğu zabıta yetkisinin kapsamında çıkarılmıştır. Bu tüzükle, Trafik Ayırım Şeritleri tesis edilmiş ve gemilere bunları izleme zorunluluğu getirilmiş, İstanbul ve Çanakkale Boğazlarında deniz trafik kontrol istasyonları oluşturulmuştur.^[85]

1994 Tüzüğü, trafik ayırım düzeninin kabulü, hız sınırlandırması gibi teknik düzenlemelere yer vermekle birlikte, geçişlerde kaza riskini azaltmak amacıyla önceden yük bildiriminde bulunulması, tehlikeli madde taşıyan gemilerin gece geçiş yapmasının yasaklanması, tehlikeli yük taşıyan gemilerle büyük tonajlara sahip gemilerin geçişinde boğaz trafiğinin iki yönlü veya tek yönlü kapatılması hususlarında yapılmış olan düzenlemelerdir.^[86] Tüzüğün yürürlüğe girmesinden itibaren boğazlarda meydana gelen kazalar

[83] Canca, *Uluslararası Hukukta Türk Boğazları*, 90.

[84] Toluner, *Türkiye'nin Bazı Dış Politika*, 381.

[85] Nur Jale Ece, *Montreux Boğazlar Konferansı Tutanaklarından Tarihe Düşen Notlar ve Kanal İstanbul*, (Ankara: Ortadoğu Stratejik Araştırmalar Merkezi, Rapor No:155, Mayıs 2013), 26.

[86] Özersay, *Türk Boğazlarından Geçiş Rejimi*, 162 vd.

büyük ölçüde azalmıştır ancak yukarıda belirtilmiş olan büyük tonajlı gemilere ilişkin düzenleme boğaz girişlerinde beklemelelere neden olmuştur. Bu durum da Rusya, Yunanistan, Bulgaristan ve Güney Kıbrıs Rum Kesimi'nin itirazlarına ve eleştirilerine sebebiyet vermiştir.

1994 yılında yapılan tüzüğe yönelik çok sayıda itiraz ve eleştiri gelmesi üzerine Türkiye, 1994 Tüzüğü'nün yerine geçmek üzere yeni bir tüzük hazırlamıştır. 6 Kasım 1998 tarihinde yürürlüğe giren bu tüzük, "Türk Boğazları Deniz Trafik Düzeni Hakkında Tüzük" olarak adlandırılmıştır. 1998 Tüzüğü ile Uluslararası Denizcilik Örgütü (IMO) standartlarına uygun olarak düzenlenmiş olan Trafik Ayrım Şemaları uygulamaya geçirilmiştir. Tüzük ile köprülerin varlığı sebebiyle yüksekliği 58 metre ve daha fazla olan gemilerin İstanbul Boğazı'ndan geçmeleri yasaklanmıştır. Boğazlardan geçecek olan gemiler çevre kirlenmesine karşı mevzuatta yer alan bütün önlemleri eksiksiz olarak almakla yükümlü olacaktır. Tehlikeli madde taşıyan gemiler ile nükleer yük ve atık taşıyan gemiler taşıdıkları yük hakkında Türk makamlarına bilgi verecektir. Büyük gemiler yahut tehlikeli madde taşıyan gemiler gibi gemilerin geçişlerinde İstanbul Boğazı geçiş tek yönlü ya da iki yönlü olarak kapatılabilecektir ve bu tür tehlike oluşturabilecek gemilerin gece geçişlerine müsaade edilmeyecektir.^[87]

1998 Tüzüğü yürürlüğe girdikten sonra itirazlar bir süre daha devam etmiştir. Bunun sonucunda Uluslararası Denizcilik Örgütü Deniz Güvenliği Komitesi 1999 yılının Mayıs ayı toplantısında Türk Boğazlarına ilişkin görüşmelerin artık kesilmesi gerektiğine karar vermiştir.^[88] Ayrıca söz konusu toplantıda, 1998 Tüzüğünde yer alan temel ilkeleri vurgulayan ve bu ilkelere uyulmasını öngören bir *Tavsiye Kararı* da alınmıştır. Mevcut durumda ticaret gemilerinin Boğazlardan geçişleri, Montrö Sözleşmesi kapsamında, 1998 Tüzüğü hükümlerine ve bunu belirli oranda destekleyen Tavsiye Kararında yer alan ilkelere göre gerçekleşmektedir.

[87] Özersay, *Türk Boğazlarından Geçiş Rejimi*, 202 vd.

[88] Türk Boğazlarıyla ilgili Uluslararası Denizcilik Örgütü'nde yapılan çalışmalar için bkz. Sezer Ilgın, "Türk Boğazları Konusunda Uluslararası Denizcilik Örgütü'ndeki (IMO) Çalışmalar," içinde *Prof. Dr. Ergon A. Çetingil ve Prof. Dr. Rayegan Kender'e 50. Yıl Birlikte Çalışma Yılı Armağanı*, (İstanbul: Çizgi Basın Yayın, 2007): 686-706. Ece, *Montreux Boğazlar Konferansı*, 27.

IV. ULUSLARARASI HUKUK UYARINCA KANALLAR VE GEÇİŞ REJİMLERİ

Dünyada, gemilerin uzun mesafeler kat etmeleri yerine daha kestirme suyollarını kullanarak deniz ulaşım ve taşımacılığının hızlandırılması için birçok kanal açılmıştır. Açılması planlanan yeni kanallar sayesinde de taşıma masraflarının azalması, kanalları açan devletlerin bu kanallardan ciddi ekonomik gelirler elde etmesi amaçlanmaktadır.^[89] Dünyada deniz ticareti ve ulaştırma açısından önem taşıyan ve konumuzla ilgili ön plana çıkan kanallar; Panama Kanalı, Süveyş Kanalı, Korint Kanalı ve Kiel Kanalı'dır. Bu kanallardan Panama ve Süveyş Kanalı'ndan geçiş rejimi uluslararası anlaşmalarla belirlenmiş, Kiel ve Korint Kanalları'ndaki rejimler ise ilgili ülkelerin milli mevzuatıyla düzenlenmiştir.

Panama Kanalı, Orta Amerika'daki Panama topraklarında yer almaktadır. Kuzey ve Güney Amerika'yı coğrafi olarak ayıran kanal, Atlas Okyanusu ile Büyük Okyanus'u birbirine bağlamaktadır. 77 kilometre uzunluğundaki kanal 1914'te hizmete açılmıştır. Panama kanalı sayesinde, Güney Amerika'da yer alan Horn Burnu'nu dolaşmaya gerek kalmadan, Atlas Okyanusu ile Büyük Okyanus arasında geçiş mesafesi yaklaşık 13.519 km kısalmıştır.^[90] Kanaldan geçiş yaklaşık olarak 9 saat sürmektedir.^[91] Kanalı ilk olarak Fransızlar yapmak istese de başarılı olamamış, ABD devreye girerek kanalın inşaatını tamamlamıştır.^[92] Panama Kanalı geçiş ücretleri bakımından

[89] Ömer Kesici, "İstanbul Boğazı'na Alternatif Bir Suyolu Olarak Kanal İstanbul'un Montreux Sözleşmesi Bağlamında Değerlendirilmesi," (Yüksek Lisans Tezi, Yalova Üniversitesi, 2015), 15. Yapılması düşünülen kanal projeleri arasında Hazar Denizi-Basra Körfezi Kanalı, Nikaragua Kanalı ve Tayland Kanalı bulunmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz, Muhsin Kadıoğlu, "Dünyadaki Yeni Kanal Projeleri ve İstanbul Kanalı," *Proceedings of Azerbaijan State Marine Academy* 1, (2020): 102.

[90] Muhammed Turğut ve Çağatay Konbul, "Süveyş ve Panama Kanalı Çerçevesinde Kanal İstanbul'un Lojistik Potansiyelinin SWOT Analizi ile Değerlendirilmesi," *IBAD Sosyal Bilimler Dergisi*, (2022;12): 588. New York'tan San Francisco'ya seyahat eden bir gemi Horn Burnu'nu dolaşırsa 22.500 km mesafe gitmek zorundayken, Panama Kanalı'nı kullanırsa 9500 km mesafe gidecektir. Ayrıntılı bilgi için bkz, Zeki Koday vd., "Dünyadaki Bazı Önemli Boğazlar ile Kanalların Coğrafi Özellikleri ve Jeopolitik Önemleri," *Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, 21/3, (Eylül 2017): 903.

[91] Zeki Koday vd., "Dünyadaki Bazı Önemli," 902.

[92] Zeki Koday vd., "Dünyadaki Bazı Önemli," 902.

dünyanın en pahalı kanalıdır. Kanalın deniz ulaşım mesafesini oldukça kısaltması ve inşa maliyetinin yüksek olması sebebiyle ücretler 100 bin ile 250 bin ABD doları arasında değişmektedir.^[93] Panama Kanalı'ndan 2019 yılında 13.785 gemi geçmiş olup 253 milyon tondan fazla yük taşınmıştır.^[94]

Panama kanalında, uluslararası anlaşmayla belirlenen özel bir geçiş rejimi uygulanmaktadır. ABD ile Panama arasında 18 Kasım 1903 tarihinde imzalanan Hay-Baunau Varilla Antlaşmasıyla kanalın, ticaret ve savaş gemisi ayrımı olmaksızın tüm ülkelerin gemilerinin geçişlerine açık olacağı düzenlenmiştir.^[95] Daha sonra ABD ve Panama arasında 1977 tarihinde yeni bir antlaşma yapılarak kanalın işletilmesi, idaresi, bakımı, geçişin düzenlenmesi, ulaştırma ve denizcilikle ilgili düzenlemeleri yapma yetkileri 22 yıllığına ABD'ne bırakılmıştır.^[96] Kanalın yönetimi ise Panama ve ABD temsilcilerinden oluşan 9 kişilik bir kurulca denetlenecek, kanalın korunması iki ülke tarafından birlikte üstlenilecektir. Kanalla ilgili imzalanan sürekli tarafsızlık anlaşması ile Panama hükümeti, savaş ve barış zamanlarında kanalın ayırım yapılmadan tüm barışçıl gemilere açık olacağını kabul etmiştir.^[97] Panama kanalına ilişkin anlaşmanın süresinin 31 Aralık 1999 tarihinde bitmesiyle ABD'nin sahip olduğu haklar Panama Devleti'ne geçmiştir.^[98] Panama Kanalı'ndan yapılacak geçişlerde kılavuzluk mecburi ancak ücretsiz bir hizmettir ve kılavuzlar geçiş esnasında geminin bütün kontrol ve sorumluluğunu üstlenmektedir.^[99]

[93] Zeki Koday vd., “Dünyadaki Bazı Önemli,” 903.

[94] Panama Kanalı'ndan yapılan gemi geçişleriyle ilgili istatistikler için bkz, erişim 20 Ağustos 2022, <https://pancanal.com/wp-content/uploads/2022/03/Table-01.pdf>.

[95] Anlaşmanın İngilizce tam metni için bkz, erişim 20 Ağustos 2022, https://avalon.law.yale.edu/20th_century/pan001.asp.

[96] Ökten, “Montreux Boğazlar Sözleşmesi,” 146. Kesici, “İstanbul Boğazı'na Alternatif,” 20.

[97] Panama Kanalının Sürekli Tarafsızlığı ve İşletilmesi Hakkında Anlaşma m. 2. Anlaşmanın İngilizce metni için bkz, erişim 20 Ağustos 2022, https://www.jus.uio.no/english/services/library/treaties/01/1-11/neutrality_panama_canal.xml.

[98] Panama Kanalı Anlaşması, m. 5.

[99] Ökten, “Montreux Boğazlar Sözleşmesi,” 147.

Deniz ulaşımında bir başka önemli su yolu olan ve Akdeniz ile Kızıldeniz'i bağlayan Süveyş Kanalı'nın inşası 25 Nisan 1859 tarihinde başlamış ve 17 Kasım 1869'da tamamlanmıştır. Süveyş Kanalı, Fransız yönetimi altında işe başlayan uluslararası bir girişimin eseridir.^[100] Mısır sınırları içerisinde Sina yarımadasının batısında yer alan kanalın uzunluğu 193,3 kilometre, genişliği 205-225 metre ve derinliği 24 metredir.^[101] Süveyş Kanalı'nın açılmasıyla gemiler, Ümit Burnu'nu dolaşmadan kanaldan geçiş yapabilmeye imkânına kavuşmuştur. Bu kanal, Avrupa-Doğu Afrika ve Avrupa-Asya arasındaki deniz ulaşım mesafesini önemli miktarda kısaltmıştır. Örneğin Romanya'nın Köstence limanı ile Çin'in Şanghay limanı arasındaki deniz ulaşım rotası Süveyş Kanalı üzerinden 8233 deniz miliyken, Ümit Burnu üzerinden 14768 deniz milidir.^[102] Aynı rotaları denizde seyahat süresi açısından karşılaştırırsak da Süveyş Kanalı rotası 23 gün 7 saat daha kısadır.^[103] Ancak Süveyş Kanalı'na rağmen Ümit Burnu rotası, kanaldan büyük tankerlerin geçememesi ve bazı durumlarda Süveyş Kanalı rotasından daha ucuz olması sebebiyle önemini korumaktadır.^[104]

Kanaldan geçişe ilişkin hukuki rejim, 29.10.1888 tarihli İstanbul Sözleşmesi'yle^[105] saptanmıştır. Bu anlaşmaya göre kanal, barış veya savaş zamanı, ticaret veya savaş gemisi ayrımı olmaksızın tüm gemilerin geçişine sürekli olarak serbest ve açıktır.^[106] Ancak savaş zamanı savaşan taraflar

[100] Zeki Koday vd., "Dünyadaki Bazı Önemli," 900.

[101] Sucuoğlu, "Kanal İstanbul Projesi'nin," 11.

[102] Kadioğlu, "Dünyadaki Yeni Kanal Projeleri," 100.

[103] Gemilerin 12,5 knot sabit hızda gittiği varsayımında Süveyş Kanalı rotası 28 gün 14 saat sürerken, Ümit Burnu rotası 51 gün 7 saat sürmektedir. Süveyş Kanalı rotasında süre ve mesafenin kısa sürmesi sayesinde gemi, yaklaşık 210 bin ABD Doları yakıt tasarrufu sağlamaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz, Kadioğlu, "Dünyadaki Yeni Kanal Projeleri," 100-101.

[104] Zeki Koday vd., "Dünyadaki Bazı Önemli," 902.

[105] Anlaşmanın İngilizce tam metni için bkz, erişim 23 Ağustos 2022, <https://www.suezcanal.gov.eg/English/About/CanalTreatiesAndDecrees/Pages/ConstantinopleConvention.aspx>.

[106] İstanbul Anlaşması m. 1.

kanal içerisinde karaya çıkarma yapamaz^[107] ve kanal sularında savaş gemileri bekleyemez.^[108] Mısır devleti, 1975 yılında kanalı millileştirmiş olup kanalın idaresini Süveyş Kanalı İdaresi aracılığıyla gerçekleştirmektedir.^[109] Yoğun bir şekilde kullanılan kanal, dünyanın en önemli su yolları arasında yer almaktadır. Süveyş Kanalı'ndan 2019 yılında 18.880 adet gemi geçmiş olup 1 milyar tondan fazla yük taşınmıştır.^[110] Gemiler, Süveyş Kanalı'ndan geçiş için belirli bir miktar ücret ödemektedir. Çin'in düşük maliyetli üretimi arttırması ve bu ülkede üretilen ürünlere Avrupa'da yoğun bir talep olması Süveyş Kanalı'nın deniz ticaretindeki önemini daha da artmıştır.^[111] Süveyş Kanalı aynı zamanda dünya petrol rezervlerinin %47,3'üne, doğalgaz rezervlerinin ise %42,8'ine sahip Ortadoğu bölgesinin geçiş noktasında yer almaktadır.^[112]

Baltık Denizi'ni Kuzey Denizi'ne bağlayan 98,7 kilometre uzunluğundaki Kiel Kanalı, 1887 ile 1895 yılları arasında savaş gemileri için inşa edilmiştir. Kiel Kanalı, tamamıyla Almanya'nın sınırları içerisinde yer alan ulusal bir kanaldır.^[113] İki kez genişletilen kanal, 160 metre genişliğe ve 11 metre derinliğe sahiptir.^[114] Kuzey Denizi ile Baltık Denizi arasındaki en güvenli, en kısa ve en uygun nakliye rotasıdır. Kiel Kanalı, gemilerin rotasını orta-

[107] İstanbul Anlaşması m. 5.

[108] İstanbul Anlaşması m. 7.

[109] Hatice Kübra Ecemiş Yılmaz, "Kanal İstanbul'un Hukuksal Açından Dört Büyük Kanal ile Karşılaştırmalı Analizi," *Uluslararası Çalışmalar Dergisi* 4, No. 1, (2020): 118.

[110] Pandemi sebebiyle 2020 yılında Süveyş Kanalı'ndan toplam 3170 gemi geçmiştir. Süveyş Kanalı'ndan yapılan gemi geçişleriyle ilgili istatistikler için bkz. erişim 20 Ağustos 2022, <https://www.suezcanal.gov.eg/English/Navigation/Pages/NavigationStatistics.aspx>.

[111] Turğut ve Konbul, "Süveyş ve Panama Kanalı," 590.

[112] Turğut ve Konbul, "Süveyş ve Panama Kanalı," 590.

[113] Kesici, "İstanbul Boğazı'na Alternatif," 13. Ökten, "Montreux Boğazlar Sözleşmesi," 147.

[114] Ayrıntılı bilgi için bkz. Micheal Clarke, "Kiel Canal," *Britannica*, erişim 5 Şubat 2023, <https://www.britannica.com/topic/Kiel-Canal>.

lama 518 kilometre kısaltmaktadır. Kiel Kanalı, zaman ve mesafe kazandırmasının yanı sıra gemilerin fırtınaya eğilimli denizlerden de korunmasını sağlamaktadır.^[115] Kanal, Almanya'nın idaresi altında olup kanalın yönetimi ve işletiminde yetkili makam Federal Suyolları ve Gemicilik İdaresi'dir.^[116] Kanaldan geçiş, Almanya ile barış halinde olan tüm devletlerin savaş ve ticaret gemilerine serbest ve açıktır.^[117] Kanalı kullanmak için transit geçiş ücretinin yatırılması ve geçiş sertifikası alınması gereklidir.^[118] Kanaldan yıllık ortalama 30.000 gemi geçmektedir.^[119]

Korint Kanalı, Yunanistan'da bulunmakta olup 1881-1883 yılları arasında inşa edilmiştir. Ege Denizi'ni İyon Denizi'ne bağlayan kanalın uzunluğu 6,3 kilometreyken, genişliği ise 21 ile 25 metre arasında değişmektedir. Kanal, Ege'den İyon ve Adriyatik'e geçişi 700 kilometre kısaltmakta olup kanaldan yılda ortalama 11.000 gemi geçmektedir.^[120] Kanaldan geçiş rejimi uluslararası anlaşmalarla değil Yunanistan'ın iç hukuk düzenlemeleriyle belirlenmektedir. Kanal, genelde turizm amaçlı gezi yapan gemiler tarafından güzel manzarası sebebiyle kullanılmaktadır.^[121]

V. KANAL İSTANBUL PROJESİ

Kanal İstanbul, İstanbul Boğazı'na alternatif su yolu olması amacıyla Marmara Denizi ile Karadeniz'i birbirine bağlayarak yapılması planlanan bir kanal projesidir. Kanal İstanbul Projesi, halihazırda mevcut olan doğal

[115] Kadioğlu, "Dünyadaki Yeni Kanal Projeleri," 99.

[116] Ecemiş Yılmaz, "Kanal İstanbul'un," 122.

[117] Kesici, "İstanbul Boğazı'na Alternatif," 22.

[118] Ecemiş Yılmaz, "Kanal İstanbul'un," 122.

[119] Kiel Kanalı'ndan yapılan gemi geçişleriyle ilgili bilgi için bkz, erişim 20 Ağustos 2022, <https://www.kiel-canal.de/regulations/>.

[120] Korint Kanalı'ndan yapılan gemi geçişleriyle ilgili bilgi için bkz, erişim 20 Ağustos 2022, <https://www.worldatlas.com/articles/isthmus-of-corinth-geography-of-greece.html>.

[121] Kesici, "İstanbul Boğazı'na Alternatif," 14.

bir boğaza alternatif olarak açılmak istenmesi sebebiyle tektir.^[122] Tarihte, Karadeniz ile Marmara Denizi'ni birleştirmeyi planlayan benzer başka projeler de düşünülmüş ancak hayata geçirilmemiştir.^[123] Türkiye, egemen bir devlet olarak kendi ülke toprakları üzerinde kanal inşa etme hakkına sahiptir.^[124] Yani uluslararası hukuk açısından Türkiye'nin Kanal İstanbul'u inşa etmesinin önünde bir engel yoktur.

İstanbul'un Avrupa yakasında yapılması planlanan Kanal İstanbul'un güzergahının Küçükçekmece Gölü, Sazlıdere Barajı, Terkos Gölü doğusunu takip etmesi planlanmaktadır. İnşaattının 7 yıl süreceği tahmin edilen kanalın yaklaşık 45 km uzunluğunda, 20,75 m derinliğinde ve en dar yerinin 275 m genişlikte olması öngörülmektedir.^[125] Kanalın inşa edilmesi durumunda İstanbul'un Avrupa yakasını içine alan yeni bir ada meydana gelecektir. Beş yıl altı ay sürmesi planlanan kanalın maliyetinin 2020 yılındaki hesaplamalara göre 75 milyar Türk Lirası (dönemin kuru ile 12,7 milyar ABD doları) olacağı tahmin edilmektedir.^[126] Kanalın inşasında, yap-ışlet-devret modelinin tercih edileceği düşünülse de gerekirse milli bütçeden de yarar-

[122] Ayşe Nur Tütüncü, "Montrö Sözleşmesi ve Kanal İstanbul," *Public and Private International Law Bulletin*, Volume: 37, Issue: 1, 115.

[123] Cumhuriyet döneminde, TÜBİTAK'ın Bilim ve Teknik Dergisi'nde Ağustos 1990 tarihinde yayınlanan bir makalede benzer bir kanal önerisi yapıldığını görmekteyiz. Yüksel Önem, "İstanbul Kanalı'nı Düşünüyorum" *TÜBİTAK Bilim ve Teknik Dergisi*, (Ağustos, 1990): 48-49. Karadeniz'le Marmara Deniz'i arasındaki su yolu bağlantısını kurmak için günümüzden 80.000-800.000 yıl öncesinde İzmit-Adapazarı bölgesinde var olduğu ileri sürülen suyunu yapay İzmit Kanalı olarak hayata geçirmek isteyenler de olmuştur. Ayrıntılı bilgi için bkz. Engin Meriç, "İstanbul Boğazı ve Türkiye'nin Yeni Geleceği İçin Su Yolu: Yeni İzmit Kanalı (KAP)," içinde *Türk Boğazları*, ed. Nur Jale Ece, (Engin Yayıncılık, 2011), 177. Bülent Ecevit, 1994'te İstanbul'un Avrupa yakasında Karadeniz'le Marmara Denizi arasında bir kanal açılmasına dair bir proje önermiş ve bu öneri "Boğaz ve DSP'nin Kanal Projesi" ismiyle DSP'nin seçim broşürlerinde kullanılmıştır.

[124] Ecemiş Yılmaz, "Kanal İstanbul'un," 125.

[125] TC. Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığı Altyapı Yatırımları Genel Müdürlüğü, *Kanal İstanbul Projesi Çevresel Etki Değerlendirmesi Raporu*, (Ankara: Ocak 2020), xxi, erişim 20 Ağustos 2022, <https://www.kanalistanbul.gov.tr/images/uploads/icerik/KANALISTANBULNIHAICEDRAPORU.pdf>.

[126] *Kanal İstanbul ÇED Raporu*, Bölüm 3-267-268.

lanılabileceği açıklanmıştır.^[127] Ayrıca kanalın etrafına iki yeni şehir inşa edileceği de belirtilmektedir.^[128]

Dünyadaki diğer kanalların hepsi deniz ulaşımında mesafeyi kısaltmayı amaçlarken Kanal İstanbul'un açılmasındaki motivasyon farklıdır. Kanal İstanbul'un açılma sebeplerinden biri olarak gemi trafiği sebebiyle boğazlardaki çevrenin ve boğaz kıyılarında yaşayan insanların hayatlarının ciddi risk altında oluşu gösterilmektedir. Kanal İstanbul Projesi Çevresel Etki Değerlendirmesi Raporu'nda, "Kanal İstanbul projesiyle İstanbul Boğazı'ndaki yaşam ve kültürel varlıklar için tehdit oluşturan gemi trafiğinin azaltılarak, boğazın girişlerinde yoğun trafiğe maruz kalan gemilere alternatif geçiş imkanının oluşturulmasının" amaçlandığı belirtilmektedir.^[129] İstanbul Boğazı'nda yıllık 40 ila 50 bin arası gerçekleşen gemi geçiş sayısının 2070'li yıllarda 85 binin üzerine çıkacağı tahmin edilmektedir.^[130] Yoğun uluslararası taşımacılığın yanı sıra boğazın, iki yaka arasında yerel ulaşım için de kullanılması deniz trafiğinin ve dolayısıyla kaza riskinin artmasına sebep olmaktadır.^[131]

Petrol taşıyan gemilerin boğazlardan geçmesi ve bu tür gemilerin geçiş esnasında bir kazaya karışması çevresel felaket oluşturabilecek ve İstanbul'da yaşayan nüfusu tehdit altına sokacak bir risktir. Nitekim 1979 yılında Romanya bandıralı *Independenta* isimli tankerin bir Yunan tankeriyle çarpışması ve 1994 yılında Güney Kıbrıs bandıralı bir tankerin bir kuru yük gemisiyle çarpışması sonucu binlerce ton petrol denize karışarak çevreye ve İstanbul kıyılarına ciddi zarar vermiştir.^[132] 2019 yılında İstanbul Boğazı'ndan

[127] Kadioğlu, "Dünyadaki Yeni Kanal Projeleri," 106.

[128] Ceyhun Özçelik ve Kader Benli, "Canal Istanbul and Political Dispute on Turkish Straits," *Dicle University Journal of Engineering*, Vol 12:5, (2021); 862. 849-863.

[129] *Kanal İstanbul ÇED Raporu*, xx.

[130] *Kanal İstanbul ÇED Raporu*, Bölüm 1-1.

[131] Meliha Çınar, "Kanal İstanbul'un Uluslararası Hukuk Bağlamında Değerlendirilmesi," *Uluslararası Afro-Avrasya Araştırmaları Dergisi* 3, (2017/1): 25.

[132] Selman Ögüt, "Kanal İstanbul Projesi'nin Uluslararası Hukuk Açısından Değerlendirilmesi," *Uluslararası Hukuk ve Politika Dergisi* 10, no. 38, 142.

41.112 gemi geçtiği ve bunların 8.957'sinin tanker olduğu dikkate alındığında tanker kazası riski daha kolay anlaşılacaktır.^[133]

Kanal İstanbul projesinin bir başka önemli sebebi de ekonomik gerekçelerdir. Dünyadaki diğer kanallarda uygulandığı gibi Kanal İstanbul için de bir ücret uygulaması olması, kanalı kullanacak gemilerden geçiş ücreti alınması planlanmaktadır. Mısır, Süveyş Kanalı'ndan yapılan geçişler sayesinde 2014-2015 mali yılında 3,26 milyar dolar gelir sağlarken, Panama, Panama Kanalı'ndan aldığı geçiş ücretleri sayesinde her yıl yaklaşık 1,5 milyar dolar gelir elde etmektedir.^[134] Kanaldan ekonomik gelir sağlama imkânı, politikacıları bu projeyi desteklemeye itmektedir.

Kanal İstanbul projesi, çeşitli açılardan da eleştirilere konu olmaktadır. Kanalın maliyetinin öngörülenden çok daha yüksek gerçekleşmesi olasıdır. Örneğin Süveyş Kanalı tahmin edilenin iki katı maliyetle inşa edilmiştir.^[135] Ekonomik gerekçelerle inşa edilen kanal, doğal yaşamın bozulması ve kirlenmesine sebebiyet verecek ve İstanbul'un doğası zarar görecektir.^[136] Kanal İstanbul'un inşa sürecinde 200 bin ağaç kesileceği, 136 milyon metrekare tarım alanının yok olacağı öngörülmektedir.^[137] Gemiler, Montrö Sözleşmesi çerçevesinde İstanbul Boğazı'ndan ücretsiz geçerken, Türkiye'nin gemileri ücretli kanaldan geçmeye ikna etmesi zor olacağından kanalın işlevsiz kalma ihtimali de bulunmaktadır.^[138] İstanbul Boğazı'ndan daha dar ve sığ olan Kanal İstanbul'dan geçiş, akıntının da fazlalığı sebebiyle boğaza kıyasla çok

[133] İstanbul Boğazı gemi geçiş istatistikleri, erişim 20 Ağustos 2022, https://atlantis.udhb.gov.tr/istatistik/gemi_gecis.aspx.

[134] Kesici, "İstanbul Boğazı'na Alternatif," 82.

[135] Christian Keller, "Kanal İstanbul:Pipedream or Politics?," *Actuelles de l'Ifri*, 2, erişim 5 Şubat 2023, <https://www.ifri.org/sites/default/files/atoms/files/christiankellerfinal.pdf>.

[136] Seda Kundak ve Mete Başar Baypınar, "The Crazy Project – Canal İstanbul," *Trimestrale del Laboratorio Territorio Mobilità e Ambiente*, Vol 4, no. 3, (Eylül 2011): 63.

[137] İstanbul Büyükşehir Belediyesi, İstanbul Planlama Ajansı, *Kanal İstanbul Çalıştay Raporu*, (İstanbul, 10 Ocak 2020), 26-27.

[138] Arestakes Simavoryan, "The Istanbul Canal or New Bosphorus," *Orbeli Center*, 18 Haziran 2020, 7, erişim 21 Ağustos 2022, <https://ssrn.com/abstract=3905727>.

daha tehlikeli olacaktır.^[139] En dar yeri 700 metre olan İstanbul Boğazı'na alternatif olarak 275 metre genişliğinde kanal yapmak seyrüsefer güvenliğini sağlamak açısından gerçekçi değildir.^[140] Kanal İstanbul sayesinde İstanbul Boğazı kıyısında yaşayan halkın güvenliğinin sağlanacağı ileri sürülürken, kanalın etrafına yeni yerleşimler kurulacak olması İstanbul'da nüfus patlamasına sebep olacak ve buralara yerleşecek halkı tehlikeye atacaktır.^[141] Kanal İstanbul'un hayata geçirilmesi, Montrö Sözleşmesi'nin sona erdirilmesine sebep olabilecek niteliktedir. Bu durumda da Rusya'nın itirazlarına rağmen ABD'nin Karadeniz'deki varlığının artma ihtimali bulunmaktadır.^[142] Kanal ile İstanbul'un batısında yeni bir ada oluşturulması ve kanal üzerinden kara ulaşımının köprülerle sağlanması planlanmaktadır. Bu durum Trakya ve İstanbul'un olası bir savaşta savunulmasını zorlaştıracak, askeri lojistik ve sevkiyatı oldukça tehlikeli şartlara sokacaktır.^[143] Ayrıca projenin deprem riskini arttıracığı, İstanbul'un su kaynaklarını bitireceği, deniz canlılarının yok olmasına sebep olacağı da iddia edilmektedir.^[144]

[139] *Kanal İstanbul Çalıştay Raporu*, 73.

[140] *Kanal İstanbul Çalıştay Raporu*, 74.

[141] Yoann Morvan, "Kanal İstanbul: a "crazy project" serving political ambitions," *Metropolitiques*, 3, erişim 5 Şubat 2023, <https://metropolitiques.eu/IMG/pdf/MET-Morvan-en.pdf>.

[142] Daniela Popescu, "The Straits – between geopolitical best card and bone of contention in the Turkish-Russian relations. Kanal İstanbul Projesi," *Romanian Journal of History and International Studies*, Vol. 2, No. 2 (2015); 240-241.

[143] Yunus Karaağaç, "Kanal İstanbul Projesinin Güvenlik Değerlendirmesi," 14, erişim 5 Şubat 2023, https://arelarsiv.arel.edu.tr/xmlui/bitstream/handle/20.500.12294/2594/Karaagac_Y_2020_02.pdf?sequence=1.

[144] Tütüncü, "Montrö Sözleşmesi ve Kanal İstanbul," 115. WWF Rapor, *Ya Kanal, Ya İstanbul, Kanal İstanbul Projesinin Ekolojik, Sosyal ve Ekonomik Değerlendirmesi*, erişim 21 Ağustos 2022, https://wwftr.awsassets.panda.org/downloads/yakanalyaistanbulpdf_duzeltimi_1_1.pdf?9720/yakanalyaistanbul. A. Cemal Saydam, "Kanal İstanbul Projesi: Bilimsel Bir Karşı Görüş," erişim 21 Ağustos 2022, <https://yeniinsanyayinevi.com/kanal-istanbul-projesi-bilimsel-bir-karsi-gorus-cemal-saydam/>.

A) KANAL İSTANBUL'UN HUKUKİ REJİMİ

Montrö Sözleşmesi'nde boğazlara paralel olarak kanal yapılmasını engelleyen bir hüküm bulunmamaktadır. Kanal yapılırsa dahi sözleşme geçerliliğini koruyacaktır. Montrö Sözleşmesi'ne göre Türk Boğazları, uluslararası seyrüsefere açıktır ve tüm gemiler ücretsiz olarak geçiş serbestisi hakkına sahiptir.^[145] Ayrıca daha evvel belirttiğimiz üzere boğazlardan geçiş serbestliği ilkesi sonsuzdur yani Montrö Sözleşmesi'nin feshi veya tadili halinde dahi Türk Boğazlarının uluslararası seyrüsefere kapatılması mümkün değildir.^[146]

Türk Boğazları ifadesi, İstanbul Boğazı'nın yanı sıra Marmara Denizi ve Çanakkale Boğazını da kapsamaktadır. Kanal İstanbul'un hayata geçirilmesi halinde ve bir geminin Kanal İstanbul'u kullanması halinde Marmara Denizi ve Çanakkale Boğazı'ndan yapılan geçişler açısından Montrö Sözleşmesi geçerliliğini koruyacaktır. İleride Kanal İstanbul'un dışında Çanakkale Boğazı'na alternatif yeni bir kanal yapılırsa bile Türk Boğazları kavramı Marmara Denizini de kapsadığı için geçişler yine Montrö Sözleşmesine tabi olacaktır.^[147] Montrö Sözleşmesi'nin haricinde bir geçiş rejimi uygulamanın yolu Karadeniz ile Ege arasında doğrudan bir kanal açmak olacaktır ki bu da hayali bir fikirdir.^[148] Diğer yöntem ise Montrö Sözleşmesi'ni feshidir.

Mevcut şartlarda Kanal İstanbul'un inşa edilmesi halinde kanaldan geçiş rejimine ilişkin üç ihtimal ortaya çıkmaktadır. Birincisi, kanala yeni bir uluslararası antlaşma ile uluslararası statü kazandırılabilir.^[149] İkincisi, kanala Montrö Boğazlar Sözleşmesine bağlı olarak statü verilebilir. Yani İstanbul Boğazı'nın yerine aynı şartlar geçerli olmak kaydıyla gemiler ücretsiz olarak Kanal İstanbul'u kullanmaya teşvik edilebilir. Son olarak da kanal ulusal bir statüye sahip olabilir. Yani geçiş rejimini ulusal mevzuatıyla Türkiye belirler.

[145] Montrö Sözleşmesi m. 2.

[146] Montrö Sözleşmesi m. 28.

[147] Ecemiş Yılmaz, "Kanal İstanbul'un," 126.

[148] Todor Kalinov, "Canal Istanbul Challenges And Opportunities And Their Relationship To The Security," *IJASOS- International E-Journal of Advances in Social Sciences*, Vol. V, Issue 14, (August 2019): 759.

[149] Hatice Kübra Ecemiş Yılmaz, "Uluslararası Hukuk Perspektifinden Kanallara Kazandırılacak Hukuki Statüler: Kanal İstanbul Örneği," *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 25, no. 42, 126 Yıl: 2020, 126.

Yılmaz'a göre, Kanal İstanbul'a, inşa edilmeden önce, Türkiye'nin egemenlik haklarını arttıracak şekilde bir hukuki statü kazandırılmalıdır.^[150] Kanal'ın inşasına başlanmadan evvel, Kanal İstanbul, İstanbul ve Çanakkale Boğazları ile Marmara Denizi'nin hepsini birden içine alan yeni bir uluslararası antlaşma imzalanarak, kanala uluslararası statü kazandırmak daha doğru olacaktır. Diplomatik görüşmelere kanalın inşasından önce başlaması, görüşmelerin Türkiye'nin menfaatine aykırı ilerlemesi durumunda Türkiye'nin kanalı inşa etmekten vazgeçmesi veya diğer iki ihtimali tercih etmesi bakımından önemlidir. Kanaatimizce Kanal İstanbul'a uluslararası statü kazandırmak amacıyla yapılacak bir girişim Montrö Sözleşmesi'ni tartışmaya açacak olması bakımından hatalı olacaktır.

Montrö Sözleşmesi'ne taraf devletlerin, halihazırda Türk Boğazlarını ücretsiz olarak kullanmaktayken yeni açılacak bir kanaldan ücretli geçmeyi kabul edeceklerini beklemek gerçekçi değildir. Kanala uluslararası statü kazandırmayı amaçlayan girişim, netice ihtimali düşük ve Montrö Sözleşmesi'nin varlığı için de bir risktir. Özellikle Karadeniz'e kıyası olmayan devletlerin Karadeniz'e geçirebilecekleri askeri gemilerin sınırlandırılması ve savaş veya yakın savaş tehdidi durumlarında Türkiye'nin boğazlardan geçişler üzerindeki yetkisinin artması Türkiye ve Karadeniz'in güvenliği açısından oldukça önemlidir. Boğazlar ile Karadeniz'in güvenliğini amaçlayan Montrö Sözleşmesi'nin varlığını koruması, Türkiye'nin, bölge ülkelerinin ve geçmişte Gürcistan ile günümüzde Ukrayna'da gerçekleşen silahlı çatışmalar dikkate alındığında bütün uluslararası toplumun menfaatinedir.^[151] Montrö Sözleşmesi'nin feshi veya tadili halinde, boğazlardan geçişe ilişkin belirlenecek yeni rejimin Türkiye'nin çıkarlarına daha uygun olması oldukça güçtür.

Diğer ihtimal, Kanal İstanbul'a Montrö Boğazlar Sözleşmesi dahilinde bir statü verilmesidir. Bu durumda gemiler İstanbul Boğazı yerine Kanal İstanbul'u aynı koşullarda kullanır. Yani herhangi bir ücret ödemediği kanaldan geçerler. Kanalı veya İstanbul Boğazı'nı kullanmak gemilerin takdirine bırakılabilir. Diğer devletlerle, ücretsiz ve daha güvenli olduğu için kanalın

[150] Ecemiş Yılmaz, "Kanal İstanbul'un," 130.

[151] Rusya'nın Ukrayna'yı işgal girişimi neticesinde başlayan silahlı çatışmalar üzerine Türkiye Montrö Boğazlar Sözleşmesi çerçevesinde boğazları savaş gemilerinin geçişine kapatmıştır, erişim 27 Ağustos 2022, <https://www.bbc.com/turkce/haberler-turkiye-60571805>.

kullanılması yönünde diyalog başlatılabilir. Ancak bu durum, kanalı inşa etmekteki temel motivasyonlardan biri olan ekonomik kazancı ortadan kaldıracığından uygulanma ihtimali düşüktür.

Kanaatimizce en iyi çözüm, Montrö Sözleşmesi hükümlerine uygun bir şekilde kanaldan geçişin ulusal hukuk çerçevesinde düzenlenmesi olacaktır.^[152] Pazarıcı'ya göre de kanaldan geçiş rejimini Türkiye belirlemeli, kanalın yabancı ortaklıklarca inşa edilmesi halinde dahi “ulusal kanal statüsünün” kabul ettirilmesi gereklidir.^[153] Montrö Sözleşmesi varlığını koruyacak, kanalın varlığı Çanakkale Boğazı ve Marmara Denizi'nden geçiş rejimini değiştirmeyecektir. Kanal İstanbul'dan Karadeniz'e kıyısı olmayan ülkelerin savaş gemilerinin geçmesi durumunda bunların kalış süresine ve tonajına ilişkin Montrö Sözleşmesi'nde yer alan sınırlamalar geçerliliğini koruyacaktır. Ancak Kanal İstanbul'dan geçecek gemilerle ilgili yapılacak düzenlemelerin, Montrö Sözleşmesi ile boğazlarda kurulan geçiş rejimine uygun olması ve sözleşmeyi tartışmaya açmayacak titizlikte olması gereklidir.^[154]

Türkiye, kendi ulusal mevzuatıyla Kanal İstanbul'dan geçişe ilişkin kuralları düzenleyebilir ve kanaldan geçişi ücretli yapabilir. Kanaldan ücretli geçiş için kanalın sadece ticaret gemilerinin kullanımına açılması, savaş gemilerinin boğazlardan geçişe devam etmesi önerilmektedir.^[155] 2010 yılı itibarıyla, bir geminin ortalama geçiş bedeli Süveyş Kanalı'ndan 240.000, Panama Kanalı'ndan ise 250.000 ABD dolarıdır. Geçiş mesafesi dikkate alındığında Kanal İstanbul'dan geçiş ücretinin 45.000 ile 60.000 ABD doları aralığında

[152] Deniz Tekin Apaydın, “The Canal Istanbul Project: Governance By National Law Or International Law?” içinde *Contemporary Issues in Public Administrative Law*, (Szege, Macaristan: 26 Eylül 2018), 136.

[153] Hüseyin Pazarıcı, “Çılgınlığın Uluslararası Olası Etkileri,” Cumhuriyet 4 Nisan 2011 erişim 21 Ağustos 2022, <http://www.yeniyaklasimlar.org/m.aspx?id=739>.

[154] Dikran M. Zenginkuzucu ve Abdülbari Çintan, “Montrö Boğazlar Sözleşmesi'nin Statüsünün Güncel Gelişmeler ve Kanal İstanbul Projesi Bağlamında Değerlendirilmesi,” *Uluslararası Hukuk ve Sosyal Bilim Araştırmaları Dergisi* 1, no. 2, (2019): 76.

[155] Tütüncü, “Montrö Sözleşmesi ve Kanal İstanbul,” 120. Apaydın, “The Canal Istanbul,” 136.

olması öngörülmektedir.^[156] Ancak bu durumda İstanbul Boğazı gemilerin geçişine kapatılmayacağı veya gemiler kanalı kullanmaya zorlanamayacağı için gemilerin neden kanalı kullanacakları sorusu ortaya çıkmaktadır. Yani milyarlarca dolar harcanarak yapılacak kanalın kullanılmaması tehlikesi bulunmaktadır.

Gemilerin, ekonomik amaçlarla hareket etmeleri sebebiyle beklemeden geçiş yapmak için kendi istekleriyle kanalı kullanmaları mümkündür. 2016 yılında gemilerin boğazlardan geçmek için ortalama 15 saat bekleme süresinin olduğu, bu sürenin tanker gibi tehlikeli yük taşıyan gemilerde 35 saati bulabildiği görülmektedir.^[157] Bir geminin bir günlük beklemesinin ortalama maliyeti ise 30.000 dolardır.^[158] Boyu 200 metre üstü tankerlerin beklemeden kaynaklı günlük kiralama kaybı ortalama 120 bin dolara ulaşmaktadır.^[159] Bu rakamları dikkate alarak belirlenecek bir geçiş ücreti, taşıma şirketlerinin çıkarlarına hizmet edeceğinden kanalın kullanımını teşvik edebilecektir.^[160] Kanal sayesinde İstanbul Boğazı'ndan geçemeyen gemiler de kanalı kullanabilecektir. Ancak kanalın kullanımını teşvik etmek ve gemileri bekletmek amacıyla İstanbul Boğazı'ndan geçişlerin yavaşlatılmaya çalışılması Montrö Sözleşmesi'ne aykırı olacak ve diğer devletlerin tepkisini çekecektir. Kanalı kullanmak, tamamen gemilerin ve taşıma şirketlerinin takdirinde olacak, gemiler çıkarlarına uyduğu ölçü ve şartlarda kanalı tercih edecektir. Bu durumda da Kanal İstanbul'dan sağlanan ekonomik getiri, proje için harcanacak milyarlarca dolar göz önünde bulundurulduğunda beklenenin çok altında kalacaktır.

[156] Çağrı Erhan, Kanal İstanbul'un İnşası İçin Hukuki Engel Yok, erişim 21 Ağustos 2022, <http://cagrierhan.net/2011/05/03/kanal-istanbulun-insasi-icin-hukuki-engel-yok-turkiye-gazetesi/>.

[157] Turgut ve Konbul, "Süveyş ve Panama Kanalı," 601.

[158] Tütüncü, "Montrö Sözleşmesi ve Kanal İstanbul," 118.

[159] Kadioğlu, "Dünyadaki Yeni Kanal Projeleri," 107.

[160] M. Ali Akkaya, "Kanal İstanbul Projesi Karadeniz Kıyısındaki Devletlerle Olan İlişkilerimize Etkisi ve Montrö Sözleşmesi," *Ordu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Sosyal Bilimler Araştırmaları Dergisi*, 5/12, 250.

B) KANAL İSTANBUL'UN MONTRÖ BOĞAZLAR SÖZLEŞMESİ AÇISINDAN TAŞINDIĞI RİSKLER

Kanal İstanbul projesi, Montrö Boğazlar Sözleşmesi'nin devamı açısından oldukça riskli bir girişimdir. Sözleşmeye taraf devletler, Kanal İstanbul'un açılmasını *rebus sic stantibus* ilkesi çerçevesinde Montrö Sözleşmesi'nin yapıldığı dönemdeki koşullarda esaslı bir değişiklik olarak değerlendirip sözleşmenin feshini talep edebilirler.^[161] Türkiye'nin ise Kanal İstanbul'u inşa ettikten sonra kanalı gerekçe gösterip, bu ilke kapsamında sözleşmede değişiklik talep etmesi mümkün değildir.^[162] Çünkü sözleşmede yer alan koşulların değişmesine sebep olan taraf bu ilkeye dayanamaz. Türkiye'nin Lozan Boğazlar Sözleşmesi'nden Montrö Sözleşmesi'ne geçişte dayandığı ve önemli avantajlara sahip olmasını sağlayan ilkenin, bu kez aleyhine kullanılması mümkündür.

Montrö Sözleşmesi uyarınca, Türkiye'nin Kanal İstanbul'un yapılması durumunda kanalın kullanımı için İstanbul Boğazı'nı gemi trafiğine kapatma, ek vergi veya harç uygulama, geçişleri yavaşlatma konusunda yasal hakları yoktur. Türkiye, kanalı inşa etme hakkına sahip olsa da gemilerin boğazdan geçişlerini engelleyemeyecek, kanalı kullanmaya zorlayamayacaktır.^[163] Türkiye'nin Kanal İstanbul sebebiyle İstanbul Boğazı'ndan gemi geçişlerini yavaşlatması, bekleme süresini arttırması, kanalı kullanmayı zorunlu kılması gibi durumlar diğer devletlerin tepkisini çekecek, Montrö Sözleşmesi'nin feshini tetikleyebilecektir. Daha evvel belirttiğimiz üzere taraf devletlerden birinin Montrö Sözleşmesi'ni feshetmek istemesi halinde sözleşmeyi sona erdirmeye ön bildirim yapması yeterlidir. Bu bildirimden iki yıl sonra sözleşme feshedilmiş olacaktır. Montrö Sözleşmesi, bir taraftan Türkiye'nin egemen hakları koruyan; diğer yandan Karadeniz'e kıyıdaş devletlerin güvenlikleri ile Karadeniz'e kıyıdaş olmayan devletlerin geçiş ve seyir hakkını gözetten bir

[161] *Kanal İstanbul Çalıştay Raporu*, 71-74.

[162] Türkiye, Montrö Sözleşmesi'nde değişiklik yapmayı planlıyorsa, Montrö Boğazlar Sözleşmesi'ne geçiş sürecine benzer şekilde boğazlardaki trafik yoğunluğu, 1936'dan günümüze değişen gemi boyutları, petrol taşımacılığının ve çevresel risklerin artması gibi dış faktörlere dayanabilir. Bu şekilde *rebus sic stantibus* ilkesi kapsamında değişiklik talebi mümkünse de kanaatimiz her ne olursa olsun Montrö Boğazlar Sözleşmesi'nin muhafazası yönündedir.

[163] Ecemiş Yılmaz, "Kanal İstanbul'un," 126.

denge sözleşmesidir.^[164] Bu sözleşmenin feshi kolay ancak yerine yenisinin koyulması oldukça zordur.

Türkiye'nin Kanal İstanbul'dan geçişleri düzenlerken, Montrö Sözleşmesi'nin Karadeniz'in güvenliğini amaçlayan hükümlerini göz ardı etmesi ihtimali ayrı bir tehlikedir. Başta ABD olmak üzere batılı devletlerin Karadeniz'deki hareket kabiliyetinin önünde engel olan Montrö Sözleşmesi, Türkiye'nin ve Karadeniz'e kıyıdaş devletlerin Karadeniz'deki güvenliğini koruyacak şekilde tasarlanmıştır. Özellikle Karadeniz'e kıyıdaş olmayan devletlerin savaş gemilerinin Karadeniz'e geçişine ilişkin kısıtlamalar bölge ülkelerinin çıkarınadır. Türkiye'nin boğazlardan geçişe ilişkin düzenleme ve denetim yetkilerinin, savaş zamanında ve kendisini yakın bir savaş tehlikesi tehdidi karşısında saydığı durumlarda artması da Türkiye'nin güvenliği açısından oldukça önemlidir. Türkiye, Kanal İstanbul'dan geçişleri kendi ulusal mevzuatıyla düzenlerken kanaldan geçişleri arttırmak amacıyla Montrö Sözleşmesi'nin bahsedilen hükümlerine aykırı hareket etmesi sözleşmenin sonunu getirebilir. Kısa vadeli ekonomik çıkar hevesi, Türkiye'nin ve Karadeniz'e kıyıdaş ülkelerin güvenliği açısından bir felakete sebep olabilir.

Montrö Sözleşmesi'nin tartışmaya açılması veya sona erdirilmesi durumunda birçok devlet kendi çıkarlarına hizmet edecek bir sözleşmenin peşinde koşacaktır. ABD'nin yeni sözleşmenin görüşmelerinde yer almak istemesi ve bölgesel müttefiklerinin desteğiyle Karadeniz'de varlığını arttıracak şekilde görüşmelere etki etmesi oldukça muhtemeldir.^[165] Rusya da Karadeniz'de ve geçmişte de hedeflediği gibi boğazlar üzerindeki etkinliğini arttırmaya çalışabilir. Kıyıları Karadeniz'e ulaşmış Avrupa Birliği, ortak dış politika ve güvenlik politikası bağlamında meseleye yaklaşım sözleşmenin bu yönde şekillenmesini isteyebilir.^[166] NATO'nun da Rusya'nın bölgede son yıllarda sebep olduğu gerilimler yüzünden Karadeniz'de daha etkili olma arzusu

[164] Sarıbeyoğlu-Skalar ve Cecanpınar, "85. Yılında Montrö," 74.

[165] Tuba Eldem, "Canal Istanbul: Turkey's controversial megaproject; its likely impacts on the Montreux Convention and regional stability," *Stiftung Wissenschaft und Politik -SWP- Deutsches Institut für Internationale Politik und Sicherheit*, (43/2021); 7.

[166] Sarıbeyoğlu-Skalar ve Cecanpınar, "85. Yılında Montrö," 82.

taşıdığı bilinmektedir.^[167] Montrö Sözleşmesi'nin değiştirilmesi durumunda bir çok devlet mevcut dengenin kendi lehine değişmesi için çaba göstereceğinden Türkiye'nin Montrö Sözleşmesi'nin sağladığı avantajları kaybetme ihtimali göz önünde tutulmalıdır.^[168]

Daha evvel belirttiğimiz üzere, Montrö Boğazlar Sözleşmesi çerçevesinde Türk Boğazlarından geçiş rejimi zararsız geçişe benzeyen sui generis bir rejimdir. Geçiş rejiminin 1982 BMDHS'nde yer verilen transit geçiş rejimi olmaması ülkemiz lehine bir durumdur. Kanal İstanbul sebebiyle Montrö Sözleşmesi'nin feshedilip, yerine yenisinin yapılamaması ihtimalinde, diğer devletlerin 1982 BMDHS'nde yer alan transit geçiş rejiminin Türk Boğazları'nda da uygulanmasını talep etmesi kuvvetle muhtemeldir.^[169] Transit geçiş rejiminde savaş uçaklarının ve denizaltıların da boğazlardan geçiş hakkı bulunmaktadır. Türkiye'nin savaş durumunda bile boğazları kapatma yetkisi ortadan kalkacaktır. Böyle bir durum da Türkiye'nin güvenliğini tehlikeye atacaktır.

[167] Sarıbeyoğlu-Skalar ve Cecanpınar, “85. Yılında Montrö,” 82.

[168] Sarıbeyoğlu-Skalar ve Cecanpınar, “85. Yılında Montrö,” 82.

[169] Sami Doğru, “Türk Boğazlarının Hukukî Statüsü: Sevr ve Lozan'dan Montrö'ye Geçiş,” *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 15, no. 2, (2013): 165.

SONUÇ

Batılı devletlerin birçoğu petrolden kaynaklı kirlenmeye karşı önlemler almış ancak Türkiye Cumhuriyeti, kıyılarının ve boğazların korunması hususunda bu alanda geride kalmıştır.^[170] Montrö Boğazlar Sözleşmesi hükümleri kapsamında boğazlardan geçen gemi ve tankerlerin çevre kirliliği ve boğaz kıyılarında yaşayan insan hayatları üzerinde ciddi risk oluşturduğu bir gerçektir. Boğazlardaki gemi trafiğini azaltarak çevresel ve insan hayatı üzerindeki riskleri en aza indirmek maksadıyla Kanal İstanbul Projesi hayata geçirilmek istenmektedir. Ayrıca Mısır ve Panama gibi devletlerin kanallardan her yıl ciddi gelir elde etmeleri, ülkemizdeki politikacıları da bu projeyi gerçekleştirmek için teşvik etmektedir. Ancak uluslararası hukuk çerçevesinde projeye baktığımızda kanalın açılması hedeflenen sonuçları doğurmayabilir. Kanalı açtıktan sonra yukarıda ifade ettiğimiz üzere İstanbul Boğazı'ndan geçecek gemileri engellemek ve kanala yönlendirmek tahmin edildiği kadar kolay olmayacaktır. Milyarlarca dolar harcanarak inşa edilen kanalın işlevsiz kalma ihtimali de bulunmaktadır. Kanalı işlevsel hale getirmek için de Montrö Boğazlar Sözleşmesi'ni değiştirmek veya feshetmek ülkemiz için daha ciddi olumsuz sonuçlara sebebiyet verecektir.

Türkiye, yapılması halinde, Kanal İstanbul'un geçiş rejimini ulusal hukuktaki düzenlemeleriyle belirlemelidir. Bu düzenlemeler uluslararası hukuka, Montrö Sözleşmesi'ne ve taraf olduğumuz diğer uluslararası sözleşmelere uygun olmalıdır.^[171] Kanal İstanbul hayata geçerse, boğazlardaki yoğunluğun belirli seviyelerin üzerine çıkması durumlarında, gemiler kanala yönlendirilebilir ve hatta bekleme süresinin maliyeti yüzünden kendileri kanalı tercih edebilirler. Kaldı ki bazı gemilerin, büyüklükleri sebebiyle boğazdan geçemezken kanalı kullanarak geçiş yapmaları da mümkün olabilecektir. Ancak İstanbul Boğazı'nın gemi geçişlerine kapatılması veya tankerlere kanalı kullanma zorunluluğu getirilmesi, Montrö Sözleşmesi ile denizlerin serbestliği (Mare Liberum) ilkesini benimseyen uluslararası hukuka aykırı olacaktır.^[172] Bu durum Montrö Sözleşmesi'nin, sözleşmeye taraf diğer dev-

[170] Cavid Abdullahzade, "Gemilerden Kaynaklanan Petrol Kirliliği: Türk Hukukundaki Son Gelişmelerin Değerlendirilmesi," *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 58, no. 4, (2009): 697.

[171] Ece, *Montreux Boğazlar Konferansı*, 31.

[172] Ece, *Montreux Boğazlar Konferansı*, 30.

letler tarafından feshedilmesi tehlikesini getirebilir. Türkiye böyle bir tutum içine girmese dahi sözleşmeye taraf devletlerin, Kanal İstanbul'u Montrö Sözleşmesi'nin yapıldığı dönemdeki koşullarda esaslı bir değişiklik olarak değerlendirip sözleşmenin feshini talep etmeleri de mümkündür.

Kanal İstanbul'dan geçişlerde, Montrö Boğazlar Sözleşmesi'nde olduğu gibi Karadeniz'e kıyıdaş devletlerin güvenlikleri ön planda tutulmalı, savaş gemilerinin kanaldan geçişi sözleşmedeki hükümlere paralel olarak gerçekleştirilmelidir. Karadeniz'e kıyıdaş olmayan devletlerin savaş gemilerinin kanaldan geçişlerinde, Montrö Sözleşmesi'nde yer alan Karadeniz'de kalma süresi ve toplam tonaja ilişkin sınırlamalar titizlikle takip edilmelidir. Montrö Sözleşmesi'yle teminat altına alınan boğazlardan geçiş serbestisi ve zararsız geçiş ilkesi zedelenmeden gemilerin kanaldan geçişi teşvik edilmelidir. Bunun için de İstanbul Boğazı'nın ve boğaz kıyısında yaşayan nüfusun altında bulunduğu risklerin diğer devletlere başarılı bir şekilde anlatılması gerekmektedir. Aksi takdirde Kanal İstanbul'un, Montrö Sözleşmesi'nin feshi için bir gerekçe olarak Türkiye'nin karşısına çıkması olasıdır.

Karadeniz, küresel güçlerin mücadele alanlarından biridir ve buradaki denge sistemi Montrö Sözleşmesi ile güvence altına alınmıştır.^[173] Dolayısıyla Montrö Sözleşmesi'ni ve Karadeniz'in güvenliğini riske atma ihtimali oldukça yüksek olan Kanal İstanbul projesinden vazgeçilmesi en doğru tercih olacaktır. Kanal İstanbul, İstanbul Boğazı'nı çevresel felaketten korumayı amaçlayan ancak farklı çevresel felaketlere sebebiyet verebilecek bir projedir. Eğer projenin temel kaygısı çevre güvenliği ise Türkiye'nin, Montrö Boğazlar Sözleşmesi ve uluslararası hukuk kuralları çerçevesinde boğazlardaki çevre ve insan hayatı güvenliği için çeşitli önlemler alması mümkündür. Kaldı ki ülkemiz geçmişte yaptığı ulusal düzenlemelerle, çıkardığı tüzüklerle boğazlardaki yetkisini kısmen kullanmış, geçişe ilişkin uluslararası hukuka uygun birtakım düzenlemeler getirerek risk faktörlerini düşürmüştür. Bu düzenlemeler yeterli görülüyorsa Türkiye yeni düzenlemeler yapma yoluna gidebilir. Bu haklı düzenlemeler Rusya gibi Karadeniz'e kıyıdaş devletlerin tepkisini çekse de geçmişte olduğu gibi zamanla kabullenilecektir. Unutmamak gerekir ki Montrö Sözleşmesi sadece Türkiye'nin değil Karadeniz'e kıyısı olan tüm devletlerin güvenliği için bir teminattır.

[173] Sarıbeyoğlu-Skalar ve Cecanpınar, "85. Yılında Montrö," 74.

KAYNAKLAR

- Abdullahzade, Cavid. "Gemilerden Kaynaklanan Petrol Kirliliği: Türk Hukukundaki Son Gelişmelerin Değerlendirilmesi." *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 58, no. 4, (2009): 693-710.
- Acer, Yücel ve İbrahim Kaya. *Uluslararası Hukuk Temel Ders Kitabı*. Ankara: USAK Yayınları, 2013.
- Akkaya, M. Ali. "Kanal İstanbul Projesi Karadeniz Kıyısındaki Devletlerle Olan İlişkilerimize Etkisi ve Montrö Sözleşmesi." *Ordu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Sosyal Bilimler Araştırmaları Dergisi*, 5/12, 242-262.
- Aksar, Yusuf. *Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk II*. 2. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2013.
- Apaydın, Deniz Tekin. "The Canal Istanbul Project: Governance By National Law Or International Law?" içinde *Contemporary Issues in Public Administrative Law*, 122-141, Szeged, Macaristan: 26 Eylül 2018.
- Canca, Hakan Selim. *Uluslararası Hukukta Türk Boğazları*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2012.
- Çınar, Meliha. "Kanal İstanbul'un Uluslararası Hukuk Bağlamında Değerlendirilmesi." *Uluslararası Afro-Avrasya Araştırmaları Dergisi*, no. 3, (2017/1): 20-34.
- Doğru, Sami. "Türk Boğazlarının Hukukî Statüsü: Sevr ve Lozan'dan Montrö'ye Geçiş." *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 15, no. 2, (2013): 123-169.
- Ece, Nur Jale. *Montreux Boğazlar Konferansı Tutanaklarından Tarihe Düşen Notlar ve Kanal İstanbul*. Ankara: Ortadoğu Stratejik Araştırmalar Merkezi, Rapor No:155, Mayıs 2013.
- Ecemiş Yılmaz, Hatice Kübra. "Kanal İstanbul'un Hukuksal Açından Dört Büyük Kanal ile Karşılaştırmalı Analizi." *Uluslararası Çalışmalar Dergisi* 4, no. 1, (2020): 108-134.
- Ecemiş Yılmaz, Hatice Kübra. "Uluslararası Hukuk Perspektifinden Kanallara Kazandırılacak Hukuki Statüler: Kanal İstanbul Örneği." *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 25, no. 42, (2020): 95-132.

- Eldem, Tuba. “Canal Istanbul: Turkey’s controversial megaproject; its likely impacts on the Montreux Convention and regional stability.” *Stiftung Wissenschaft und Politik -SWP- Deutsches Institut für Internationale Politik und Sicherheit*, (43/2021).
- Erhan, Çağrı. “Kanal İstanbul’un İnşası İçin Hukuki Engel Yok.” Erişim 21 Ağustos 2022, <http://cagrierhan.net/2011/05/03/kanal-istanbulun-insasi-icin-hukuki-engel-yok-turkiye-gazetesi/>.
- Esq., Kayode Olatoke. “The Legal Regime Of International Straits.” *Benue State University Journal of Private and Public Law*, Vol. 1/2, (2013): 270-281.
- Güneş, Şule. “Türk Boğazları.” *ODTÜ Gelişme Dergisi*, 34, (Aralık 2007): 217-250.
- Ilgın, Sezer. “Türk Boğazları Konusunda Uluslararası Denizcilik Örgütü’ndeki (IMO) Çalışmalar.” içinde *Prof. Dr. Ergon A. Çetingil ve Prof. Dr. Rayegan Kender’e 50. Yıl Birlikte Çalışma Yılı Armağanı*. 686-706. İstanbul: Çizgi Basın Yayın, 2007.
- İnan, Yüksel. *Türk Boğazlarının Siyasal ve Hukuksal Rejimi*. 2. Bası, Ankara: Turhan Kitabevi, 1995.
- Kadioğlu, Muhsin. “Dünyadaki Yeni Kanal Projeleri ve İstanbul Kanalı.” *Proceedings of Azerbaijan State Marine Academy*, Vol:1, 2020: 95-110.
- Karaağaç, Yunus. “Kanal İstanbul Projesinin Güvenlik Değerlendirmesi,” Erişim 5 Şubat 2023, https://arelarsiv.arel.edu.tr/xmlui/bitstream/handle/20.500.12294/2594/Karaagac_Y_2020_02.pdf?sequence=1.
- Kalinov, Todor. “Canal Istanbul Challenges And Opportunities And Their Relationship To The Security.” *IJASOS- International E-Journal of Advances in Social Sciences*, Vol. V, Issue 14, (August 2019): 756-767.
- Keller, Christian. “Kanal İstanbul:Pipedream or Politics?.” *Actuelles de l’Ifri*, Erişim 5 Şubat 2023, <https://www.ifri.org/sites/default/files/atoms/files/christiankellerfinal.pdf>.

- Kesici, Ömer. “İstanbul Boğazı’na Alternatif Bir Suyolu Olarak Kanal İstanbul’un Montreux Sözleşmesi Bağlamında Değerlendirilmesi.” Yüksek Lisans Tezi, Yalova Üniversitesi, 2015.
- Koday, Zeki, Saliha Koday ve Çağlar Kıvanç Kaymaz. “Dünyadaki Bazı Önemli Boğazlar ile Kanalların Coğrafi Özellikleri ve Jeopolitik Önemleri.” *Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, 21/3, (Eylül 2017): 879-910.
- Kundak, Seda ve Mete Basar Baypınar. “The Crazy Project – Canal İstanbul.” *Trimestrale del Laboratorio Territorio Mobilità e Ambiente*, Vol 4, No 3, (Settembre 2011): 53-63.
- Meriç, Engin. “İstanbul Boğazı ve Türkiye’nin Yeni Geleceği İçin Su Yolu: Yeni İzmit Kanalı (KAP).” içinde *Türk Boğazları*, derleyen Nur Jale Ece, Engin Yayıncılık, 2011.
- Moore, John Norton. “The Regime of Straits and the Third United Nations Conference on the Law of the Sea.” *American Society of International Law*, Vol. 74, No. 1, (Ocak 1980): 77-121.
- Morvan, Yoann. “Kanal İstanbul: a “crazy project” serving political ambitions.” *Metropolitiques*, 3, Erişim 5 Şubat 2023, <https://metropolitiques.eu/IMG/pdf/MET-Morvan-en.pdf>.
- Özçelik, Ceyhan ve Kader Benli. “Canal Istanbul and Political Dispute on Turkish Straits.” *Dicle University Journal of Engineering*, Vol 12:5, (2021); 849-863.
- Öğüt, Selman. “Kanal İstanbul Projesi’nin Uluslararası Hukuk Açısından Değerlendirilmesi.” *Uluslararası Hukuk ve Politika Dergisi* 10, no. 38, 119-153.
- Ökten, Kazım. “Montreux Boğazlar Sözleşmesi.” Yüksek Lisans Tezi, Trakya Üniversitesi, 2008.
- Önem, Yüksel. “İstanbul Kanalı’nı Düşünüyorum.” *TÜBİTAK Bilim ve Teknik Dergisi*, (Ağustos 1990): 48-49.
- Özersay, Kudret. *Türk Boğazlarından Geçiş Rejimi*. Ankara: Mülkiyeliler Birliği Vakfı Yayınları, 1999.

- Pazarıcı, Hüseyin. “Çılgınlığın Uluslararası Olası Etkileri.” *Cumhuriyet*, 04.04.2011. Erişim 21 Ağustos 2022, <https://www.yeniyaklasimler.org/?d=739>.
- Pazarıcı, Hüseyin. *Uluslararası Hukuk*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2013.
- Popescu, Daniela. “The Straits – between geopolitical best card and bone of contention in the Turkish-Russian relations. Kanal İstanbul Projesi.” *Romanian Journal of History and International Studies*, Vol. 2, No. 2 (2015); 233-243.
- Sarıbeyoğlu-Skalar, Meltem ve Hilal Cecanpınar. “85. Yılında Montrö Boğazlar Sözleşmesi: “Türkiye ve Karadeniz’e Kıyıdaş Devletler Açısından Önemi.” *Marmara Avrupa Araştırmaları Dergisi* 29, no. 1, (2021): 57-86.
- Saydam, A. Cemal. “Kanal İstanbul Projesi: Bilimsel Bir Karşı Görüş.” Erişim 21 Ağustos 2022, <https://yeniinsanyayinevi.com/kanal-istanbul-projesi-bilimsel-bir-karsi-gorus-cemal-saydam/>.
- Schachte, William L.. “International Straits and Navigational Freedoms.” *Ocean Development & International Law*, 24:2, (1993); 179-195.
- Simavoryan, Arestakes. “The Istanbul Canal or New Bosphorus.” Orbeli Center, 18 Haziran 2020, Erişim 21 Ağustos 2022, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3905727.
- Soysal, İsmail. “Türk Boğazları ve 1936 Montreux Sözleşmesi.” içinde *Boğazlardan Geçiş Güvenliği ve Montreux Sözleşmesi: Prof. Mahmut Belik ve Prof. Dr. Tahir Çağaya Saygı Semineri*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1994.
- Sucuoğlu, M. Kürşad. “Kanal İstanbul Projesi’nin Türk Denizciliği Açısından SWOT Analizi.” Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi, 2014.
- Şener, Bülent. “Türk Boğazları’nın Geçiş Rejiminin Tarihi Gelişimi ve Hukuki Statüsü.” *Tarih Okulu Dergisi (TOD)* 7, no. XVII, (Mart, 2014): 467-493.
- Tuncer, Hüner. “Dünden Bugüne Boğazların Durumu ve Montrö Sözleşmesi.” içinde *Çılgın Proje Kanal İstanbul*. İstanbul: Kaynak Yayınları, 2014.

- Turğut, Muhammed ve Çağatay Konbul. “Süveyş ve Panama Kanalı Çerçevesinde Kanal İstanbul’un Lojistik Potansiyelinin SWOT Analizi ile Değerlendirilmesi.” *IBAD Sosyal Bilimler Dergisi*, (2022;12): 586-604.
- Toluner, Sevin. *Türkiye’nin Bazı Dış Politika Sorunları*. İstanbul: Beta Yayınevi, 2. Bası, 2004.
- Tütüncü, Ayşe Nur. “Montrö Sözleşmesi ve Kanal İstanbul.” *Public and Private International Law Bulletin* 37, no. 1, 113-123.
- Vank, M. Deniz. “Uluslararası Boğazların Hukuki Statüsü, Geçiş Rejimleri ve Türk Boğazları.” *Ankara Barosu Dergisi* 1, no. 6, (1998): 84-116.
- Zenginkuzucu, Dikran M. ve Abdülbari Çintan. “Montrö Boğazlar Sözleşmesi’nin Statüsünün Güncel Gelişmeler ve Kanal İstanbul Projesi Bağlamında Değerlendirilmesi.” *Uluslararası Hukuk ve Sosyal Bilim Araştırmaları Dergisi* 1, no. 2, (2019): 67-79.

İnternet Kaynakları

- İstanbul Büyükşehir Belediyesi, İstanbul Planlama Ajansı. *Kanal İstanbul Çalıştay Raporu*.
- İstanbul: 10 Ocak 2020, Erişim Ağustos 2022, https://kanal.istanbul/wp-content/uploads/2021/12/kanal_istanbul_calistay_raporu.pdf.
- Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığı Altyapı Yatırımları Genel Müdürlüğü, *Kanal İstanbul Projesi*.
- Çevresel Etki Değerlendirmesi Raporu*. Ankara: Ocak 2020, Erişim 20 Ağustos 2022, <https://www.kanalistanbul.gov.tr/images/uploads/icerik/KANALISTANBULNIHAICEDRAPORU.pdf>.
- WWF Rapor. *Ya Kanal Ya İstanbul, Kanal İstanbul Projesinin Ekolojik, Sosyal ve Ekonomik Değerlendirmesi*, Erişim 21 Ağustos 2022, https://wwftr.awsassets.panda.org/downloads/yakanalyaistanbulpdf_duzeltildi_1_1.pdf?9720/yakanalyaistanbul.

İş Sözleşmesinin Ahlak ve İyiniyet Kurallarına Aykırılık ve Benzeri Nedenlerle Feshinin (İş Kanunu m. 25/II) Ceza Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi

Devrim AYDIN*

Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK–ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.

* Prof. Dr., Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Öğretim Üyesi; Ankara Barosu avukatı. daydin@politics.ankara.edu.tr, **ORCID ID:** 0000-0001-7878-8836.

Makale geliş tarihi: 5 Ekim 2022 **Makale kabul tarihi:** 10 Mart 2023

Atıf önerisi: Aydın, Devrim. “İş Sözleşmesinin Ahlak ve İyiniyet Kurallarına Aykırılık ve Benzeri Nedenlerle Feshinin (İş Kanunu m. 25/II) Ceza Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi.” *Ankara Barosu Dergisi* 81, no. 2 (Nisan 2023): 137-171. **DOI:** 10.30915/abd.1184490

İŞ SÖZLEŞMESİNİN AHLAK VE İYİNİYET KURALLARINA AYKIRILIK VE BENZERİ NEDENLERLE FESHİNİN (İŞ KANUNU m. 25/II) CEZA HUKUKU BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

ÖZ

İşçinin iş sözleşmesinin haklı nedenle derhal fesih nedenlerinden bir kısmını, 4857 sayılı İş Kanunu m. 25/II'de “işçinin ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haller ve benzeri davranışlarına dayalı nedenler” oluşturmaktadır. İş. Kanunu m. 25/II'deki fiillerin bir kısmı ceza hukuku açısından suç oluşturan fiiller niteliğindedir, bir kısmı ceza hukuku açısından suç oluşturmayan ancak İş hukuku açısından iş ilişkisinin devam etmesinin beklenemeyeceği fiillerden oluşmaktadır.

İş sözleşmesinin feshedilmesi üzerine işveren, işçiyi hangi gerekçeyle işten çıkardığını bir kod numarasıyla işaretleyerek Sosyal Güvenlik Kurumu'na (SGK) bildirmek zorundadır. İş Kanunu m. 25/II'de yer alan “ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haller ve benzerlerine dayalı davranışlar” SGK'nın 1 Nisan 2021 tarihli genelgesiyle yapılan değişikliğe kadar “Kod-29” olarak SGK'ye bildirilmekteydi. İş Kanunu'ndaki söz konusu hükme dayanılarak çok sayıda iş akdine son verilmesi ve durumun “Kod-29” olarak bildirilmesine yönelik eleştiriler üzerine SGK'nın yeni bir genelgesiyle Kod-29'daki fiillerin her biri için 42'den 50'ye kadar ayrı ayrı kodlar belirlemek yoluna gidilmiştir.

Çalışmada, İş Kanunu m. 25/II'de yer alan ve bir kısmı suç oluştururken bir kısmı suç oluşturmayan fiillerden dolayı iş akdinin feshi, ceza hukuku açısından tartışılarak hukuki denetimin sağlanabilmesi için İş Kanunu m. 25/II'deki haklı fesih nedenlerinin içeriğinin nasıl somutlaştırılabileceği ve işçinin keyfi olarak işten çıkarıldığının ispatlanması durumunda işverenin sorumluluğu konuları ele alınacaktır.

Anahtar kelimeler:

İş hukuku

iş sözleşmesi

haklı fesih

ceza hukuku

suç

INTERPRETATION OF THE TERMINATION OF EMPLOYEE'S EMPLOYMENT CONTRACT FOR CONSERVATION WITH THE RULES OF ETHICS AND GOODNESS AND FOR SIMILAR REASONS IN TERMS OF CRIMINAL LAW

ABSTRACT

Some of the reasons for the immediate termination of the employee's employment contract for rightful reasons are regulated in the Labor Law No. 4857, art. 25/II as "The situations that do not comply with the moral and goodness rules of the worker and the reasons based on similar behaviors". Some of the acts in 25/II are offenses in terms of criminal law. However, some of them are behaviors that are described with ambiguous terms. In case the employment contract is terminated, the employer has to notify the Social Security Institution of the situation and notify the employee with a code number for the reason for the dismissal. The reasons in 25/II were reported as "Code-29" until the amendment made in this article on April 2021.

In the article, it is suggested to embody the reasons that give the employer the right to terminate for a just cause in order to provide legal supervision by discussing the termination of employment contract due to acts in Labor Law, art. 25/II, some of which constitute a crime and some that do not.

Keywords:

Labor law

employment contract

rightful termination

criminal law

crime

GİRİŞ

4857 sayılı İş Kanunu m. 25'te, işverene iş sözleşmesinin haklı nedenle derhal fesih hakkı veren haller sağlık sebepleri (m.25/I), ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri sebepler (m.25/II), zorlayıcı sebepler (m.25/III), işçinin gözüaltına alınması veya tutuklanması halinde devamsızlığın 17. maddedeki bildirim süresini aşması (m.25/IV) olarak düzenlenmiştir.^[1] İşveren, iş sözleşmesini feshettiği işçiler için Sosyal Güvenlik Kurumu'na (SGK) yaptığı bildirimde, işçiyi hangi gerekçe ile işten çıkardığını bir kod numarasıyla işaretleyerek bildirmek zorundadır. İş Kanunu m. 25/II'deki "*ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haller ve benzerlerine dayalı davranışlar*" gerekçe gösterilerek işten çıkarmalar, SGK'nın 1 Nisan 2021 tarihli genelgesiyle yaptığı değişikliğe kadar, SGK'ye "Kod-29" olarak bildirilmekteydi. Bu nedenle iş sözleşmesinin işveren tarafından ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haller ve benzeri nedenlerle derhal feshini ifade etmek için hukuk, kamuoyu ve basında kısaca "Kod-29" ifadesi kullanılmakta ve bu sorun "Kod-29" olarak ifade edilmekteydi. Kod 29, kısaca "İşçinin *ahlak ve iyi niyet kurallarına aykırı davranışı nedeni ile iş sözleşmesinin işveren tarafından feshi*" anlamına gelmekteydi. İş Kanunu'nun söz konusu hükmüne dayanılarak işten çıkarılmanın ve durumun Kod-29 ile SGK'ye bildirilmesi halinde, işten çıkartılan işçi kıdem tazminatı alamaz ve işsizlik ödeneğinden yararlanamazdı.

İşverenin, işçisini Kod-29 ile işten çıkarabilmesi için, işçinin 4857 sayılı İş Kanunu'nun ilgili bendi kapsamındaki fiillerden birini işlemesi gerekmekteydi. Covid-19 pandemisi boyunca işten çıkarma yasağı getirilmesine rağmen İş Kanunu m. 25/II'de yer alan "ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haller ve benzeri sebepler" bu yasağın dışında bırakılmıştı. Pandemi süresince çok sayıda işçinin iş akdi "Kod-29" olarak ifade edilen, İş Kanunu m. 25/II gerekçesiyle sonlandırılmıştı. Örneğin DİSK-AR tarafından CİMER başvurusu ile SGK'dan elde edilen verilere göre 2020 yılında 176 bin 662

[1] 4857 sayılı İş Kanunu'nda süreli fesih ve süresiz (derhal) fesih olmak üzere iki ayrı fesih türü düzenlenmiştir. Sözleşmesinin fesih yoluyla sona erdirilebilmesi kural olarak bir süreyle sınırlanmamışken; ahlak ve iyiniyet kurallarına aykırılık hallerinden birinin meydana gelmiş olması halinde, diğer tarafın bu nitelikteki davranışları öğrendiği günden itibaren altı işgünü ve her halde gerçekleşmesinden itibaren bir yıllık süre içinde fesih hakkını kullanması gerekmektedir.

işçi, Kod-29 nedeniyle işten çıkarılmıştır.^[2] Bu sayıların yüksekliği bile söz konusu hükmün, pandemi süresince işten çıkarmaya gerekçe olarak kullanıldığına ilişkin şüpheleri haklı göstermektedir. Kod-29 ile işten çıkarılmaların gerekçesinin cinsel taciz, hırsızlık gibi fiiller olması nedeniyle bu kod numarasıyla işten çıkarılan işçiler hem toplumda hem de gelecekte yeni iş bulma konusunda da zor duruma düşmekteydiler. Bu uygulamanın artması üzerine içeriği kamuoyu tarafından tam olarak bilinmeyen ve kısaca “Kod-29” olarak nitelenen uygulama tartışma konusu olmuştu. Kod -29’un hukuki dayanağını oluşturan İş Kanunu m. 25/II’teki fiillerin bir bölümü ceza hukuku açısından suç oluşturan somut fiiller (cinsel taciz, hırsızlık, mala zarar verme) niteliğinde olsa da bir bölümü içeriği Yargıtay kararlarıyla somutlaştırılmaya çalışılsa da belirsiz ifadelerle açıklanan davranışlardan oluşmaktaydı. İş Kanunu’ndaki söz konusu hükme dayanılarak çok sayıda iş akdine son verilmesi ve durumun SGK’ye içeriği belirsiz biçimde “Kod-29” olarak bildirilmesine yönelik eleştiriler üzerine SGK, bir genelgeyle Kod-29’daki fiillerin her biri için 42’den 50’ye kadar ayrı ayrı kodlar belirlemek yoluna gitmiş, böylece İş Kanunu m.25/II’ye dayanılarak iş sözleşmesi feshedilmiş olan işçinin sözleşmesinin hangi gerekçeyle feshedilmiş olduğu belirginleştirilmeye çalışılmıştır.

SGK tarafından yayınlanan 01.04.2021 tarih ve 2021/9 sayılı (Sayı: E-69053920-010.06.01-23171689) genelge şu şekildedir: “*Kurumumuzun 22/2/2013 tarihli ve 2013/11 sayılı Genelgenin birinci kısım altıncı bölümünde yer alan “2.1- İşten ayrılış nedeni” alt başlığındaki işten ayrılış nedenleri tablosundaki “29- İşveren tarafından işçinin ahlak ve iyiniyet kurallarına aykırı davranışı nedeni ile fesih” kodu çıkarılmış ve “41-” nolu koddan sonra gelmek üzere aşağıdaki kodlar eklenmiştir.*” Böylelikle mazeretsiz devamsızlık hali ile hırsızlık gibi birbirinden farklı fesih sebeplerinin farklı bildirim kodları ile yapılması sağlanarak olası sorunların önüne geçilmesi amaçlanmıştır. Genelgede yapılan değişiklikle, işten çıkartılan işçi için SGK’ya bildirim yapılırken, söz konusu fiillerin her birinin ayrı kod ile gösterilmesi amaçlanmıştır. Böylece, yeni işe alımlarda işveren işçinin daha önce hangi nedenle ve suçlamayla işten çıkartıldığını daha açık bir şekilde görebilecektir.

[2] “2020’de Kod-29 kıyımı: 143 bini erkek, 34 bini kadın toplam 177 bin işçi!” başlıklı haber için bkz. (<http://arastirma.disk.org.tr/?p=5458>) Son erişim: 05.02.2023

Söz konusu düzenleme, işçi ve sendika çevrelerindeki rahatsızlığı gidermeye uygun nitelikte ve yerinde bir düzenleme olmuştur. Ancak İş Kanunu m. 25/II'de yer verilen kimi fesih nedenlerinin içeriği belirsizliğini korumaktadır. İş hukukunun kapsamı ile ceza hukukunun kapsamı birbirinden farklı olsa da ceza hukuku açısından suç oluşturmayan bir fiil nedeniyle iş sözleşmesinin feshedilebilmesi öte yandan suç oluşturan bir fesih nedeni sonunda beraat eden işçinin sözleşmesinin feshedilip feshedilemeyeceği tartışması, çalışmanın özünü oluşturmaktadır.

I. İŞ SÖZLEŞMESİNİN AHLAK VE İYİNİYET KURALLARINA UYmayan HALLER VE BENZERİ NEDENLERLE DERHAL FESİH HAKKI (İş Kanunu m. 25/II)

4857 sayılı İş Kanunu m. 25/II'de düzenlenen “*Ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri*” şunlardır:

“a) İş sözleşmesi yapıldığı sırada bu sözleşmenin esaslı noktalarından biri için gerekli vasıflar veya şartlar kendisinde bulunmadığı halde bunların kendisinde bulunduğunu ileri sürerek yahut gerçeğe uygun olmayan bilgiler veya sözler söyleyerek işçinin işvereni yanıltması.^[3]

b) İşçinin, işveren yahut bunların aile üyelerinden birinin şeref ve namusuna dokunacak sözler sarfetmesi veya davranışlarda bulunması yahut işveren hakkında şeref ve haysiyet kırıcı asılsız ihbar ve isnadlarda bulunması.^[4]

c) İşçinin işverenin başka bir işçisine cinsel tacizde bulunması.^[5]

d) İşçinin işverene yahut onun ailesi üyelerinden birine yahut işverenin başka işçisine sataşması, işyerine sarhoş yahut uyuşturucu madde almış olarak gelmesi ya da işyerinde bu maddeleri kullanması.^[6]

[3] Genelge'ye göre bu fiil “Kod-42” olarak bildirilecektir.

[4] Genelge'ye göre bu fiil “Kod-43” olarak bildirilecektir.

[5] Genelge'ye göre bu fiil “Kod-44” olarak bildirilecektir.

[6] Genelge'ye göre bu fiil “Kod-45” olarak bildirilecektir.

e) İşçinin, işverenin güvenini kötüye kullanmak, hırsızlık yapmak, işverenin meslek sırlarını ortaya atmak gibi doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışlarda bulunması.^[7]

f) İşçinin, işyerinde, yedi günden fazla hapisle cezalandırılan ve cezası ertelenmeyen bir suç işlemesi.^[8]

g) İşçinin işverenden izin almaksızın veya haklı bir sebebe dayanmaksızın ardi ardına iki işgünü veya bir ay içinde iki defa herhangi bir tatil gününden sonraki iş günü yahut bir ayda üç işgünü işine devam etmemesi.^[9]

h) İşçinin yapmakla ödevli bulunduğu görevleri kendisine hatırlatıldığı halde yapmamakta ısrar etmesi.^[10]

ı) İşçinin kendi isteği veya savsaması yüzünden işin güvenliğini tehlikeye düşürmesi, işyerinin malı olan veya malı olmayıp da eli altında bulunan makineleri, tesisatı veya başka eşya ve maddeleri otuz günlük ücretinin tutarıyla ödeyemeyecek derecede hasara ve kayba uğratması.”^[11]

Kanun metninde geçen “ahlak ve iyinyet kuralları” kavramlarının içeriği oldukça geniş olup, bunların içeriği Medeni Hukuk esas alınarak yorumlanmalıdır. Ahlak kuralları, belli bir toplumda kuşaktan kuşağa aktarılan davranış kurallarıdır.^[12] Ahlak kuralları kişilerin vicdanına, sağduyusuna seslenir ve yazılı değildirler. Belli bir toplumda yaşayan bütün insanların, o toplumdaki ahlak kurallarına uyması beklenir. Ahlak kuralları kişiye sadece belli biçimde davranma ya da davranmamayı emreder ancak kişilere talepte bulunma yetkisi vermez ve bunlara uymamanın bir yaptırımını yoktur. Kimi zaman ahlak kuralları hukuk kuralına dönüşebilir. İş Kanunu m. 25/II'deki hüküm de buna bir örnektir. Ahlak kuralları sübjektif ve objektif olmak üzere ikiye ayrılır. Sübjektif ya da öznel ahlak kuralları kişinin kendi birey-

[7] Genelge'ye göre bu fiil “Kod-46” olarak bildirilecektir.

[8] Genelge'ye göre bu fiil “Kod-47” olarak bildirilecektir.

[9] Genelge'ye göre bu fiil “Kod-48” olarak bildirilecektir.

[10] Genelge'ye göre bu fiil “Kod-49” olarak bildirilecektir.

[11] Genelge'ye göre bu fiil “Kod-50” olarak bildirilecektir.

[12] Bilge Öztan, *Medeni Hukukun Temel Kavramları*, 38. Baskı, (Ankara: Turhan Kitabevi, 2013), 5.

sel tutumları ve değer yargılarıyken, objektif ya da nesnel ahlak kuralları toplumun genelinde geçerli olan değerlerdir.^[13] Bu hükümde geçen ahlak kavramını, işçi ya da işverenin sübjektif ahlakı olarak değil, objektif (genel ahlak) olarak yorumlamak gerekir.

İyiniyet, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu m. 2 ve 3'te düzenlenmiştir. "Dürüst davranma" kenar başlıklı m.2'de "*Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz.*" denilerek objektif iyiniyet tanımlanmıştır. Buna göre ortalama ve makul bir insan, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüst davranmak yükümlüğü altındadır. "İyiniyet" kenar başlıklı m.3'te ise "*Kanunun iyiniyete hukuki bir sonuç bağladığı durumlarda, asıl olan iyiniyetin varlığıdır. Ancak, durumun gereklerine göre kendisinden beklenen özeni göstermeyen kimse iyiniyet iddiasında bulunamaz.*" denilerek sübjektif iyiniyet düzenlenmiştir. Buna göre iyiniyet, bir hakkın geçerli surette kazanılmasını önleyen herhangi bir hususun hakkı kazanacak olan kimse tarafından bilinmemesi şeklinde tanımlanabilir.^[14] İş Kanunu m. 25/II'de iş ilişkisinin devamının beklenemez hale gelip gelmediğinin ölçütü, objektif iyiniyet yani MK m.2'de düzenlenmiş olan dürüstlük kuralları tarafından belirlenir. Buna göre sözleşmeyi fesheden taraftan, dürüstlük kurallarına göre hizmet ilişkisini sürdürmesi beklenemeyen, taraflar arasındaki güven ilişkisinin zedelendiği durum ve koşullar, İş Kanunu m.25/II açısından haklı sebep sayılacaktır.^[15]

Öte yandan Kanun'da "ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haller" sayılmaya çalışılmış olsa da madde başlığının "ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri" şeklinde olmasından dolayı hükümde sayılan

[13] Fikret Eren, *Borçlar Hukuku*, (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2010), 291.

[14] Jale G. Akipek, Turgut Akıntürk ve Derya Ateş Karaman, *Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku*, Yenilenmiş 8. Baskı, (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2011), 149.

[15] Hasan Hüseyin Umutlu ve Mehmet Fahrettin Önder, "İşçinin Ahlak ve İyiniyet Kurallarına Uymayan Davranışları Nedeniyle İşverenin İş Sözleşmesini Derhal Fesih Hakkı," *Burdur Mehmet Akif Ersoy Üniversitesi Oğuzhan Sosyal Bilimler Dergisi* 2, no. 2, (2020): 162; Gülsevil Alpagut, "İş Sözleşmesinin Feshinde Haklı-Geçerli Neden Ayırımı ve Yargıtay'ın Konuya İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi," *Sicil İş Hukuku Dergisi*, no.1, (2006), 72.

fiillerin, benzetme (kıyas) yoluyla genişletilmesinin olanaklı olduğu görülmektedir.^[16] Yargıtay da “Görüldüğü üzere yasadaki haller sınırlı sayıda olmayıp, genel olarak işçinin sadakat borcuna aykırılık oluşturan söz ve davranışları işverene fesih imkânı tanımaktadır.” şeklindeki kararında bu duruma işaret etmiştir.^[17]

İş Sözleşmesinin feshinin hukuken kabul edilebilir olması için, sözleşmenin feshinin haklı nedene dayanması gerekmektedir, ancak “haklı neden” kavramı İş Kanunu’nda tanımlanmamıştır.^[18] Taraflardan her birinin, haklı sebeplerle sözleşmeyi derhâl feshedebilmesinin hukuki dayanağını 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m. 435’teki “Taraflardan her biri, haklı sebeplerle sözleşmeyi derhâl feshedebilir. Sözleşmeyi fesheden taraf, fesih sebebini yazılı olarak bildirmek zorundadır. Sözleşmeyi fesheden taraftan, dürüstlük kurallarına göre hizmet ilişkisini sürdürmesi beklenemeyen bütün durum ve koşullar, haklı sebep sayılır.” şeklindeki hüküm oluşturmaktadır.^[19] İşverenin haklı fesih hakkı, dürüstlük kuralları gereği iş ilişkisini sürdürmesi kendisinden beklenemeyecek tarafa, belirli veya belirsiz süreli iş akdini derhal feshetme yetkisi veren “bozucu yenilik doğuran bir hak” olarak nitelenmektedir.^[20]

Bildirimsiz feshe yönelik irade açıklaması karşı tarafa ulaştığı andan itibaren hüküm ve sonuç doğurur. İş Kanunu m. 24/II ve 25/II’ye göre işçi veya işveren iş sözleşmesini İş Kanunu m. 26/I’de belirtilen süre içinde feshettiğinde diğer taraftan genel hükümlere göre tazminat talep edebilir (m. 26/II). İş sözleşmesini İş Kanunu m. 24’e göre haklı nedenle fesheden işçi de kıdem tazminatı talep edebilir. İşveren sağlık nedenleri (m. 25/I) ya

[16] Sarper Süzek, *İş Hukuku*, 19. Baskı, (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2020), 694; Umutlu ve Önder, “Derhal Fesih Hakkı,” 165.

[17] Yargıtay 9. HD, 21.11.2017, E. 2017/7241, K. 2017/18767; Yargıtay 9. HD, 14.12.2015, E. 2014/26207, K. 2015/35199; Yargıtay 7. HD, 7.9.2015, E. 2014/18979, K. 2015/14039.

[18] Umutlu ve Önder, “Derhal Fesih Hakkı,” 159-160.

[19] Umutlu ve Önder, “Derhal Fesih Hakkı,” 160.

[20] Sözleşmenin feshi, karşı tarafa yöneltilmesi gereken tek tarafı irade beyanıdır. Fesih beyanı geleceğe yönelik bozucu yenilik doğuran bir hak olduğundan, işverenin fesih beyanı işçiye ulaştığı andan itibaren hüküm ve sonuçlarını doğurur. Bkz. Umutlu ve Önder, “Derhal Fesih Hakkı,” 159; Süzek, *İş Hukuku*, 691.

da zorlayıcı nedenlerle (m. 25/III) iş sözleşmesini feshettiğinde işçi kıdem tazminatı talep edebilir.^[21] Ancak işveren tarafından iş sözleşmesinin ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haller ve benzeri nedenlerle (m. 25/II) feshedilmesi halinde işçi kıdem tazminatı isteyemez.

İş Kanunu m.25/II'deki "ahlak ve iyiniyet" kavramlarının içeriği belirsizdir.^[22] Hükümde geçen "ve benzeri nedenlerle" ifadesi nedeniyle içeriği belirsiz olan bu kavramların benzetme yoluyla genişletilebilmesi de olanaklıdır. İş hukuku açısından, işverenin işe aldığı işçi ile arasında iş sözleşmesinin unsurlarından bağımlılık ilişkisi kurulmaktadır. Buna göre işçi, iş sözleşmesinin kurulması anında ve iş ilişkisi devam ederken dürüstlük kurallarına uygun hareket etmelidir.^[23] Bunun sonucunda kanunda geçen "ve benzeri nedenler" ifadesi; işçinin güven ilişkisini sarsan, dürüstlük kurallarına aykırı ve işveren açısından iş ilişkisinin devamının beklenemeyeceği haller olarak yorumlanmalıdır.^[24] Yargıtay da "Somut olayda davacının iş sözleşmesi, uyarılmasına rağmen amirinin verdiği görevi yapmaması, itaat etmemesi, emirleri uygulamaması, amirine karşı gelmesi diğer çalışanların çalışma ahengini bozması ve amiri ile yüksek ses ile tartışması sebebi ile tazminatsız ve bildirimsiz feshedilmiştir. Tüm dosya kapsamına ve tanık beyanlarına göre davacının feshe konu davranışının işyerinde olumsuzluklara yol açtığı ve güven ilişkisini sarstığı anlaşılmaktadır. İş ilişkisinin işveren açısından devamı beklenemeyeceğinden iş sözleşmesinin feshi geçerli sebebe dayanmaktadır." şeklindeki kararında somut ölçüyü; işçinin davranışının işyerinde olumsuzluklara yol açıp açmadığı ve güven ilişkisini sarsıp sarsmadığı, iş ilişkisinin işveren açısından devamı beklenip beklenemeyeceğinin tespit

[21] Süzek, *İş Hukuku*, 691 vd.

[22] Umutlu ve Önder, "Derhal Fesih Hakkı," 160-161.

[23] Umutlu ve Önder, "Derhal Fesih Hakkı", 165.

[24] "Davacının iş sözleşmesinin feshi de 4857 sayılı Kanun'un 25/II maddesine dayandırılmıştır. Bilindiği üzere; iş ilişkisi karşılıklı güven esasına dayanan sürekli bir borç ilişkisi olup, bu güvenin sarsıldığı durumlarda, anılan tutumla karşılaşılan taraftan böyle bir ilişkiyi sürdürmesini beklemek için doğasına uygun düşmez. İşçinin sadakat borcu işverenin işi ve işyeri ile ilgili hukuken haklı menfaatlerini korumak, zarar verici ve risk altına sokabilecek davranışlardan kaçınmayı gerektirir." Yargıtay 22. HD, 22.06.2015, E. 2015/16785, K. 2015/21346.

edilmesi biçiminde yorumlamıştır.^[25] Öte yandan fesih nedenini oluşturan davranışla fesihte seçilen ve uygulanan yöntemin ölçülü olması, açıkça orantısız olmaması gerekmektedir.^[26] Yargıtay da “*Diğer taraftan ölçülülük ilkesi uyarınca, fesihte seçilen ve uygulanan yöntemin, takip edilen amaçla mukayese edildiğinde açıkça orantısız olmaması gerekir. Bir başka anlatımla müdahalenin ağırlığı ile onun haklı kılan nedenlerin önemi ve ağırlığı arasında bir tartım yapılmalıdır.*” şeklindeki kararında buna işaret etmiştir.^[27]

İşveren, işçinin 25/II’de sayılan fiillerden birini işlediğini ileri sürerek işçinin iş sözleşmesini feshettiğinde o işyerinde ne kadar süreyle çalışıyor olursa olsun işçi kıdem tazminatına hak kazanamayacaktır.^[28] İş sözleşmesinin feshi derhal yapıldığından, işçi ihbar öneline veya ihbar tazminatına da hak kazanamaz. Fesih işçinin kusuruna dayandırıldığından, m. 25/II’ye göre işten çıkarılan işçi, işsizlik sigortası ödeneğinden de yararlanamayacaktır. Görüldüğü üzere 25/II’ye göre işten çıkarılmanın işçi açısından ciddi ekonomik sonuçlarının yanı sıra SGK’ye bildirim kodu nedeniyle yeniden iş bulması da zorlaşmaktadır. Bu nedenle, hukuki denetimin sağlanabilmesi için işverene haklı fesih hakkı veren İş Kanunu m. 25/II’deki hallerin içeriğinin somutlaştırılması ve işverenin bu yetkisini kullandığında bunun doğru olup olmadığını denetleyecek bir mekanizmanın oluşturulması gerekir. Böylece hem iş hukukunun genel ilkelerinden biri olan işçinin korunması sağlanabilecek hem de işverenin keyfi olarak iş sözleşmesini feshettiği yönündeki suçlamaların önü alınabilecektir.^[29]

İş Kanunu m. 25/IV’e göre, “*İşçi feshin yukarıdaki bentlerde öngörülen sebeplere uygun olmadığı iddiası ile 18, 20 ve 21 inci madde hükümleri çerçevesinde yargı yoluna başvurabilir.*” Bu hükümde İş Kanunu m. 19’da yer alan işçinin savunmasının alınması sayılmamıştır. Bu nedenle İş Kanunu m. 25/II’ye göre işçinin ahlak ve iyiniyet kurallarına aykırı davranışı nedeniyle yapılan fesihlerde işverenin işçinin savunması almak yükümlülüğü

[25] Yargıtay 22. HD, 1.10.2015, E. 2015/19021, K. 2015/26332.

[26] Umutlu ve Önder, “Derhal Fesih Hakkı,” 169.

[27] Yargıtay 7. HD, 18.03.2015, E. 2014/21298, K. 2015/4936.

[28] Umutlu ve Önder, “Derhal Fesih Hakkı,” 166.

[29] Süzek, *İş Hukuku*, 16 vd.

iş hukuku mevzuatında ve Yargıtay kararlarında bulunmamaktadır.^[30] Bu kadar ağır sonuçları olan m. 25/II'ye yöneltilen en büyük eleştiri, iddialara karşı işçinin savunmasının alınmamasıdır.^[31] Bu hükme dayanarak işçiye işten çıkartırken işverenin herhangi bir kanıt sunmak, işçiye savunma hakkı vermek zorunluluğu yoktur.

Görüldüğü üzere, işçi yönünden oldukça ağır sonuçları olan bu fesih kararının en tartışmalı yönü, işverenin tek taraflı beyanı ile gerçekleşmesi, Çalışma Bakanlığı, İŞKUR veya SGK müfettişlerinin bu fesihleri denetlemesinin olanaklı olmamasıdır. Haksız işten çıkarmalarda sadece iş güvencesi hükümleri kapsamında olan işçilerin işe iade davası açma hakkı ve yargı yoluna gitmesi olanağı varken, diğer işçilerin (iş güvencesi hükümleri kapsamında olmayan işçilerin) sadece haksız fesih nedeni ile kıdem ve ihbar tazminatlarını talep etme hakları söz konusu olmamaktadır. Öte yandan haksız fesihlerde SGK tarafından işverene uygulanan idari para cezası bulunmayıp, sadece SGK İşçi İş Çıkış Bildirgesinde iş ilişkisinin sona ermesine ilişkin kodun yanlış bildirilmesi ve yasada belirtilen sürede işverence düzeltilmesi durumlarında işverene idari para cezası uygulanmaktadır.

İş Kanunu m. 18/I uyarınca iş güvencesi hükümleri kapsamında olan işçilerin iş sözleşmelerinin işçinin performansı ve/veya davranışlarına dayalı geçerli nedenle yapılan süreli fesihlerde işçinin savunmasının alınması yoluna gidilirken, ihbar ve kıdem tazminatından yoksun kalması nedeniyle süreli fesihlere göre işçi aleyhine çok ağır sonuçlar doğuran m. 25/II'ye dayanılarak işten çıkarılmalarda işçinin savunmasının alınmaması adalet ve hakkaniyet ilkelerine uygun değildir.^[32] Bu nedenle, olması gereken hukuk açısından m. 25/II'deki düzenlemenin gözdem geçirilerek fesih nedenlerinin somutlaştırılması ve işçiye kendini savunma imkânı verilmesidir.^[33] Böylece işverenin bu hükme dayanarak işçileri keyfi olarak işten çıkardığı yönündeki eleştiriler karşılanabilir.

Öte yandan işçi, Kod-29 kapsamında yapılan fesihlere karşı yargı yoluna başvurma olanağına sahip olsa da yargılama süresinin uzaması nedeniyle

[30] Süzek, *İş Hukuku*, 718-719.

[31] Süzek, *İş Hukuku*, 719.

[32] Süzek, *İş Hukuku*, 719.

[33] Süzek, *İş Hukuku*, 719.

işçiler mağduriyet yaşamaktaydı. Bu eleştiriler üzerine SGK, Kod-29 kapsamındaki keyfi işten çıkarma iddialarını azaltabilmek amacıyla yayınladığı 1 Nisan 2021 tarihli genelgeyle Kod-29'u listeden çıkararak bunun yerine 41 nolu koddan sonra gelmek üzere 42'den 50'ye kadar 9 yeni kod belirlemiştir. Bu düzenlemeyle İş Kanunu 25/II'de yer alan her bir ihlalin ayrı bir kod ile belirlenmesi sağlanmıştır. Böylece işverenin SGK'ye yapacağı bildirim genel olarak m. 25/II'den değil bu maddenin her bir alt bendinden (Örneğin 25/II-a, 25/II-b gibi) detaylı olarak yapılacaktır. Böylece işçinin m. 25/II'deki hangi fiilden dolayı işten çıkarıldığı somutlaştırılmaya çalışılmıştır.

Ancak genel bir kod olan Kod-29 yerine, içeriği somutlaştırılmış olan 9 yeni kodun oluşturması da işverenin haklı nedenle fesih hakkını kullanırken keyfi davranma olasılığını ortadan kaldırmaya yetmemektedir. İşverenlerin, bu alt kodları keyfi olarak uygulayarak işçiyi sendika üyesi olması nedeniyle, siyasi tutumu, zam istemesi ya da diğer başka keyfi nedenlerle işten çıkarması halinde bunun denetimi olanaklı değildir.

II. İŞVERENE HAKLI NEDENLE FESİH HAKKI VEREN FİİLLER

A) SÖZLEŞME KURULURKEN İŞÇİNİN GERÇEĞE AYKIRI BİLGİLER VERMESİ

İş Kanunu m. 25/II, a bendine göre, iş sözleşmesi kurulurken işçinin sözleşmenin esaslı noktalarında veya iş için gerekli vasıfları taşıdığı konusunda işverene gerçeğe aykırı bilgiler vermiş olması, işveren açısından haklı fesih sebebidir. İşçinin işvereni sözleşme yapmaya sevk etmek için kendisiyle ilgili verdiği yanlış, yanıltıcı bilgilerin yanı sıra gerçeği söylemeyerek susması ya da işin gerektirdiği nitelikleri taşıdığına dair sahte belgeler sunması şeklinde olabilir.^[34] Gerçek bilinseydi işverenin sözleşme kurmayacağı bu durumda işçinin işvereni kasten yanıltarak sözleşme görüşmeleri kusuru (culpa in contrahendo) doğurduğu bir durum söz konusudur. Buna göre işveren işçi tarafından yanıltılmış olmasaydı aynı işçi ile iş sözleşmesi yapmayacağı bir durum söz konusudur.^[35]

[34] Hamdi Mollamahmutoğlu, Muhittin Astarlı ve Ulaş Baysal, *İş Hukuku Ders Kitabı, Bireysel İş Hukuku I*, (Ankara: Seçkin, 2017), 290; Hasan Hüseyin Umutlu, *Yargıtay Kararları Işığında İşverenin İşçinin Ahlak ve İyiniyet Kurallarına Uymayan Davranışları Nedeniyle İş Sözleşmesini Derhal Fesih Hakkı*, (İstanbul: Oniki Levha, 2021), 60.

[35] Umutlu ve Önder, "Derhal Fesih Hakkı," 166.

İşçinin vermesi gereken bilginin iş hayatının ve kurulan iş ilişkisinin özelliklerine uygun olması gerekir.^[36] İşçinin doğru olmayan bilgiler vermesinin mutlaka suç oluşturması gerekmez.^[37] Ancak işçinin verdiği yanlış bilgi kimi zaman işçinin ceza hukuku yönünden sorumlu olması sonucunu da doğurabilir.^[38] Örneğin işverene sahte diploma, sertifika ya da uzmanlık belgesi sunan işçi, belgede sahtecilik suçundan da sorumlu olacaktır. Bu belgede sahtecilik, koşullara göre resmi belgede sahtecilik olabileceği gibi özel belgede sahtecilik biçiminde de olabilir. Sahtelik hakkında hukuk ve ceza mahkemesi kararlarının etkisi, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 214/te düzenlenmiştir. HMK m.214/1'e göre "*Belgenin sahte olmadığına dair hukuk mahkemesince verilen karar kesinleştikten sonra, söz konusu belge hakkında ceza mahkemesinde de sahtelik iddiası dinlenmez.*" Hukuk mahkemelerinin kararları ceza mahkemesi açısından bağlayıcı olmasa da bu hükümle hukuk mahkemeleri tarafından verilen sahteciliğin tespitine ilişkin kararların ceza mahkemeleri açısından da bağlayıcı olması kabul edilmiştir. Buna göre, belgenin sahte olmadığına (gerçek olduğuna) dair hukuk mahkemesinin kararı ceza mahkemesi açısından da bağlayıcı olacaktır. Bu nedenle her iki mahkemedeki davanın derdest olması halinde çelişik karar çıkmaması için, hukuk mahkemesi tarafından verilecek kararın ceza mahkemesi tarafından beklenmesi gerekir.^[39] HMK m. 214/2'ye göreyse "*Ceza mahkemesince belgeyi düzenleyen hakkında ceza verilmesine yer olmadığı ya da beraat kararı verilmiş olması, hukuk mahkemesinin belgenin sahteliğini incelemesini engellemez.*" Buna göre, ceza mahkemesinin sahteliğin sabit olduğuna dair kararları ve mahkûmiyet kararları, hukuk mahkemesi açısından bağlayıcı olacaktır.^[40]

[36] Bkz. Nuri Çelik, Nurşen Caniklioğlu ve Talat Canbolat, *İş Hukuku Dersleri*, Yenilenmiş 34. Baskı, (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2021), 673.

[37] Cevdet İlhan Günay, *İş Kanunu Şerhi I*, 3. Baskı, (Ankara: Yetkin, 2009), 1240-1241.

[38] Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, *Bireysel İş Hukuku*, 289.

[39] Nur Centel ve Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 21 Baskı, (İstanbul: Beta, 2022), 701-702.

[40] Centel ve Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 703.

İş akdi kurulurken işverenin bilgi isteme ve öğrenme hakkının sınırını, işçinin özel hayatı ve kişilik hakları oluşturur.^[41] İşçinin doğru bilgi vermesi gerekirse de işçinin özel hayatı, siyasal tutumu, sendika üyeliği gibi sorulara cevap vermemesi ya da yanıltıcı cevap vermesi, işvereni yanıltma durumu sayılmamalıdır.^[42]

B) İŞÇİNİN, İŞVEREN YA DA AİLE BİREYLERİNİN ŞEREFİNE DOKUNACAK DAVRANIŞLARI

İş Kanunu m. 25/II b, hükmüne göre işçinin işveren yahut bunların aile üyelerinden birinin şeref ve namusuna dokunacak sözleri veya davranışları haklı fesih nedenidir. Bu davranışların işverenin gıyabında ya da yüzüne karşı, işyerinde ya da işyeri dışında olması açısından fark yoktur.^[43] Haklı fesih için ihbarın asılsız, isnatların ağır olması gerekir.^[44] Bu nedenle asılsız ihbar ya da isnatların TCK hükümlerine göre hakaret ya da iftira suçlarından birini oluşturması gerektiği şeklinde somutlaştırılması isabetli olacaktır.

İş ve çalışma koşullarını eleştiren sözler, sendikal hakların kullanılması, çalışma koşullarına ilişkin şikâyetler ve ifade özgürlüğü kapsamındaki sözler bu kapsamda değerlendirilemez.^[45] Yargıtay da “... *davacının fesih konusu olan beyanlarının eleştiri sınırları içerisinde kaldığı, davacının, işçilerin yaşadığı olumsuzluklara dikkat çekme ve bunların giderilmesine yönelik ifadelerde bulunduğu anlaşılmaktadır. İfade özgürlüğü çerçevesinde değerlendirilen beyanların haklı fesih sebebi oluşturmayacağı açıktır*” şeklindeki kararında buna işaret etmiştir.^[46] İşverenin bir suç işlemesi ya da idari yaptırım

[41] Emine Tuncay Senyen-Kaplan, *Bireysel İş Hukuku*, 10. Baskı, (Ankara: Gazi Kitabevi, 2019), 318.

[42] Süzek, *İş Hukuku*, 694-695.

[43] Senyen-Kaplan, *Bireysel İş Hukuku*, 319. İş Kanunu m.2/3'e göre “*İşyeri, işyerine bağlı yerler, eklentiler ve araçlar ile oluşturulan iş organizasyonu kapsamında bir bütündür.*”

[44] Mollamahmutoglu, Astarlı ve Baysal, *Bireysel İş Hukuku*, 290; Çelik, Caniklioğlu ve Canbolat, *İş Hukuku*, 674.

[45] Günay, *İş Kanunu Şerhi*, 1235.

[46] Yargıtay 22. HD, 05.05.2016, E. 2015/8023, K. 2016/13598.

gerektiren bir durum karşısında işveren aleyhine ihbarda bulunulması da haklı fesih nedeni olamaz.^[47] Her somut olayda işçinin söz ve davranışlarının ortam ve şartlar dikkate alınarak değerlendirilmesi gerekir.^[48] Örneğin işverenin gerekli önlemi almadığı için yaşanan bir iş kazası nedeniyle yaralanan işçinin olaydan hemen sonra kızgınlıkla işverene hakaret etmesi haklı fesih hakkı vermese de olaydan uzun zaman geçtikten sonra bu gerekçeyle işverenin kişilik haklarına saldırıda bulunulması haklı fesih nedeni olabilir.

İşçinin söz ve davranışlarının işveren tarafından hukuka uygun davranış ve delillerle işverenin işçinin kullandığı şahsi telefon, bilgisayar gibi haberleşme araçlarına hukuka aykırı müdahalesi sonucunda bu nitelikteki sözlerini öğrenmesi, işverene haklı fesih hakkı vermemelidir. Çünkü ceza hukuku açısından hukuka aykırı surette elde edilen delillerin iş hukuku açısından da sonuç doğurmaması gerekir.^[49] Ceza muhakemesinde hukuka aykırı olduğu kabul edilen bir delilin hukuk davasında geçerli kabul edilmesi, hukuk birliğine aykırı olacaktır.^[50] HMK m. 189/2'ye göre de “*Hukuka aykırı olarak elde edilmiş olan deliller, mahkeme tarafından bir vakıanın ispatında dikkate alınmaz.*” Ancak işçinin kullandığı haberleşme araçlarının işverenin ya da diğer işçilerin kullanımına ve erişimine açık olduğu, işçinin bu konuda bilgilendirildiği hallerde örneğin işçinin işveren tarafından denetlendiği konusunda bilgilendirilmiş olması halinde, şirketin iç haberleşme yazışmalarında bu nitelikte sözler kullanıldığında, haklı feshin koşullarının oluştuğu kabul edilmelidir. Ancak belirtildiği üzere, bunun için işveren tarafından kurumsal elektronik posta, whatsapp grubu gibi haberleşme listeleri üzerinden yapılan iletişimin izlenebileceği ve denetlenebileceği yönünde işçiye açık bir bilgilendirme yapılmış olmalıdır. İşverenin sahte bir kullanıcı adıyla, bir başka işçinin hesabını kullanarak iletişim listesindeki bilgilere erişimi halinde haklı feshin koşullarının oluşmadığı kabul edilmelidir. Çünkü hukuk düzeni hukukun dolanmasına izin vermez.

[47] Umutlu ve Önder, “Derhal Fesih Hakkı,” 167.

[48] Senyen-Kaplan, *Bireysel İş Hukuku*, 319; Umutlu, “İşverenin Sözleşmesini Derhal Fesih Hakkı,” 63.

[49] Bkz. Devrim Aydın, *Ceza Muhakemesinde Deliller*, (Ankara: Yetkin, 2014), 227.

[50] Aydın, *Ceza Muhakemesinde Deliller*, 227.

Yargıtay bir olayda işverenin kendisine ait bilgisayar ve e-posta adresleri ile bu adreslere gelen e-postaları her zaman denetleme yetkisinin bulunduğu ve bu e-posta içerisindeki yazışmalarda bulunan delillerin kendisi için haklı fesih nedeni oluşturabileceği yönünde karar vermiştir.^[51] Yargıtay'ın bu kararı üzerine işten çıkarılan işçinin bireysel başvurusu üzerine Anayasa Mahkemesi, olayda hak ihlali olduğu yönünde karar vermiştir. Anayasa Mahkemesi'ne göre, işveren tarafından kurumsal elektronik posta hesabı üzerinden yapılan iletişimin izlenebileceği ve denetlenebileceği yönünde işçiye açık bir bilgilendirme yapılmamış ve bu konuda işçinin onayının alınmamış olması nedeniyle işverenin ilgili e-posta içeriklerini denetlemesi hukuka aykırıdır.^[52] Bu nedenle, AYM kararında işaret edilen koşulları taşımaması halinde, işverenin şirket içi haberleşme ve yazışmaları takip ederek denetlemesi suretiyle şeref ve namusuna dokunacak söz veya davranışları öğrenmesi, haklı feshin gerekçesi olabilir.^[53] Aksi halde, işçinin haberleşme hürriyetinin ihlal edilerek öğrenilen söz ve davranışlar, haklı feshin gerekçesi olmayacağı gibi, işveren açısından da TCK m. 132 ve 133'te düzenlenmiş olan haberleşme hürriyetinin ihlali niteliğindeki suçları oluşturabilir.

[51] Yargıtay 9. HD, 13.12.2010, E. 2009/447, K. 2010/37516.

[52] Başvuruya konu olayda, avukatlık ortaklığında çalışmakta olan başvurucu ile avukatlık ortaklığı arasında iş sözleşmesi olmadığı gibi maillerin okunabileceği ve izlenebileceği yönünde önceden yapılan bildirim de bulunamamaktadır. Anayasa Mahkemesi Genel Kurulu 17.9.2020 tarih ve B. No: 2016/13010 numaralı bireysel başvuru kararında çalışanın kurumsal e-posta hesabının incelenerek iş akdinin feshedilmesi nedeniyle kişisel verilerin korunmasını isteme hakkının ve haberleşme hürriyetinin ihlal edildiği nedeniyle Anayasa'nın 20. maddesinde yer alan kişisel verilerin korunmasını isteme hakkının ve 22. maddesinde düzenlenen haberleşme hürriyetinin ihlal edildiğine karar vermiştir. Karar için bkz. 14.10.2020 tarih ve 31274 sayılı Resmi Gazete.

[53] Anayasa Mahkemesi, özel bir bankada çalışan başvurucunun kurumsal e-posta hesabının işveren tarafından okunduğu ve elde edilen bilgiler uyarınca iş sözleşmesinin feshedildiği bir başka olaya ilişkin başvuruda ise işveren banka ile işçi arasındaki yazılı sözleşmeye göre işçinin kurumsal e-posta adresinin sadece iş için kullanılabilmesi ve bu e-posta adresinin banka tarafından habersiz şekilde incelenebileceği yönünde hüküm bulunması nedeniyle herhangi bir ihlal bulunmadığı yönünde karar vermiştir. Anayasa Mahkemesi'nin 12.1.2021 tarih ve 2018/31036 başvuru numaralı kararı için bkz. 05.02.2021 tarih ve 31386 numaralı Resmi Gazete.

C) İŞÇİNİN CİNSEL TACİZDE BULUNMASI

İş Kanunu m. 25/II, c bendinde işçinin bir başka işçiye cinsel tacizde bulunması haklı fesih nedeni olarak düzenlenmiştir. Cinsel taciz suçu, TCK m. 105/1'de “*Bir kimseyi cinsel amaçlı olarak taciz eden kişi hakkında, mağdurun şikâyeti üzerine, üç aydan iki yıla kadar hapis cezasına veya adli para cezasına fiilin çocuğa karşı işlenmesi hâlinde altı aydan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.*” şeklinde düzenlenmiştir. Ancak amaçsal yorum ve evleviyet kuralı gereğince İş Kanunu m. 25/II, c bendindeki düzenlemeyi TCK m. 102-105 arasında yer alan, cinsel özgürlüğe yönelik suçların tümünü içerecek biçimde yorumlamak gerekir, çünkü cinsel taciz fiilinin yanı sıra bundan daha ağır ceza gerektiren fiillerin de iş barışını bozacağı açıktır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da “*İş Kanunu ile Türk Borçlar Kanunu'nda «cinsel tacizden» bahsedilmekle birlikte cinsel tacizin tanımını yapılmamış ve kapsamı belirlenmemiştir. Bununla birlikte İstihdam ve Meslek Konularında Kadın ve Erkeğe Eşit Muamele ve Fırsat Eşitliği İlkesinin Uygulanmasına İlişkin 5 Temmuz 2006 tarih ve 2006/54/EC Sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifi (2006/54 Sayılı Direktif Direktif)’nde cinsel taciz “cinsiyet temeline dayalı bir ayrımcılık” olarak kabul edilmiştir. 2006/54 Sayılı Direktifin temel noktaları; “Cinsel tacizin tanımlanması, cinsel tacize ilişkin önleyici tedbirlerin alınması, Yargısal ve idari prosedürler, cinsel taciz mağdurlarının zararlarının telafi edilmesi, eşit istihdam şartları sağlanması” olarak ifade edilebilir. Direktifin 1/d maddesinde cinsel taciz, her türlü cinsel nitelikte sözlü, sözlü olmayan ya da fiziksel ve özellikle göz korkutucu, düşmanca, aşağılayıcı, utandırıcı veya saldırgan bir ortam oluşturan davranış olarak tanımlanmıştır. 6701 Sayılı İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu'nun 2. maddesinin (j) bendinde ise genel olarak taciz “Psikolojik ve cinsel türleri de dahil olmak üzere bu Kanunda sayılan temellerden birisine dayanılarak, insan onurunun çiğnenmesi amacını taşıyan veya böyle bir sonucu doğuran yıldırıcı, onur kırıcı, aşağılayıcı veya utandırıcı her türlü davranış” olarak tanımlanmıştır. Şu hâlde cinsel tacizi, cinsel anlam taşıyan veya cinsel temele dayalı ve istenmeyen davranışlar olarak tanımlamak mümkündür.*” şeklindeki kararında cinsel taciz kavramını geniş yorumlamıştır.^[54] Buna göre cinsel saldırı (m.102), çocukların cinsel istismarı (m.103), reşit olmayanla cinsel ilişki (m.104), cinsel taciz (m.105) suçlarından herhangi birinin işlenmesi ya da

[54] Yargıtay HGK, 09.11.2021, E.2019/9-683, K. 2021/1375.

bunlara teşebbüs edilmesi haklı fesih nedeni oluşturabilecektir. Bu nedenle cinsel suçlardan birinin gerçekleşip gerçekleşmediği konusunda Ceza Kanunu hükümlerinin dikkate alınması gerekmektedir.^[55]

TCK m. 102-105 arasındaki suçlardan bir kısmı (103/1, cümle 4; 104/1; 105/1) şikâyete bağlıdır. Ancak mağdurun şikâyetçi olmaması, işverenin derhal fesih hakkını ortadan kaldırmaz, çünkü önemli olan işyeri barışının ve iş ilişkisinin bozulmuş olmasıdır.^[56] Öte yandan cinsel tacizin söz konusu olmadığı, tarafların kendi iradeleri ile cinsel davranışlarda ya da cinsel ilişkide buldukları durumlarda, işveren İş Kanunu m. 25/II, e bendindeki “*İşçinin, işverenin güvenini kötüye kullanmak ... gibi doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışlarda bulunması*” nedeniyle sözleşmeyi feshedebilir.^[57] Bu nedenle, söz konusu hüküm, “şikâyete bağlı olup olmadığına bakılmaksızın, işçinin bir başka işçiye karşı TCK’da yer alan cinsel özgürlüğe yönelik suçlardan birini işlemesi” şeklinde somutlaştırılabilir.

Cinsel taciz, işyerinde ya da işyeri dışında gerçekleşmiş olabilir.^[58] Çünkü işyeri dışındaki cinsel taciz de işyeri düzenini ve iş barışını bozucu niteliktedir.^[59] Yargıtay da “*İşçiye adlı sosyal paylaşım sitesinde dava dilekçesindeki kabulden de anlaşıldığı üzere arkadaş olarak ekli olmadığı halde ortak arkadaşların olması nedeniyle gördüğü resmini beğenmesi ve “... çok sade ve güzelsin” şeklindeki sözü cinsel taciz boyutuna ulaşmamakla birlikte sataşma niteliğinde olup olayın işyerine yansıdığı ve iş akışının bozulduğu sabit olduğundan somut olayda haklı bir fesih nedeni bulunmasa bile fesih için geçerli bir nedenin bulunduğu kabulü gerekmektedir.*” şeklindeki kararında buna işaret etmiştir.^[60] Ancak işyeri dışındaki cinsel taciz fiilinin

[55] Umutlu ve Önder, “Derhal Fesih Hakkı,” 168.

[56] Yargıtay 9. HD, 11.04.2012, E. 2010/5209, K. 2012/12363.

[57] Akyiğit, Ercan, *İçtihatlı ve Açıklamalı 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi I*, 3. Baskı, (Ankara: Seçkin, 2008), 1150-1151.

[58] Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, *Bireysel İş Hukuku*, 290; Umutlu ve Önder, “Derhal Fesih Hakkı,” 168.

[59] Senyen-Kaplan, *Bireysel İş Hukuku*, 319; Tunçomağ, Kenan ve Centel, Tankut. *İş Hukukunun Esasları*, (İstanbul: Beta, 2015), 222.

[60] Yargıtay 7. HD, 10.03.2016, E.2015/43589, K. 2016/6048.

mağdurunun aynı işyerindeki bir diğer çalışana yönelik olması gerekir. Aksi halde haklı feshin dayanağını bu hüküm oluşturmaz.

Hükümde “işçinin işverenin başka bir işçisini taciz etmesi” ifadesi yer almış olsa da bizzat işverenin, işverenin temsilcisinin ya da işyerindeki bir müşterinin taciz edilmesi fiilleri de işverene haklı fesih hakkı vermelidir.^[61] İşverenin otoritesine tabi işverenin başka bir işçisi veya ödünç aldığı işçi, işçilik dışı statüdeki bir başka çalışanı, çırak, stajyer veya sözleşmeli personel gibi diğer çalışanlar da maddede geçen “işçinin başka bir işçisi” olarak kabul edilmelidir.^[62] Nitekim yasadaki haller sınırlı sayıda olmayıp, genel olarak işçinin sadakat borcuna aykırılık oluşturan söz ve davranışları işverene fesih imkânı tanıdığı görüşünden hareket eden Yargıtay, işçinin otel müşterisini taciz etmesi üzerine iş akdinin haklı nedenle feshini Kanuna uygun bulmuştur.^[63] Ancak gerçekte böyle bir durum yokken, işçinin işten çıkarılmasını sağlamak amacıyla hakkında sahte deliller üretilmesi ya da yalan tanıklık yapılması halinde, ilgililer koşulları varsa iftira suçundan dolayı sorumlu olabilirler.

D) İŞÇİNİN İŞVERENE, İŞVERENİN AİLE BİREYLERİNE YA DA İŞÇİLERE SATAŞMASI

İş Kanunu m. 25/II d bendine göre, “İşçinin işverene yahut onun ailesi üyelerinden birine yahut işverenin başka işçisine sataşması, işyerine sarhoş yahut uyuşturucu madde almış olarak gelmesi ya da işyerinde bu maddeleri kullanması” işverene haklı fesih hakkı vermektedir. Sataşma, başkasının kişilik haklarına saldırı oluşturan hakaret, tehdit, iftira gibi hukuka aykırı söz ve davranışların yanı sıra yaralama benzeri fiili saldırıları da kapsar.^[64] Hukuk Genel Kurulu da işçinin özel hayatına dair açıklamaları da içeren konuşmayı gizlice kaydederek işyerindeki başka bir işçiye dinleten işçinin

[61] Durmuş Özcan, *Öğreti ve Uygulamada İş Sözleşmesinin Feshi*, (Ankara: Adalet, 2011), 38.

[62] Akyiğit, *İş Kanunu Şerhi*, 1150.

[63] Yargıtay 9. HD, 21.11.2017, E. 2017/7241, K. 2017/18767.

[64] Bkz. Süzek, *İş Hukuku*, 696; Senyen-Kaplan, *Bireysel İş Hukuku*, 320; Çelik, Caniklioğlu ve Canbolat, *İş Hukuku*, 676; Umutlu, “İşverenin Sözleşmesini Derhal Fesih Hakkı,” 69.

davranışının sataşma olduğu yönünde karar vermiştir.^[65] TCK m. 123/1'deki “Kişilerin huzur ve sükûnunu bozma” suçu ile TCK m. 123/A'daki “Israrlı takip” suçunu oluşturan davranışları da sataşma kapsamında değerlendirilebilir. Somut olayın niteliğine göre işçinin yakınları tarafından gerçekleştirilen ve işyerinin çalışma düzenini bozan sataşma fiilleri de bu kapsamdadır.^[66]

Sataşma olarak nitelenebilecek davranışların ceza hukuku açısından suç olması gerekmez.^[67] Hukuk Genel Kurulu da “*Diğer taraftan sataşmanın varlığı için söylenen söz ya da yapılan davranışın suç teşkil etmesine gerek bulunmamakla birlikte söz ve fiilin değerlendirilmesi ceza kanunları kapsamında değil, İş Kanunu ve İş Hukukunun kendine özgü kural ve prensipleri çerçevesinde daha geniş bir perspektifte ele alınmalıdır*” şeklindeki kararında bunu vurgulamıştır.^[68] Ancak ceza mahkemesindeki yargılama sonunda işçi hakkında hakaret, kasten yaralama, kasten öldürme ya da bu suçlara teşebbüs edildiğine dair verilen kararlar iş mahkemesini bağlar.^[69] Hukuk Genel Kurulu da bu konuda “*Yargıtay'ın yerleşik uygulamasına ve öğretideki genel kabule göre, maddi olgunun tespitine ilişkin ceza mahkemesi kararı hukuk hâkimini bağlar. Ceza mahkemesinde bir maddi olayın varlığı ya da yokluğu konusunda kesinleşmiş kabule rağmen, aynı konunun hukuk mahkemesinde yeniden tartışılması olanaklı değildir.*” şeklinde karar vermiştir.^[70] Buna göre, ceza mahkemesinin olayın varlığı ve bu olayın sanık tarafından işlendiğine ilişkin maddi sebebiyet ilişkisini tespit eden kesinleşmiş hükmü, hukuk mahkemesini bağlar.^[71]

İşçi hakkında yürütülen ceza soruşturma sonunda, “kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı” (CMK m. 171/2) verilmesi halinde haklı fesih

[65] Yargıtay HGK, 01.3.2017, E. 2015/22-1890, K. 2017/383.

[66] Özcan, *İş Sözleşmesinin Feshi*, 39.

[67] Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, *Bireysel İş Hukuku*, 291; Umutlu ve Önder, “Derhal Fesih Hakkı,” 168.

[68] Yargıtay HGK, 30.5.2019, E. 2019/9-331, K. 2019/633.

[69] Süzek, *İş Hukuku*, 699.

[70] Yargıtay HGK, 07.07.2021, E. 2017/4-1332, K. 2021/973; HGK 09.04.2014, E. 2013/4-1008, K. 2014/490.

[71] Centel ve Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 700-701.

söz konusu olabilir. İşçi hakkında yürütülen kovuşturma sonunda hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmesi halinde ise (CMK m. 231/5) haklı fesih yoluna gidilmemesi gerekir. Çünkü söz konusu maddedeki “*Hükmün açıklanmasının geri bırakılması, kurulan hükmün sanık hakkında bir hukukî sonuç doğurmamasını ifade eder.*” şeklindeki düzenleme, ceza hukuku dışındaki alanlarda da hüküm ve sonuç doğurur.^[72] Ancak bu durumda, sataşma olarak nitelenebilecek davranışlarda bulunduğu sabit olan işçinin, işveren tarafından istihdam edilmesini beklemek hakkaniyete uygun değildir. CMK m. 231/5’teki bu düzenlemenin hukuki etkisine yönelik tartışmalar bir yana bırakıldığında, işverenin iş akdini “ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri” gerekçesiyle feshedilmesi olanaklıdır. İşçi hakkında yürütülen soruşturma sonunda, “delil yetersizliği nedeniyle kovuşturmaya yer olmadığı kararı” (CMK m. 172/1) ya da kovuşturma sonunda “Yüklenen suçun sanık tarafından işlendiğinin sabit olmaması” (CMK m. 223/2, e) nedeniyle beraat hükmü verilmesi halinde ise haklı fesih yoluna gidilebileceği kabul edilmektedir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da “*Dosya içeriğine göre, davacı hakkında tehdit ve hakaret suçlarından açılan ceza davası sonucunda, verilen beraat kararı onanmıştır. Davacı hakkında delil yetersizliği sebebiyle beraat kararı verildiğinden, ceza mahkemesi kararının hukuk hâkimini bağlamayacağı göz önünde bulundurulmalıdır.*” şeklinde karar vermiştir.^[73] Ancak ceza yargılaması sonunda verilen beraat hükmünün hukuk mahkemesi açısından da bağlayıcı olması gerekir.

Taksirle yaralama ya da taksirle öldürme fiillerinde fail neticeyi istemediğinden, sataşmadan söz edilemez. Olayın özelliğine göre, iş saatleri ya da işyeri dışında gerçekleşen sataşma fiilleri de iş barışını bozucu nitelikteyse haklı fesih söz konusu olabilir.^[74] Sataşmanın mutlaka fiili bir saldırıya dönüşmesi, işyerinin huzurunu bozması, sataşmanın muhatabının buna tepki göstermesi gerekmez. Hukuk Genel Kurulu da “*Sataşmanın muhatabının karşılık vermemiş olması davacı işçinin onur kırıcı hareketinin işyerinde huzursuzluk yaratmadığını kabule yeterli olamayacağı gibi, alenen sövmenin*

[72] Feridun Yenisey ve Ayşe Nuhoğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 8. Baskı, (Ankara: Seçkin, 2020), 800-801.

[73] Yargıtay HGK, 20.04.2021, E.2019/22-835, K. 2021/513.

[74] Bkz. Süzek, *İş Hukuku*, 699.

yorgunluk vb. sebeplerle haklı görülebilir bir yönü de bulunmamaktadır” şeklindeki kararında bu yaklaşımı ortaya koymuştur.^[75]

Kavga fiili 5237 sayılı TCK’da ayrı bir suç olarak düzenlenmemiştir. Kişilerin birbirlerine saldırmaları şeklindeki davranışlar, kasten yaralama kapsamında değerlendirilmelidir. Kavga olarak nitelenen bu durumlarda kavganın nedenine, ilk haksız hareketin kimden kaynaklandığına ve kimin tahrik ettiğine bakılmaksızın işveren kavgayı karışan herkesin iş akdini feshedebileceği kabul edilmektedir.^[76] Hukuk Genel Kurulu da “... *Bunun yanında mahkemenin kabulü bir an için yerinde görülse dahi kendisine yönelen haksız harekete karşılık davacının Ceza Mahkemesi kararı ile de sabit görülen eyleme başvurması gibi bir hak ve yetkisi de bulunmamaktadır. Diğer taraftan feshe konu olayda tahrik unsuru bulunsa bile davacının sözlü bir sataşmadan ibaret olan olayda abartılı ve orantısız bir tepki gösterdiği, hedef dahi gözetmeden bıçakla yaralama olayını gerçekleştirdiği açıktır.*” şeklindeki kararıyla bu yaklaşımı benimsemiştir.^[77] Öte yandan kavga benzeri fiillerde, “eşit işlem borcu” nedeniyle işverenin kavgayı katılan herkesin sözleşmesini feshetmesi gerekir. Hukuk Genel Kurulu da “*Bilindiği üzere, kavga eden diğer işçinin iş sözleşmesini fesih yoluna gitmeyen işveren eşit işlem borcuna aykırı davranmış olacağından, feshin haklı olduğundan bahsedilemeyecektir. Somut olayda ise kavga olayının ardından iş yerinde soruşturma yapılmış ve her iki işçi de disiplin kuruluna sevk edilerek iş*

[75] Yargıtay HGK, 8.02.2017, E. 2015/7-906, K. 2017/232.

[76] Umutlu ve Önder, “Derhal Fesih Hakkı,” 169. “*Görüldüğü üzere davacının eylemi kendini savunmaktan ibaret değildir. Ayrıca davacının, kavga ettiği ... isimli çalışana iteklemesi, bu çalışana yumruk savurması eylemleri dikkate alındığında olayın başlamasına ve büyümesine davacının neden olduğu anlaşılmaktadır. Bu itibarla Mahkemenin; ilk olarak sataşanın davacı olmadığı, diğer işçinin ısrarlı davranışları, tehditleri üzerine son aşamada çekici alıp üzerine yürümek dışında davacının bir fiili olmadığı, davacının diğer işçinin sataşmasına tepki gösterdiği şeklindeki tespitlerine katılmak mümkün olmamıştır. Davacının olayı şirket yetkililerine bildirmek yerine dava dışı alt işveren çalışanına saldırması nedeniyle iş sözleşmesinin haklı olarak feshedildiği dikkate alınmaksızın kıdem ve ihbar tazminatının reddi yerine kabulü bozmayı gerektirmiştir.*” Yargıtay 22. HD, 03.07.2017, E. 2015/16211, K. 2017/15776.

[77] Yargıtay HGK, 04.4.2018, E. 2015/9-3165, K. 2018/676 K.

sözleşmeleri feshedilmiştir. Dolayısıyla işverenin eşit işlem borcuna uygun davrandığı da açıktır.” şeklindeki kararıyla bu yaklaşımı benimsemiştir.^[78]

İşyerine sarhoş olarak gelmek ya da işyerinde alkollü içki içmek şeklindeki davranışlar ceza hukuku açısından suç oluşturmaya da haklı fesih nedenidir. Uyuşturucu madde kullanmak ise derhal fesih hakkı veren bir durumdur. Bunun yanı sıra işyerinde uyuşturucu madde satışı da haklı fesih kapsamında değerlendirilmelidir. Sarhoş olmak ya da uyuşturucu kullanmak gerekçesiyle iş akdinin feshedilmesi için işçinin bu davranışları alışkanlık edinmesi, bağımlı olması koşulu aranmadığı gibi kullanılan alkol ya da uyuşturucu maddenin türü ve miktarı da önemli değildir.^[79]

İşyerine içkili ya da sarhoş gelmek fesih nedeni olsa da işyeri dışında alkollü içki kullanmak ya da sarhoş olmak iş akdinin feshi için işverene hak vermez. İşçinin, işyeri sınırları içinde kendisine konaklaması için tahsis edilen lojman, konut ya da benzeri nitelikte özel hayatına ait bir yerde alkollü içki tüketmiş olması da haklı fesih nedeni olamaz.^[80] Yargıtay da “*Somut uyuşmazlıkta davacının iş sözleşmesi işyeri sınırları içerisinde alkol aldığı iddiasıyla feshedilmişse de davalı tarafından alkol alındığını iddia edilen yer davacıya kalması için tahsis edilmiş bir konut olup işyeri niteliğinde değildir. Davacının özel hayatının geçtiği konutu niteliğindedir. Bu konutun işyerine yakınlığı burayı işyeri haline getirmez. Ayrıca davacı feshi konu olayda dinlenme saatlerinde yakınlarıyla kutlama yapmış olup mesai saatleri dâhilinde gerçekleşmemiştir ve davacı iş başında değildir, bu durumun davacının özel hayatının gizliliği kapsamında olduğu değerlendirilmelidir.”* şeklindeki kararında bunu vurgulamıştır.^[81] Ancak, işyeri sınırları içinde konaklaması için işçiye tahsis edilen yerlerde içki tüketilmesi yasaklanmış ve bu durum işçiye açıkça bildirilmişse buna aykırı davranış haklı fesih gerekçesi olabilir.

Uyuşturucu madde kullanmak suç olduğundan, bu davranışın işyeri dışında kullanılması da haklı fesih için gerekçe olabilir. Alkollü içki satılan, içilen bu işyerlerinde alkollü içki tüketen işçiler hakkında bu hükmün

[78] Yargıtay HGK, 13.12.2017, E. 2015/9-2795, K. 2017/1752.

[79] Bkz. Süzek, *İş Hukuku*, 699; Özcan, *İş Sözleşmesinin Feshi*, 40.

[80] Senyen-Kaplan, *Bireysel İş Hukuku*, 320.

[81] Yargıtay 9. HD, 12.06.2017, E. 2016/14655, K. 2017/10166.

uygulanmayacağı açıktır.^[82] Ancak, alkollü içki satışı yapılan ve tüketilen işyerlerinde çalışan işçilerin, işyerinde bunları tüketmesi işveren tarafından yasaklanmış ve bu durum açık biçimde işçiye bildirilmişse, işçinin buna aykırı davranışı da fesih hakkı verecektir.

E) İŞÇİNİN GÜVENİ KÖTÜYE KULLANMASI, HIRSIZLIK YAPMASI YA DA GÜVEN İLİŞKİSİNİ BOZUCU DAVRANIŞLARI

İş Kanunu m. 25/II, e bendinde “İşçinin, işverenin güvenini kötüye kullanmak, hırsızlık yapmak, işverenin meslek sırlarını ortaya atmak gibi doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışlarda bulunması” bir diğer haklı fesih nedeni olarak düzenlenmiştir. Kanun metninde “doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışlar” sayılabilecek kimi durumlar sayılmış “gibi” sözcüğüyle bu davranışların benzetme yoluyla genişletilebileceği gösterilmiştir.^[83] İşçinin, işverenin güvenini kötüye kullanması koşulları varsa güveni kötüye kullanmak, hırsızlık, mala zarar verme suçlarını; işverenin meslek sırlarını açıklaması ise duruma göre ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi ve belgelerin açıklanması” suçunu oluşturabilir.^[84] Örneğin işyerinde uygulanan bir imalat usulünün işçi tarafından kasıtlı olarak ya da sırrı korumak yükümlülüğü ihmal edilerek rakiplere ya da kamuya açıklanması bu kapsamdadır. Bunun için işçinin bundan menfaat ya da kazanç elde etmiş olması gerekmediği gibi işverenin de zarara uğramış olması gerekmez.^[85] Hukuk Genel Kurulu da “Doğruluk ve bağlılığa uymayan nitelikte olduğundan eylemin işveren açısından zarar doğurmasına da gerek bulunmamaktadır” şeklindeki kararında bu yaklaşımı benimsemiştir.^[86] Yargıtay bir başka olayda da işçinin davranışlarının maddi zarar boyutundan öte doğruluk ve güven ilişkisini sarsıcı nitelikte olup olmadığının önemli olduğuna işaret ederek “Davacının bu eylemi sonucu ortaya çıkan işveren zararının davacı işçinin 30 günlük ücretinin altında olmasına karşın zarar miktarı önemli olmayıp

[82] Senyen-Kaplan, *Bireysel İş Hukuku*, 320; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, *İş Hukuku*, 292.

[83] Çelik, Caniklioğlu ve Canbolat, *Bireysel İş Hukuku*, 678.

[84] Bkz. Senyen-Kaplan, *Bireysel İş Hukuku*, 321.

[85] Bkz. Senyen-Kaplan, *Bireysel İş Hukuku*, 321.

[86] Yargıtay HGK, 15.11.2018, E.2015/22-2715, K. 2018/1720.

davacı davranışlarının doğruluk ve bağlılığa aykırılık oluşturduğu ve davalı işveren tarafından bu sebeplerle yasal süre içerisinde gerçekleştirilen feshin haklı nedene dayandığı sonucuna varılmıştır” şeklinde karar vermiştir.^[87]

Ancak, güvenin kötüye kullanılması mutlaka ceza hukuku açısından güveni kötüye kullanmak suçu şeklinde anlaşılmalıdır. Bu nedenle, ceza mahkemesi, muhakeme sonunda işçinin davranışının suç oluşturmadığı yönünde karar vermiş olsa da söz konusu davranışın dürüstlük ve sadakate aykırı olması halinde, güven ilişkisi sarsılmış olacağından, haklı fesih nedeni olacaktır.^[88] Bunun için ceza mahkemesinin kararının kesinleşmiş olması da beklenmez, çünkü iş hukuku ilişkisi açısından önemli olan güvenin zedelenmiş olmasıdır.^[89] Örneğin işçinin hasta olduğu konusunda yalan söyleyerek işe gelmemesi, hasta olduğu için aldığı rapora rağmen başka işyerinde çalışması, müşterilere işvereni ve işyerini kötülemesi, işyerinin şöhretini bozucu nitelikteki davranışları bu maddeye göre haklı feshin koşullarını oluşturabilir.^[90] Ancak güven sarsıcı davranışların belli bir ağırlıkta olması gerekir. Bu nedenle basit ve geçici davranışlar güveni sarsıcı nitelikte değerlendirilmemelidir. Yargıtay da “İş sözleşmesinin haklı sebeple feshi için,

[87] Yargıtay HGK, 29.3.2017, E. 2014/9-2335, K. 2017/585.

[88] Bkz. Süzek, *İş Hukuku*, 700; Senyen-Kaplan, *Bireysel İş Hukuku*, 322; Mollamahmutoglu, Astarlı ve Baysal, *İş Hukuku*, 292; Günay, *İş Kanunu Şerhi*, 1241; Mustafa Kılıçoğlu ve Kemal Şenocak, *İş Kanunu Şerhi*, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 3. Baskı, (İstanbul: Legal Yay., 2013), 632. “İş ilişkisi karşılıklı güven esasına dayanan sürekli bir borç ilişkisi olup, bu güvenin sarsıldığı durumlarda, anılan tutumla karşılaşan taraftan böyle bir ilişkiyi sürdürmesini beklemek için doğasına uygun düşmez. İşçinin, işverenin işi ve işyeriyle ilgili hukuken haklı menfaatlerini korumak, zarar verici veya risk altına sokabilecek davranışlarından kaçınması, sadakat borcununun bir gereğidir. İşçinin, belirtilen eylemleri zarara yol açmamış olsa da, doğruluk ve bağlılığa uyduğunu söylemek mümkün değildir. İşçi ile birlikte başkalarının da eyleme iştirak etmesi veya eylemin Ceza Hukuku açısından suç teşkil etmemesi varılan bu hukuki sonucu değiştirmez.” Yargıtay 9. HD, 04.04.2000, E.2000/2465, K. 2000/4716.

[89] Bkz. Senyen-Kaplan, *Bireysel İş Hukuku*, 321; Günay, *İş Kanunu Şerhi*, 1241.

[90] “Feshe konu olan olayda, davacı bir otel müşterisi ile mesai saatleri içerisinde ve görev yeri dışında uygunsuz bir vaziyette görülmüştür. Bu durum otelin saygınlığını zedeleyeceği gibi işçinin, işverene karşı olan sadakat yükümlülüğüne de aykırı bir harekettir.” Yargıtay HGK, 14.3.2018, E. 2015/7-908, K. 2018/483.

işçinin davranışının taraflar arasında bulunması gereken güven temelini sarsacak ağırlıkta bulunması gerekmekte olup, somut olayda güven temelini sarsılmasına sebep olacak bir davranış söz konusu değildir.” şeklindeki kararında bu yaklaşımı benimsemiştir.^[91]

Ceza yargılamasında maddi gerçek araştırıldığından, Ceza mahkemesince işçi hakkında verilen beraat ve mahkûmiyet hükmünün İş mahkemesini bağlayıcı olması gerekir.^[92] Ancak Hukuk Genel Kurulu'nun yukarıda aktarılan 20.04.2021 tarih ve E.2019/22-835, K. 2021/513 sayılı kararının yanı sıra Yargıtay ilgili Dairesi de yeni bir kararında “*Olayda, mahkemece nitelikli zimmet suçundan davacı işçinin beraatine dair karar verilmiş ve bu karar Yargıtaya da onanmış ise de delil yetersizliği nedeniyle verilen beraat kararı hukuk hakimini bağlamaz... Davacının doğruluk ve bağlılık kurallarına aykırı davranışı nedeniyle işverence yapılan feshin 4857 Sayılı İş Kanunu'nu 25/II-e bendi uyarınca haklı nedene dayandığı anlaşıldığından kıdem ve ihbar tazminatı taleplerinin reddi gerekir*” şeklindeki kararında, delil yetersizliği nedeniyle verilen beraat kararının hukuk hakimini bağlamayacağı yönünde karar vermiştir.^[93] Ceza mahkemesinin maddi olayın varlığı veya yokluğu yönündeki kararı İş mahkemesi açısından bağlayıcı olacağından, ceza mahkemesinin kararı beklenmelidir.^[94]

F) İŞÇİNİN İŞYERİNDE İŞLEDİĞİ BİR SUÇ NEDENİYLE HAPİSLE CEZALANDIRILMIŞ OLMASI

Bu fesih nedeni, İş Kanunu m. 25/II, f'de “*İşçinin, işyerinde, yedi günden fazla hapisle cezalandırılan ve cezası ertelenmeyen bir suç işlemesi*” olarak belirlenmiştir. Bu gerekçeyle iş akdinin feshi için kesinleşmiş bir hapis cezasının varlığı ve bu cezanın yedi günden fazla olması gerekir.^[95] İşçi hakkında soruşturma ya da kovuşturma devam ediyorsa bu hükme

[91] Yargıtay 9. HD, 07.10.2020, E. 2017/16763, K. 2020/10971.

[92] Bkz. Çelik, Caniklioğlu ve Canbolat, *Bireysel İş Hukuku*, 679.

[93] Yargıtay 9. HD, 12.01.2021, E. 2020/8965, K. 2021/449.

[94] Bkz. Kılıçoğlu ve Şenocak, *İş Kanunu Şerhi*, 632.

[95] Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, *Bireysel İş Hukuku*, 293; Tunçomağ ve Centel, *İş Hukuku*, 225.

dayanılarak iş akdi feshedilemez. İşçi hakkında yapılan yargılama sonunda kovuşturmayaya yer olmadığı, kamu davası açılmasının ertelenmesi, hükmün açıklanmasının geri bırakılması, cezanın ertelenmesi, hapis cezasının adli para cezasına çevrilmesi ya da adli para cezasına hükmedilmesi kararları bu bent kapsamında değerlendirilemez.^[96]

Kanunda, “işyerinde işlenmiş bir suçtan” söz edilmiş olsa da bu ifadenin kapsamı, fiziki olarak işyeri binasından daha geniştir. İş Kanunu m. 2/II hükümlerine göre işyerinin eklentileri ve işyerine ait araçlar da işyerinden sayıldığından, işyerinin eklentilerinde ve işyerine ait araçlarda işlenen suçlar açısından da bu hüküm uygulanabilecektir.^[97]

Hükümde yedi günden fazla hapisle cezalandırılmış olmaktan söz edilmiş ancak suç türünden söz edilmemiştir. Bu yönde bir kısıtlama yapılmadığından, herhangi bir suç türü söz konusu olabilir. İşyerinde işlenen suçun taksirli ya da kasıtlı olması da önemli değildir.

G) İŞÇİNİN DEVAMSIZLIĞI

İş Kanunu m. 25/II, g bendine göre “İşçinin işverenden izin almaksızın veya haklı bir sebebe dayanmaksızın ardı ardına iki işgünü veya bir ay içinde iki defa herhangi bir tatil gününden sonraki iş günü, yabut bir ayda üç işgünü işine devam etmemesi” bir diğer haklı fesih nedeni olarak düzenlenmiştir. İşçinin işe devamsızlığına ilişkin bu hükmün ceza hukuku ile ilişkisi yoktur.

H) İŞÇİNİN GÖREVİNİ YAPMAMASI

İş Kanunu m. 25/II, h bendinde “İşçinin yapmakla ödevli bulunduğu görevleri kendisine hatırlatıldığı halde yapmamakta ısrar etmesi” düzenlenmiştir. Buna göre işçinin sözleşmeyle yapmayı yükümlendiği görevleri yerine getirmemesi, işgörme borcu haklı fesih nedenidir.^[98] Bu durumun fesih nedeni sayılabilmesi için işçinin “görevi yapmamakta ısrar etmesi”

[96] Umutlu ve Önder, “Derhal Fesih Hakkı,” 171.

[97] Bkz. Sützek, *İş Hukuku*, 701; Senyen-Kaplan, *Bireysel İş Hukuku*, 322; Günay, *İş Kanunu Şerhi*, 1242.

[98] Umutlu ve Önder, “Derhal Fesih Hakkı,” 172.

koşulu aranmaktadır. Hükmün ceza hukuku ile doğrudan ilgisi yoktur, ancak verilen görevin yapılması sonucu işyerinde zarara neden olunması halinde aşağıda ele alınacak olan m. 25/II, i bendine göre sorumluluk söz konusu olabilir. Haklı feshin söz konusu olması için, işçiye verilen görevin sözleşmeye göre işçinin görevleri arasında olması da gerekmektedir.^[99]

i) İŞÇİNİN İŞİN GÜVENLİĞİNİ TEHLİKEYE DÜŞÜRMEŞİ YA DA EŞYALARA ZARAR VERMESİ

İş Kanunu m. 25/II, i bendinde “İşçinin kendi isteği veya savsaması yüzünden işin güvenliğini tehlikeye düşürmesi, işyerinin malı olan veya malı olmayıp da eli altında bulunan makineleri, tesisatı veya başka eşya ve maddeleri otuz günlük ücretinin tutarıyla ödeyemeyecek derecede hasara ve kayba uğratması” şeklindeki düzenleme, işçinin özen borcuna uygun davranmasını sağlamaya yöneliktir.^[100] Bu hükümle işçinin dikkatli olması, işyerindeki araç gerece zarar vermemesi amaçlanmıştır.^[101]

Oluşan zarar, işçinin kişisel beceri ve ehliyeti dışında kalan işlerin yaptırılması sonucu meydana gelmişse işçi bundan sorumlu tutulamaz.^[102] İş sözleşmesindeki yükümlülüğünden başka bir işin yaptırılması halinde de işçi meydana gelen zarardan sorumlu olmamalıdır. Örneğin iş sözleşmesine

[99] Bkz. Kılıçoğlu ve Şenocak, *İş Kanunu Şerhi*, 634.

[100] Bkz. Senyen-Kaplan, *Bireysel İş Hukuku*, 324; Umutlu, “İşverenin Sözleşmesini Derhal Fesih Hakkı”, s. 91.

[101] “Davacının davalı işyerine ait hasta nakil aracı ile hasta nakil hizmeti vermek amacıyla uçağa yanaştığı, araçtan indikten sonra aracın hareket ederek uçağa çarptığı ve uçakta bu kaza sebebiyle hasar oluştuğu, meydana gelen kazanın aracın el freninin çekilmemesi veya sabitleme butonunun devreye konulmamasından oluştuğunun dosya kapsamından tespit edildiği, yapılan işin yüksek özen isteyen ve konsantrasyonun sürekli üst seviyede olması gereken bir iş olduğu bu yönü ile davacının tedbirsiz ve dikkatsiz davranarak kazaya sebebiyet verdiği, dolayısıyla sorumluluğun davacı işçiye ait olduğu, kaza sebebi ile oluşan zarar miktarının ise davacının 30 günlük ücretini aştığı dikkate alındığında davalı işverenin yapmış olduğu feshin haklı nedene dayandığı, dolayısıyla davacı işçinin kıdem ve ihbar tazminatına hak kazanamayacağı anlaşılmaktadır.” Yargıtay HGK, 8.2.2017, E. 2015/22-128, K. 2017/240.

[102] Özcan, *İş Sözleşmesinin Feshi*, 44.

göre aşçı olarak işe alınan işçinin işveren tarafından şoförlük yaptırılması halinde meydana gelen zarar bu kapsamda değerlendirilemez.

Düzenlemede “işçinin kendi isteği veya savsaması yüzünden” ifadesine yer verilerek, işçinin meydana gelen zarar ya da tehlike açısından kusurlu olması gerektiği belirtilmiştir. Bu nedenle zararın mücbir sebep, zaruret hali gibi işçinin kusuru olmayan bir nedenden ileri geldiği ispat edildiğinde, işveren fesih hakkını kullanamaz.^[103] Hükümde geçen “kendi isteği” ifadesi ceza hukuku açısından işçinin kastına işaret eder. “Savsama” ifadesi ise iş hukuku açısından özensiz davranarak yükümlülüğü ihmal etmek olarak anlaşılmalıdır.^[104] Ceza hukukunda savsama teriminin açık bir karşılığı yoktur. Savsama, işçinin ihmali davranışının yanı sıra taksirle iş güvenliğini tehlikeye atması olarak da yorumlanabilir. Yargıtay da “*İşçinin yükümlülüklerinin kapsamı bireysel ve toplu iş sözleşmesi ile yasal düzenlemelerde belirlenmiştir. İşçinin kusurlu olarak (kasden veya ihmalle) sebebiyet verdiği sözleşme ihlalleri, sözleşmenin feshi açısından önem kazanır. Geçerli fesih sebebinden bahsedilebilmesi için, işçinin sözleşmesel yükümlülüklerini mutlaka kasıtlı ihlal etmesi şart değildir. Göstermesi gereken özen yükümlülüğünün ihlal edilerek ihmali davranış ile ihlali yeterlidir. Buna karşılık, işçinin kusuruna dayanmayan davranışları, kural olarak işverene işçinin davranışlarına dayanarak sözleşmeyi feshetme hakkı vermez.*” şeklindeki kararında bu yorumu benimsemiştir.^[105] İşçinin iş güvenliğini tehlikeye düşürmesi sonucu mutlaka bir zararın meydana gelmesi gerekmez. İşçinin davranışı somut bir zarara yol açmışsa bu zarar işçinin otuz günlük ücretinin tutarıyla ödeyemeyecek miktarı aşması gerekir.

İşçinin davranışları nedeniyle işin güvenliğinin tehlikeye düşmesi yeterlidir. Ceza hukuku açısından değerlendirildiğinde işçinin davranışları zarar suçu ya da tehlike suçuna yol açabilir. İşçinin davranışının ceza hukuku açısından suç olması da gerekmez. Ancak bu gerekçeyle iş akdinin feshdilmesi için, işçinin bir tehlike ya da zarara neden olduğu hukuk ya da ceza mahkemesi kararıyla ya da iş hukuku açısından geçerli kabul edilen bir

[103] Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, *Bireysel İş Hukuku*, 298; Günay, *İş Kanunu Şerhi*, 1248.

[104] Bkz. Senyen-Kaplan, *Bireysel İş Hukuku*, 324; Umutlu ve Önder, “Derhal Fesih Hakkı”, 174.

[105] Yargıtay 7. HD, 18.03.2015, E. 2014/21298, K. 2015/4936.

biçimde ispatlanmış olmalıdır. Aksi halde işveren bu düzenlemeye dayanarak, somut bir zarar meydana gelmese de işin güvenliğini tehlikeye düşürdüğü gerekçesiyle iş akdini feshedebilir.

İşçinin kasıtlı davranışları nedeniyle işin güvenliğini tehlikeye atması ya da zarara yol açması halinde iş akdinin feshi haklı görülebilir. Ancak işçinin dikkatsizliği nedeniyle tehlike ya da zarara neden olması gözdem geçirilmelidir. Yine işçinin dikkatsizlikle neden olduğu zararın miktarı işçinin otuz günlük ücretinin tutarının üstündeki bir miktara çekilebilir.

İş Kanunu m. 25/IV'e göre "İşçinin gözaltına alınması veya tutuklanması halinde devamsızlığın 17 nci maddedeki bildirim süresini aşması" iş akdinin haklı fesih nedeni olarak düzenlenmiştir. Bu hükmün uygulanabilmesi için işçinin gözaltı ya da tutuklanma nedeninin işle ilgili olması ya da olayın işyerinde gerçekleşmiş olması gerekmez. İşçinin yargılama sonunda beraat etmesi, sonucu değiştirmez.^[106]

İşçinin tutukluluğu işe devamına engel olacağı için iş akdinin feshi kabul edilebilir. Anayasamıza göre gözaltı süresinin en çok 48 saat, toplu suçlarda ise en çok 4 gün olduğuna göre, işyerinde gerçekleşmeyen olaylarla, işçinin sadakat yükümlülüğüyle ilgisi olmayan ve işyerinde gerçekleşmeyen fiillerden dolayı gözaltında kalmak, haklı fesih nedeni olmaktan çıkarılmalıdır.

[106] Özcan, *İş Sözleşmesinin Feshi*, 45.

SONUÇ

İş Kanunu m. 25/II'deki "*Ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller*" ifadesinin içeriği belirsiz olduğu gibi, hükümde sayılan kimi davranışların kapsamı da oldukça geniştir. Örneğin güveni sarsıcı davranış, savsama, sataşma gibi ifadeler hukuk düzeni açısından birden çok davranışı içerebilecek soyut ifadelerdir. Öte yandan hükümde geçen "*ve benzerleri*" ifadesi, işverenin ahlak ve iyiniyet kuralına aykırı gördüğü hareketleri benzetme yoluyla çoğaltmasına olanak vermektedir. İşverenin İş Kanunu m. 25/II'ye dayanarak haklı nedenle işçinin sözleşmesini feshetmesi halinde işçinin bütün çalışma yaşamı boyunca biriktirdiği bir tür ertelenmiş ücreti olan kıdem tazminatı hakkı yok olmaktadır. Bu tazminat, işçinin daha önceki çalışmalarının semeresi olduğundan, işçinin kusurlu bir hareketi ya da suçu nedeniyle iş akdi sona erdirilse bile önceki çalışmalarının semeresinden yoksun bırakılması günümüzdeki iş ve çalışma ilişkilerine, hakkaniyete ve iş hukukuna egemen olan işçinin korunması ilkesine aykırıdır.

İş Kanunu m. 25/II'de yazılı fiillerin bir bölümü, suç olup ceza yargılamasının konusudur. Hükümde yer alan bir kısım fiillerin yaptırımıysa diğer başka kanunlarda yer almaktadır. İşçinin bu fiillerden birini işlemesi halinde cezai ya da idari yaptırımla karşılaşacağı açıktır. İşçi, bu davranışları nedeniyle işini de yitirecek, ihbar tazminatından da mahrum kalacaktır. Bu durumda, işçinin çalışması karşılığı olan ücret benzeri bir hakkı olan kıdem tazminatından yoksun bırakılması iş hukukunun koruyuculuk ilkesiyle bağdaşmamaktadır.

İş Kanunu m. 25/II için kimi çözüm önerileri şunlar olabilir:

Öncelikle 25/II'de sayılan fiillerin somutlaştırılarak sayma suretiyle belirlenmesi gerekir. Örneğin sataşma yerine, içeriği daha belirli olan "kavga, vücut bütünlüğüne saldırı, hakaret, iftira" denilmesi isabetli olacaktır.

İş Kanunu m. 25/II, c bendindeki "*İşçinin, cinsel tacizde bulunması*" şeklindeki hüküm, "*şikâyete bağlı olup olmadığına bakılmaksızın, işçinin bir başka işçiye karşı TCK'da yer alan cinsel özgürlüğe yönelik suçlardan birini işlemesi*" şeklinde somutlaştırılabilir.

Mevcut haliyle 25/II'de yer alan hallerin tümü aynı ağırlık ve nitelikte fiiller değildir. Bunların bir kısmı suç teşkil ederken bir kısmı iş hukuku ilişkileri açısından hukuka aykırı olan davranışlar niteliğindedir. Bu nedenle

daha önemsiz hallerin derhal fesih kapsamında çıkarılarak geçerli fesih kapsamında değerlendirilmesi gerekir.

M. 25/II kapsamında idari ön denetim ve yargılama sürecinde gecikmesinde sakınca bulunan hallerde (örneğin cinsel taciz iddiası gibi) işçinin iş sözleşmesi askıya alınabilir.

M. 25/II kapsamında işten çıkarılmalarda işçinin savunmasının alınması için müfettiş denetimi benzeri bir idari denetim yoluna gidilebilir.

Her türlü işten çıkarma ve ayrılımda, kıdem tazminatının ödenmesi yoluna gidilebilir.

Sonuç olarak, hukuki denetimin sağlanabilmesi için işverene haklı fesih hakkı veren İş Kanunu m. 25/II'deki hallerin içeriğinin somutlaştırılması ve işverenin bu yetkisini kullandığında bunun doğru olup olmadığını denetleyecek bir mekanizmanın oluşturulması gerekir. Böylece hem iş hukukunun genel ilkelerinden biri olan işçinin korunması sağlanabilecek hem de işverenin keyfi olarak iş sözleşmesini feshettiği yönündeki suçlamaların önü alınabilecektir.

KAYNAKÇA

- Akipek, Jale G; Akıntürk, Turgut ve Karaman, Derya Ateş. *Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku*. Yenilenmiş 8. Baskı, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2011.
- Akyiğit, Ercan. *İçtihatlı ve Açıklamalı 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi I. 3*. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2008.
- Alpagut, Gülsevil. “İş Sözleşmesinin Feshinde Haklı-Geçerli Neden Ayrımı ve Yargıtay’ın Konuya İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, no. 1, (2006): 1733-1767.
- Aydın, Devrim. *Ceza Muhakemesinde Deliller*. Ankara: Yetkin, 2014.
- Centel, Nur ve Zafer, Hamide. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. 21 Bası, İstanbul: Beta, 2022.
- Çelik, Nuri; Caniklioğlu, Nurşen ve Canbolat, Talat. *İş Hukuku Dersleri*. Yenilenmiş 34. Baskı, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2021.
- Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku*, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2010.
- Günay, Cevdet İlhan. *İş Kanunu Şerhi I*, Genişletilmiş 3. Baskı, Ankara: Yetkin, 2009.
- Öztan, Bilge. *Medeni Hukukun Temel Kavramları*. 38. Baskı, Ankara: Turhan Kitabevi, 2013.
- Kılıçoğlu, Mustafa ve Şenocak, Kemal. *İş Kanunu Şerhi*. Güncellenmiş ve Genişletilmiş 3. Baskı, İstanbul: Legal, 2013.
- Mollamahmutoğlu, Hamdi; Astarlı, Muhittin ve Baysal, Ulaş. *İş Hukuku Ders Kitabı I. Bireysel İş Hukuku*. Ankara: Seçkin, 2017.
- Özcan, Durmuş. *Öğreti ve Uygulamada İş Sözleşmesinin Feshi*. Ankara: Adalet, 2011.
- Senyen-Kaplan, Emine Tuncay. *Bireysel İş Hukuku*. Yenilenmiş 10. Baskı. Ankara: Gazi Kitabevi, 2019.
- Süzek, Sarper. *İş Hukuku*, Yenilenmiş 19. Baskı. İstanbul: Beta, 2020.
- Tunçomağ, Kenan ve Centel, Tankut. *İş Hukukunun Esasları*, İstanbul: Beta, 2015.

- Umutlu, Hasan Hüseyin ve Önder, Mehmet Fahrettin. “İşçinin Ahlak ve İyiniyet Kurallarına Uymayan Davranışları Nedeniyle İşverenin İş Sözleşmesini Derhal Fesih Hakkı.” *Burdur Mehmet Akif Ersoy Üniversitesi Oğuzhan Sosyal Bilimler Dergisi* 2, no. 2, (2020): 158-177.
- Umutlu, Hasan Hüseyin. *Yargıtay Kararları Işığında İşverenin İşçinin Ahlak ve İyiniyet Kurallarına Uymayan Davranışları Nedeniyle İş Sözleşmesini Derhal Fesih Hakkı*. İstanbul: Oniki Levha, 2021.
- Yenisey, Feridun ve Nuhoglu, Ayşe. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. 8. Baskı. Ankara: Seçkin, 2020.

Vergi Hukukunda Feragat Ön Koşullu Uyuşmazlık Çözüm Yolları Açısından Mükellef İradesinin Değerlendirilmesi*

Ayşegül YÜCEL**

Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK–ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.

* Bu makale Bandırma Onyediy Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Maliye Yüksek Lisans Programında hazırlanmış olan “Vergi Uyuşmazlıklarının Çözümünde Kanun Yolundan Vazgeçme Müessesesinin İncelenmesi” başlıklı Yüksek Lisans tezinden türetilmiştir.

** Araştırma Görevlisi, Bandırma Onyediy Eylül Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Maliye Bölümü. ayucel@bandirma.edu.tr, **ORCID ID:** 0000-0001-9577-4348

Makale geliş tarihi: 7 Ekim 2022 **Makale kabul tarihi:** 7 Mart 2023

Atıf önerisi: Yücel, Ayşegül. “Vergi Hukukunda Feragat Ön Koşullu Uyuşmazlık Çözüm Yolları Açısından Mükellef İradesinin Değerlendirilmesi.” *Ankara Barosu Dergisi* 81, no. 2 (Nisan 2023): 173-209. **DOI:** 10.30915/abd.1185878

VERGİ HUKUKUNDA FERAGAT ÖN KOŞULLU UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YOLLARI AÇISINDAN MÜKELLEF İRADESİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

ÖZ

Çalışma, son dönemde artış gösteren idari davadan feragat etmek şartıyla başvurulmuş uyuşmazlık çözüm yollarındaki mükellef iradesini değerlendirme amacı taşımaktadır. Çalışmada öncelikle kanun yolundan vazgeçme ve etkin pişmanlık kavramları açıklanmış, her iki müessesenin ön koşulu olan “davadan feragat” veya “davadan vazgeçme” kavramları HMK 307. madde temelli tartışılmıştır. Her iki düzenlemede de kanun koyucunun feragat halinde mükellef iradesine dair bir kriter belirlememesi ve pozitif hukukta da çerçeve bir düzenleme olmaması sebebiyle; Anglo-Amerikan hukuk sistemine ait plea bargaining (şüpheli-savcı pazarlığı) kavramı üzerinden iradiliğin nasıl olması gerektiği irdelenmiştir. Ön koşul içeren çözüm yollarının mükellef iradesini sakatladığı, bu ve benzer düzenlemelerin temel hak ve özgürlükleri kısıtladığı ve hukuk devletinin gereklerine uygun olmadığı yönünde değerlendirmeler yapılmıştır.

Anahtar kelimeler:

kanun yolundan vazgeçme

etkin pişmanlık

davadan feragat

iddia pazarlığı

mükellef iradesi

ABSTRACT

The study aims to evaluate the will of the taxpayer in the dispute resolution methods applied on the condition of waiving the administrative litigation, which has increased recently. In the study, first of all, the concepts of waiver of the legal remedy and active repentance regulation were explained, and the prerequisites of both institutions, “waiver of the claim” and “withdrawal of the lawsuit”, were discussed based on Article 307 of HMK. In both legal arrangements, since the legislator did not determine a criterion for the will of the taxpayer in case of waiver and there was no framework arrangement in positive law; It has been examined how free will should be through the concept of plea bargaining belonging to the Anglo-American legal system. Evaluations have been made that the solutions containing preconditions caused the defect in the will of the taxpayer, that these and similar regulations restrict fundamental rights and liberties and are not in line with the necessities of the rule of law.

Keywords:

waiver of legal remedy

active repentance

waiver of the claim

plea bargaining

free will of taxpayer

GİRİŞ

İdare ile mükellef vergi uyuşmazlıkları sebebiyle sıklıkla karşı karşıya gelmektedir. Her iki taraftan kaynaklanan vergi uyuşmazlıkları için uygulamada hata düzeltme, üst makama başvuru, uzlaşma, cezalarda indirim, pişmanlık ve ıslah, izaha davet şeklinde çözüm yolları bulunmaktadır. Bahse konu idari çözüm yollarının yanı sıra, mükellefin vergi uyuşmazlıklarına karşı dava hakkı saklı bulunmaktadır. Bu yollara 2019 yılında kanun yolundan vazgeçme, 2022 yılında ise etkin pişmanlık düzenlemeleri eklenmiştir.

Kanun yolundan vazgeçme müessesesi, mükellefe yargı aşamasında kanun yolundan vazgeçmek şartıyla idare ile anlaşma hakkı tanımaktadır. Diğer çözüm yolları gibi salt idari olarak sınıflandırılması mümkün olmayan kanun yolundan vazgeçme karma nitelikli bir yoldur. Mükellefin davasını bir üst mahkemeye götürmesinin önüne geçen bu düzenleme, vergi aslı ve fer'ilerinin idarenin sunduğu ödeme planı çerçevesinde mükellef tarafından ödenmesi ile uyuşmazlığı sona erdirmektedir. Kanun yolundan vazgeçmenin önem taşıyan noktası, mükellefin indirimli ödeme yapma amacıyla kanun yolundan vazgeçmesidir.

Etkin pişmanlık ise VUK 359. maddede düzenlenmektedir. Bu düzenlemeye göre VUK 359. maddede düzenlenen kaçakçılık fiilleri sonucunda ortaya çıkan vergi ziyanının tespitine bağlı yapılan tarh ve cezaların mükelleflerce ödenmesi sonucunda, etkin pişmanlığa başvuran mükellefler, hürriyeti bağlayıcı cezalar açısından indirim hakkı elde etmektedir. Etkin pişmanlıkta da tıpkı kanun yolundan vazgeçmede olduğu gibi bir ön koşul bulunmaktadır. Mükellefin düzenlemeden yararlanması için vergi mahkemesinde dava açmaması veya açılan davadan vazgeçmesi gerekmektedir.

Çalışmada ilk olarak yeni ihdas edilen kanun yolundan vazgeçme ve etkin pişmanlık çözüm yolları anlatılacaktır. Uygulanan feragat ön koşulu, HMK 307 ve ilgili mevzuat üzerinden her iki çözüm yolu için de değerlendirilecektir. Mükellefin bahse konu çözüm yollarından yararlanmak için idari davasından feragat etmesi esnasında gösterdiği iradilik kavramsal olarak tartışılacaktır. Anayasal bir hak olan davadan veya kanun yolundan feragat noktasında kılavuzluk etmesi açısından emsal olabilecek bir düzenleme ve kriterlere sahip olan, yabancı literatüre ait plea bargaining kapsamlı bir biçimde anlatılacaktır. Mükellefin feragat beyanının pozitif hukuktaki kriterleri sorgulanacak ve plea bargaining için belirlenen kriterler üzerinden

diğer iki yol karşılaştırmalı bir şekilde incelenecektir. Karşılaştırma sonucunda, çözüm yollarından faydalanmanın ön koşulunun feragat olmasının temel hak ve özgürlüklere etkisi değerlendirilecek ve doğurabileceği diğer sorunlar ortaya konacaktır.

I. BİR ÖN KOŞUL OLARAK MÜKELLEFİN DAVADAN / KANUN YOLUNDAN FERAGAT ETMESİ

A) DAVA / KANUN YOLUNA BAŞVURU HAKKI VE HAKTAN FERAGAT

Dava hakkı, davacının kişisel hak veya menfaatinin tehlikeye girdiği ya da zarara uğrama olasılığı olduğu durumlarda yargı organı aracılığıyla talepte bulunması anlamına gelmektedir.^[1] Anayasa'nın hak arama hürriyeti başlıklı 36. maddesinde “Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.” şeklinde dava hakkı düzenlenmektedir.^[2] Medeni yargılama hukukuna göre genel bir tanımı yapılan dava hakkı, idari yargılama hukukunda daha farklı ele alınmaktadır. İdari yargıda dava hakkı, idarenin hukuka aykırı işlem ve eylemlerinin denetlenmesi, idarenin işlem ve eylemlerinden zarar görenlerin kayıplarının karşılanması ve genel anlamda kamu düzeninin sağlanması amaçlarıyla hak/ menfaat zedelenmesi veya kaybı yaşayanların mahkemeler aracılığıyla taleplerini ileri sürmesi olarak değerlendirilebilir.^[3]

Kanun yoluna başvuru hakkı ise ilk derece mahkemesinin verdiği kararın bir üst derece mahkemesi tarafından denetlenmesi veya değiştirilmesi amacıyla dava taraflarına tanınmış bir haktır.^[4] Her ne kadar İYUK'ta olağan ve olağanüstü kanun yolları şeklinde bir ayırım yer almasa da literatürde yapılan bu ikili tasnifin benimsenmesiyle kanun yolları olağan ve olağanüstü olarak ayrılmaktadır. Olağan kanun yolu, kesinleşmemiş yargı kararının bir

[1] Baki Kuru, *Medeni Usul Hukuku El Kitabı I*, 1. baskı, (Ankara: Yetkin, 2020), 289.

[2] Kuru, *Medeni Usul Hukuku El Kitabı I*, 289, 290.

[3] Turgut Candan, *Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu*, 8. baskı, (Ankara: Yetkin, 2020), 76.

[4] Baki Kuru, *Medeni Usul Hukuku El Kitabı II*, 1. baskı, (Ankara: Yetkin, 2020), 1325.

üst mahkemeye taşınması anlamına gelmektedir.^[5] Olağan kanun yolları, istinaf ve temyiz olarak sınıflandırılmaktadır.^[6] Olağanüstü kanun yolları ise kesinleşmiş yargı kararları için kullanılmaktadır. Olağanüstü kanun yolları, kanun yararına temyiz ve yargılanmanın yenilenmesidir. Kanun yoluna başvuru için belirli şartlar sağlanmalıdır. Tarafların kanun yoluna başvuru yapması için ilk olarak nihai bir mahkeme kararının varlığı aranmaktadır.^[7] Bir diğer şart ise kanun yoluna başvurunun, otuz günlük hak düşürücü süre içinde yapılması gerekliliğidir.^[8]

Davadan feragat, HMK 307. maddeye göre; “*Feragat, davacının, talep sonucundan kısmen veya tamamen vazgeçmesi*” anlamına gelmektedir. Davadan feragat, davacının mahkemeye yönelik tek taraflı irade açıklamasıyla gerçekleşmektedir.^[9] Doktrindeki genel kabule göre feragat hüküm kesinleşene dek yapılabilmektedir.^[10] HMK 309. maddede şartları sayılan feragatin en önemli özelliği kayıtsız ve şartsız bir biçimde yapılmış olmasıdır. İYUK md. 31’de yapılan atıf dolayısıyla feragat kavramı idari yargılama hukukunda da uygulanmaktadır.^[11]

Kanun yolundan feragat ise dava taraflarının kanuni süre içinde bir üst mahkemeye gitme haklarından vazgeçmesi anlamına gelmektedir. Bahse konu kavramın kanunda çerçeve bir düzenlemesi bulunmasa da HMK 349. maddede istinaf kanun yolundan feragat kavramı düzenlenmektedir. Bu maddeye göre,

[5] Şeref Gözübüyük, *Yönetmelik Yargı*, 37. baskı, (Ankara: Turhan, 2020), 468.

[6] Gürsel Kaplan, *İdari Yargılama Hukuku*, 7. baskı, (Bursa: Ekin, 2020), 532.

[7] Kaplan, *İdari Yargılama Hukuku*, 533.

[8] Kaplan, *İdari Yargılama Hukuku*, 537.

[9] Süha Tanrıver, *Medeni Usul Hukuku Cilt I*, 3. baskı, (Ankara: Yetkin, 2020), 1046.

[10] Tanrıver, *Medeni Usul Hukuku I*, 1047.

[11] Candan, *Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu*, 902.

“(1) Taraflar, ilamın kendilerine tebliğinden önce, istinaf yoluna başvurma hakkından feragat edemez.

(2) Başvuru yapıldıktan sonra feragat edilirse, dosya bölge adliye mahkemesine gönderilmez ve kararı veren mahkemece başvurunun reddine karar verilir. Dosya, bölge adliye mahkemesine gönderilmiş ve henüz karara bağlanmamış ise başvuru feragat nedeniyle reddolunur.”

Bahsi geçen kanun maddesi sadece istinaf yolundan feragati düzenliyor gibi görünse de, HMK 366. maddede “*Bu Kanunun istinaf yolu ile ilgili 343 ilâ 349 ve 352 nci maddeleri hükümleri, temyizde de kıyas yoluyla uygulanır.*” şeklinde düzenlenen hüküm sebebiyle, HMK 349. madde temyiz yolundan feragat için de kullanılabilir. ^[12]

Kanun yolundan feragat medeni yargılama hukukuna ait bir kavramdır. İdari yargılama hukukuna bakıldığında, kanun yolundan feragatin uygulanmasına dair İYUK'ta açık bir hüküm bulunmamaktadır. Bu belirsizliği ortadan kaldırmak adına İYUK'ta düzenlenmeyen veya eksik düzenlenen medeni yargılama hukukuna dair kavramlar için kılavuz bir madde olarak kabul edilen İYUK 31. maddeye bakıldığında, bahse konu kanunun HMK'nın sadece “feragat” kavramına atıf yaptığı açıkça görünmektedir. Fakat bu açık atıf, feragat kavramının idari yargılama hukukunda hangi çerçevede ele alınacağına dair belirli bir sınır çizmemektedir. Her iki yargı kolunun farklı öz ve işleyişinin var olduğunun kabul edildiği bir hukuk sisteminde, medeni yargılama hukukuna ait bir kavramın idari yargılama hukukunun usul ve esaslarına elverdiği ölçüde idari yargıda uygulanabileceğini söylemek mümkündür. ^[13] Dolayısıyla, salt İYUK 31. maddenin HMK'ya yaptığı göndermeden çıkarımla, atfın kapsamının HMK 349. maddede düzenlenen istinaftan feragat yolunu da içine aldığına dair genişletici bir yorum yapmak hukuken mümkün görünmemektedir. Nitekim belirsizlik taşıyan bu konu, çalışmanın feragat müessesesinin yer aldığı kısmında incelenecektir. Kaldı ki her iki yargı kolunun kendine özgü hali sebebiyle, feragat kavramının bir bütün halinde idari yargılama hukukunda da geçerli olacağına dair yapılacak genel bir yorum eksik ve hukuken hatalı

[12] Hakan Pekcanitez, *Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku*, 15. baskı, (İstanbul: On İki Levha, 2017), 2167.

[13] Kaplan, *İdari Yargılama Hukuku*, 466.

olabilecektir. Kanun yolundan feragatin, vergi yargısı içindeki görünümü ise vergi yargısının sui generis oluşu sebebiyle belirsiz gibi görünse de; vergi hukukunun Türk hukuk sisteminde idare hukukunun alt kolu olarak örgütlenmesi sonucunda, bahse konu kavramın idari yargılama hukukunda olduğu gibi, vergi yargısında da kıyasen uygulanabilir olduğunu söylemek güçtür. Nitekim vergi yargısı içinde meydana gelen bazı özellikli durumlar İYUK'un HMK'ya atıf yapılan tüm hallerinin (İYUK md 31'de olduğu gibi) uygulanmasına imkân tanımayabilmektedir.

II. ÖN KOŞULU DAVADAN/ KANUN YOLUNDAN FERAGAT OLAN UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YOLLARI

A) KANUN YOLUNDAN VAZGEÇME MÜESSESESİ

07.12.2019 tarih ve 30971 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 7194 sayılı Dijital Hizmet Vergisi İle Bazı Kanunlarda Ve 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılması Hakkında Kanununun 27. maddesi ile 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 379. maddesine yeni bir uyuşmazlık çözüm yolu olarak Kanun Yolundan Vazgeçme müessesesi eklenmiştir. Müessese, söz konusu kanuna göre;

“Vergil/ceza ihbarnamesine karşı süresinde açılan davalarda, vergi mahkemesince verilen istinaf yolu açık kararlar ile bölge idare mahkemesince verilen temyiz yolu açık kararlarda (Danıştayın bozma kararı üzerine verilen kararlar hariç);

1. Kaldırılan vergi tutarının %60'ı, tasdik edilen vergi tutarının tamamı ile tasdik edilen vergi tutarına ilişkin vergi ziyai cezasının %75'i,

2. Bağlı olduğu vergi aslı dava konusu yapılmayan veya 359 uncu maddede yazılı fiillere iştirak nedeniyle kesilen vergi ziyai cezaları ile usulsüzlük ve özel usulsüzlük cezalarının kaldırılan tutarının %25'i ve tasdik edilen tutarının %75'i, mükellef için geçerli olan kanun yoluna başvuru süresi içerisinde, dava konusu vergi vel/veya vergi cezalarının tümü için kanun yolundan vazgeçildiğine ilişkin dilekçenin ilgili vergi dairesine verilmesi şartıyla kanun yolundan vazgeçme dilekçesinin verildiği tarih itibarıyla başkaca bir işleme gerek kalmaksızın tahakkuk eder.

Bu şekilde tahakkuk eden tutarlar tahakkuk tarihinden itibaren bir ay içinde ödenir. Bu maddeye göre tahakkuk eden vergi vel/veya vergi cezalarının %80'inin, hesaplanacak gecikme faizi ile birlikte bu sürede tamamen ödenmesi şartıyla,

vergi ve ceza tutarından %20 oranında indirim yapılır. Şu kadar ki, tasdik edilerek tahakkuk eden vergi tutarında indirim yapılmaz. İndirim hükmünden yararlanılabilmesi için dava konusu yapılan ve bu maddeye göre tahakkuk eden vergi ve/veya vergi cezaları ile gecikme faizlerinin birlikte bu fıkra kapsamında ödenmesi şarttır.

Kanun yolundan vazgeçme dilekçesi vergi dairesince ilgili yargı merciine gönderilir ve bu dilekçenin vergi dairesine verildiği tarih kanun yolundan vazgeçme tarihi olarak kabul edilir. Kanun yolundan vazgeçilmesi hâlinde idarece de ihtilaf sürdürülmez. Kanun yolundan vazgeçildiği hâlde istinaf veya temyiz yoluna başvurulması durumunda ise bu başvurular incelenmez.

Kanun yolundan vazgeçilen vergi ve vergi ziyat cezası için bu maddeye göre yapılan tahakkuktan önce ödenen gecikme faizi ve gecikme zammı da dâhil tutarlar, bu madde hükmüne göre ödenecek tutarlara mahsup edilir.

Bu madde uyarınca istinaf ve temyiz yolundan vazgeçilen davaya ilişkin kararlarda hükmedilen yargılama giderleri, avukatlık ücretleri ve fer'ileri karşılıklı olarak talep edilmez ve bu alacaklar için icra takibi yapılamaz.

Bu maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar Hazine ve Maliye Bakanlığınca belirlenir.”

şeklinde düzenlenmektedir.

Kanun yolundan vazgeçme, idare ile mükellef arasında anlaşma sağlamak için getirilmiş yeni bir çözüm yoludur. Bahse konu yol, her aşamada mükellefe idare ile anlaşma fırsatı verirken, idareye de daha kolay bir biçimde tahsilat yapma imkânı sunmaktadır. Mükellefe tanınan hata düzeltme, üst makama başvuru, uzlaşma, cezalarda indirim, pişmanlık ve ıslah, izaha davet gibi yolların aksine kanun yolundan vazgeçme, yargı aşamasında devreye giren, salt idari veya yargısal çözüm yolu olarak tanımlanması mümkün olmayan, karma nitelikli bir vergi uyuşmazlığı çözüm yoludur.^[14] Mükellef, idari aşamada kendisine tanınan adı geçen yolların dışında, yargı aşamasında

[14] Burçin Bozdoğanoglu, “Vergi Uyuşmazlıklarında Alternatif Çözüm Yolu Olarak Kanun Yolundan Vazgeçme Uygulamasının İncelenmesi,” *Mali Hukuk Dergisi* 17, no. 196 (Nisan, 2021): 963.

dahi kanun yoluna gitme iradesi göstermemek suretiyle idare ile anlaşma hakkına sahiptir.^[15]

Kanun yolundan vazgeçme müessesesine başvuru için bazı şartlar gerekmektedir. Bunlardan ilki, kanunun açık hükmü gereği mükellefe tebliğ edilen vergi/ceza ihbarnamesine karşı açılan bir davanın mevcudiyetidir.^[16] İkinci olarak, mahkemenin açılan bu dava sonucunda kesin hüküm vermesi ve verilen kararın kanun yoluna açık olması gerekmektedir.^[17] Mahkemenin kanun yolu açık olmayan kesinleşmiş kararları sonucunda mükellefin kanun yolundan vazgeçme müessesesine başvuru hakkı bulunmamaktadır. Üçüncü olarak ise mükellefin müesseseye başvuru talebi, kanun yoluna başvuru süresi içinde, yazılı bir biçimde idareye sunulmalıdır.^[18] Mükellef kanun yoluna gitmekten vazgeçme şartını kabul ederek, idareye başvuru iradesini yazılı bir biçimde sunmaktadır. Müessese için söylenmesi gereken en önemli nokta, mükellefin yargı yoluna devam etmekten vazgeçmesi şartıyla müesseseden yararlanma imkânına sahip olduğudur.

Kanun yolundan vazgeçmeye başvuran mükellefe, mahkemenin mükellef lehine ve aleyhine verdiği kararlara göre değişiklik gösteren indirimler sunulmaktadır. Örneğin; mahkemenin mükellef lehine verdiği kararda, mahkemenin kaldırdığı vergi aslı tutarı üzerinden %40 indirim sağlanmaktadır. Bağlı olduğu vergi aslı dava konusu yapılmayan veya 359 uncu maddede yazılı fiillere iştirak nedeniyle kesilen vergi ziyai cezalarının tamamı silinmekte; fakat genel ve özel usulsüzlük cezalarına %75 oranında indirim uygulanmaktadır. Mahkemenin mükellef aleyhine verdiği karar sonucunda ise müessese, mükelleflere vergi aslı bakımından herhangi bir indirim sağlamamakta, tasdik edilen tüm vergi cezalarında ise sadece %25 oranında

[15] Doğan Şenyüz, “Uyuşmazlık Çözüm Yolu Olarak Kanun Yolundan Vazgeçme ve Benzer Müesseselerle Karşılaştırılması,” *Mali Hukuk Dergisi* 16, no. 185 (Mayıs, 2020): 1176.

[16] Şenyüz, “Uyuşmazlık Çözüm Yolu Olarak Kanun Yolundan Vazgeçme ve Benzer Müesseselerle Karşılaştırılması,” 1171.

[17] Şenyüz, “Uyuşmazlık Çözüm Yolu Olarak Kanun Yolundan Vazgeçme ve Benzer Müesseselerle Karşılaştırılması,” 1174, 1175.

[18] Bozdoğanoglu, “Vergi Uyuşmazlıklarında Alternatif Çözüm Yolu Olarak Kanun Yolundan Vazgeçme Uygulamasının İncelenmesi,” 962.

bir indirim uygulamaktadır.^[19] Bahsi geçen hüküm uyarınca mükelleflere, yeni oranlarla tahakkuk eden vergi/ceza tutarlarının %80'inin tahakkuk tarihinden itibaren bir ay içinde hesaplanacak gecikme faizi ile ödenmesi şartıyla, vergi ve ceza tutarından %20 oranında indirim yapılacaktır. Fakat bu indirim, tasdik edilerek tahakkuk eden vergi tutarlarını kapsamamaktadır.

B) VERGİ USUL KANUNU 359. MADDEYE GETİRİLEN ETKİN PİŞMANLIK DÜZENLEMESİ

15.04.2022 tarih ve 31810 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 7394 sayılı Hazineye Ait Taşınmaz Malların Değerlendirilmesi ve Katma Değer Vergisi Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 4 ve 6. maddeleriyle vergi kaçakçılık suçlarına etkin pişmanlık müessesesi getirilmiştir. Bahse konu kanunun 4. maddesine göre;

“Bu maddede yazılı fiillerle verginin ziyaa uğratıldığıнын tespit edilmesine bağlı olarak tarh edilen verginin, gecikme faizi ve gecikme zammının tamamı ile kesilen cezaların yarısı ve buna isabet eden gecikme zammının; soruşturma evresinde ödenmesi halinde verilecek ceza yarı oranında, kovuşturma evresinde hüküm verilinceye kadar ödenmesi halinde ise verilecek ceza üçte bir oranında indirilir.

Tarh edilen vergi ve vergi aslına bağlı olarak kesilen cezanın bulunmadığı durumlarda verilecek ceza yarı oranında indirilir.

Yukarıdaki fıkralarda belirtilen ceza indiriminden faydalanabilmek için vergi mahkemesinde dava açılmaması, açılmışsa feragat edilmesi, kanun yollarına başvurulmaması veya başvurulmuşsa vazgeçilmesi şarttır.”

Maddede de belirtildiği üzere mükellefin VUK 359. maddede düzenlenen vergi kaçakçılığı suçlarını işlemesi sonucunda, vergi ziyasına da sebebiyet vermesinin tespiti halinde etkin pişmanlık düzenlemesi gündeme gelebilecektir. Böyle bir durumda tarh edilen verginin, gecikme faizi ve gecikme zammının tamamı ile kesilen cezaların yarısı ve buna isabet eden gecikme zammının soruşturma, kovuşturma hatta infaz aşamasında ödenmesi şartıyla, etkin pişmanlık düzenlemesi mükellefe ceza yargılaması sonucunda alabileceği hapis cezasından indirim sağlayacaktır. Fakat maddenin devamına bakıldığında,

[19] Bayram Gülçiçek, “Vergi Borçlarında Sürekli Yapılandırma Kanun Yolundan Vazgeçme Müessesesi,” *Vergi Raporu* 28, no. 248 (Kasım 2020): 180.

mükellefin hapis cezası indirimi için yerine getirmesi gereken bir ön koşul olduğu görünmektedir. Kanun koyucu etkin pişmanlıktan yararlanmak isteyen mükellefler için vergi mahkemesinde dava açılmaması, açılmışsa davadan feragat edilmesi veya kanun yoluna başvurulmaması, başvurulmuş ise vazgeçilmesini şart koşmaktadır. Söz konusu maddeye göre mükellefe ceza yargılamasında sağlanan bu avantajlı halin ön koşulu idari yargıdaki dava konusu uyuşmazlığın sürdürülmemesidir.

7394 sayılı Kanun'un 4. maddesinin gerekçesine bakıldığında, "213 sayılı Kanunda tarh edilen vergiler ile kesilen cezalara ilişkin ihtilafların dava konusu yapılmadan idari aşamada çözümlenmesine imkân veren farklı düzenlemeler bulunmaktadır. Bunlardan en önemlisi Kanunun ek 1 ilâ ek 11 inci maddelerinde düzenlenen uzlaşma müessesesidir. Mükellefler gerek tarhiyattan önce gerekse tarhiyattan sonra vergi ve cezalar için idareden uzlaşma talep edebilmektedir. Uzlaşma gerçekleşmesi halinde mükellefler uzlaşılan vergi ve cezalar için artık dava açma yoluna gidememektedir. Benzer düzenleme etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanabilmesi bakımından da getirilmektedir." cümlesiyle etkin pişmanlık düzenlemesinin uzlaşma müessesesine benzer bir hukuki sonuç doğurduğu ileri sürülmektedir. Oysa uzlaşma müessesesi, idare ile mükellefin karşılıklı olarak masaya oturduğu, tamamen davanın açılmasından önceki sürece ait bir idari çözüm yolu iken; etkin pişmanlık düzenlemesi, dava öncesinde, esnasında veya sonrasında başvurulabilecek bir hapis cezası kaldırıcı veya azaltıcı etkisi olan ceza hukuku kavramıdır. Gerekçenin devamında, "Belirtmek gerekir ki, söz konusu müesseselerin uygulanması zorunlu olmayıp, mükelleflerin kendi tercihlerine istinaden uygulanabilecektir." denerek de etkin pişmanlık düzenlemesinin tıpkı diğer idari çözüm yolları gibi ihtiyari olduğu vurgulanmaktadır.

C) KANUN YOLUNDAN VAZGEÇME MÜESSESESİ VE VUK 359. MADDEYE GETİRİLEN ETKİN PİŞMANLIK DÜZENLEMESİNİN FERAGAT KAVRAMI ÜZERİNDEN İNCELENMESİ

2019 tarihinde VUK 379. maddede düzenlenen kanun yolundan vazgeçme müessesesi, adından da anlaşılacağı üzere mükellefe bahse konu müesseseden yararlanmak için öncelikle kanun yolu hakkından vazgeçme şartı getirmektedir. Kanunun, müesseseden yararlanmak için mükelleflere bir ön koşul olarak sunduğu *vazgeçme*, ilk bakışta HMK'da düzenlenen feragat gibi görünse dahi aynı kavrama tekabül etmemektedir. Yukarıda da

açıklandığı üzere medeni yargılama hukuku kavramlarının, idari yargılama hukukuna birebir uygulanmasının yaratabileceği problem sebebiyle kanun yolundan vazgeçmeyi vergi yargılaması hukuku çerçevesinde değerlendirmek daha isabetli olacaktır. Fakat bahse konu müessesenin hukuki niteliğini anlamak için feragat kavramı ile kesiştiği noktaları belirtmek gerekmektedir.

Feragat kavramının düzenlendiği HMK 307 ve ilgili maddelere bakıldığında, kavramın usul ve esas bakımından temelde benzer olduğu görülmektedir. HMK 307. maddeye göre, “*Feragat, davacının, talep sonucundan kısmen veya tamamen vazgeçmesidir.*” Kanun yolundan vazgeçme müessesesi de VUK 379. maddeye göre mükellefin indirimli bir ödeme yapma karşılığında dava hakkından tamamen vazgeçmesi olarak tanımlanabilmektedir. Feragatin yapılaş şeklinin düzenlendiği HMK 309. maddeye bakıldığında, yazılı veya sözlü bir şekilde, yargılama esnasında veya sonrasında irade beyanının yargı makamına sunulduğu görülmektedir. Kanun yolundan vazgeçmede ise mahkeme kararının açıklanmasından sonra mükellef yazılı bir şekilde başvurusunu mahkemenin aksine idareye sunmaktadır. *Mükellef yargılama devam ederken müesseseye başvuru iradesini gösterememektedir. İdare, tarafına sunulan dilekçeyi derhal mahkemeye göndererek, adeta mahkeme dışı feragatin şartlarını tamamlamış görülmektedir.* Fakat usulün böyle ilerlemesi kanun yolundan vazgeçmenin tamamen bir feragat olarak kabulüne yetmemektedir. İki kavram arasında başka farklılıklar da bulunmaktadır. Bir diğer önemli nokta, HMK md. 309/4’te belirtildiği üzere feragatin kayıtsız ve şartsız yapıldığıdır. Kanun yolundan vazgeçmede ise mükellef kayıtsız ve şartsız bir şekilde talebinden vazgeçmemekte; aksine indirimli bir ödeme yapma amacıyla talep sonucundan vazgeçmektedir. Her ne kadar VUK 379. maddede kanun yolundan vazgeçme açıkça belirli şartlara bağlı bir *müessese şeklinde* düzenlense de kavramın literatürde davadan feragat müessesesi ile karşılaştırılıyor olması sebebiyle bu husus önem arz etmektedir.^[20] Son olarak VUK 379. maddeye göre kanun yolundan vazgeçen mükellef yargılama giderlerinden muaf tutulurken, feragat eden taraf yargılama giderlerine katlanmak zorundadır. Özetle kanun yolundan vazgeçme müessesesi;

[20] Şenyüz, “Uyuşmazlık Çözüm Yolu Olarak Kanun Yolundan Vazgeçme ve Benzer Müesseselerle Karşılaştırılması,” 1186.

“şarta bağlı olması,
müesseseye dava konusu uyuşmazlıkların sınırlı olması,
mükellefin müesseseye başvuru zamanı,
başvuru dilekçesinin idareye ibrazı,
başvuru sonrası ilerleyen süreç,
yargılama giderleri”

bakımından feragat kavramından ayrılmaktadır.^[21] Netice itibariyle kanun yolundan vazgeçme, feragat kavramının usul ve esasından yola çıkan, vergi yargılama hukukuna özgü, davayı sonlandıran bir taraf işlemi olarak tanımlanabilecektir.

Etkin pişmanlık düzenlemesinde ise feragatin görünüş biçimi kanun yolundan vazgeçme müessesesine benzerlik göstermemektedir. Etkin pişmanlığın düzenlendiği VUK 359. maddeye bakıldığında, “... belirtilen ceza indiriminden faydalanabilmek için vergi mahkemesinde dava açılmaması, açılmışsa feragat edilmesi, kanun yollarına başvurulmaması veya başvurulmuşsa vazgeçilmesi şarttır.” hükmü, etkin pişmanlıktan yararlanmak için idari yargıda dava veya kanun yolu hakkının kullanılmaması veya söz konusu haklardan feragat edilmesi şeklinde bir ön koşul öne sürmektedir. Her ne kadar kanun koyucu söz konusu kanunda vergi davasından feragat, kanun yolundan ise vazgeçme kelimelerini kullanarak bir hüküm tesis etmiş olsa da; feragat ve vazgeçme kelimelerinin, birbirlerinin yerine kullanılmasından kaynaklı, kanun koyucu nazarında eş anlamlı olarak kabul edildiği görülmektedir.

Feragatin sözlük anlamı, ilgilinin haktan kendi isteği ile vazgeçmesidir.^[22] Her iki kelime eş anlamlı gözükse de hukuk terminolojisi açısından farklılık arz eden kelimelerdir. Hukuki anlamda feragat kavramı yukarıda belirtildiği üzere HMK 307. maddede düzenlenmektedir. Vazgeçme ise, herhangi bir kanunda hüküm olarak yer almasa da davadan feragat veya davayı geri alma kavramlarını karşılamak amacıyla literatürde kullanılan

[21] Bozdoğanoglu, “Vergi Uyuşmazlıklarında Alternatif Çözüm Yolu Olarak Kanun Yolundan Vazgeçme Uygulamasının İncelenmesi,” 965-6.

[22] Şenyüz, “Uyuşmazlık Çözüm Yolu Olarak Kanun Yolundan Vazgeçme ve Benzer Müesseselerle Karşılaştırılması,” 1186.

genel bir kavramdır.^[23] Fakat etkin pişmanlıktan yararlanma ön şartının uyuşmazlığın yargıda sürdürülmemesi olması; vazgeçme kelimesini, davanın geri alınmasından davadan feragat kavramına yakınlaştırmaktadır. Çünkü davanın geri alınması medeni yargılama esaslarına göre geri alınan davanın ileride tekrar açılabilmesini sağlamaktadır.^[24] Etkin pişmanlık müessesesi ise mükellefe husumetini sürdürme imkânı vermemektedir. Kaldı ki en temelde HMK 123. maddede düzenlenen davayı geri alma müessesesi, İYUK 31. maddenin HMK'ya gönderme yapmamasından dolayı, idari yargılamada uygulama alanı bulamamaktadır.^[25] Bu noktada kanun koyucu, etkin pişmanlık düzenlemesinde her iki kelimeyi eş anlamlı olarak kabul etse de bu durumun hukuk terminolojisinde belirsiz bir hal ortaya *çıkardığı* görülmektedir.

Kanun yolundan vazgeçmenin aksine etkin pişmanlıkta, mahkemenin davaya esas *hüküm vermesinin beklenmesine gerek* bulunmamaktadır. Mükellefin etkin pişmanlıktan yararlanma iradesi göstermesi halinde, idari yargıda devam eden davaya ilişkin feragat dilekçesinin verilmesi veya mükellefin idari yargıda dava açmaması, kanun yoluna başvurmaması gerekmektedir. Bu durum etkin pişmanlıktan yararlanmanın ön şartını, kanun yolundan vazgeçmeden yararlanmanın ön şartı gibi vergi hukukuna özgü bir feragat haline getirmemektedir. Fakat etkin pişmanlıktan yararlanmanın ön şartının, HMK 307. maddede düzenlenen feragat kavramına hem usul hem de yapıldığı aşamalar bakımından benzerlik göstermesi, bunun tamamen bir feragat olduğunu belirtmeye de yetmemektedir. HMK md. 309/4 hükmü gereği *kayıtsız ve şartsız* bir biçimde yapılması gereken feragatin aksine; etkin pişmanlık *düzenlemesinde yer alan ön şart*, kavramı klasik bir feragat olmaktan çıkarmaktadır. Çünkü mükellefin hapis indirimine hak kazanmak veyahut hapisten kurtulmak amacıyla idari yargıya feragat açıklamasında bulunması, esasen feragatin tamamıyla *şartsız* olmadığına işaret etmektedir.

[23] Mutlu Kağıtçıoğlu, “Vergi Ve Diğer Kamu Alacaklarının Yeniden Yapılandırılmasındaki Davadan Vazgeçme Şartı Üzerine Düşünceler,” *LHD* 17, no. 195 (2019): 1108, 1109.

[24] Seda Öz mumcu, “Davanın Açılmasına Bağlanan Hukuki Sonuçların Davanın Açılmamış Sayılması Halinde Değerlendirilmesi,” *İÜHFMLXX*, no. 2 (2012): 192.

[25] Kağıtçıoğlu, “Vergi Ve Diğer Kamu Alacaklarının Yeniden Yapılandırılmasındaki Davadan Vazgeçme Şartı Üzerine Düşünceler,” 1107-8.

Netice itibariyle etkin pişmanlığın ön şartının, ceza yargılamasında avantajlı bir sonuç elde etmek isteyen mükellefin gerçekleştirmesi gereken, HMK md. 307'deki feragat kavramına usul bakımından benzeyen, bir idari davayı sona erdirici taraf işlemi olduğunu söylemek mümkündür.

D) FERAGATİN GÖNÜLLÜ BİR BİÇİMDE YAPILMASININ DEĞERLENDİRİLMESİ

Kanun yolundan vazgeçme, VUK 379. maddeye göre mükellef tarafından idareye yazılı bir dilekçenin sunulması ile gerçekleştirilmektedir. Bahse konu kanun maddesine göre dilekçenin sunulduğu tarihte vergi aslı ve cezaları başka hiçbir işleme gerek kalmadan tahakkuk etmektedir. Her ne kadar bu maddede idarenin yapması gereken işlemler detaylı bir şekilde belirtilmese de, 517 Sayılı Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği 'ne göre idare dilekçeyi;

“- Başvuruya ilişkin yargı kararının, kararın mükellefe tebliğ edildiği tarihi gösteren belgeyle birlikte dilekçeye eklenip eklenmediği,

- Başvuruya ilişkin yargı kararının kanun yolundan vazgeçme kapsamında olup olmadığı,

- Başvurunun ilgisine göre 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 8 inci maddesi de dikkate alınarak istinaf veya temyiz süresinde yapılıp yapılmadığı”

yönlerinden incelemektedir. Bu inceleme sonrasında idare, sunulan dilekçeyi 517 Sayılı Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği'ne göre derhal mahkemeye göndermekle yükümlüdür. Fakat mahkemenin idarenin dilekçeyi tebliğ etmesi sonrası yapması gereken herhangi usule veya esasa ilişkin bir işlem bulunmamaktadır. İdarenin kanun yolundan vazgeçmeye başvuran mükellefin dilekçesini mahkemeye iletmesi bu noktada adeta bir bildirim mahiyetindedir.

517 Sayılı VUK Genel Tebliği'ne göre idare kanun yolundan vazgeçme dilekçesinin ibrazında süre aşımı olup olmadığını adeta İYUK 14. maddede düzenlenen ilk inceleme safhasındaki gibi gerçekleştirmektedir. İdare, söz konusu müessese bakımından mahkeme sıfatına bürünerek tahdidi bir şekilde sayılan ilk incelemeyi sırasıyla uygulamamaktadır. İleriki süreçte dava taraflarına hak kaybı yaşatmamak adına hak arama hürriyetini koruyucu önem teşkil eden ilk inceleme safhası, vergi dairesi tarafından sadece

süre açısından ele alınmaktadır.^[26] Her ne kadar ilk inceleme safhası, yargı makamına özgü olsa dahi, bu noktada idarenin büründüğü rol ve izlediği yol bakımından benzerlik taşımaktadır.

Mükellefin kanun yolundan vazgeçme iradesini sunduğu dilekçe VUK 379. madde ve 517 Sayılı Vergi Usul Kanunu Tebliği'ne göre idare tarafından şeklen incelenmektedir. Kanuni düzenleme gereği, başvuru dilekçesi yargı organı incelemesinden de geçmemektedir. Mükellefin temel hak ve özgürlüklerinden biri olan hak arama hürriyetinden vazgeçmesinin önemi, kanun koyucu tarafından müessesenin ihtiyari oluşu sebebiyle göz ardı edilmektedir. Yukarıda aralarındaki benzerlik ve farklılıkların ortaya konduğu feragat müessesesinde de dava taraflarının dava haklarından vazgeçmeleri söz konusudur. Feragat kavramında kanun koyucu, tarafların dava talep ve sonucundan vazgeçmek suretiyle hak arama hürriyetinden vazgeçmesinin basite indirgenmeyecek oluşunu adeta vurgulamak için "*İrade bozukluğu hâllerinde, feragat ve kabulün iptali istenebilir.*" şeklinde HMK md. 311'de bir hüküm tesis etmiştir. Fakat kanun yolundan vazgeçmenin düzenlendiği VUK 379. maddede adı geçen hükme benzer bir hüküm tesis edilmemiştir.

Kanun yolundan vazgeçme müessesesinin ihtiyari bir yol olması sebebiyle, mükellefin söz konusu çözüm yoluna başvurması noktasında, kanun koyucu tarafından hür iradeye dayalı bir başvuru olması gerektiğine dair bir vurgu yapılmamaktadır. Fakat altı çizilmesi gereken kısım, mükellefin her ne kadar ihtiyari olduğu ileri sürülen bu çözüm yoluna, hangi oranda hür iradesi ile başvurduğudur. Müesseseye bakıldığında, mükellefe indirimli bir ödeme planı sunulduğu görülmektedir. VUK 379. maddeye göre Vergi veya Bölge İdare Mahkemesinde lehine sonuç elde eden mükellefin, haklı olduğunun tescillendiği ön kabulü ile kanun yolundan vazgeçerek müesseseye başvurması gerekmektedir. Bu durum davasında haklılığı ispat edilen rasyonel bir mükelleften beklenmeyecek bir hareket olabilecektir. İkinci olarak müessesenin kanun yolundan vazgeçen mükellefe sunduğu indirim oranları davanın mükellef lehine veya aleyhine sonuçlandığı durumlarda farklılık göstermektedir.^[27] Mükellef lehine çıkan terkin kararı halinde müesseseye silinen kısmın %60'ını, tasdik kararı halinde ise borcun tasdik edilen

[26] Candan, *Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu*, 598.

[27] Bozdoğanoglu, "Vergi Uyuşmazlıklarında Alternatif Çözüm Yolu Olarak Kanun Yolundan Vazgeçme Uygulamasının İncelenmesi," 969.

kısımının tamamını tahakkuk ettirmektedir. Lehine karar verilen mükellefe daha uygun bir ödeme planı sunduğu ileri sürülen müessese, silinen borcun %60'ını tahakkuk ettirdiğinden dolayı, mükelleflerin hangi oranla gönüllü bir şekilde müesseseye başvuracağı tartışmaya açıktır. Aleyhine karar çıkan mükellefin durumunda ise mükellef adına herhangi bir kolaylık sağlanmadığı görülmektedir. Bu durum mükellefte bir üst derece mahkemeye davasını götürse dahi yeniden aleyhine bir karar çıkması ihtimalinde daha fazla bir ödeme yapacağı endişesi yaratabilecektir. Bunun sonucunda mükellef, istinaf veya temyiz incelemesinde kazanabilme ihtimali taşısa da daha fazla ödeme yapmamak adına idarenin teklifini kabul edebilme eğilimi gösterebilecektir. Davayı kaybetme veya daha fazla ödeme yapma ihtimali ile kanun yollarına başvurulması; yürütmeyi durdurma kararı alamama veya gecikme zammı ve gecikme faiziyle ödeme yapma gibi sonuçlar doğurması bakımından mükellefe riskli olarak görülebilecektir. Kanun yolundan vazgeçme gibi bir müessesenin varlığı idarenin mükellefe “her aşamada sunduğu” bir uyuşmazlık çözüm yolu olarak görülmekle birlikte, söz konusu müessese esasında tahsilatı hızlandırma amaçlı bir başvuru yoludur. Kanun yolundan vazgeçmenin olmadığı bir noktada mükellef kanun yoluna başvuru hakkını herhangi bir caydırıcılık olmaksızın kullanabilecektir. Bu açıdan kanun yolundan vazgeçmeye yapılan bu başvurunun mükellefin özgür iradesine dayalı, gönüllülük esası ile yapılmadığı düşünülmektedir.

7394 sayılı Kanun ile vergi ceza hukukuna giren etkin pişmanlık düzenlemesi bakımından da mükellef iradesi tartışmalı görünmektedir. Bu noktada ilk olarak söylenmesi gereken, etkin pişmanlık düzenlemesinin kavramın adından anlaşılacağı üzere pişmanlık iradesi taşıması gereken bir mükellef için uygulanabilir olması gerekirken, söz konusu mükellefin işlediği suç adına ne denli pişman olduğunun dahi belirsiz olduğudur. Suç teorisi temelli bir tasnif sonucunda etkin pişmanlıktan yararlanmak için maddi ve manevi unsurların tamamlanması gerekmektedir.^[28] Maddi unsurları oluşturan bir suçun mevcudiyeti, faildeki pişmanlığın etkinliği ve yasal sürede pişmanlık duyulması alt şartları, etkin pişmanlıktan yararlanmak için yetmemektedir.^[29] Bu noktada objektif unsurun yanı sıra subjektif unsurun da tamamlanması gerekmektedir. Mükellefin etkin pişmanlıktan yararlanmak için kanunun

[28] Mehmet Gödekli, “Türk Ceza Öğretisi Ve Uygulamasında Etkin Pişmanlık,” *TAAD* 7, no. 29 (Ocak, 2017): 294, 295.

[29] Gödekli, “Türk Ceza Öğretisi Ve Uygulamasında Etkin Pişmanlık,” 295.

belirttiği idari yargı davası ile ilgili ön şartı yerine getirerek idareye ödeme yapma iradesi göstermesi ve başvurunun bahse konu hükümde yer alan aşamalar içinde gerçekleşmesi başlıkları bakımından VUK 359. maddede düzenlenen vergi kaçakçılığı suçunun maddi unsurunun görünürde sağlandığını söylemek mümkündür.^[30] Çift defter tutmak ve matrah azaltıcı bir biçimde hesap ve işlemleri başka defter, belge ve kayıt ortamına kaydetmek haricindeki vergi kaçakçılığı suçları için vergi ziyaının ortaya çıkması suç unsuru olarak aranmamaktadır.^[31] Vergi kaçaklığı suçunun bir tehlike suçu olması sebebiyle, etkin pişmanlıktan faydalanmak için vergi ziyayı doğması halinde mükellefin ödeme şartıyla düzenlemeden yararlanacak oluşunu; pişmanlığın somut bir ifadesi olarak kabul etmek mümkün değildir.^[32] Zira bu noktada yükümlünün hürriyeti bağlayıcı ceza ile karşı karşıya kalması dolayısıyla tarh edilen vergi ve cezanın hukukiliğini sorgulamasından vazgeçmesine neden olacak şekilde sunulan *etkin pişmanlık* şartları söz konusudur. Her ne kadar etkin pişmanlık düzenlemesinden yararlanmak zorunlu olmasa da, bu şartları değerlendiren mükellefin, hürriyeti bağlayıcı cezadan kaçınmak adına Anayasa’da kendisine tanınmış olan dava açma hakkından vazgeçme şartıyla karşı karşıya bırakılmasının, iradesini hangi ölçüde etkileyebileceği tartışmaya açıktır.

Öte yandan 7394 sayılı Kanunun 4. maddesindeki “*Tarh edilen vergi ve vergi aslına bağlı olarak kesilen cezanın bulunmadığı durumlarda verilecek ceza yarı oranında indirilir.*” hükmüne bakıldığında, mükellefin ödemesi gereken bir miktarın ve gerçekleştirmesi gereken aktif bir tutumun mevcut olmaması halinde dahi etkin pişmanlıktan yararlanacağı belirtilmektedir.^[33] Bu fıkra VUK 359. maddede yer alan fiiller sonucunda vergi ziyayı sonucunun

[30] Elif Yılmaz Furtuna ve Arzu Laloğlu, “7394 Sayılı Kanun Bağlamında Vergi Kaçakçılığı Suçunda Etkin Pişmanlık Müessesesi Üzerine Bir Değerlendirme,” *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 5, no. 2, (2022): 355 356., Şenyüz, “Uyuşmazlık Çözüm Yolu Olarak Kanun Yolundan Vazgeçme ve Benzer Müesseselerle Karşılaştırılması,” 1463.

[31] Doğan Şenyüz, *Vergi Ceza Hukuku*, 11. baskı, (Bursa: Ekin, 2020), 443.

[32] Şenyüz “Uyuşmazlık Çözüm Yolu Olarak Kanun Yolundan Vazgeçme ve Benzer Müesseselerle Karşılaştırılması,” 1463.

[33] Şenyüz “Uyuşmazlık Çözüm Yolu Olarak Kanun Yolundan Vazgeçme ve Benzer Müesseselerle Karşılaştırılması,” 1463.

ortaya çıkmadığı haller için düzenlenmiştir. Örneğin; sahte belge düzenleyen; fakat kullanmayan mükellefler, vergi ziyayı ortaya çıkarmamaktadır. Bu durumda suç oluşmasına rağmen tarh edilen vergi ve vergi aslına bağlı ceza olmadığından ödenecek tutar olmasa dahi kanunun ilgili maddesine göre mükellefin hapis cezası yine de yarıya inmektedir. Sahte belge düzenleyen mükellef belgeyi kullanmasa da herhangi bir ödeme yapmadan etkin pişmanlıktan faydalandığından dolayı, mükellefler arasında eşitsiz bir hal ortaya çıkmaktadır. Çünkü tarh edilen vergi ve vergi aslına bağlı bir cezanın olmadığı durumda, mükellef etkin pişmanlık göstergesi olarak bir ödeme yapmadan ve idari davasından vazgeçmeden etkin pişmanlıktan yararlanmaktadır. Sahte belge kullanan mükellefin vergi ziyayı yaratması halinde ise mükellefin hem idari davasından vazgeçmesi hem de kanunda belirtilen ödemeyi yapması gerekmektedir. Başka bir ifadeyle, sahte belge düzenleyicisi olan mükellef daha ağır bir suç işlemesine rağmen (Sahte belge düzenleyicisi belge kullanıcısına sahte belge temin etmektedir.) herhangi bir ödeme yapmaksızın müesseseden yararlanma şansı elde etmekte, dolayısıyla etkin pişmanlık sahte belge düzenleyicileri açısından daha avantajlı bir düzenleme olarak görülmektedir. İki durum beraber değerlendirildiğinde sahte belge kullanan kişilerin, suçun oluşması için en temelde sahte belgeyi düzenleyen mükelleflerden daha olumsuz bir konumda yer alması makul görülmemektedir. 7394 Sayılı Kanun'un 4. maddesinin bahse konu fıkrası, etkin pişmanlığın maddi unsurunun sağlanması için ödeme yapma iradesi göstermesi gereken mükellef için eşitliği bozucu ve suç teorisinin tamamlanması adına engelleyici bir durum yaratmaktadır.

Maddi unsurun tamamlanmasından sonra, etkin pişmanlığın manevi unsurunun da sağlanması gerekmektedir. Fakat doktrinde faile ilişkin olarak kabul edilen manevi unsurun “*failin suçtan dolayı pişman olması*”, “*pişmanlığın iradi olması*” ve “*pişmanlığın doğrudan doğruya failden kaynaklanması*”[34] alt şartlarını VUK 359. maddede yer alan etkin pişmanlık düzenlemesi kapsamamaktadır. Öncelikle ilk aranan şart failin suçtan dolayı pişman olmasıdır. Bu pişmanlık, kişinin iç dünyasında cereyan ettiği için somut bir tespiti mümkün olamamaktadır. Bu yüzden failin pişmanlığını gözle görülür bir biçimde dış dünyaya yansıtması gerekmektedir. Söz konusu bu pişmanlığın, gerçekleşmesi beklenen belirli şartlara, durumlara veya pazarlıklara bağlı olmaması aksine failin iç dünyasında yaşadığı buhranın

[34] Gödekli, “Türk Ceza Öğretisi Ve Uygulamasında Etkin Pişmanlık,” 324.

şartsız ve kendiliğinden ortaya çıkması gerekmektedir.^[35] Fakat VUK 359. maddeye getirilen etkin pişmanlık düzenlemesinde manevi unsur şartlarının sağlanmadığı açıkça görülmektedir. Mükellefin, hapis cezası indirimi elde etmesi veya hapis cezasının kaldırılması için idari dava açmaması, açtığı davadan feragat etmesi veya kanun yoluna başvurmaması ve ikinci olarak kanunda belirtilmiş vergi alacağı ve fer'ilerinin idareye ödenmesi gerekmektedir. Ceza yargılamasında etkin pişmanlığa başvurarak elde edeceği kazanım için belirli şartları sağlaması gereken mükellefin iradi bir biçimde pişman olmaması yüksek bir ihtimal taşımaktadır. Sadece hapis cezasından kurtulmak için kanuni şartları yerine getirmeye çalışan bir mükellefin, pişmanlık yaşadığının varsayılması mantıklı olmayacaktır. Ayrıca manevi unsura göre fail, etkin pişmanlık süreci boyunca özgür iradesi ile hareket etmelidir.^[36] Failin özgür iradesinin cebir, tehdit veya hile ile sakatlanmaması ve zorlanmaması gerekmektedir.^[37] Bu şartlar altında mükellefin VUK 359. madde kapsamında özgür iradesinin dış etkenlerce zedelenmemesi gerekse de kanuni düzenlemenin hapis cezası gibi hayati bir konu hakkında sunduğu ön şartlar, etkin pişmanlığa başvurunun gönüllü olmadığını ortaya çıkarmaktadır. Etkin pişmanlık düzenlemesi ihtiyari olsa da mükellef için hayati bir önem taşıyan hapis cezasından kurtulma veya indirim alma düşüncesi, düzenlemenin çok avantajlı olduğunu göstermektedir.^[38] Etkin pişmanlıktan faydalanmak için hem maddi hem de manevi unsurların tamamlanması gerektiğinin kabulünde, VUK 359. maddedeki düzenlemenin ceza hukukunda yer alan etkin pişmanlığı karşılamadığını da söylemek mümkün görünmektedir. Çünkü gönüllü olmayan bir pişmanlıktan yapılan çıkarım, kavramın içinin boşaltılmasına neden olacaktır. Netice itibariyle vergi kaçakçılık suçlarına özel olarak getirilen etkin pişmanlık düzenlemesinin, cezayı kaldıran veya indiren bir neden şeklindeki klasik tanımının ötesinde, vergi yargılamasına ait, şarta bağlı, hapis cezasını indirici veya kaldırıcı etkisi olan bir çözüm yolu olduğu açıktır.

[35] Gödeklî, "Türk Ceza Öğretisi Ve Uygulamasında Etkin Pişmanlık," 327.

[36] Gödeklî, "Türk Ceza Öğretisi Ve Uygulamasında Etkin Pişmanlık," 328.

[37] Gödeklî, "Türk Ceza Öğretisi Ve Uygulamasında Etkin Pişmanlık," 329.

[38] Doğan Şenyüz, "Vergi Kaçakçılığı Suçlarında Etkin Pişmanlık," *Mali Hukuk Dergisi* 18, no. 211, (Temmuz, 2022): 1473.

Her ne kadar her iki düzenlemeye başvuru anındaki mükellef iradesi tartışılrsa da bunu ölçebilecek belirli bir kıstas pozitif hukukta bulunmamaktadır. Bu durum kanun koyucunun VUK 359 ve 379. maddelerde altını çizdiği bir unsur da değildir. Her iki müesseseye başvuru esası, tıpkı diğer idari çözüm yolları gibi ihtiyari olarak kabul görmekte ve kanun gerekçelerinde mükellefin Anayasa ile korunan dava hakkının esas olduğu belirtilmektedir. Fakat seçimlik bir çözüm yolunun tercihine dair temellendirme yapmak, kanun koyucunun mükellef iradesi temelli kanun ihdas etmemesi sebebiyle güçleşmektedir. Bundan dolayı, davadan feragat ön şartlı çözüm yollarının “*iradilik*” esasını daha derinden tartışmak için Türk yargı sisteminde doğrudan yer almayan plea bargaining olarak anılan bir ceza usul kavramına başvurmak yol gösterici olabilecektir. Aynı yargı koluna ait olmasa da kanun yolundan vazgeçme müessesesine ilkesel bir biçimde benzeyen; etkin pişmanlık düzenlemesi ile hem aynı yargı kolunda yer alan hem de taşıdığı unsurların fazlasıyla örtüştüğü plea bargaining’ten yararlanmanın daha etkili olabileceği düşünülmektedir.

III. PLEA BARGAINING

A) GENEL ÇERÇEVE

Plea bargaining, Anglo-Amerikan hukuk sistemine ait bir ceza usul kavramıdır. Bu kavramın Türk hukuk sisteminde birebir karşılığı bulunmamaktadır. Sözlük çevirisi ile iddia veya savunma pazarlığı şeklinde ifade edilen plea bargaining, savcı ile şüpheli arasında gerçekleşen bir pazarlık olduğundan dolayı şüpheli-savcı pazarlığı şeklinde kullanımının daha doğru olduğu düşünülmektedir. Söz konusu kavram, her ne kadar savcı ile şüpheli arasındaki pazarlığı ifade etmek için kullanılsa da; Amerikan yargı sisteminde savcıların hükümete bağlı olarak çalışması sebebiyle, plea bargaining’in bir yargılama kavramı olduğunu söylemek güçtür.^[39] Dava yığılması ve uzun tutukluluk hallerinin önüne geçmek için ortaya atılmış bir kavram olan plea bargaining, özellikle Amerikan hukuk sisteminde sıkça kullanılan bir yol olarak kabul edilmektedir.^[40] Son dönemlerde Kıta Avrupası hukuk sistemi

[39] John H. Langbein, “Understanding the Short History of Plea Bargaining”, *Law and Society Review*, no. 261, (1979): 261.

[40] Cynthia Alkon, “Introducing Plea Bargaining Into Post-Conflict Legal Systems,” *INPROL—International Network to Promote the Rule of Law*, no. 3, (Mart, 2014):4.

içinde de tercih edilmeye başlanmıştır.^[41] Plea bargaining, şüphelinin suç ikrarında bulunarak en temel anayasal hakkı olan dava hakkından vazgeçmesi karşılığında, savcının şüpheliye ceza indirimini veya suç isnadının değişmesi/azaltılması bakımından cazip teklifler sunması anlamına gelmektedir.^[42]

Türk hukuk sisteminde plea bargaining kavramının birebir uygulaması yer almasa da kanun yolundan vazgeçme müessesesinde mükellefin müesseseden kanun yolu hakkından vazgeçmek suretiyle yararlanması noktası ile mükellefin VUK 359. madde kapsamında hapis cezasından indirim almak amacıyla idari davasından feragat etmesi, plea bargaining ile benzeşmektedir. Her ne kadar plea bargaining bir ceza usul kavramı olsa da kanun yolundan vazgeçmede de anayasal bir haktan feragat edilmesi sebebiyle, idari yargı kolundaki bir müesseseyi tahlil ederken farklı bir hukuk sistemi ve yargı koluna ait bir kavramın kullanılması hukuki açıdan fayda sağlayabilecektir. Etkin pişmanlık ise plea bargaining ile aynı yargı kolunda yer almaktadır. Fakat plea bargaining’te şüpheli ceza davasından feragat ederken, etkin pişmanlıkta ceza yargılamasında kazanabileceği avantajlı durum için mükellef idari davasından feragat etmektedir.

Plea bargaining’in gerçekleşmesi için belirli şartların varlığı gerekmektedir. Bunlardan ilki pazarlığın gerçekleşmesi için savcı ve şüphelinin bir masaya oturmasıdır. Karşılıklı tekliflerin ileri sürüleceği bu masada, savcı ile şüpheli arasında sıkı bir pazarlık yaşanabilecektir. Şüpheli hukuki menfaatinin daha sağlıklı bir şekilde korunması ve sürecin düzgün ilerlemesi için mesleki bilgi ve tecrübesine güvendiği avukatı ile bu görüşmeye katılmalıdır.^[43] Özellikle pazarlık esnasında şüphelinin ikileme düştüğü noktalarda avukat bilgisi ile süreci aydınlatmalı, şüpheliye yardımcı olmalıdır. İkinci olarak şüphelinin savcının teklifini kabul ederek plea bargaining’ten yararlanması için suç ikrarında bulunması ve anayasal dava veya kanun yolu hakkından feragat

[41] Ali Emrah Bozbayındır, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında İddia Pazarlığı Kurumu,” *Galatasaray Hukuk Fakültesi Dergisi*, no. 2, (Aralık, 2021): 1450.

[42] Pınar Bacaksız, “İddianame Pazarlığı (Plea Bargaining),” *Ceza Hukuku Dergisi* 3, no. 7, (Ağustos 2008): 153., Bozbayındır, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında İddia Pazarlığı Kurumu,” 1450.

[43] Alkon, “Introducing Plea Bargaining Into Post-Conflict Legal Systems,” 13.

etmesi gerekmektedir.^[44] Bu durum şüphelinin mahkemeye çıkmayacağını kabul ettiği anlamına gelmektedir.

Plea bargaining sağlandıktan sonra imzalanan anlaşma metni (plea agreement), usulen sürecin sağlıklı bir şekilde yürütülüp yürütülmediğinin denetlenmesi amacıyla mahkemenin huzuruna sunulmaktadır.^[45] Mahkeme anlaşma metninin esasına girmeden şekli bir denetim yapmakta ve anlaşmayı onamaktadır.^[46] Bu durum mahkemenin sürece aktif olarak tamamen dâhil olmadığını bir göstergesidir. Plea bargaining'in arka planına bakıldığında, savcının adeta hâkim gibi maddi gerçeğe ulaşmaya çalıştığı ve dolayısıyla hâkimin pasif konumu sebebiyle savcının pazarlıkta daha fazla rolü olduğu açıkça görülmektedir.^[47] Bu durum, mahkemenin önüne gelen anlaşmayı incelerken sadece prosedürü uyguladığını göstermektedir. Nihayetinde hâkim anlaşmayı esasen denetlememekte, aksine usuli bir hata yoksa uygun bulmaktadır.

B) İRADİLİK UNSURUNUN PLEA BARGAINING KAVRAMI ÜZERİNDEN DEĞERLENDİRİLMESİ

Önceki bölümde de belirtildiği üzere, farklı hukuk sistem ve yargı kollarına ait olan bu kavramların karşılaştırılması ilk bakışta bilinen hukuk argümanlarına ters düşecek nitelikte görünmektedir. Fakat ilkesel temelde keşistikleri noktaların özellikle iradilik unsuru için yol gösterici bir rol oynayabileceği düşünülmektedir. Mükellef kanun yolundan vazgeçme ve etkin pişmanlıktan yararlanmak için tıpkı plea bargaining'te olduğu gibi dava hakkından feragat etmekte, mahkemeye çıkmayacağına dair beyanda bulunmaktadır. Başka bir ifadeyle plea bargaining, etkin pişmanlık ve kanun

[44] Thea Johnson, "Lying at Plea-Bargaining", *Georgia State University Law Review*, no. 10, (Haziran, 2021): 10.

[45] Oren Gazal – Ayal ve Limor Riza, "Economic Analysis of Plea-bargaining and Prosecution," *Criminal Law and Economics*, (Haziran, 2009): 26.

[46] Daniel S. Mcconkie, "Judges As Framers Of Plea Bargaining," *Stanford Law And Policy Review* 26, no. 61, (Ocak, 2015): 66.

[47] F. Andrew Hessick III ve Reshma M Saujani, "Plea Bargaining and Convicting the Innocent: the Role of the Prosecutor, the Defense Counsel, and the Judge," *Brigham Young University Journal of Public Law* 16, no. 2, (2002): 231.

yolundan vazgeçmeden faydalanan başvuruçular, en temelde adil yargılanma haklarından vazgeçmiş bulunmaktadır. Adil yargılanma hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 6. maddede içinde barındırdığı alt hakları ile düzenlenmiş temel bir insan hakkı olarak kabul edilmektedir.^[48] İç hukukta da Anayasa 36. maddede “hak arama hürriyeti” başlığı altında “Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.” şeklinde daha genel bir düzenleme yer almaktadır. Kanun koyucu bahse konu maddede, hak arama hürriyetinin tam ve doğru sağlanması için bir araç olan adil yargılanma hakkına atıfta bulunarak çerçeve bir hüküm ihdas etme tercihinde bulunmuştur.^[49]

Her üç müesseseye ilişkin durumda da mahkemeye erişim hakkı ile kanuni, bağımsız ve tarafsız bir mahkemede yargılanma hakkından vazgeçilmektedir.^[50] Bu iki hak, adil yargılanma hakkını oluşturan alt haklardan yalnızca ikisidir.^[51] Fakat bu vazgeçme, önceki bölümde de belirtildiği üzere iç hukukta belirli kriterlere sahip değildir. Bu durumun aksine AİHM adil yargılanma haklarından feragat etmenin şart ve ilkelerini belirlemiştir.^[52] Bu ilkeler iç hukukta bağlayıcı olmasa da iradilik unsurunun tahlili için yarar sağlayabilecektir. AİHM ilk şart olarak adil yargılanma haklarından vazgeçen kişinin, fiilinin sonucunu bilen ve buna katlanabilecek durumda, ayırt etme gücüne sahip olması gerektiğini belirtmektedir.^[53] İkinci olarak, bu vazgeçme gönüllü bir biçimde yapılmalı, üçüncü olarak ise vazgeçme halinde herhangi

[48] Bozbayındır, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında İddia Pazarlığı Kurumu,” 1471.

[49] Nariye Tuğçe Bahadır, “Hak Arama Hürriyeti Perspektifinden Arabuluculuk,” (Yüksek Lisans Tezi, Çankaya Üniversitesi, 2021), 36.

[50] Nazım Taha Koçak ve Recep İbiş, “Vergi Yargılamasında Adil Yargılanma Hakkı,” *Terazi Hukuk Dergisi* 9, no. 98, (Ekim, 2014): 72.

[51] Abdullah Çelik, *Adil Yargılanma Hakkı Rehberi*, 1. baskı (Ankara, Anayasa Mahkemesi, 2014), 29, 52.

[52] Bozbayındır, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında İddia Pazarlığı Kurumu,” 1471.

[53] Bozbayındır, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında İddia Pazarlığı Kurumu,” 1477.

bir kamu menfaati ihlal edilmemelidir.^[54] Temel ilkeler bu şekilde belirlense de AİHM, içtihatları ile adil yargılanma haklarından feragatin çerçevesini plea bargaining odaklı da çizmeye çalışmıştır. Örneğin; plea bargaining'te şüphelinin savcı teklifini kabul edip alacağı indirimli ceza ile savcı teklifini kabul etmeden mahkeme huzuruna çıkması sonucu alacağı ceza arasında çok büyük farklar olması; AİHM'e göre söz konusu vazgeçme iradesini sakatlayıcı bir rol üstlenmektedir.^[55] AİHM, böyle bir durumun önlenmesi adına plea agreement sonrası, şüphelinin gönüllü bir şekilde vazgeçip vazgeçmediğinin ve bu vazgeçmenin sonucunu idrak edip etmediğinin yargısal denetimden geçmesi gerektiğini belirtmektedir.^[56] Bu durum iç hukuktaki idari davadan feragat ön şartlı çözüm yolları için de bir örnek teşkil edebilecektir. Kanun yolundan vazgeçmeye başvuran mükellef ile başvurmayan mükellef arasında nihai aşamada sayısal bir ödeme farkı ortaya çıkacağı açıktır. Keza etkin pişmanlıkta da pişmanlık iradesi göstermeyen kişiler yargılamaya devam edecek; hapis cezasına indirim hakkı kazanamayacaktır. Bu durum plea bargaining'te olduğu gibi her iki yol için de mükellefin özgür iradesini sakatlama ihtimali taşıyabilmektedir. Fakat bu durumu denetlemeye ilişkin iç hukukta hüküm bulunmamaktadır. Plea bargaining'te anlaşma, prosedür gereği mahkemenin huzuruna sunulmaktayken, kanun yolundan vazgeçme müessesesinde başvuru dilekçesi vergi dairesine ibraz edilmektedir. Vergi dairesi, plea bargaining'te mahkemenin üstlendiği şekli denetimi yapmakla mükelleftir. Dilekçe şeklen uygun bulunduktan sonra mahkemeye derhal gönderilmektedir. Bu tebliğ mahkemeye bir bildirim mahiyeti taşımaktadır. Mahkeme huzuruna gelen kanun yolundan vazgeçme dilekçesi ne usul ne de esas bakımından incelenmektedir. Etkin pişmanlıkta da pişmanlıktan yararlanmak için talepte bulunan mükellefin iradesine dair inceleme ceza yargılamasında yapılmamaktadır.

İdari davadan feragat talebini sunan mükellefin özgür iradesi ile müesseselere başvurup başvurmadığının denetlenmemesi kanun koyucu tarafından

[54] Bozbayındır, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında İddia Pazarlığı Kurumu," 1477.

[55] Bozbayındır, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında İddia Pazarlığı Kurumu," 1493.

[56] Bozbayındır, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında İddia Pazarlığı Kurumu," 1469.

göz ardı edilse de hukuken problemlı sonuçlar doğurabilme ihtimali taşımaktadır. Bu durumu plea bargaining ile karşılaştırmak gerekirse, her ne kadar plea agreement'in son aşamada mahkemece uygun bulunması mecburi olsa da; mahkeme, şüphelinin gönüllü bir irade ile pazarlık yapıp yapmadığını araştırmamakta, esasen maddi gerçeği ortaya çıkarma görevinden bir nevi feragat etmektedir. Fakat yine de plea bargaining'te son kararı mahkemenin söylediği açıktır. Plea bargaining'te denetim mekanizması var olsa da savcının teklifini kabul etmeyerek mahkemeye çıkmak isteyen şüphelinin, daha fazla ceza alma ihtimali; şüphelinin gözünü korkutarak teslimiyetçi bir yaklaşım sergilemesine neden olabilecektir.^[57] Mahkeme huzurunda daha fazla ceza alma ihtimali şüpheliyi güvensiz hissettirebilecek ve pazarlık yapmaya itebilecektir.^[58] Bu durum kanun yolundan vazgeçme ve etkin pişmanlıkta da söz konusudur. İç hukukta vergi uyuşmazlığını ortadan kaldıran bu iki düzenleme ihtiyari başvuru yolları olarak sunulmakla birlikte, plea bargaining'te olduğu gibi mükellefin güvensiz hissedebileceği kaygan bir zeminde ilerleyen süreçler barındırmaktadırlar. Özellikle idarenin teklifini, anayasal hakkından vazgeçmek suretiyle kabul eden mükellef, bunu özgür iradesiyle yapıyor gibi görünse de indirimli bir ödeme planı veya hapis cezası indirimi ve/veya hapis cezasının kaldırılması vaatleriyle adeta gönüllü olmaya teşvik edilmektedir.^[59] Kanun yolundan vazgeçmede, ilk derece mahkemesinde açtığı davayı kaybeden mükellef, bir üst derece mahkemesinde de davayı kazanamayacağı fikrine kapılarak, idarenin kendisine sunduğu ödeme planının elindeki son dayanak olduğunu düşünebilecektir. Kaldı ki istinaf veya temyiz başvurusu sonucunda geçebilecek sürenin uzunluğu ve nihai aşamada ödeyeceği miktarın artması ihtimalleri, mükellefin davasını kazanma ihtimali olsa dahi kanun yoluna gitme iradesini kırıcı mahiyettedir.

Etkin pişmanlıkta ise ekonomik kaygıların aksine kişi özgürlüğüne dair kaygılar mevcuttur. 7394 sayılı Kanunla gelen yeni düzenlemeler sayesinde hapis cezası indirimi hatta hapis cezasının kaldırılması ihtimali, düzenlemenin ihtiyari olduğu belirtilse de mükellefi örtülü bir şekilde etkin pişmanlık

[57] Alkon, "Introducing Plea Bargaining Into Post-Conflict Legal Systems," 12.

[58] Hessick III ve Saujani, "Plea Bargaining and Convicting the Innocent: the Role of the Prosecutor, the Defense Counsel, and the Judge," 201.

[59] John H. Langbein, "Torture and Plea-Bargaining," *The University of Chicago Law Review* 46, no. 1, (1978): 14.

iradesi göstermeye zorlamaktadır. İlk bakışta mükellef açısından hürriyeti bağlayıcı cezadan dahi kurtulma imkânı veren bir müessese şeklinde görünse de etkin pişmanlık, sunduğu cazip teklif etkisi ile mükellef iradesini sakatlayıcı bir rol oynayabilecektir. Nitekim rasyonel mükelleflerin kendi hak ve özgürlüklerini düşünmesi gerektiği ön kabulünde her iki düzenlemenin de mükellefler bakımından talep göreceği açıktır. Dolayısıyla, kanun yolundan vazgeçme ve etkin pişmanlığın *uyuşmazlığın her aşamada çözümü, tahsilatın hızlandırılması* gibi nedenlerle mükellefe sunulması; daha az ödeme yapmak için ileride bir ihtimal kazanabileceği kanun yolundan vazgeçen veya hapis cezasından indirim almak için idari davasından feragat ederek vergi aslı ve fer'ilerini ödeyen mükellef için iradilik unsurunu zedelemektedir.^[60] Her iki müessesenin de ön şartlı bir şekilde avantaj sunması, mükellefin özgür iradesine ket vurmaktadır.

Özgür iradenin, salt müesseselerin sunduğu ön koşul ile zedelenmediği, ayrıca bağımsız faktörlerden etkilendiğini de söylemek mümkündür. Kanun yolundan vazgeçme veya etkin pişmanlığa başvuran mükellefin sürecin içinde tek başına olduğunu düşünmek olası görünmemektedir. Uyuşmazlığa konu olan hukuki problemin spesifik bir alana ait olmasından kaynaklı, yargı aşamasında mükellefin mahkemede bir avukat ile temsil edileceği açıktır. Kaldı ki hapis cezası alma ihtimali olan bir müvekkilin ceza yargılamasında avukat ile temsil edilmesi çok daha isabetli olacaktır. Bu durum mükellefin yargı aşamasında her hareketinin avukatın yönlendirmesi ile olacağına delalettir. Mükellefin yargısal veya idari çözüm yollarının her birinde avukatı tarafından bilgilendirilmesi ve temsil edilmesi, mükellefin hak kaybı yaşamaması adına önem teşkil etmektedir.^[61] Kanun yolundan vazgeçme özelinde ilk derece mahkemesinde mükellef aleyhine karar çıktığında, avukat, davanın bir üst derece mahkemesinde kazanılma ihtimali olduğuna veya mükellef lehine karar çıktığında bir üst derece mahkemesinde davanın evleviyetle kazanılacağına yönelik vaatlerde bulunabilme ihtimalleri taşımaktadır. VUK 379/6'taki *"Bu madde uyarınca istinaf ve temyiz yolundan vazgeçilen davaya ilişkin kararlarda hükmedilen yargılama giderleri, avukatlık ücretleri ve fer'ileri karşılık olarak talep edilmez ve bu alacaklar için icra*

[60] Nakibuule Gladys Kisekka, "Plea Bargaining As a Human Rights Question," *Cogent Social Sciences* 6, no. 1, (2020): 10.

[61] Bozbayındır, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında İddia Pazarlığı Kurumu," 1480.

takibi yapılamaz.” düzenleme sebebiyle de avukatların kişisel çıkarlarını korumak adına mükellefi kanun yolundan vazgeçme talebinden vazgeçirmeleri de olasıdır.^[62] Etkin pişmanlıkta ise müvekkilinin belirli bir ödeme yaparak, idari davasından vazgeçmesi şartıyla hapis indirimi alması ihtimali, avukat açısından daha makul görünebilecek; mükellef, vekili tarafından etkin pişmanlığa yönlendirilebilecektir.

C) İDARİ DAVADAN FERAGAT ETME ÖN KOŞULUNA YÖNELİK ELEŞTİRİLER

İç hukukta son dönemde idarenin hızlı tahsilat yapması amacıyla, mükellefin uyuşmazlığını sürdürmeme iradesi göstermek suretiyle, idare ile ortak bir paydada buluşmasını amaçlayan hukuki düzenlemelerin artmış olduğu gözlemlenmektedir. Bu düzenlemeler önceki bölümlerde detaylıca incelenmiştir. Düzenlemelerde açıkça görünen en önemli nokta, hazinenin maddi kayıp yaşamasının önüne geçmek isteyen yasama iradesinin, mükellefin anayasal koruma altında olan hak arama hürriyetini ikinci plana attığıdır. Dava veya kanun yolu hakkının efektif bir biçimde kullanılmasının önüne geçen bu düzenlemeler ihtiyari olsa da müesseselerin sundukları teklifler mükellefe avantajlı seçenekler yaratabilecektir. Hatta mükellefin vergilendirme ile ilgili ödevlerini tam ve zamanında yerine getirmiş olduğu zamanlarda dahi yapılan vergi incelemeleri neticesinde, cezalı vergi tarhiyatı sonucu ile karşılaşması halinde; mükellef haklılığını ispatlamak yerine hürriyeti bağlayıcı ceza ile karşılaşmamak (kaçakçılık fiillerinin isnat edildiği hallerde) veya fazla ödeme yapmamak için bu yolları tercih ederek, anayasal hakkı olan dava açma hakkından vazgeçebilecektir. Kanun yolundan vazgeçme ile etkin pişmanlık düzenlemeleri, mükellefe, tıpkı bahsi geçen plea bargaining’te olduğu gibi belirli ve kesin bir sonuç vadettiği için; uzun, masraflı ve sonucu önceden belirli olmayan yargı yolundan daha mantıklı gelebilecektir.^[63] Bu da müesseseleri kabul etmeye iten bir başka sebeptir. Fakat bu sebep de diğerleri gibi en temelde mükellefin özgür iradesini sarsmaktadır.

İdari davadan vazgeçme koşullu çözüm yollarının uzun vadede hukuki ve sosyolojik problemler ortaya çıkarma ihtimali bulunmaktadır. Bu tür davadan feragat etme şartıyla kabul halleri, yargıyı işlevsiz hale getirebilecek,

[62] Bozdoğanoglu, “Vergi Uyuşmazlıklarında Alternatif Çözüm Yolu Olarak Kanun Yolundan Vazgeçme Uygulamasının İncelenmesi,” 967.

[63] Kisekka, “Plea Bargaining As a Human Rights Question,” 11.

içtihat üretimini engelleyerek hukukun gelişmesini kısıtlayabilecektir.^[64] Rasyonel mükelleflerin daha avantajlı teklifleri kabul etme oranının fazla olduğu düşünülürse; özellikle ceza yargılaması yarıda kalabilecek, davanın bir üst mahkeme tarafından denetlenmesinin önu kapanabilecektir. İdari davadan feragat etmenin sonucu olarak; hukuken hatalı olma ihtimali taşıyan vergilendirme işleminin denetiminin önüne geçilebilecek ve mükellefi hapis cezası ile korkutan bu düzenleme hukuk devletini derinden sarsabilecektir.^[65] Anayasa'nın 125. maddesinde düzenlenen idarenin her türlü eylem ve işlemlerinin denetime tabi olması hükmünün aksinin gerçekleşmesi halinde, hukuk devleti sorgulanır bir hale gelebilecektir. Üç dereceli yargı sisteminde Danıştay veya Yargıtay'ın farklı suç tipleri için üretebileceği içtihatlar, bu tür tahsilatı hızlandırıcı düzenlemeler ile engellenebilecektir. Yürütmenin kısa süre için kazançlı çıkabileceği bu hukuki müesseseler, pozitif hukuka uzun vadede zarar verme potansiyeli taşımaktadır.

İdari davadan feragatin sosyolojik olarak çıkaracağı sorunlar da tahmin edilebilmektedir. Etkin pişmanlık gibi düzenlemeler, devletin seri bir şekilde tahsilat yapmasını sağlasa da vergi kaçaklığı gibi ciddi suçları teşvik edici bir rol de oynamaktadır.^[66] Kaldı ki, hukukun toplumu düzenlemek için kullanılan bir araç olduğu kabul edildiğinde, idarenin alacağını tahsil etmesi, suçun işlenmesi ile bozulan kamu düzenini geri getirmemekte, biri diğerinin telafisi olmamaktadır.^[67] Bu tür düzenlemeler her ne kadar vergi kaçakçılığı suçunu işlemiş veya işlediği iddia edilen mükellefler için

[64] Gregory M. Dyer ve Brendan Judge, "Criminal Defendants' Waiver of the Right to Appeal—An Unacceptable Condition of a Negotiated Sentence or Plea Bargain," *Notre Dame Law Review* 65, no. 4, (1990): 663.

[65] Turgut Candan, "Kaçakçılık Suçunda Ceza İndirimi/Soruşturma ve Kovuşturma Evrelerinde Etkin Pişmanlık," *Düşüncelerim* (blog), 29 Mart 2022, https://turgutcandan.com/2022/03/29/kacakcilik-sucunda-ceza-indirimi-sorusturma-ve-kovusturma-evrelerinde-etkin-pismanlik/#_ftn3.

[66] Suzana Dimic ve Mirjana Dukic, "Tax Fraud and Plea Bargaining," içinde International Scientific Conference "Archibald Reiss Days" Thematic Conference Proceedings Of International Significance, ed. Aleksandar Bošković, Dag Kolarević, Nenad Radović, Saša Milojević, Tanja Kesić ve Radomir Zekavica, (Belgrad, Academy Of Criminalistic And Police Studies, 2017): 65.

[67] Candan, "Kaçakçılık Suçunda Ceza İndirimi/Soruşturma ve Kovuşturma Evrelerinde Etkin Pişmanlık."

avantajlı olarak görünse de uzun vadede sağlanmak istenen vergi ahlakı ve bilincini baltalayıcı bir etkinin olduğu yadsınamamaktadır.^[68] Etkin pişmanlık örneğinde, hapis cezasından kurtulmak isteyen mükellefin ödeme yaparak ceza yargılamasından sıyrılması, diğer mükellefler için problem yaratabilecektir. Vergi kaçakçılığı gibi ciddi bir suç işlenmesine rağmen, ceza yargılamasından ödeme yapması sayesinde avantajlı bir pozisyon elde edebilecek mükellef, diğer mükelleflerin hukuka inancını da sarsabilecektir. Ayrıca etkin pişmanlığın düzenlendiği kanun olan 7394 Sayılı Kanun ile vergi kaçakçılığı suçu fiillerine ilişkin hürriyeti bağlayıcı cezaların üst sınırlarının artırılmasına rağmen; etkin pişmanlık düzenlemesi sonucunda, bu artışın söz konusu suçlara ilişkin herhangi bir caydırıcı etkisinin olmaması sonucu ortaya çıkmıştır. Nitekim etkin pişmanlıktan yararlanan bir mükellefin, CGTİHK hükümleri sonrasında hiç hapis cezası almaması da söz konusu olabilecektir. Böylesi bir imkândan yararlanmak için mükellefin idari dava açma hakkından feragat şartıyla karşı karşıya kalması, feragat müessesesinin hukuki şartlarıyla bağdaşmamaktadır. Kanun yolundan vazgeçmede ise idarenin görünürde daha ekonomik olan ödeme planını kabul eden mükellef dışında kalan mükellefler için de benzer bir durum mevcuttur. Düzenlemelerin vergisini düzenli bir şekilde ödeyen dürüst mükellefler için adaletsiz bir durum doğuracağı da açıktır. Toplumda oluşturulması için uzun yıllardır çaba gösterilen vergi bilinci böyle düzenlemeler neticesinde oransal olarak düşme eğilimi gösterebilecektir.

Vergilendirme işlemlerinin dava edilebilir olmaktan çıkma ihtimalinin yanı sıra her iki düzenleme de temel hak ve özgürlükleri kısıtlayıcı veya engelleyici özelliklere sahiptir. Etkin pişmanlıkta olduğu gibi ceza yargılamasında mükellefe sunulan cazip teklifin, idari yargılama alanına müdahale şartı taşınması, korunan hukuki değerlerin öz bakımından farklı olmasının kanun koyucu tarafından görmezden gelindiğini göstermektedir. Bu durum farklı işlemlere sahip yargı kolları arasında dengesiz bir hal yaratabilecektir.^[69] Hapis indirimini amacıyla, ödeme yapıp idari davadan vazgeçilmesi, hukuk sisteminde karmaşık bir sonuç ortaya çıkarmaktadır. Çünkü ceza yargılamasında alınacak bir indirim için idari davasından vazgeçen mükellef

[68] Suzana Dimic ve Mirjana Dukic, "Tax Fraud and Plea Bargaining," 64.

[69] Bumin Doğrusöz, "Etkin pişmanlığın koşulu da AYM'de," *Yaklaşım Dergisi*, 5 Temmuz 2022. <https://www.dunya.com/kose-yazisi/etkin-pismanligin-kosulu-da-aymde/662850>

örneğinde, Anayasa'nın 36. maddesi açıkça ihlal edilmektedir.^[70] Böyle bir düzenlemenin her ne kadar ihtiyari olduğu söylene dahi hak arama hürriyetini kısıtladığı çok açıktır. Kaldı ki mükellefin kanun yolundan vazgeçme veya etkin pişmanlığa sonuç odaklı yaklaşarak, *iradi* bir tavır sergilemekten uzak olduğu da görülmektedir. Bu yüzden idari davadan feragat etmenin etkin pişmanlık özelinde mükellefin suçu kabul ettiği veya kanun yolundan vazgeçme özelinde bir üst derece mahkemesinde de davayı kaybedeceğini bilerek haksız olduğunu kabul ettiği varsayımları yanlış çıkarımlara neden olmaktadır.^[71] Çünkü mükelleflerin, pragmatik bir yaklaşım sergilemeleri nedeniyle bu müesseseleri tercih ettikleri açıkça anlaşılmaktadır.

[70] Doğan Şenyüz, “Vergi Kaçakçılığı Suçlarında Etkin Pişmanlık,” 1476.

[71] Mustafa Çolak, “Yeniden Karmaşık Hale Gelen Vergi Kaçakçılığı Suçu, Etkin Pişmanlık Hali ve Kanun Yolundan Vazgeçme Durumunda Analizi,” *Yaklaşım Dergisi*, no. 354, (Haziran, 2022): 7.

SONUÇ

Son dönemde idarenin tahsilatının hızlandırılması ve mükellefin yargıya taşıdığı husumetin sürdürülmemesi amaçlarıyla çeşitli kanuni düzenlemeler yapılmıştır. Bu düzenlemeler, mükellefin Anayasa 36. madde ile korunan hak arama hürriyetini zedeleyici düzenlemelerdir. Çünkü mükellefin dava açmaması veya açtığı davadan feragat etmesi şartlarıyla, idarenin sunduğu avantajlı iktisadi ve cezai hallerden yararlanması; temel hak ve özgürlüklerin koruma altında olduğu hukuk devletinin ilkeleri ile bağdaşmamaktadır. Sadece hazineye daha hızlı bir şekilde kazanç sağlama amacıyla yapılan bu düzenlemeler, birçok noktada hak ve menfaat kaybına sebep olma ihtimali taşımaktadır. Kanun yolundan vazgeçme ve etkin pişmanlıktan yararlanmak için, idari davadan feragat eden mükellef, kanunun sunduğu bu şartlı teklifi değerlendirirken özgür iradesi açık bir biçimde sarsılabilecektir. Çünkü her iki düzenlemenin mükellef yararına doğuracağı sonuçlar, yargı yolunu engelleyici ve yargı yolundan vazgeçirici mahiyettedir. Bu durum mükellefin dış etkenlerden bağımsız bir şekilde çözüm yollarına başvurmadığının göstergesidir. Mükellef iradesinin sakatlandığı her iki çözüm yolunda da, mükellefin anayasal hakkını kullanması ihtimalinde üst sınırdan hapis cezası alacağı, hapis cezasının devam edeceği veya davasına devam ederse daha fazla ödeme yapabileceği gibi sadece ekonomik veya cezai yaptırım temelli sonuçlara varılmaması gerekmektedir. Ekonomik veya cezai yönden görece daha ağır bir yaptırıma uğrama ihtimali, mükellefi endişeyle söz konusu müesseselere yönlendirebilecektir. Fakat bu durumun ötesinde olaya sadece ekonomik veya cezai yönden bakmak, durumu tek taraflı ele alma sebebiyle temel hak ve özgürlüklerin zedelendiğinin üstünü örtebilecektir. Kısa vadede sadece ödeme veya hapis cezası başlıkları üzerinden bir tartışma ilerlese de bu noktada altı çizilmesi gereken asıl kısım, belirli vaatler karşılığında mükelleflerin anayasal güvenceye tabi hak arama hürriyetinden vazgeçiyor olmasıdır.

Mükellef iradesinin kısıtlanmasının haricinde feragat ön koşullu uyuşmazlık çözüm yolları içtihat üretimini engelleyebilecek, vergilendirme işlemlerini yargı denetimi dışında bırakabilecek, mükellefler arası adaleti ve eşitliği temelden sarsabilecektir. Özellikle vergisini düzenli bir şekilde veren dürüst mükellefler nazarında, adaletin sağlanmasının ötesinde adaletin sağlandığının görünürlüğü de kaybolacaktır. Her iki düzenlemeden faydalanacak mükelleflerde her şekilde avantajlı bir sonuca ulaşma fikri

oluşabilecek, vergi kaçaklığını teşvik edici bu düzenlemeler cezasızlık kültürüne yol açabilecektir. Bu da oluşması istenen vergi bilinci ve vergi ahlakı gibi kavramları geri plana atabilecektir. Hem sosyolojik hem de ekonomik yönden uzun vadeli olumsuz sonuçlar yaratabilecek bu düzenlemelerdeki feragat ön koşullu başvuru hükümlerinin, sadece tahsilat odaklı düşünülerek pozitif hukukta uygulanması hukuk devleti ilkesine ters düşebilecektir. Her ne kadar hak arama hürriyeti anayasal koruma altında olsa da mükelleflerin çözüm yollarından faydalanmak amacıyla sözde iradi bir biçimde bu yollara başvuracağı açıktır. Fakat bu iradiliğe dair bir kontrol mekanizmasının olmaması, mükellefin hak arama hürriyetini sarsıcı mahiyettedir. Bu yüzden her iki çözüm yolundan faydalanmak için, feragatin bir ön koşul olmaktan çıkarılmasının; temel hak ve özgürlüklerin korunması bakımından daha isabetli olacağı düşünülmektedir. Bu tip çözüm yollarından faydalanmak için feragatin bir ön koşul olarak sunulması halinde ise tıpkı plea bargaining'te olduğu gibi mükellefin, idari davasından feragat etme iradesinin son aşamada mahkemeye sunulması; yargılamanın devamlılığı adına daha uygun ve mükellefin temel hak ve özgürlükleri için de daha koruyucu bir uygulama olabilecektir.

KAYNAKÇA

- Alkon, Cynthia. "Introducing Plea Bargaining Into Post-Conflict Legal Systems." *INPROL—International Network to Promote the Rule of Law*, no. 3, (Mart, 2014): 1-34.
- Bacaksız, Pınar. "İddianame Pazarlığı (Plea Bargaining)." *Ceza Hukuku Dergisi* 3, no. 7, (Ağustos 2008): 151-170.
- Bahadır, N. Tuğçe. "Hak Arama Hürriyeti Perspektifinden Arabuluculuk." Yüksek lisans tezi, Çankaya Üniversitesi, 2021.
- Bozbayındır, Ali Emrah. "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında İddia Pazarlığı Kurumu." *Galatasaray Hukuk Fakültesi Dergisi*, no. 2, (Aralık, 2021): 1447-1511.
- Bozdoğanoglu, Burçin. "Vergi Uyuşmazlıklarında Alternatif Çözüm Yolu Olarak Kanun Yolundan Vazgeçme Uygulamasının İncelenmesi." *Mali Hukuk Dergisi* 17, no. 196 (Nisan, 2021): 951-976.
- Candan, Turgut. *Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu*, 8. Baskı. Ankara: Yetkin, 2020.
- Candan, Turgut. "Kaçakçılık Suçunda Ceza İndirimi/Soruşturma ve Kovuşturma Evrelerinde Etkin Pişmanlık," *Düşüncelerim* (blog). 29 Mart 2022. https://turgutcandan.com/2022/03/29/kacakcilik-sucunda-ceza-indirimi-sorusturma-ve-kovusturma-evrelerinde-etkin-pismanlik/#_ftn3.
- Çelik, Abdullah. *Adil Yargılanma Hakkı Rehberi*. 1. Baskı. Ankara, Anayasa Mahkemesi, 2014.
- Çolak, Mustafa. "Yeniden Karmaşık Hale Gelen Vergi Kaçakçılığı Suçu, Etkin Pişmanlık Hali ve Kanun Yolundan Vazgeçme Durumunda Analizi." *Yaklaşım Dergisi*, no. 354, (Haziran, 2022): 1-8.
- Dimic, Suzana ve Mirjana Dukic. "Tax Fraud and Plea Bargaining." içinde *International Scientific Conference Archibald Reiss Days Thematic Conference Proceedings Of International Significance*, Editörler Aleksandar Bošković, Dag Kolarević, Nenad Radović, Saša Milojević, Tanja Kesić ve Radomir Zekavica, 57-67. Belgrad: Academy Of Criminalistic And Police Studies, 2017.

- Dyer, Gregory M. ve Brendan Judge. “Criminal Defendants Waiver of the Right to Appeal—An Unacceptable Condition of a Negotiated Sentence or Plea Bargain.” *Notre Dame Law Review* 65, no. 4, (1990): 649-670.
- Doğrusöz, Bumin. “Etkin pişmanlığın koşulu da AYM’de,” *Dünya*, 5 Temmuz 2022. <https://www.dunya.com/kose-yazisi/etkin-pismanligin-kosulu-da-aymde/662850>
- Gazal – Ayal, Oren ve Riza Limor. “Economic Analysis of Plea-bargaining and Prosecution.” *Criminal Law and Economics*, (Haziran, 2009): 1-41.
- Gödekli, Mehmet. “Türk Ceza Öğretisi Ve Uygulamasında Etkin Pişmanlık.” *TAAD* 7, no. 29 (Ocak, 2017): 277-360.
- Gözübüyük, Şeref. *Yönetmelik Yargı*, 37. Baskı. Ankara, Turhan, 2020.
- Gülçiçek, Bayram. “Vergi Borçlarında Sürekli Yapılandırma Kanun Yolundan Vazgeçme Müessesesi.” *Vergi Raporu* 28, no. 248 (Kasım 2020): 175-185.
- Hessick III, F. Andrew ve Reshma M Saujani. “Plea Bargaining and Convicting the Innocent: the Role of the Prosecutor, the Defense Counsel, and the Judge.” *Brigham Young University Journal of Public Law* 16, no. 2, (2002): 189-242.
- Johnson, Thea. “Lying at Plea-Bargaining.” *Georgia State University Law Review*, no. 10, (Haziran, 2021): 1-53.
- Kağıtçıoğlu, Mutlu. “Vergi Ve Diğer Kamu Alacaklarının Yeniden Yapılandırılmasındaki Davadan Vazgeçme Şartı Üzerine Düşünceler.” *LHD* 17, no. 195 (2019): 1091-1122.
- Kaplan, Gürsel. *İdari Yargılama Hukuku*, 7. Baskı. Bursa, Ekin, 2020.
- Kisekka, Nakibuule Gladys. “Plea Bargaining As a Human Rights Question.” *Cogent Social Sciences* 6, no. 1, (2020): 1-29.
- Koçak, N. Taha ve Recep İbiş. “Vergi Yargılamasında Adil Yargılanma Hakkı.” *Terazi Hukuk Dergisi* 9, no. 98, (Ekim, 2014): 69-77.
- Kuru, Baki. *Medeni Usul Hukuku El Kitabı I*, 1. Baskı. Ankara: Yetkin, 2020.

- Kuru, Baki. *Medeni Usul Hukuku El Kitabı II*, 1. Baskı. Ankara: Yetkin, 2020.
- Langbein, John H. "Understanding the Short History of Plea Bargaining." *Law and Society Review*, no. 261, (1979): 261-272.
- Langbein, John H. "Torture and Plea-Bargaining." *The University of Chicago Law Review* 46, no. 1, (1978): 3-22.
- McConkie, Daniel S. "Judges As Framers Of Plea Bargaining." *Stanford Law And Policy Review* 26, no. 61, (Ocak, 2015): 61-118.
- Özmumcu, Seda. "Davanın Açılmasına Bağlı Hukuki Sonuçların Davanın Açılmamış Sayılması Halinde Değerlendirilmesi." *İÜHFMLXX*, no. 2 (2012): 183-206.
- Pekcanitez, Hakan, Muhammet Özekes, Mine Akkan ve Hülya Taş Korkmaz. *Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku*, 15. Baskı. İstanbul, On İki Levha, 2017.
- Şenyüz, Doğan. "Uyuşmazlık Çözüm Yolu Olarak Kanun Yolundan Vazgeçme ve Benzer Müesseselerle Karşılaştırılması." *Mali Hukuk Dergisi* 16, no. 185 (Mayıs, 2020): 1165-1198.
- Şenyüz, Doğan. *Vergi Ceza Hukuku*, 11. Baskı. Bursa: Ekin, 2020.
- Şenyüz, Doğan. "Vergi Kaçakçılığı Suçlarında Etkin Pişmanlık," *Mali Hukuk Dergisi* 18, no. 211, (Temmuz, 2022): 1457-1488.
- Tanrıver, Süha. *Medeni Usul Hukuku Cilt I*, 3. Baskı. Ankara: Yetkin, 2020.
- Yılmaz Furtuna, Elif ve Arzu Laloğlu. "7394 Sayılı Kanun Bağlamında Vergi Kaçakçılığı Suçunda Etkin Pişmanlık Müessesesi Üzerine Bir Değerlendirme." *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 5, no. 2, (2022): 347-372.

Seçimlerin Ertenilmesi

Tolga ŞİRİN*

Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK-ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.

* Doç. Dr., Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı, tolgasirin@gmail.com, **ORCID ID:** 0000-0002-7172-5426

Makale geliş tarihi: 27 Şubat 2023 **Makale kabul tarihi:** 11 Nisan 2023

Atf önerisi: Şirin, Tolga. "Seçimlerin Ertenilmesi." *Ankara Barosu Dergisi* 81, no. 2 (Nisan 2023): 211-252. **DOI:** 10.30915/abd.1288776

SEÇİMLERİN ERTELENMESİ

ÖZ

Bu makalede Anayasa'nın 78'inci maddesinde düzenlenen "Seçimlerin Geriye Bırakılması" kurumu incelenmiştir. İncelemenin birinci başlığında konu, karşılaştırmalı anayasa hukuku yönünden ele alınmıştır. Buna göre "yasaklama modelleri" ve "takdir modelleri" biçiminde iki kategori bulgulanmıştır. İkinci kategori Türkiye'ye daha uygundur. Bu kararların nitelikli çoğunlukla alındığı örnekler esin kaynağı olacak niteliktedir. İkinci başlıkta konu, kurucu iktidar tutanakları yönünden ele alınmıştır. Bu kaynaktan bulgularan şey, kurucu iktidarın, savaş dışındaki erteleme nedenlerine bilerek ve isteyerek yer vermediğidir. Üçüncü başlıkta konu, Yüksek Seçim Kurulu ve Anayasa Mahkemesi kararları ışığında ele alınmıştır. Bu kaynaktan çıkarılan sonuç, söz konusu içtihatların güncel duruma örnek olamayacağıdır. Dördüncü başlıkta konu, olası sorunlar yönünden incelenmiştir. Bu inceleme sonucunda Anayasa'da bazı değişikliklere gidilmesi gerektiği kanaatine varılmıştır.

Anahtar kelimeler:

Seçimlerin ertelenmesi

seçimlerin geriye bırakılması

Yüksek Seçim Kurulu

olağanüstü hâl

anayasa yargısı

POSTPONING THE ELECTIONS

ABSTRACT

This article examines the institution of ‘postponing the elections’ regulated in Article 78 of the Constitution. In the first chapter, the subject is discussed under comparative constitutional law. Accordingly, two categories are identified as “prohibition models” and “appreciation models”. The second category is more suitable, and the examples involving qualified majority clauses are inspiring for Turkey. In the second chapter, the subject is discussed under the preparatory works. What is found from this source is that the constituent power did not deliberately and willingly give place in the Constitution to the reasons for postponement other than a state of war. In the third chapter, the subject is discussed in light of the decisions of the High Election Board and the Constitutional Court. The conclusion drawn from this source is that the former case law in question cannot be a precedent of the current situation. In the fourth chapter, the subject is examined from the point of future-possible problems. As a result of this examination, it is concluded that some amendments should be made to the Constitution.

Keywords:

Postponement of the Elections

Postponing the Elections

Supreme Election Board

State of Emergency

Constitutional Review

GİRİŞ

1982 Anayasası'nın (2017 yılından beri) tasarımı, milletvekilliği ve cumhurbaşkanlığı seçimlerinin her hâlükârda aynı zamanda yapılmasıdır.^[1] Bu seçimler prensip itibarıyla beş yıllık sürelerle yapılır.^[2] Bunların daha erkene alınması, bir Cumhurbaşkanı kararıyla veya Türkiye Büyük Millet Meclisinin (TBMM) üye tam sayısının beşte üçünün alacağı bir kararla mümkündür.

Seçimlerin zamanı iki olasılıkta daha değişebilir. Bu olasılıklar tek bir maddede toplanmıştır. Anayasa'nın "Seçimlerin Geriye Bırakılması ve Ara Seçimler" başlıklı 78'nci maddesine göre:

"Savaş sebebiyle yeni seçimlerin yapılmasına imkân görülmezse, Türkiye Büyük Millet Meclisi, seçimlerin bir yıl geriye bırakılmasına karar verebilir.

Geri bırakma sebebi ortadan kalkmamışsa, erteleme kararındaki usule göre bu işlem tekrarlanabilir.

Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeliklerinde boşalma olması halinde, ara seçime gidilir. Ara seçim, her seçim döneminde bir defa yapılır ve genel seçimden otuz ay geçmedikçe ara seçime gidilemez. Ancak, boşalan üyeliklerin sayısı, üye tamsayısının yüzde beşini bulduğu hallerde, ara seçimlerinin üç ay içinde yapılmasına karar verilir.

Genel seçimlere bir yıl kala, ara seçimi yapılamaz.

Yukarıda yazılı hallerden ayrı olarak, bir ilin veya seçim çevresinin, Türkiye Büyük Millet Meclisinde üyesinin kalmaması halinde, boşalmayı takip eden doksan günden sonraki ilk Pazar günü ara seçim yapılır. Bu fıkra gereği yapılacak seçimlerde Anayasanın 127 nci maddesinin üçüncü fıkrası hükmü uygulanmaz."

Bu maddenin ilk iki fıkrası seçimlerin geriye bırakılmasını düzenler. Bu hükümde yer alan "geri bırakılması" ifadesindeki "geri" kavramı "geçmiş,

[1] Bu çalışmada da özel bir neden bulunmadıkça seçim kavramı milletvekili ve Cumhurbaşkanlığı seçimleri için kullanılacaktır. Mahalli idari seçimlerin durumu, çalışma açısından talidir.

[2] Anayasa (m. 127/3) mahalli idarelerin seçimlerinin de beş yılda bir yapılması gerektiğini öngörmüştür. Fakat bu seçimin zamanı, her hâlükârda birlikte yapılacak olan Cumhurbaşkanlığı ve Milletvekilliği seçimlerinden farklı olabilmektedir.

mazi” anlamıyla değil, “son, sonuç” anlamıyla kullanılmıştır.^[3] Kastettiği şey “savaş durumunun sonu”dur. Devam eden cümlede de “erteleme kararı” dendiği için madde başlığı ve içerik itibarıyla hüküm, seçimlerin ertelenmesi kurumunu (bundan sonra kurum “seçimlerin ertelenmesi” diye anılacaktır) düzenlemektedir.

Maddenin son üç fıkrası ara seçimlerle ilgilidir. Ara seçim, Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeliklerinde boşalmaların doldurulması için yapılan seçimlerdir.

Ara seçim kurumu, çeşitli çalışmalara^[4] doğrudan konu olmuşsa da, seçimlerin geriye bırakılması kurumu öğretilde dolaylı olarak ele alınmış bir meseledir.^[5] Elinizdeki çalışmanın amacı, seçimlerin geriye bırakılması kurumunu incelemektir. Bu amaçla, tutanaklar, içtihatlar ve öğretici görüşleri incelenecek ve tespit edilen olası sorunlara yanıt aranacaktır. Karşılaştırmalı

[3] Türk Dil Kurumunun sözlükleri için bkz. <https://sozluk.gov.tr>

[4] Örn. bkz. Hikmet Sami Türk, “Açık Parlamento Üyeliklerinin Ara Seçimleri Yoluyla ya da Yedeklerle Doldurulması,” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 38, no. 1-2, 1981: 3-52; Erdal Onar ve Levent Gönenç, “1982 Anayasası’na Göre Ara Seçim,” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 51, no. 4, 2002: 1-40; Erdal Onar ve Levent Gönenç, “1982 Anayasası’nın Ara Seçime İlişkin 78. Maddesine 2002 Yılında Eklenen Fıkra Üzerine Düşünceler,” *Prof. Dr. Tunçer Karamustafaoğlu’na Armağan*, (Ankara: Adalet Yay., 2010).

[5] Örn. bkz. Levent Gönenç, *Türkiye’de Seçim Uyuşmazlıkları ve Çözüm Yolları*, (Adalet Yay., 2008): 58-61; Tolga Şirin, “Tehlikeli Salgın Hastalıklarla Anayasal Mücadeleye Giriş,” *Anayasa Hukuku Dergisi* 9, no. 17, 2020: 43-146; Feyzan Olgunsoy, “Tehlikeli Salgın Hastalıklar Nedeniyle Seçimlerin Ertenilmesi,” *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi* 10, no. 2, 2020: 584-637. Ayrıca KKTC bağlamında bkz. Demet Çelik Ulusoy, “Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti’nde Cumhurbaşkanlığı Seçimlerinin Ertenilmesi ve Cumhurbaşkanının Görev Devamına İlişkin Parlamento Kararının Yarattığı Anayasal Sorunlar,” *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 22, no. 2, 2020: 577-632. Bu konudaki dolaylı karar için bkz. A/M, No. 5/2020, D. No. 3/2020, Kt. 30/06/2020. KKTC AYM’si yakın zaman önce yerel seçimlerin ertelenmesiyle ilgili bir kararında “Cumhuriyet Meclisinin yasa yaparak yerel yöneticilerin görev sürelerini uzatma yetkisi olduğunu söylemek mümkün değildir” diyerek bu konuda bir iptal kararı vermiştir. Bkz. A/M, No. 9/2022, D. No. 5/2022, Kt. 07/09/2022. KKTC Anayasa hukukuna dönük ayrıntılı bilgi için bkz. Fazıl Sağlam, *Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Anayasa Hukuku Dersleri*, (Lefkoşa: Yakın Doğu Üniversitesi Yay., 2016).

anayasa hukuku da bu yanıt arama sürecinde bir diğer kaynak olarak kullanılacaktır. Çalışma, bu kaynakları gözeterek başlıklarla ilerleyecek, nihayet son başlıkta ise olasılıkların üzerinde durulacaktır.

I. KARŞILAŞTIRMALI ANAYASA HUKUKUNDA SEÇİMLERİN ERTELENMESİ

Seçimlerin ertelenmesi, anayasalarda sık karşılaşılan bir konudur.^[6] Bu konuda herhangi bir hükme yer vermeyip sessiz kalan ve konuyu yasama organının takdirine bırakan anayasalar da yok değildir. Fakat özellikle COVID-19 pandemisiyle birlikte bu “anayasal sessizlik” dikkat çekmiş ve pandemi sırasında seçimlerin ertelenmesinin mümkünlüğü tüm dünyada tartışılmaya başlanmıştır.^[7]

Anayasaların dikkate değer çoğunluğunda konu özel olarak düzenlenmiştir. Bu anayasalardaki düzenleme biçimlerine baktığımızda, bazılarında konunun yasaklama yoluyla, diğer bazılarında ise takdire bırakma biçiminde ele alındığını görüyoruz.

A) YASAKLAMA MODELLERİ

Seçimlerin ertelenmesine yasaklama yoluyla yer veren anayasalarda yasaklı dönem genellikle “savaş hâli” olmaktadır.

[6] Bu metinde, özel olarak atıf yapılmadıkça, karşılaştırmalı anayasa hukukçuları Zachary Elkins, Tom Ginsburg ve James Melton’un hazırladığı veri tabanı kullanılacaktır. Bkz. <http://www.constituteproject.org> (Erişim Tarihi: 17 Şubat 2022).

[7] Bu konudaki raporlar için bkz. <https://www.idea.int> (Erişim Tarihi: 17 Şubat 2022). Pandemi sırasındaki seçimler için bkz. <https://www.coe.int/en/web/electoral-assistance/elecdata-covid-impact> (Erişim Tarihi: 17 Şubat 2022). Bu çalışmada pandemi dönemindeki uygulamaların üzerinde özel olarak durulmamaktadır. Bkz. Toby S. James ve Sead Alihodzic, “When Is It Democratic to Postpone an Election? Elections During Natural Disasters, COVID-19, and Emergency Situations,” *Election Law Journal* 19, no. 3, 2020: 1-19. Deprem özelinde ise özellikle ampirik deneyimler yönünden bkz. Akira Kotaki ve Fumio Takeda, “Study on Disaster Emergency Provisions in the Constitution of Japan as a Measure Against Huge Disasters – A Discussion Based on Initial and Emergency Responses to the Great East Japan Earthquake,” *Journal of Disaster Research* 13, no. 2, 2018: 367-379.

1949 tarihli Almanya Anayasası (md. 115h) bu bağlamda öncü metinlerden biri sayılabilir^[8]. Bu ülkedeki modele nispeten benzer biçimde 1995 tarihli Azerbaycan (md. 84), 1992 tarihli Estonya (md. 131), 1993 tarihli Kamboçya^[9] (md. 86), 2007 tarihli Karadağ (md. 84, 97), 1992 tarihli Litvanya (md. 143), 2006 tarihli Sırbistan (md. 116), 1991 tarihli Slovenya (md. 81 ve 103) ve 1995 tarihli Yunanistan (md. 30) anayasalarında savaş hâlinin bulunması, seçim döneminin kendiliğinden uzamasına neden olmaktadır. Bu modelde genelde anayasa, seçimin ne zaman yapılacağını, açıkça bir süre vererek bizzat düzenlemektedir. Almanya'da seçimlerin, savunma savaşının sona ermesinden sonra (Cumhurbaşkanlığı için dokuz ay, yasama için altı ay sonra) yapılması öngörülmüştür. Bu süre Azerbaycan'da "savaşın sonuna" bırakılmıştır. Ertelemeyi gerektiren koşulun ortadan kalkmasından sonra seçim için öngörülen azami süreler, Slovenya'da altı ay; Estonya, Litvanya ve Sırbistan'da üç ay; Karadağ'da doksan gün ve Ermenistan'da kırk gün olarak öngörülmüştür. Yunanistan Anayasası ise bir süreye yer vermemiştir.

Söz konusu kategoride yasaklamayı, savaşın yanı sıra olağanüstü hâlde özgüleyen anayasalar da vardır. Örneğin Estonya, Karadağ, Sırbistan ve Slovenya anayasaları için durum böyledir. 1996 tarihli Ukrayna Anayasası (md. 83) ise yasaklamayı sadece olağanüstü hâl ve sıkıyönetime özgülemiştir. Benzer bir nedene bağlılık içeren 1998 tarihli Arnavutluk Anayasası (md. 170) ise kendine özgü bir kademelendirme getirir:

[8] Almanya'da hüküm "Federal Meclis ve eyalet meclislerinin savunma hali sırasında dolan seçim süreleri, savunma halinin bitiminden altı ay sonra sona erer. Federal Cumhurbaşkanının görev süresi savunma hali sırasında usulen bitiyorsa veya Federal Cumhurbaşkanının görevi savunma hali sırasında Federal Konsey Başkanına geçmişse, işbu görev savaş halinin bitiminden dokuz ay sonra sona erer. Savunma hali sırasında görev süresini dolduran bir Federal Anayasa Mahkemesi üyesinin görev süresi, savunma halinin bitiminden altı ay sonra sona erer." biçiminde düzenlenmiştir. Bu maddedeki "savunma hâli" ifadesi, Almanya'nın tarihsel arka planı uyarınca saldırı savaşı yasağına özgü bir vurgudur. Almanya'nın bu kendine özgü durumu "pasifist anayasa" olmasından ileri gelir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Mert Duygun, "Karşılaştırmalı Hukukta Pasifist Anayasa Anlayışı," *Anayasa Hukuku Dergisi* 7, no. 14, 2018: 423-456.

[9] Hüküm "işgal koşullarında" diye ifade edilmiştir.

“Olağanüstü tedbirlerin uygulanma döneminde yerel yönetim organları için seçim yapılamaz, referandum yapılamaz ve yeni Cumhurbaşkanı seçilemez. Mahalli idare organları için seçimler, ancak olağanüstü tedbirlerin uygulanmadığı yerlerde yapılabilir.”

B) TAKDİR MODELLERİ

Seçimlerin ertelenmesini öngören anayasaların çoğunda bu konu, kategorik bir yasaklama biçiminde değil, takdiri bir mesele şeklinde görünür olmaktadır. Bunun en sade şekli, 1947 tarihli İtalya Anayasası'nda (md. 60) somutlaşmıştır:

“Her bir Meclisin görev süresi, kanunla ve yalnızca savaş durumunda uzatılabilir.”

Bu model içinde sayılabileceğimiz örneklerde de ertelemenin savaşa bağlı kılınması yaygındır. 1972 tarihli Bangladeş (72), 1994 tarihli Beyaz Rusya (md. 93), 1966 tarihli Barbados (md. 61), 1981 tarihli Belize (md. 84), 1993 tarihli Kamboçya (md. 78, 86), 1993 tarihli Çekya (md. 10), 1978 tarihli Dominika (md. 54), 1992 tarihli Gana (md. 113), 1982 tarihli Kanada^[10] (md. 4), 2010 tarihli Kenya (md. 102), 1962 tarihli Kuveyt (md. 83), 1991 tarihli Lao Halk Cumhuriyeti (md. 54), 1994 tarihli Moldova (md. 63), 1991 tarihli Romanya (md. 63 ve 83) anayasalarında, seçimlerin savaş durumunda ertelenmesi olanağı tanınmıştır.

Seçimi erteleme konusundaki takdiri, savaşın dışındaki nedenler için öngören anayasalar da vardır. Bu nedenler “ciddi bir kriz durumu”^[11] “seçim yapılamayan diğer özel durumlar”^[12], “istisnai koşullar”^[13], “ulusal felaket”^[14],

[10] Burada, anayasa kavramı ile 1982 tarihli *Constitutional Act* kastedilmektedir.

[11] Örn. 1972 tarihli Kamerun AY, m. 15),

[12] Örn. 1991 tarihli Lao Halk Cumhuriyeti AY, m. 54, 1993 tarihli Kamboçya AY, m. 78.

[13] Örn. 1982 tarihli Çin Halk Cumhuriyeti AY, m. 60, 2019 tarihli Küba AY, m. 105.

[14] Örn. 1994 tarihli Moldova AY, m. 63.

“afet”^[15] “doğal afet veya yerel güvenlik durumu” (2008 tarihli Myanmar AY, md. 399) ve “olağanüstü hâl”^[16] gibi nedenlerle ifade edilmiştir.

Takdirin kim tarafından kullanılacağı konusunda ise doğal olarak baskın eğilim, yasama organındadır. Yasamaya bu yetkiyi tanıyan anayasalar, bu yetkinin kullanılması için genellikle üçte ikiyi bulan (örn. Çin, Eritre, Gana, Kanada, Kenya, Küba, Kanada, Macaristan, Slovenya) nitelikli çoğunluk şartı da getirmişlerdir.

Erteleme konusundaki takdir, genellikle meclislere bırakılmaktadır. Fakat bu yetkiyi, başvuru üzerine Anayasa Mahkemesine (Azerbaycan), diğer organlarla istişare ettikten sonra Cumhurbaşkanına (1972 tarihli Kamerun AY md. 15), Kral’ın talebi üzerine Meclis’e (1993 tarihli Kamboçya md. 78), bizzat Kral’a (2002 tarihli Bahreyn AY md. 64, 1952 tarihli Ürdün AY md. 68) tanıyan örneklerle de karşılaşmaktayız.

Anayasa’nın sessiz kaldığı yerlerde (örn. 1972 tarihli Güney Kore) riskli bir durum oluşabilmekte ve bu yetki doğrudan devlet başkanına tanınabilmektedir.^[17]

Öte yandan, ertelemenin nasıl bir normla yapılacağı çok açık olmasa da ana prensip, bunun kanunla yapılmasıdır. Ertelemenin bir organik kanunla (örn. Beyaz Rusya, Moldova, Romanya) veya bir kararnameyle (Bangladeş) yapılmasını açıkça öngören anayasalar da vardır.

Takdire bağlı erteleme için azami süreler genellikle (örn. Barbados, Belize, Kamboçya ve Gana anayasaları) on iki aydır. Kimi anayasalar azami süreyi, erteleme nedeninin kalkmasına bağlamaktadır. Bunlar, nedenin ortadan kalkmasından sonra üç ay (örn. Sırbistan Anayasası) ila altı ay (örn. Hindistan Anayasası) civarında seyretmektedir.

[15] Örn. 1991 tarihli Romanya AY m. 63.

[16] Örn. 1997 tarihli Eritre AY m. 31, 1992 tarihli Estonya AY m. 131, 1994 tarihli Etiyopya AY m. 79, 1949 tarihli Hindistan AY m. 83, 2007 tarihli Karadağ AY m. 84, 2008 tarihli Kosova AY, m. 66, 1991 tarihli Romanya AY m. 63 ve 83, 2006 tarihli Sırbistan AY m. 116, 1996 tarihli Ukrayna AY m. 83

[17] Örn bkz. “Republic of Public Korea Official Election Act 1994,” Election Access. <http://www.electionaccess.org/en/resources/countries/KR/145/> (Erişim Tarihi: 17 Şubat 2023).

C) ARA DEĞERLENDİRME

Bu hükümler bize seçimlerin ertelenmesi konusunda iki kategorinin olduğunu gösteriyor. Bu kategorileri, öncü ülkeleri dikkate alarak sırasıyla “Alman Modeli” ve “İtalyan Modeli” diye nitelendirebiliriz.

Belli zamanlarda seçim yapılmasını yasaklayan Alman (yasaklama) modeli, böyle zamanlarda seçim yapılması olasılığını tamamen dışladığı için gereğinden çok katıdır. Gerçi ülkenin örneğin işgal altında olması, o ülkede seçimin sağlıklı yapılmayacağı konusunda bir karine sayılabilir fakat yine de her somut olayın koşullarına göre bir değerlendirme payı bırakılmasında yarar vardır. Dahası, bir savaş ilanı, bazen ülkenin dışında (örn. Türkiye'nin Kore Savaşı'nın parçası olması gibi) gerçekleşebilir. Böylesi bir durumda seçimin ertelenmesi, demokrasi ilkesini geriye götürür. Dolayısıyla bu modelde eleştirilebilecek yönler çoğunluktadır.

İtalyan (takdir) modeli, daha esnektir. Bu modellerin içindeki iki öge özellikle dikkat çeker. Bunlardan biri, erteleme kararının nitelikli çoğunlukla (organik kanunla) yapılmasının zorunlu sayılması; diğeri ise erteleme nedeninin ortadan kalkmasından itibaren azami bir süre öngörülmesidir.

Söz konusu deneyimler içinde özellikle nitelikli çoğunluk koşulu, büyük bir esin kaynağı sayılabilir. Zira seçimleri erteleme veya yaptırmama, yani daha doğrudan deyişle sandığı seçmenden kaçırma, eğer koşulları yoksa, “darbe” sayılabilecek bir eylemdir. Böylesi riskli bir tasarruf için, Anayasa değişikliğinin gerektirdiği nisabın dahi altında bir nisap öngörülmesi büyük bir risktir. Bu, savaş veya OHÂL ilanı gibi özgün bir hukuk rejiminin devreye gireceği, icabında kimi anayasal hükümlerin yok sayılacağı bir düzleme basit çoğunlukla geçilebildiği ülkelerde çok daha büyük bir risk getirir. Dolayısıyla takdiri modeli, nitelikli çoğunlukla destekleyen örnekler, en güvenceli örnekler gibi görünmektedir.^[18]

[18] Türkçe literatürde benzer biçimde bkz. Abdurrahman Eren, *Anayasa Hukuku Dersleri*, (Ankara: Seçkin Yay., 2022), 708-709.

II. TUTANAKLARDA SEÇİMLERİN ERTELENMESİ

Türkiye tarihinde dört farklı anayasa yürürlük kazanmıştır.^[19] Bu anayasaların üçünde konumuzla ilgili bir hükme yer verilmiş fakat kural, her birinde farklı kalıplarla ifade edilmiştir.

A) 1921 ANAYASASI

Toplam yirmi üç madde ve bir ek maddeden oluşan, çerçeve nitelikteki 1921 Anayasası'nda seçimlerle ilgili bir hüküm olmadığı gibi, seçimlerin ertelenmesiyle ilgili bir hüküm de yoktur. Fakat bu anayasa döneminde önem taşıyan bir nokta vardır. 1921 Anayasası'nı hazırlayan ve Türkiye'yi kuran Türkiye Büyük Millet Meclisi (TBMM), Türkiye'nin işgal altında olduğu bir zamanda ve savaş koşullarında toplanmıştır. Olağanüstü yetkilerle donatılan bu Meclis'in Ankara'da toplanması çağrısını Heyet-i Vekile adına Mustafa Kemal (Atatürk) Paşa yapmıştır. Paşanın bağımsız sancaklara ve kolordu komutanlıklarına gönderdiği telgraf, zorlu koşullara rağmen seçimlerin yapılmasına dönük bir ısrar içermektedir. Telgrafta seçimlerin nasıl yapılacağına dair bir yönerge de sunulmuştur.^[20] Bu veri, Türkiye'nin kuruluşunun, savaş koşullarında yapılan bir seçimle gerçekleştiğini göstermektedir. Anayasa'nın tarihsel bir akış olarak kavranışında bu gerçek mutlaka dikkate alınmalıdır.^[21]

[19] Seçimlerin ertelenmesi konusunda ilk açık anayasal belirleme, Osmanlı Anayasası'nın (Kanun-ı Esasi) 69'uncu maddesinde yapılan değişiklikle yaşanmıştır. Bu değişikliğe göre mebusluk süresinin son (dördüncü) yılının savaş ve seferberliğe denk gelmesi durumunda, her iki mecliste, üçte ikilik bir girişimle görüşülüp salt çoğunlukla kabul edilecek bir kanun, yasama dönemini uzatabilir. 21 Mart 1918 tarihli değişikliğin orijinal metni şöyledir: "Meb'usan intihab-ı umûmîsi dört senede bir kere icra olunur. İntihap olunan meb'usların müddet-i meb'usiyeti dört seneden ibaret olup fakat tekrar intihap olunmak caizdir. Ancak dördüncü sene-i ictimaiye ordu'yı hümayunun umûmî seferberliğini müstelzim muhabereye müsadif olduğu halde her iki mecliste aded-i mürettebin sülûsanıyla müzakeresine ibtidar ve aded-i mürettebin ekseriyet-i mutlakasıyla kabul edilecek bir kanun ile müddet-i mezkûre temdit olunabilir."

[20] Bu çağrı ve sonrasındaki seçimler için bkz. İhsan Güneş, *Atatürk Dönemi Türkiye'sinde Milletvekili Genel Seçimleri: 1919-1935*, (İstanbul: Türkiye İş Bankası Yay., 2017).

[21] 28 Haziran 1923 tarihinde II. dönem milletvekillerini belirlemek için yapılan genel seçimler de henüz Lozan Antlaşması (24 Temmuz 1923) imzalanmamışken yapılmıştır. 11 Ekim 1922'de imzalanan Mudanya Mütarekesi ile savaş fiilen bitmiş olsa da,

B) 1924 ANAYASASI

Seçimlerin ertelenmesi konusu, 1924 Teşkilat-ı Esasiye Kanunu'nda düzenlenmiştir. Bu Anayasa'nın 13'üncü maddesinin 4'üncü fıkrası şu şekildedir:

“Yeni seçim yapılmasına imkân görülmezse, toplanma dönemi bir yıl daha uzatılabilir.”

Söz konusu maddenin gerekçesinde ayrıntılı açıklama olmadığı gibi, madde görüşmelerinde de bu fıkranın üzerinde durulmamıştır. Bunda, aynı maddede TBMM'nin seçim döneminin iki yıldan dört yıla çıkarılması hükmünün bulunması ve bu süre uzatmanın iki yıl için seçilen mevcut meclise uygulanıp uygulanmayacağı tartışmasının payı vardır.^[22] Mebusların konsantrasyonu bu noktada kalmıştır. Gerçi bu görüşmeler sırasında Giresun mebusu Hakkı Tarık (Us)'un sunduğu önergede “Yeni intihabatın icrasına harb gibi bir sebeple imkân görülmediği takdirde içtima devresinin bir sene temdidi caizdir.” biçiminde bir hüküm eklenmesini istenmişse de bu öneri tartışılmadan reddedilmiştir.^[23]

Söz konusu Anayasa'nın nasıl yorumlandığına baktığımızda, dönemin Anayasa hukukçusu Bülent Nuri Esen'in, ertelemeyi, olağanüstü hâllerle ilişkilendirdiğini görürüz:

“Seçim sonrasında dönemini tamamlamış olan Meclis, Devlet işlerini görmekten kalmaz. Hattâ, olağanüstü bir durum sebebi ile yeni seçim yapılamayacak olursa dört yıl olmak üzere tesbit edilmiş bulunan dönemin bir yıl daha uzaması ve beş yıla çıkması da mümkündür.”^[24]

Dönemin mevzuatı olan 14/12/1942 tarihli ve 4320 sayılı Mebus Seçim Kanunu'na baktığımızda ise şöyle bir hükümlerle karşılaşırız:

bu seçimin de hukuksal açıdan savaş koşullarında gerçekleştiği dikkate alınmak durumundadır.

[22] Şeref Gözübüyük ve Zekâi Sezgin, *1924 Anayasası Hakkındaki Meclis Görüşmeleri*, (Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yay., 1957), 116-125.

[23] Gözübüyük ve Sezgin, *1924 Anayasası Hakkındaki Meclis Görüşmeleri*, 120, 123.

[24] Bülent Nuri Esen, *İzahlı Anayasa*, (Ankara: Akay Kitabevi Yay., 1945), 13.

“Yedek subayların kısmi ve umumî mebus seçimi sıralarında gerek talim ve manevra için olsun, gerekse *harp sebebiyle olsun* silâh altına çağrılmış ve orduda hizmet alış bulunmaları mebus seçilmelerine engel değildir.”^[25]

Bu hükümden, anılan dönemde, savaş durumunda dahi seçimlerin yapılmasının olanak dahilinde sayıldığını anlıyoruz. 1924 Anayasası döneminde bu kurum, ara seçimlerin istikrarla (hatta dönemin CHP’li mebuslarına göre sistemli bir “Anayasa ihlali” oluşturacak kararlılıkla) ertelenmesi yoluyla karşılık bulmuştur. Bunun en son uygulaması “münhal bulunan 21 mebusluk için başlaması gereken ara seçimlerin”, 20/07/1959 tarihli ve 2221 no.lu bir meclis kararıyla geri bırakılması yoluyla gerçekleşmiştir.^[26] Nitekim kısa bir süre sonra 27 Mayıs müdahalesi gerçekleşmiştir.

C) 1961 ANAYASASI

27 Mayıs müdahalesinden sonra yeni anayasa hazırlıkları yapılırken iki metnin ön plana çıktığını biliyoruz. Bunlardan biri İstanbul Üniversitesi Anayasa Komisyonunun “Ön Tasarı”sıdır. Bu tasarıda bu konu “savaş sebebiyle yeni seçimler yapılmasına imkân görülmezse, seçim dönemi, kanunla ancak birer yıl uzatılabilir” biçiminde düzenlenmiştir.^[27] Siyasal Bilgiler Fakültesi İdari İlimler Enstitüsü’nün hazırladığı “Ön Tasarı” metninde ise “Harp ve isyan gibi seçmenlerin büyük bir kısmının oy kullanmasını önleyen olağanüstü hâllerde Meclisin süresi kanunla bir yıl uzatılabilir.” biçimindedir.^[28] Her iki metnin hazırlanmasında büyük olasılıkla daha bir yıl önceki ara seçimlerin geri bırakılması deneyimi dikkate alınmış ve ayrıca İtalya Anayasası’ndaki benzer hükümden etkilenilmiştir.

[25] Vurgu orijinal metinde yoktur. Metin için bkz. Tarhan Erdem (haz.), *Yasama Meclisi Üyeleri Seçimi ve Siyasi Partiler Kanunları*, (İstanbul: Doğan Kitap Yay., 2012), 132.

[26] Bkz. Resmî Gazete, 10260, T. 23/07/1959. Öncesindeki sekiz yılda da ara seçimler ertelenmiştir. Bu ertelemelere dair 1924 Anayasası bağlamında CHP ve DP’nin tezleri için bkz. “83’üncü İnikat,” *TBMM Zabıt Ceridesi 9*, 20/07/1959, 899-921.

[27] Server Tanilli, *Anayasalar ve Siyasal Belgeler*, (İstanbul: Sulhi Garan Matbaası, 1976), 183.

[28] Tanilli, *Anayasalar ve Siyasal Belgeler*, 145.

Resmî Anayasa Komisyonunun bu metinlerden hareketle sunduğu “Anayasa Tasarısı”nda ise seçimlerin geri bırakılması konusu (md. 73/1) aynen şöyle düzenlenmiştir:

“Savaş sebebiyle yeni seçimlerin yapılmasına imkân görülmezse, seçimler kanunla bir yıl geriye bırakılabilir.”

Bu maddenin gerekçesine baktığımızda, ara seçim sorununa odaklanıldığını ve seçimlerin ertelenmesine dair herhangi bir açıklama getirilmediğini görürüz.^[29]

Madde, Temsilciler Meclisi’nde görüşülürken gündeme gelen tek mesele, Sadık Aldoğan’ın “savaş” ve “harp” sözcüklerinin karıştırılması olasılığına binaen yaptığı şu çıkıştır:

“Savaş yerine harb kelimesinin konmasını istiyorum. Başka bir şey değil. Maddeyi aynen kabul ediyorum. Ancak harb başka, savaş başka. Harb sözü çok geniş anlamdadır. Savaş ise muharebenin karşılığıdır. Onun için harb sözcünün kullanılması lâzımdır.”^[30]

Komisyon Sözcüsü Turan Güneş, bu itiraza katılmadığını bildirmiş ve madde, önerildiği gibi kabul edilmiştir.^[31] 1961 Anayasası döneminde seçimlerin ertelenmesi konusu yine kısmi senato seçimlerinin ertelenmesi ve 1971 değişikliğiyle Anayasa’ya bir hüküm (geçici madde 12) eklenmesi yoluyla gerçekleşmiştir. Fakat bu ertelemelerin hiçbiri, genel seçimlerin kanun yoluyla ertelenmesi biçiminde ortaya çıkmamıştır.

D) 1982 ANAYASASI

1982 Anayasası’nın hazırlanması için oluşturulan Anayasa Komisyonu’nun sunduğu “Anayasa Tasarısı”nda “seçimlerin geri bırakılması” konusu (md. 90) aynen şöyle düzenlenmiştir:

[29] “Türkiye’de ara seçimlerin geniş mikyasta ihmal edilmesi bu hususta daha sıkı bir tanzim getirmeyi gerektirmiştir. Ancak. Cumhuriyet Meclisinin ihdası ile Türkiye’de seçimlerin pek sık tekrerrür edeceği mülahazasıyla ara seçimleri, Cumhuriyet Meclisinin iki senede bir yapılan seçimler ile aynı zamana konmuştur.”

[30] “47’nci Birleşim,” *Temsilciler Meclisi Tutanak Dergisi* 3, T. 18/04/1961, 411.

[31] “47’nci Birleşim,” *Temsilciler Meclisi Tutanak Dergisi* 3, T. 18/04/1961, 412.

“Türkiye Büyük Millet Meclisi, savaş, sıkıyönetim veya olağanüstü haller sebebiyle, yeni seçimlerin yapılmasına imkân görülmezse, seçimlerin bir yıl geriye bırakılmasına karar verebilir.

Cumhurbaşkanı da aynı sebeplerle seçimlerin bir yıl geriye bırakılmasını Türkiye Büyük Millet Meclisinden isteyebilir.”^[32]

Bu önerinin gerekçesi ise “neden” sorusuna yanıt veren bir açıklama olmaktan çok, değişikliğin “ne” olduğunu söyleyen türdendir:

“Bu madde ile 1961 Anayasasında farklı olarak Cumhurbaşkanına TBMM’den seçimlerin bir yıl geriye bırakılmasını talep etme yetkisi verilmiştir.”^[33]

Maddenin görüşülmesine geçildiğinde İsmail Şengün ve Turgut Kunter da “Geri bırakma sebebi ortadan kalkmamışsa bu işlem tekrarlanabilir.” biçiminde bir cümle eklemek istemişler fakat bu konuda söz almamışlardır.

Danışma Meclisi üyelerinden (sonradan Mersin Milletvekili olacak olan) Turhan Güven ve arkadaşları^[34] ise şöyle bir değişiklik önergesi sunmuştur:

“Savaş sebebiyle yeni seçimlerin yapılmasına imkân görülmezse, seçimlerin kanunla bir yıl geriye bırakılmasına karar verilebilir.”

Önergesini savunan Turhan Güven, tabii afet ve ağır ekonomik kriz nedenleriyle OHÂL ilan edilebileceğini hatırlattıktan sonra varsayımını bir ekonomik kriz olasılığı üzerine temellendirmiştir:

“Şimdi, bir hükümet düşünün ki iyi bir tarz idare gösterememiştir. Türkiye’de bu kötü idare sonucu bir ekonomik bunalım ortaya çıkmıştır; hükümet bunu vesile etmek suretiyle bir yıl daha iktidarda kalma yollarını arayacaktır; nasıl yapacaktır bunu, memleketin bir bölgesinde ekonomik bunalım olduğunu ileri sürmek suretiyle olağanüstü hal ilen edecektir, sadece bir bölgeye mahsus olmak üzere ve bu kanunla da değil, bir kararla seçimler bir yıl daha ertelenecektir.

[32] “139’uncu Birleşim,” *Danışma Meclisi Tutanak Dergisi* 9, T. 31/08/1982, 173.

[33] Yazarsız, *Gereğçeli Anayasa*, (İstanbul: Değişim Yay, 1984), 111.

[34] Bu kişiler Turhan Güven, Halil Erdoğan Gürel, İbrahim Göktepe, Avni Müftüoğlu, Orhan Baysal, Abbas Gökçe, Mehmet Pamak, Halit Zarbun, Hilmi Sabuncu, Doğan Gürbüz’dür.

Bu sonuç da, birtakım ihtilat yaratacak olaylara neden olabilir. Oysa, ağır ekonomik bunalımların çözümünde bizce seçim bir tarzdır, bir hal çaresidir. Bunun bir yıl daha geriye götürülmesi yerine; bizce, böyle ekonomik bunalım hükümetin programını icra edememesinden kaynaklanıyorsa, bir yıl geriye atmak şöyle dursun, bir yıl evvel seçim yapılması gerekir.”^[35]

Sözlerinin devamında Güven, 1961 Anayasası döneminde yaygın şiddet hareketleri hâlinde bile seçimlerin ertelenmediğini, aksine, erken yapıldığını hatırlatmış; ayrıca belli bir bölgedeki sorunların tüm ülkedeki seçimlerin ötelenmesine neden olamayacağını vurgulamıştır. Son olarak Güven, bunu bir “karar” ile değil bir “kanun” ile düzenlenmesinin yerinde olacağını da hatırlatmıştır.^[36]

Önerenin altında imzası bulunan bir diğer isim olan İbrahim Göktepe ise Türkiye’nin tarihsel birikimine vurgu yapmış, 1979’da sıkıyönetim koşullarında dahi seçimlerin yapılabildiğini hatırlatmış ve tasarıda sıkıyönetimin bir erteleme nedeni sayılmasını eleştirmiştir:

“Türkiye’de birçok seçimler sıkıyönetim altında yapılmıştır. Sıkıyönetim altında yapılan seçimlerden hiç kimsenin bir şikâyeti de olmamıştır. Bunun en son misali 1979 seçimleridir. 1979 Kısmî Seçimlerinde memleketin birçok yerlerinde büyük bir huzursuzluk, asayişsizlik bulunduğu halde, alın Kars’ı, alın İstanbul’un birçok semtlerini, alın Mardin’i; asayiş bozuk olduğu halde ve asayişsizlik sebebiyle sıkıyönetim ilan edilmiş olduğu halde, vatandaşlar bu illerde sıkıyönetimin getirdiği güven duygusu içerisinde, silahlı kuvvetlerin sağladığı huzur ortamı içerisinde seçim günü sandık başlarına daha bir rahat gidebilmişler ve reylerini daha bir rahatlıkla kullanabilmişlerdir. Binaenaleyh, sıkıyönetimi ve 1979 Kısmî Seçimlerindeki bu sağlanan huzur ve güven dolayısıyla milletimiz gerçekten silahlı kuvvetlere şükran borçludur. Hal böyle iken, biz sıkıyönetimi mutlak şekilde seçimlerin ertelenme sebebi sayarsak, bu pek isabetli bir karar olmaz kanaatindeyim.”^[37]

OHÂL nedeniyle seçimlerin ertelenmesi konusunda ise “bir iktidar, takip ettiği ekonomi politikasının yanlışlığı dolayısıyla Türkiye’yi buhrana

[35] “139’uncu Birleşim,” *Danışma Meclisi Tutanak Dergisi* 9, T. 31/08/1982, 175.

[36] “139’uncu Birleşim,” *Danışma Meclisi Tutanak Dergisi* 9, T. 31/08/1982, 176.

[37] “139’uncu Birleşim,” *Danışma Meclisi Tutanak Dergisi* 9, T. 31/08/1982, 176.

götürmüşse, olağanüstü bir hâle götürmüşse, burada seçimlerin ertelenmesi değil, öne alınması düşünülmelidir. Öne alınmalıdır ki, takip edilen o yanlış ekonomik politikayı ve onu takip eden iktidarı cezalandırma imkânı vatandaşa verilsin.” diye konuşan Göktepe’ye göre, böylesi süreçlerden çıkmanın başlıca yolu vatandaşın oyudur. Göktepe ayrıca milletvekillerinin ve senatörlerin genellikle seçimlerin ertelenmesine meyilli olduklarını, tarihten örneklerle (1963 Kısmi Senato Seçimleri oylaması) aktarmış ve tasarısındaki hükmün, bu eğilimi güçlendireceği eleştirinde bulunmuştur.^[38]

İlginçtir ki Danışma Meclisi üyelerinin önergelerine genelde soğuk yaklaşma eğilimi gösteren Anayasa Komisyonu, bu eleştirileri haklı bulmuş ve maddeye şu biçimini vermiştir:

“Savaş sebebiyle, yeni seçimlerin yapılmasına imkân görülmezse, Türkiye Büyük Millet Meclisi, seçimlerin bir yıl geriye bırakılmasına karar verebilir.

Cumhurbaşkanı da aynı sebeple seçimlerin bir yıl geri bırakılmasını Türkiye Büyük Millet Meclisinden isteyebilir.

Geri bırakma sebebi ortadan kalkmamışsa, erteleme kararı usulünce bu işlem tekrarlanabilir.”^[39]

Bu maddedeki “Cumhurbaşkanı da aynı sebeple seçimlerin bir yıl geri bırakılmasını Türkiye Büyük Millet Meclisinden isteyebilir.” biçimindeki fıkra, Millî Güvenlik Konseyinin^[40] filtresine takılmış ve metinden çıkarılarak madde bugünkü hâlini almıştır.^[41]

[38] “139’uncu Birleşim,” *Danışma Meclisi Tutanak Dergisi* 9, T. 31/08/1982, 176-177.

[39] “146’ncı Birleşim,” *Danışma Meclisi Tutanak Dergisi* 9, T. 02/09/1982, 845.

[40] Millî Güvenlik Konseyi, 12 Eylül Darbesi ile ülke yönetimine el konulmasından sonra yasama yetkisini kullanmak üzere, Genelkurmay Başkanı Orgeneral Kenan Evren, Kara Kuvvetleri Komutanı Orgeneral Nurettin Ersin, Deniz Kuvvetleri Komutanı Oramiral Nejat Tümer, Hava Kuvvetleri Komutanı Orgeneral Tahsin Şahinkaya ve Jandarma Genel Komutanı Orgeneral Sedat Celasun’dan oluşan askerî cuntadır. Millî Güvenlik Kurulu ile karıştırılmamalıdır. Millî Güvenlik Konseyinin varlığı, TBMM Başkanlık Divanının olduğu 7 Aralık 1983’te sona ermiştir. Anayasa’nın geçici 2’nci maddesine uyarınca Millî Güvenlik Konseyi üyeleri, altı yıl süreyle Cumhurbaşkanlığı Konseyi üyesi sıfatını almıştır.

[41] “118’inci Birleşim,” *Millî Güvenlik Konseyi Tutanak Dergisi* 7, T. 18/10/1982, 362.

E) ARA DEĞERLENDİRME

Türkiye'nin tarihsel deneyimleri, ele aldığımız maddenin yorumu açısından çokça ders içermektedir.

Öncelikle; Türkiye'yi kuran ve Kurtuluş Savaşı'nı yürüten meclisin zorlu koşullarda dahi bir seçimle toplanmış olması, günümüze kadar ilham kaynağı olacak bir projeksiyon tutmaktadır. Bu kurucu tutum, seçimlerin savaş koşullarında dahi yapılmasının kural, ertelenmesinin istisna (ayrık) olduğunu gösterir. Anayasal kurallara ilişkin politikada bunun mutlaka dikkate alınması gerekir.

Cumhuriyet dönemi anayasalarında ise; önceleri, seçimlerin ertelenmesi için bir nedene bağlılık yokken sonradan nedene bağlılık getirilmiş olduğunu gözlemlemekteyiz. Bunun sebebi, 27 Mayıs 1960'tan önce yasamanın keyfi tutumlarıdır. 1961 Anayasası'nı hazırlayanlar diğer pek çok konuda olduğu gibi bu soruna karşı da tedbirler almak istemişlerdir.

1961 Anayasası dönemine dair tutanaklar, ayrıca, bu bağlamda kullanılan "savaş" kavramının "harp", yani teknik anlamda savaş anlamına geldiğini, (bugün kimi çevrelerce dile getirilen) "deprome karşı savaş", "hastalığa karşı savaş" vb. türden benzetmeleri dışladığını göstermektedir. Ayrıca maddenin konulma biçiminin seçimin yapılmaması olasılığıyla ilişkili sayıldığı da kaydedilmelidir. Bu bakımdan maddenin, Türkiye'de seçimlere gitme engeli olmayan koşullarda etelemeye neden olmaması gerekir.

Tutanakların özellikle tarihsel yorum yönünden sunduğu en önemli bilgi, yürürlükteki 1982 Anayasa'nın tasarısında, "olağanüstü hâl" ve "sıkıyönetim" gibi durumların birer seçim erteleme nedeni olarak sayılmış olmasıdır. Yani kurucu iktidar, bu olasılığı tartışmış ama bilerek ve isteyerek bunları metinden çıkarmıştır. Bunun nedeni olarak da politik olarak OHÂL koşullarına neden olması muhtemel bir iktidarın, bu koşulları kötüye kullanabilme riski gösterilmiştir. Bu bağlamda, 1960'lı ve '70'li yıllardaki deneyimlere de atıfla, milletvekillerinin genellikle seçimleri erteleme eğilimi gösterdiğini kaydedilmiş; bu eğilimin dizginlenmesi gereği, sıkıyönetim koşullarında dahi seçimlerin yapılabilmesine dikkat çekilerek haklı çıkarılmıştır.

Sonuç itibarıyla, bu veriler karşısında savaş dışındaki nedenlerle seçimlerin ertelenmesi olasılığına evleviyetle mesafeli durmak, yorum marjını daha da dar tutmak bir zorunluluktur.^[42]

III. İÇTİHATLARDA SEÇİMLERİN ERTELENMESİ

Seçimlerin ertelenmesi konusundaki içtihatlar Yüksek Seçim Kurulu ve Anayasa Mahkemesi içtihatları olmak üzere iki kategoride toplanmaktadır.

A) YÜKSEK SEÇİM KURULU

Yüksek Seçim Kurulu, bu konuyu 1966 yılındaki Varto (Muş) depremin-den sonra ele almıştır. Depremden sonra muhtar seçimi yapılması gereken köyler yerle bir olduğundan, “askıya verilen sandık seçmen listelerinin enkaz altında kaldığı” ve “ilçe seçim kurulu ile sandık kurulunun teşekkülünün mümkün olmadığı” bildirilerek ne şekilde hareket edilmesi gerektiğine dair bilgi istenmiş ve Yüksek Seçim Kurulu şu değerlendirmeyi yapmıştır:

“Bir yerde deprem, su baskını gibi tabii âfetler, büyük yangınlar ve bunlara benzer olaylar yüzünden seçimlerin yapılmasına maddi imkan kalmayan durumlarda hemen yapılması gereken seçimlerin yapılamamış olması tabiidir. Bu seçimlerle felâket günlerinden kısa bir süre sonra yapılması gereken seçimlerin ne zaman yapılması gerektiğinin tesbiti (sic.), 298 sayılı ve 26/04/1961 günlü Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkındaki Kanunun Yüksek Seçim Kurulunun görev veya yetkilerine ilişkin 14 üncü maddesi hükmünde Yüksek Seçim Kurulunun görevleri arasında bulunmaktadır.”^[43]

Yüksek Seçim Kurulu bu ilkesel belirlemeyi yaptıktan sonra, bir de somut duruma özgü bir çözüm bulmuş ve sorunu şu şekilde çözmüştür:

[42] Burada üzerinde durmadığımız bir diğer tartışma, savaş nedeniyle yapılacak ertelemenin kaç defa olacağıdır. Tanör ve Yüzbaşıoğlu, bu ertelemenin “bir artı bir olmak üzere toplam iki yıl” olduğunu ileri sürer. Buna görüş tutarsız değildir. Bkz. Bülent Tanör ve Necmi Yüzbaşıoğlu, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, (İstanbul: Beta Yay., 2019), 233.

[43] YSK, K. 1966/194. *Yüksek Seçim Kurulu Kararları-1966*, (Ankara Yarıaçık Ceza Evi Yay., 1967), 116.

“Doğu illerimizdeki deprem felâketi sebebiyle yapılması gereken köy muhtar ve ihtiyar meclisi üyeleri seçimlerinin yapılamamış olması ve 18/9/1966 gününde yapılacak ara seçimlerinin de bu tarihte yapılmasına maddi imkan bulunmaması karşısında, yalnız muhtarlıkları boş olup 18 Eylül 1966 gününde ara seçimi yapılması gereken köylerde bu ara seçimi yapılamayarak, bu seçimlerin 1967 yılında umumi mahalli seçimlerle birlikte yapılmasına; aynı zamanda ihtiyar meclisinin de yedeklerin getirilmesinden sonra yargıya düşmesi halinde ise, muhtar ve ihtiyar meclisi seçimlerinin, mahallin özelliklere ve seçim yapılabilecek şartların tahakkukuna göre ilçe seçme kurulu başkanlığınca yapılacak ilâni kovalayan 60’ıncı günden sonra gelen Pazar günü yapılmasının uygun olacağına karar verilmelidir.”^[44]

Yani Yüksek Seçim Kurulu, fiilen ara seçim yapılamayan yerlerdeki seçimlerin bir sonraki erken seçim ile birleştirileceği ve ayrıca seçimlerin tarihini belirleme konusunda kendisinin yetkili olduğu sonucuna varmıştır.

Yüksek Seçim Kurulu, bu ilkesel kararını, sonradan “aşırı kar yağışı ve ulaşımın kesilmesi”^[45] veya “ilçede hâkim bulunmaması”^[46] gibi “maddi imkânsızlıklar” için de uygulanabilir saymıştır.

B) ANAYASA MAHKEMESİ

Anayasa Mahkemesinin konumuzla ilgili iki önemli kararı bulunmaktadır.^[47] Bunlardan biri dolaylı, diğeri daha dolaysızdır. Dolaylı bağlantı taşıyan içtihat, meclis kararına tabi bir konuda kanun çıkarmanın mümkün olup olmadığıyla ilgilidir. Daha dolaysız bağlantı taşıyan karar ise Cumhurbaşkanlığı seçimlerinin ertelenmesine dönük bir kuralla bağlantılı verilmiştir.

[44] YSK, K. 1966/194 *Yüksek Seçim Kurulu Kararları–1966*, (Ankara Yarıaçık Ceza Evi Yay., 1967), 116-117.

[45] YSK, K. 1971/33. Anayasa Mahkemesi İle Yargıtay ve Yüksek Seçim Kurulu Kararları, (Yarıaçık Ceza Evi Yay., 1973), 205; YSK, K. 1976/11. Bkz. *Yüksek Seçim Kurulu Kararları–1976*, (Ankara Yarıaçık Ceza Evi Yay., 1977), 11-12.

[46] YSK, K. 1970/2010. Bkz. *Yüksek Seçim Kurulu Kararları–1970*, (Ankara Yarıaçık Ceza Evi Yay., 1971), 121-122.

[47] AYM bir kararında konuyu, TBMM’nin, bir defa seçim kararı aldıktan sonra, bu karardan vazgeçmenin bir erteleme olup olmadığı bağlamında, dolaylı olarak tartışmıştır. Bkz. AYM, E. 1999/14, K.1999/6, Kt. 26/03/1999.

Bu içtihatlarla da biraz daha yakından bakalım.

1- “Cumhurbaşkanlığı Seçimlerinin Ertelemesi” İçtihadı

Anayasa Mahkemesinin seçimlerin ertelenmesi konusundaki kararı 19/01/2012 tarihli ve 6271 sayılı Cumhurbaşkanlığı Seçim Kanunu bağlamında ortaya çıkmıştır.^[48] Bu davanın konusu, anılan Kanun’un 5’inci maddesidir:

“(1) Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından savaş sebebiyle yeni seçimlerin yapılmasına imkân görülmediğine dair karar verilmesi hâlinde, Cumhurbaşkanı seçimi bir yıl geriye bırakılır.

(2) Geri bırakma sebebi ortadan kalkmamışsa, erteleme kararındaki usule göre bu işlem tekrarlanabilir.”

Cumhuriyet Halk Partili milletvekilleri, bu hükmün Anayasa’ya aykırı olduğu düşüncesindedir. Bu iddia esasen üç sava dayandırılmıştır:

Birincisi, savaş sebebiyle “Cumhurbaşkanlığı seçimlerinin” bir yıl geriye bırakılmasına ilişkin kuralın anayasal dayanağı yoktur. Bu boşluğun doldurulması, öncelikle bir anayasa değişikliği yapmayı gerektirir.

İkincisi, Anayasa’da milletvekilliğinin boşalması hâlinde TBMM Başkanı’na vekâlet etme yetkisi tanımışken, Kanun’un erteleme yönünde bir tercihte bulunulmasında da bir sorun vardır.

Üçüncüsü, Anayasa, TBMM seçimleri konusunda ertelemeyi takdiri kılmasına rağmen; kanun hükümde “ertelenir” denilerek takdirin ortadan kaldırılması Anayasa’ya aykırıdır.

Anayasa Mahkemesinin bu savlara yanıtı şöyle olmuştur:

İptali istenilen kural Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından savaş sebebiyle yeni seçimlerin yapılmasına imkân görülmediğine dair karar verilmesi hâlinde, Cumhurbaşkanı seçiminin bir yıl geriye bırakılmasına, bir yılın sonunda geri bırakma sebebi ortadan kalkmamışsa aynı usulle tekrar erteleme kararı verilmesine imkân tanımaktadır.

[48] AYM, E. 2012/30, K. 2012/96, Kt. 15/06/2012.

Anayasa'nın 102. maddesinde Cumhurbaşkanı seçimine ilişkin temel hususlar düzenlenmiş ve son fıkrada Cumhurbaşkanlığı seçimine ilişkin usûl ve esasların kanunla düzenleneceği hükmüne yer verilmiştir. Ayrıca maddede Cumhurbaşkanı göreve başlayınca kadar görev süresi dolan Cumhurbaşkanının görevinin devam edeceği hükme bağlanmıştır. Dolayısıyla Anayasa koyucu yeni Cumhurbaşkanının seçilememesini bir boşalma hali olarak değerlendirmemiş ve bu nedenle de görev süresi bitmiş olsa bile yeni seçilen Cumhurbaşkanı göreve başlayınca kadar eski Cumhurbaşkanının görevine devam etmesini Anayasa'nın 102. maddesinde hüküm altına almıştır. Bu nedenle savaş ya da başka bir nedenden kaynaklanan bir zaruret hâlinde seçimlerin fiilen yapılamaması durumunda herhangi bir erteleme kararı olmasa da süresi biten Cumhurbaşkanı görev yapmaya devam edecektir.

Anayasa'nın 102. maddesinde savaş sebebiyle seçimlerin ertelenmesine ilişkin bir hüküm yer almamaktaysa da savaş **gibi** milletin varlığının tehlike altında olduğu bir dönemde serbest seçimlerin yapılması imkânı bulunmasa da her durumda yapılması gerektiği söylenemez. Maddenin son fıkrasında yer alan Cumhurbaşkanlığı seçimine ilişkin usûl ve esasların kanunla düzenleneceği hükmüne dayanarak kanun koyucunun Cumhurbaşkanı seçimine ilişkin diğer hususların yanı sıra savaş **gibi** bir mücbir sebep nedeniyle seçimin yapılmasına imkân bulunmayan hâllerde seçimin ertelenmesini düzenlemesinde Anayasa'ya aykırı bir yön bulunmamaktadır.”^[49]

Bu kararda üye Osman Alifeyyaz Paksüt karşı oy kullanmış ve bunu aynen şöyle açıklamıştır:

“Mücbir sebep, hukukun evrensel ilkelerindedir. Cumhurbaşkanlığı seçiminin de mücbir sebeple ertelenmesi kuşkusuz akla gelebilir. Savaş hali, mücbir sebeplerden yalnızca bir tanesidir. Türkiye'nin katılmadığı ancak ülkemizi de etkileyen nükleer bir savaş veya nükleer bir kazanın yol açabileceği nükleer bir felaket, büyük illerimizi vurabilecek çok şiddetli bir deprem gibi nedenlerle milyonlarca seçmenin güven içinde ve düzenli olarak oy kullanmasının mümkün olamayacağı haller de seçimlerin ertelenmesi için mücbir sebeptir. Bu gibi hallerde Anayasanın verdiği genel yetkiye dayalı olarak, seçim takvimini Yüksek Seçim Kurulunun belirleyeceği açıktır. Savaş hali ise uluslararası hukuka uygun olarak TBMM'nin vereceği kararla belirlenir. Savaş hali olan her durumun kendiliğinden mücbir

[49] AYM, E. 2012/30, K. 2012/96, Kt. 15/06/2012. Vurgu orijinal metinde yoktur. Bu yanıtta CHP'nin üçüncü savına bir yanıt verilmediği de görülmektedir. Fakat ihtilafa konu hükmün takdiri dışlıyor sayılmamasında yarar vardır.

sebepe oluşturmaması da mümkündür (topraklarımızı doğrudan etkilemeyen, çok uzak bir bölgede katıldığımız bir savaş gibi). Tarihsel nedenlerle Anayasamıza girmiş olan, savaş halinde TBMM seçimlerinin ertelenebileceğine ilişkin hükümlerin, TBMM ile ilişkisi olmayan ve doğrudan adaylarla halk arasında, Yüksek Seçim Kurulu denetim ve gözetiminde gerçekleşen Cumhurbaşkanlığı seçimlerine de uygulanmasının Anayasal dayanağı bulunmamaktadır. Kuralın daha ziyade, TBMM’de çoğunluğu temsil eden siyasal görüşün Cumhurbaşkanı seçiminde oy kullanacak seçmen çoğunluğu ile de örtüşeceği ve bu nedenle TBMM’nin Cumhurbaşkanlığı seçimi üzerinde de, kendi genel seçimlerinde olduğu gibi, erteleme hakkı bulunmasının doğal görüleceği algı ve varsayımıyla yasalaştırıldığı anlaşılmaktadır. Böyle bir varsayımın siyaseten bir ölçüde değeri olsa bile hukuki ve Anayasal bakımdan geçerliliği olmadığı açıktır.

Kuralın, yasama organının genel yetkisi ve takdir hakkı içerisinde kabul edilmesi de mümkün değildir. TBMM’nin görev ve yetkileri Anayasa’nın 87. maddesinde sayılmış, maddede açıkça sayılanlar dışında *‘Anayasanın diğer maddelerinde öngörülen yetkileri kullanmak ve görevleri yerine getirmektir’* denilmiştir. Buna göre, Cumhurbaşkanlığı seçimlerinin savaş nedeniyle ertelenmesine karar vermek, TBMM’nin görev ve yetkileri arasında değildir. Her ne kadar Anayasa’nın 102. maddesinde *‘Cumhurbaşkanlığı seçimine ilişkin usul ve esaslar kanunla düzenlenir’* denilmekte ise de, seçimin ne zaman yapılacağı doğrudan Anayasa tarafından düzenlenmiş ve bir istisnaya yer verilmemiş olduğundan, bu konuda yasama organının bir takdir hakkı bulunmamaktadır.”

2- “Kanunun Meclis Kararına İktihadı”

Konuyla ilgili bir diğer belirsizlik, seçimlerin ertelenmesinin bir kanunla mı yoksa bir meclis kararı yoluyla mı gerçekleşeceği. Anayasa (md. 78/1) seçimlerin bir yıl geriye bırakılmasına “karar verebilir” diyerek bunun bir karar yoluyla olacağını söyler gibidir. Fakat bu bağlamda, öğretilde öteden beri süregelen iki farklı tartışmayı hatırlamak gerekir.

Birincisi, “karar” kavramı bazen bir irade açıklaması anlamına gelip kanun kavramını da kapsayan geniş bir anlam kazanabilmektedir. Örneğin Anayasa’nın (md. 87) ilk hâlindeki “mahkemelerce verilip kesinleşen ölüm cezalarının yerine getirilmesine karar vermek” veya aynı maddenin mevcut hâlindeki “para basılmasına (...) genel ve özel af ilanına (...) karar vermek” ifadesindeki veya OHÂL bağlamında (m. 119/son) OHÂL ilanın TBMM

tarafından uygun bulunmasına ilişkin “karar” kavramı, böylesi geniş bir anlam içermektedir.^[50] Uygulamada bu “karar”lar bir kanun yoluyla alınmaktadır. Dolayısıyla seçimlerin ertelenmesi konusundaki “karar” da acaba bu anlamda mı kullanılmıştır sorusu yanıtlanmayı beklemektedir.

İkincisi, Anayasa’da meclis kararlarıyla yapılması gereken konularda kanun çıkarılmasının mümkün olup olmadığı sorusu da yanıt beklemektedir.

Anayasa Mahkemesi bu sorulara, doğrudan seçimlerin ertelenmesiyle ilgili olmayıp seçimlerin yenilenmesi (erken seçim) yönündeki bir karar bağlamında nispeten yanıt vermiş gibidir. 1987 yılında seçimlerin yenilenmesine dair hükümler içeren bir kanuna^[51] karşı, bu iradenin bir meclis kararı yoluyla alınması gerektiği savıyla açılan bir davada ele alan Anayasa Mahkemesi, şöyle bir sonuca ulaşmıştır:

“Hukuk sistemimize göre, kanunkoyucu, Anayasa’ya uygun olmak şartı ile kanunla, her alanda her çeşit düzenlemeyi yapabilir. Yasamanın düzenleme alanı sınırsızdır. Yasama organı, Anayasa’nın kararlarla düzenleneceğini öngördüğü konularda dahi kanunla düzenlemeler yapabilir.

Buna Anayasa açısından bir engel yoktur. Karar konusunun kanunla düzenlenmesi Anayasa’ya aykırılık veya yasanın o konuda yetkisizliği sonucunu

[50] “Deniz Gezmiş, Yusuf Aslan ve Hüseyin İnan’ın ölüm Cezalarının Yerine Getirilmesine Dair Kanun”un iptali istemiyle açılan bir davada AYM, bu işlemin bir kanun mu yoksa meclis kararı mı olduğu tartışmış ve kanun olduğu sonucuna varırken şu önemli belirlemeyi varmıştır: “para basılması, genel ve özel af ilânı, mahkemelerce verilip kesinleşen ölüm cezalarının yerine getirilmesi konularında, fıkranın üst yanında olduğu gibi ‘kanun koymak’ veya ‘kanun tasarılarını görüşmek ve kabul etmek’ deyimleri yerine ‘karar vermek’ ten söz edilmesini, tekrardan kaçınma kaygısından doğan bir üslup özelliğine bağlamak ve buradaki karar verme deyiminin her yasama tasarrufu bir kararla oluşacağına göre (Anayasa–Madde 86/1) böyle bir anlamda kullanıldığını benimsemek, Anayasanın birbirini tamamlayan veya açıklığa kavuşturan hükümlerinin belirlediği düzenlenme biçimine uygun düşer.” Bkz. AYM, E. 1972/13, K. 1972/18, Kt. 06/04/1972.

[51] 10/09/1987 tarih ve 3403 sayılı “Seçimlerle İlgili Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması ve Türkiye Büyük Millet Meclisinin XVIII inci Dönem Milletvekili Genel Seçimi Hakkında Kanun” için bkz. Resmî Gazete, 19571, T. 11/09/1987.

doğurmaz. Zira, kanunun sebep unsuru, bazı istisnalar dışında tamamen yasama organının takdirine bırakılmıştır.”^[52]

Mahkeme bu belirlemesiyle bir yandan seçimlerin yenilenmesi bağlamındaki “karar” kavramının “meclis kararı” olduğunu kabul etmiş, diğer yandan da meclis kararına işaret edilen bir alanda kanun çıkarılmasının mümkün olduğunu söylemiştir.^[53]

Anayasa Mahkemesi, söz konusu tespitin seçimlerin ertelenmesi yönünden de geçerli olduğunu söylememişse de bu yönde bir çıkarım yapması (birazdan tartışılacağı üzere) pekâlâ olasılık dâhilindedir.

Uygulamada nispeten yakın zaman önce bir yerel seçimin kanunla ertelenmesi söz konusu olmuştur. Yüksek Seçim Kurulunun sorun görmediği bu erteleme Anayasa Mahkemesine taşınmadığı için konunun doğrudan veya dolaylı olarak netleştirilmesi mümkün olmamıştır.^[54]

C) ARA DEĞERLENDİRME

Buraya kadar aktarılan Yüksek Seçim Kurulu ve Anayasa Mahkemesi kararlarını ayrı ayrı değerlendirmek gerekir.

1- Yüksek Seçim Kurulu İçtihatlarının Değerlendirilmesi

Yüksek Seçim Kurulunun anılan ilke kararları, Kurulun seçim erteleme ve yeni bir tarih belirleme yetkisi için bir normatif dayanağının olup olmadığının değerlendirilmesini gerektirir. Zira Anayasa’ya (md. 10) göre “Hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisi kullanamaz.” (md. 10) ve “Yüksek Seçim Kurulunun ve diğer seçim kurullarının görev ve yetkileri kanunla düzenlenir.” (md. 79/3)

[52] AYM, E. 1987/23, K.1987/27, Kt. 09/10/1987.

[53] Anayasa Mahkemesine göre kanunla düzenlenmesi gereken bir konu meclis kararıyla düzenlenemez. Bkz. AYM, E. 1977/6, K. 1977/14, Kt. 11/02/1977.

[54] Bkz. YSK, K. 2020/254. 18/01/1984 tarihli ve 2972 sayılı Mahalli İdareler ile Mahalle Muhtarlıkları ve İhtiyar Heyetleri Seçimi Hakkında Kanun’a (m. 8/3) göre: Mahalli idareler seçimin savaş hali nedeniyle bir yıla kadar ertelenmesi kanunla düzenlenir. Bu bağlamda dolaylı olarak bkz. AYM, E. 1988/14, K.1988/18, 13/06/1988.

298 sayılı Kanun'un 14'üncü maddesinde bu kararlara dayanak olan potansiyel dayanak, o dönemki 10'uncu benttir. Yüksek Seçim Kurulunun yetkilerini sayan bu maddede ilgili fıkra şöyleydi:

“İl seçim kurulları başkanlıklarınca seçim işlerinin yürütülmesi hakkında sorulacak hususları derhal cevaplandırmak ve *seçimin bütün yurttta düzenle yapılmasını sağlayacak tedbirleri almak* ve bu hususta gereken genelgeleri zamanında yapmak”^[55]

Kanun'da çok sayıda değişiklik yapılmasına rağmen bu bent aynen korunmuştur. O hâlde soru şudur: Acaba “seçimin bütün yurttta düzenle yapılmasını sağlayacak tedbirleri almak” yetkisi, koşulları varsa seçimlerin ertelenmesi ve yeni bir tarih belirlenmesini de kapsamakta mıdır?

Bu soruya, bağlamı dikkate almadan yanıt vermek bizi kategorik, dolayısıyla hatalı sonuçlara ulaştırabilir. Bu nedenle bağlam mutlaka dikkate alınmalıdır:

Yüksek Seçim Kurulu, söz konusu ilke kararlarını 1961 Anayasası zamanında vermiştir. Anayasa, mahalli seçimlerin ertelenmesi konusunda spesifik bir hüküm içermemektedir. Bu kararların verildiği dönemin mahalli idareler mevzuatında, seçimlerin ertelenmesi konusunda sebebe bağlılık yoktur.^[56] Ayrıca depremin bir köyü tamamen yıktığı bir durumdan kaynaklı bir yürütme seçiminin ertelenmesi ile tüm yurttta uygulanacak olan yasama seçimlerinin ertelenmesi arasında, parametreler itibarıyla büyük bir fark vardır. İlki için kabul edilebilir olan her durum ikincisine teşmil edilemez. Hakeza, tüm seçim işlemlerinin matbuat yoluyla basılı ortamda yapıldığı zamanlar ile sürecin dijitalleştiği günümüz arasındaki fark da içtihadın aynen devam ettiğini söylemeye engel olmalıdır.

Öte yandan, bu bağlamı bir an için dikkate almayacak olsak bile bu hükümden yine erteleme yetkisi türetilemez. Anılan hükümdeki “seçimin bütün yurttta düzenle yapılmasını sağlayacak tedbirleri almak” yetkisi, Anayasa'nın 79'uncu maddesinin Yüksek Seçim Kuruluna tanıdığı

[55] Metin için bkz. Resmî Gazete, 10796, T. 02/05/1961, 2. Orijinal metinde vurgu yoktur.

[56] Ayrıntılar için bkz. Muzaffer Akalın, “Belediye Seçimlerinin Geri Bırakılması,” *İller ve Belediyeler Dergisi*, 1954: 765-766.

“Seçimlerin başlamasından bitimine kadar, seçimin düzen içinde yönetimi ve dürüstlüğü ile ilgili bütün işlemleri yapma ve yaptırma” yetkisinin bir uzantısıdır. Anayasa’nın bu hükmünden böyle bir çıkarım yapmak, Anayasa’nın “Savaş sebebiyle yeni seçimlerin yapılmasına imkân görülmezse, Türkiye Büyük Millet Meclisi, seçimlerin bir yıl geriye bırakılmasına karar verebilir.” biçimindeki, münhasıran ertelemeye özgülenmiş 78’inci maddesini açığa düşürür ve bu maddenin varlık nedenini anlamsız hâle getirir.

Sonuç itibarıyla bu nedenlerle anılan kanun hükmünden yasama seçimlerinin ertelenebilmesi yetkisi türetilemez.^[57]

2- Anayasa Mahkemesi İçtihatlarının Değerlendirilmesi

Anayasa Mahkemesi içtihatlarını iki kategoride ele almıştık. Bunun nedeni, içtihatların iki ayrı soruya yanıt vermesiydi. Bu sorulardan ilki “savaş dışındaki nedenlerle seçimler ertelenebilir mi?”, ikincisi ise “seçimler hangi normla ertelenir?” biçimindedir.

a. Savaş Dışındaki Nedenlerle Seçimler Ertelenebilir Mi?

İlk soruyla bağlantılı içtihat, 19/01/2012 tarihli ve 6271 sayılı Cumhurbaşkanlığı Seçim Kanunu’na dönük Anayasa Mahkemesi kararıydı. Muhalefet milletvekilleri, Anayasa’da sadece meclis seçimleri için öngörülen erteleme hükmünün diğer seçimlere teşmil edilemeyeceğini söylemiş, Anayasa Mahkemesi ise bunu mümkün saymıştı. Kararın gerekçesinde iki sorun bulunuyordu. Bunlardan biri, gerekçedeki “gibi” ifadesinin savaş dışındaki nedenlere kapı aralayıp aralamadığıydı. Diğeri ise Cumhurbaşkanlığı seçimi yönünden yapılan bu değerlendirmenin milletvekili seçimleri için de geçerli olup olmadığıydı.

Bu sorular üç başlıkta yanıtlanabilir.

[57] Zaten lafız da belirgin bir dille kaleme alınmıştır. Savaş dışındaki herhangi bir nedenle erteleme mümkün görülmemelidir. Ayhan Döner, *Türk Anayasa Hukuku*, (Ankara: Yetkin Yay., 2022), 236.

Öncelikle, “gibi” ifadesinin Türkçede çoklu anlamlarının olduğunu kaydetmek gerekir.^[58] Gibi edatının, sonuna geldiği ifadeye benzetme anlamı verdiği doğrudur.^[59] Fakat benzetmeler her zaman için bir sayma içinde olmaz, bazen “kimi kavramları daha iyi belirtmek için birtakım basmakalıp ‘benzetmeler’ başvururuz.”^[60] Bundaki amaç pekiştirme (örn. “buz gibi”), “olasılık” veya “kesin dışılık” anlamı vermek (örn. “nereden başlayacağını bilmiyor gibi”) olabilir.^[61] Sözcüğün metnin bütünü içindeki kullanım biçiminin bir sayma mı olduğu yoksa örnekleme amacıyla mı yapıldığı mutlaka özgün bir analizi gerektirir. Bundan savaşı dışındaki nedenlerle de ertelenmenin mümkün sayıldığı çıkarımı sözel yorumun oldukça dar biçimi olacaktır.^[62]

[58] İngilizce sözlüklerde de “as” ve “like” sözcüklerinin karşılığı “gibi” olarak verilse de ikincisi bunlardan ilki bir durumu (“-olarak”) imler, ikincisi benzetme (x’mişesine”) kurar.

[59] İ. Gülsen Sev, “Türkiye Türkçesinde Gibi Edatıyla Kurulan Benzetmeli Anlatımlar,” *Turkish Studies* 7, no. 4, 2012: 499-512.

[60] Sev, “Türkiye Türkçesinde Gibi Edatıyla Kurulan Benzetmeli Anlatımlar,” 499-512.

[61] Ömer Asım Aksoy, *Atasözleri ve Deyimler Sözlüğü*, (İstanbul: İnkılap Kitabevi, 1988), 46; Seçil Hirik, “Gibi Biçimbiriminin İşlevsel Dil Bilgisi Bakımından Çok İşlevli Görünümü,” *Karadeniz Araştırmaları* 53, 2017: 208-210.

[62] Bu olasılıkta dahi konunun mutlaka fiili imkânsızlık koşulları ve eşyanın tabiatı (*der Sache nach*) ele alınması ve seçim kavramı ile serbest seçim hakkının norm alanının belirlenmesine ilişkin ölçütler ışığında değerlendirilmesi gerekir. Anayasa’nın açıkça belirleme yaptığı konularda norm alanında dışsal bir daralmaya gidileceği ve Anayasa’nın bütünselliğini dışlayacak bir sözel yorum yapılamayacağı da akılda tutulmalıdır. Türkçe literatürde mutlaka bkz. Fazıl Sağlam, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, (Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yay., 1982). Örneğin nükleer serpinti yaşandıktan sonraki gün yapılacak bir oylamanın mümkün olmaması, seçimin ertelenmesinden çok veya ondan önce seçim kavramının norm alanıyla ilgili bir mesele olsa gerekir. Zira “seçim” her şeyden önce insanların evlerinden dışarı çıkabilmesini, sandıkların önlerine konabilmesini ve bu sonuçların taşınabilmesini gerekli kılar. Fakat bu belirleme dahi yorum yoluyla lafzın saf dışı bırakılmasına neden olmaz. Ayrıca, bu konuda fors majör vb. kurumların özel hukuktaki tezahürünün (örneğin deprem nedeniyle mal teslimi yükümlülüğünün ortadan kalkması) kamu hukukuna (kamusal fonksiyonun ve devletin yükümlülüklerin ortadan kalkması) aynen teşmil edilemeyeceğini (örn. Anayasa’nın m. 119/7’de mücbir sebep istisnası özel olarak zikredilmiştir) de mutlaka kaydetmek gerekir. Karş. Olgunsoy, “Tehlikeli Salgın Hastalıklar Nedeniyle Seçimlerin Ertelemesi,” 621.

İkincisi, bir an için “gibi” ifadesinin başkaca erteleme nedenlerini beraberinde getirdiğini kabul etsek dahi bu belirlemenin Cumhurbaşkanlığı seçimleri için yapıldığını akılda tutmalıyız. Anayasa’da Cumhurbaşkanlığı seçimlerinin ertelenmesi için spesifik bir hüküm yoktur ama TBMM seçimleri için vardır. Dolayısıyla bu belirlemeyi TBMM seçimlerine teşmil etmek^[63] mümkün değildir. Dahası, söz konusu karar, Cumhurbaşkanlığı seçimleri ve TBMM seçimlerinin farklı zamanlarda yapılabildiği 2013 yılında verilmiştir. Oysa 2017 yılındaki anayasa değişikliğiyle birlikte bu iki seçimin her hâlükârda birlikte yapılması öngörülmüştür. Dolayısıyla Cumhurbaşkanlığı seçiminin ertelenmesine dair koşulların, TBMM seçimlerinin ertelenmesi koşullarından bağımsız düşünülmesi olanağı artık ortadan kalkmıştır. Hâliyle bu içtihat, güncelliğini ve somut duruma yanıt verme özelliğini yitirmiştir.

Son olarak; bu içtihat (Anayasa’nın “erteleme” nedenini sadece savaş hâli için sınırlı saymasına rağmen) olağanüstü hâller için “Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir.” diyen m. 15/2 kuralı ışığında da ele alınması gerekir.^[64] Madde 15/2, seçimlerin savaş nedeniyle ertelenmesi kuralına göre daha özel (*lex specialis*) bir hüküm değildir.^[65] Şöyle ki, Cumhuriyet döneminin kurucu iktidarları, seçimin ertelenmesini 1924 Anayasası zamanından bu yana istisnai rejimler için varsaymıştır. Bu bağlamda mesele, bu sapmanın hangi istisna rejimler için geçerli olduğu noktasında düğümlenmiştir. Bu bağlam mutlaka dikkate alınmalıdır. Aksi hâlde taslak metindeki olağanüstü hâl ve sıkıyönetim durumlarına yapılan göndermenin metinden çıkarılmış olması anlamsız hâle gelecektir.

b. Seçimler Hangi Normla Ertelenir?

AYM içtihatları bağlamında ikinci konu, seçimlerin ertelenmesi kararının mutlaka meclis kararı yoluyla alınmasının zorunlu olup olmadığıyla ilgiliydi. AYM’nin içtihadına bakacak olursak meclis kararıyla ortaya konabilecek bu irade, kanun yoluyla da tezahür edebilecektir. Fakat hemen şunu da kaydetmek gerekir. Bu karar, öğretilerde eleştirilmektedir. Eleştirilerin özünde,

[63] Olgunsoy, “Tehlikeli Salgın Hastalıklar Nedeniyle Seçimlerin Ertelenmesi,” 621.

[64] Bu yönde bir değerlendirme ve savaş dışındaki nedenlerle de seçimin ertelenmesini haklı sayılması için bkz. Olgunsoy, 622.

[65] Aynı yönde bkz. Şirin, “Tehlikeli Salgın Hastalıklarla Anayasal Mücadeleye Giriş,” 71.

Anayasa'nın "karar" alanına bıraktığı bir konunun kanunla düzenlenmesinin; (i) o konunun Cumhurbaşkanlığının incelemesine, geri göndermesine veya yayımına; (ii) Anayasa Mahkemesinin ise yargısal denetimine açık hâle getirecek olması vardı. Eleştiren yazarlara göre bu, yasamanın özerkliğiyle ilgili olduğu denli Anayasa'nın mantığına aykırılık yaratmaktaydı.^[66]

Söz konusu eleştirilere yasama organının kendi özerkliğinden vazgeçmek isteyebileceği ve işlemini, hukuk devleti ilkesi uyarınca anayasallık denetimine tabi kılmayı yeğlediği savıyla karşı çıkılabildi. Fakat yine de "yasamanın yönetsel bağımsızlığı" uyarınca bu yanıt çok güçlü sayılmazdı.^[67] Ne var ki 2017 yılındaki anayasa değişikliğinden sonra durum hayli değişmiştir. Yeni düzende TBMM, böyle bir irade göstererek sadece kendisinin değil, Cumhurbaşkanının seçiminin de yenilenmesini sağlamaktadır. Cumhurbaşkanını, artık bir Meclis kararıyla değil, halkın oylarıyla seçilmektedir. Dolayısıyla Meclis'in seçimlerin yenilenmesi kararı, bir bakıma halkın Cumhurbaşkanlığı seçimine dair (serbest seçim hakkının uzantısı olan) iradesi üzerinde de bir tasarruf anlamı taşır hâle gelmiştir.

Bu çıkarım, seçimlerin ertelenmesi için evleviyetle yapılabilir. Evleviyetle diyoruz çünkü bu noktada mesele, halkın, sahip olduğu seçme hakkından geçici olarak mahrum bırakılmasıdır. Bunun bir düzenleme değil sınırlama, hattâ yoksun bırakma anlamına geldiği açıktır. Temel hak ve özgürlüklere dönük sınırlamaların (md. 13) ve hattâ durdurmanın (md. 15, 119/5) kanunla yapılması gerektiğini dikkate aldığımızda, seçimin ertelenmesi kararının kanunla alınması gerektiği sonucuna kolaylıkla varılabilir.^[68]

1961 Anayasası'nın "kanun" a yaptığı atfın, 1982 Anayasası'nda bu denli açık olmaması bir sorundur. Fakat nasıl ki "af" veya "ölüm cezasının yerine

[66] Örn. bkz. Erdoğan Teziç, "Parlamento Kararı ve Kanun," *Anayasa Yargısı* 5, 1989: 121-130; Tanör ve Yüzbaşıoğlu, 328. Nüans içeren ve mesafeli bir pozisyon için bkz. Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, (Ekin Yay., 2021), 626. Karşı görüş için örn. bkz. Ömer Anayurt, *Anayasa Hukuku: Genel Kısım*, (Ankara: Seçkin Yay., 2022), 678-679.

[67] Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, (Ankara: Yetkin Yay., 2021), 242.

[68] Tanör ve Yüzbaşıoğlu'nun dediği gibi "seçimlerin yenilenmesinde egemenliğin sahibi millete gidilirken, ertelemeye bir tür seçimden kaçma söz konusudur. Temsili demokrasilerde bu, ancak ertelemeye zorlayan haklı sebep varsa kabul edilebilir." Tanör ve Yüzbaşıoğlu, 232-233.

getirilmesi” gibi temel haklarla ilgili konularda “karar” ifadesi geniş anlamda irade açıklaması olarak algılanıyor ve fakat bu kararlar birer kanunla alınıyorsa, aynıısının seçimlerin ertelenmesi için de geçerli olduğu kabul etmek mümkündür. Para basılması kararının dahi kanunla alındığı yerde, seçimlerin ertelenmesi gibi temel hak ve özgürlüklerle ilgili olan ve Anayasa'nın değiştirilemez nitelikteki demokratik devlet ilkesinin çekirdeğindeki bir konuda kanunilik koşulu haydi haydi geçerlidir. Nitekim karşılaştırmalı anayasa hukuku verileri de bu mantığı doğrulamaktadır.

IV. OLASI SORUNLAR

Son olarak, seçimlerin ertelenmesi konusunda olası sorunlara değinmek gerekir. Bu sorunlar, (a) savaş durumu olmamasına rağmen seçimlerin ertelenmesi ve (b) mevzuattaki diğer sorunlar olmak üzere iki kategoride ele alınabilir.

A) SAVAŞ DIŞINDA BİR NEDENLE ERTELEMeye KARŞI ETKİLİ MEKANİZMALAR SORUNU

Seçimlerinin savaş dışındaki bir nedenle keyfî biçimde ertelenmesi durumunda acaba bu istismara karşı Anayasa kendisini koruyabilmekte midir? Bu durum, varsayımsal olarak dört durumda gerçekleşebileceği için her varsayımı ayrı ayrı ele almak gerekiyor.^[69]

1- Meclis Kararıyla Erteleme

Seçimlerin bir meclis kararıyla ertelenmesi durumunda bu karara karşı denetim hayli güçtür. Zira Anayasa'ya göre AYM'nin inceleyebileceği meclis kararları, (i) milletvekilliğinin düşmesi kararı, (ii) milletvekili

[69] Bu, anayasa değişikliği yoluyla da gerçekleşebilir. Fakat erteleme yine bir anayasa normu olacağı için sorun yaratmayabilir. Türkiye'de böylesi bir erteleme 1961 Anayasası'na 1971 yılında eklenen geçici 12'nci madde yoluyla gerçekleşmişti. Hüküm şöyleydi: “Cumhuriyet Senatosu üyelerinden üçte birinin yenilenmesi ve Cumhuriyet Senatosu ile Millet Meclisinde boş bulunan üyelikler için 10 Ekim 1971 gününde yapılacak seçimler, 12 Ekim 1973 de yapılması gereken milletvekilleri genel seçimiyle birlikte yapılmak üzere ertelenmiştir. Cumhuriyet Senatosu üyelerinden süresi dolanların üyelik sıfatları, seçim yapıncaya kadar devam eder.” Ayrıca Bkz. AYM, E. 1970/41, K. 1971/37, Kt. 13/04/1971.

dokunulmazlığının kaldırılması kararı ve (iii) TBMM İçtüzüğü değişikliği kararıdır.^[70] Seçimlerin ertelenmesi kararı bunların arasında sayılmış değildir. Anayasa Mahkemesi, bireysel başvuruları (anayasa şikâyeti) da aynı mantıkla reddetmektedir.^[71]

Bu durumda (mevcut yaklaşımda veya normlarda değişiklik olmadıkça) geriye sadece Anayasa Mahkemesinin içtihatla geliştirdiği “eylemli içtüzük değişikliği” içtihadından ileri gelen yetkisi kalmaktadır.^[72] Bu içtihadı göre meclis kararına dayanak olan uygulama bir İçtüzük hükmünü fiilen değiştiriyorsa veya İçtüzük'te düzenlenmemiş bir konuda yeni bir hüküm getiriyorsa bu işlem içtüzük değişikliği ile aynı değer ve etkidedir, bu nedenle Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenebilmektedir.^[73] Ne var ki Anayasa Mahkemesinin bu içtihadına dönük eleştiriler ve içtihadın kimi gelgitli yönleri, bu konuda kuşkuları beraberinde getirmektedir.^[74]

Öte yandan adı meclis kararı olan bu normların maddi anlamda bir kanun olarak algılanıp incelenmesi de bir diğer seçenektir.^[75]

2- Yüksek Seçim Kurulu Kararıyla Erteleme

Seçimlerin bir Yüksek Seçim Kurulu kararıyla ertelenmesi durumunda bu karara karşı da denetim pek güçtür. Zira Anayasa'nın 79'uncu maddesinin

[70] Meclis kararları konusunda nispeten yeni tarihli monografiler için bkz. Sezgin Baş, *Türk Anayasa Hukukunda Yasama İşlemleri Teorisi ve Parlamento Kararları*, (İstanbul: On İki Levha Yay., 2016). Abbas Kılıç, *Türkiye'de Parlamento Kararlarının Hukuki Rejimi*, (Adalet Yay., 2020).

[71] Bkz. *Osman Baydemir (2)* [GK], B. No: 2018/1878, 27/10/2022.

[72] Bu konuda örn. bkz. Bülent Algan, “İçtüzük Düzenlemesi Niteliğindeki Parlamento Kararlarının Hukuksal Rejimi,” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 63: 731-773. Konunun bir “yetki saptırması” olarak algılanma olasılığı da göz ardı edilmelidir. Bu konuda bkz. AYM, E. 1966/7, K. 1966/46, Kt. 19/12/1966.

[73] İlk olarak bkz. AYM, E. 1967/6, K. 1968/9, Kt. 27/02/1968. Önemli bir dönemeç için bkz. AYM, E. 1991/27, K. 1991/50, Kt. 12/12/1991.

[74] Fahri Bakırcı, “Anayasa Mahkemesinin Eylemli İçtüzük Kuralına İlişkin İçtihat Değişikliğinin Gerekçesi Üzerine,” *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 112, 2014: 257-296. Eleştiriler için örn. bkz. Gözler, 713-715.

[75] Aksi yönde görüş için örn. bkz. Eren, *Anayasa Hukuku Dersleri*, 684-685.

2'nci fıkrasına göre: “Yüksek Seçim Kurulunun kararları aleyhine başka bir mercie başvurulamaz.” Bu durum, Yüksek Seçim Kurulu kararına karşı bir iptal davası açılması olasılığını dışlamaktadır. Geriye Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yolu kalmaktadır. Öğretide aksi yönde görüşler^[76] olsa da Anayasa Mahkemesi, bu kararlara karşı bireysel başvuruları incelememektedir.^[77] Dolayısıyla böyle bir karara karşı ulusal düzeyde bir hukuk yolu (en azından mevcut içtihatlar değişiklik olmadıkça) bulunmamaktadır.^[78]

3- Cumhurbaşkanlığı Kararnamesiyle Erteleme

Seçimlerin bir Cumhurbaşkanlığı kararıyla veya kararnamesiyle ertelenmesi hukuken mümkün görünmemektedir. Fakat Türkiye'deki süregelen istismarlar akılda tutulduğunda, bunun fiilen gerçekleşmesi olasılığı yok değildir. Bu nedenle bu olasılığın sorgulanması gerekir.

Ertelemenin bir Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle yapılması hâlinde Anayasa (md. 148/1) bu norma karşı Anayasa Mahkemesinde bir iptal davası açılabilirliğini öngörmüştür. Bunun bir Cumhurbaşkanlığı kararı yoluyla yapılması durumunda ise 06/01/1982 tarihli 2575 sayılı Danıştay Kanunu (m. 24/1/a) bu karara karşı iptal davasının Danıştay'da açılacağını öngörmüştür. Yani bu olasılıklarda yargı yolları vardır. Ne var ki bu tasarrufun, OHÂL ilan edildikten sonra bir Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle gerçekleşmesi hâlinde durum farklıdır. Zira Anayasa'ya (m. 148/1) göre: “Olağanüstü hallerde ve savaş hallerinde çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin şekil ve esas bakımından Anayasaya aykırılığı iddiasıyla, Anayasa Mahkemesinde dava açılmaz.” Anayasa'nın (m. 119/son) böylesi

[76] Ayhan Kılıç, “Yüksek Seçim Kurulu Kararlarına Karşı Bireysel Başvuru Yolu,” *Uyumsuzluk Mahkemesi Dergisi* 3, 2013: 39-81; Fazıl Sağlam, *Anayasa Hukuku Ders Notları*, (Lefkoşa: Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yay., 2013) 440-441; Tolga Şirin, “Anayasa Şikâyeti Usulünde Serbest Seçim Hakkı Bağlamında Karşılaşılan Sorunlar,” Havva Karagöz ve Atagün Mert Kejanlıoğlu (ed.), *Seçim, Demokrasi ve Seçim Sistemleri Sempozyumu*, (İstanbul: On İki Levha Yay., 2019), 292-295.

[77] Örn. bkz. *Atila Sertel*, B. No: 2015/6723, 14/7/2015, § 40; *Oğuz Oyan*, B. No: 2015/8818, 14/7/2015, § 28.

[78] Uluslararası düzeydeki durumla ve özellikle Cumhurbaşkanlığı seçimleriyle ilgili olarak bkz. Şirin, “Anayasa Şikâyeti Usulünde Serbest Seçim Hakkı Bağlamında Karşılaşılan Sorunlar,” 291-311.

durumlardaki tasarımı, söz konusu kararnamelerin üç ay içinde Türkiye Büyük Millet Meclisinde görüşülüp karara bağlanması (aksi halde olağanüstü kendiliğinden yürürlükten kalkması) ve bu kararın tezahür ettiği kanunun Anayasa Mahkemesi denetimine tabi olmasıdır. Fakat burada da sorun üç aylık sürenin seçimlerin ertelenmesi yönündeki istismara engel olamayacak kadar uzun olmasıdır. Geçmişte AYM, böylesi istismarlara karşı maddi bir yaklaşım içinde olduğu için^[79] bu daha düşük düzeyli bir sorundu. Fakat bu içtihatları değişiklik^[80], söz konusu sorunu derinleştirmiştir. Yani OHÂL dönemindeki Cumhurbaşkanlığı kararnameleri yönünden Anayasa, istismara müsaittir.

4- Kanunla Erteleme

Seçimlerin ertelenmesinin bir kanun yoluyla gerçekleşmesi durumunda bu kanuna karşı Anayasa Mahkemesine iptal davası açma yolu açıktır. Dolayısıyla bu konuda ilk bakışta sorun yok gibidir. Ne var ki bu davanın hızla sonuçlanacağına dair bir hüküm ne Anayasa’da ne de diğer mevzuatta bulunmaktadır. Bu nedenle bir önceki başlıkta da ifade ettiğimiz normlar (Cumhurbaşkanlığı kararı veya kararnamesi) için de geçerli olacak sorun, Anayasa Mahkemesinin böylesi bir kanuna karşı vereceği iptal kararının gecikmesi olabilir.

Bu gecikme sorununu aşacak kurum, Anayasa Mahkemesinin içtihatları geliştirdiği “yürürlüğü durdurma” kararlarıdır.^[81] Fakat Anayasa Mahkemesinin uzun zamandır bu içtihadını uygulamıyor olması ve özellikle 2010 yılından itibaren kendini hemen hemen her konuda sınırlandırma eğilimi göstermesi, bu konuda bir tereddüt yaratmaktadır.

[79] AYM, E. 1990/25, K. 1991/1, Kt. 10/01/1991; AYM, E. 1991/6, K. 1991/20, Kt. 03/07/1991; AYM, E. 1992/30, K. 1992/36, Kt. 26/05/1992; AYM, E. 2003/28, K. 2003/42, Kt. 22/05/2003.

[80] AYM, E. 2016/167, K. 2016/160, Kt. 12/10/2016.

[81] Literatürün (lehe veya aleyhe görüşleri de içeren) nispeten güncel görünümü ve bu konuda bir pozitif düzenleme ihtiyacı çağrısı için bkz. Serdar Narin, “Türk Anayasa Yargısında ve Türk Anayasa Mahkemesi Kararlarında Yürürlüğü Durdurma: Hukuksal Metinlerde, Normatif ve Pozitif Bir Eksikliğin Giderilmesi Sorunu,” *İzmir Barosu Dergisi* 1, 2012: 89-128.

B) MEVZUATTAKİ DİĞER SORUNLAR

Seçimlerin ertelenmesi konusunda mevzuatta da bazı sorunlar vardır. Bunlardan başlıcası söz konusu düzenlemenin TBMM seçimleri dışında Cumhurbaşkanlığı ve mahalli seçimler için de geçerli olup olmadığının Anayasa'da belirsiz bırakılmış olmasıdır. Anayasa'nın önceki tasarımıında Cumhurbaşkanı TBMM tarafından seçiliyordu. Cumhurbaşkanının yetkileri nispeten azdı. Mahalli idareler de egemenlik yetkisini ilk elden kullanmadıkları için bu eksiklikler anlaşılabilir durumdaydı. Ne var ki 2014 ve 2017 yılından sonra bu durum değişmiştir. Çok sayıda yetkiye sahip olan Cumhurbaşkanı, Meclis ile aynı tarihte halk tarafından seçilmektedir. Öte yandan özellikle büyükşehir belediyelerinin (özellikle İstanbul) nüfusunun ve potansiyel hacminin genişlemesi ve büyükşehirlerdeki seçimlere dair tartışmaların öne çıkması bu seçimleri hassas hâle getirmiştir. Bu nedenlerle Anayasa'daki hükmün anılan seçimler yönünden de açıkça genişletilmesi veya netleştirilmesi bir zorunluluktur.^[82]

İkinci olarak; seçimlerle ilgili bir diğer mesele de referandumlar (halkoylamaları) olmaktadır. Bunların ertelenmesiyle ilgili ne Anayasa'da ne de diğer mevzuatta bir hüküm bulunmaktadır. Referandumların halkoylamalarının (altmış gün) yapılma süresini düzenleyen 25/05/1987 tarihli ve 3376 sayılı Anayasa Değişikliklerinin Halkoyuna Sunulması Hakkında Kanun, bu konuda bir hüküm içermemektedir. Bu bakımdan bir kanun değişikliğiyle bu konunun açıklığı kavuşturulması gerekebilir. Fakat Anayasa'nın bunu nedene bağlaması, keyfiliğe karşı daha ileri bir güvene olacaktır.

Üçüncüsü, savaş dışındaki fiili imkânsızlık hâllerinin spesifik olarak düzenlenmeye konu edilmemesinin Yüksek Seçim Kurulu içtihatlarında da görüldüğü gibi zorlamalara neden olduğu açıktır. Bu dikkate alınarak konunun hassas biçimde anayasal ve/veya bir yasal düzenlemeye konu edilmesinde yarar vardır.

Dördüncüsü, mevzuat seçimlerin tamamen ertelenmesini öngörmektedir. Seçimin kısmi olarak ertelenme olasılığı akılda tutulmalı, mevzuatta buna göre esnemelere gidilmelidir.

[82] Bu yapılırken karşılaştırmalı örneklerde de görüldüğü gibi mahalli seçimlerin diğerlerinden ayrılması ve kademeli bir dil kullanılması olanaklıdır.

Son olarak; seçimlerin ertelenmesi kararının basit çoğunlukla alınabiliyor olması büyük bir sorundur. Bu sorun, OHÂL, seferberlik veya savaş gibi durumların da basit çoğunlukla yapılması olanağı da hesaba katıldığında hayli yaşamsaldır. Zira mevcut durum, TBMM’de basit çoğunluğa sahip olan bir politik iradenin, Anayasa’yı değiştirmemesine rağmen Anayasa’nın uygulamasını bir bakıma askıya alabilmesine, hattâ Anayasa’nın değiştirilemez nitelikteki demokratik devlet hükmüne anlamını veren seçimleri teleyebilmesine, yani daha açık söylemek gerekirse bir “sivil darbe” yapabilmesine olanak taşıyan zaafklar içermektedir. Bu zaafın ivedilikle giderilmesi gerekir.

SONUÇ

Tüm bu yazılanlardan sonra bu makalenin ulaştığı sonuçları altı kategoride toparlayabiliriz.

Birincisi; savaş dışında bir nedenle Cumhurbaşkanlığı ve milletvekilliği seçimlerinin ertelenmesi sözel, tarihsel, sistematik ve amaçsal yorum uyarınca mümkün değildir. Savaş dışındaki nedenler bilerek ve isteyerek konmamıştır.

İkincisi; savaş nedeniyle seçimlerin ertelenmesi kararı, bir kanunla verilebilir, hattâ verilmelidir. Bu, söz konusu seçimin yasama organının dahilinin olmadığı, halk tarafından seçilen Cumhurbaşkanlığı seçimine etkilerinden ve konunun, serbest seçim hakkıyla doğrudan ilişkili olmasından mütevellit meclis kararlarını aşan bir yön taşımasından ileri gelir. Bu nedenle 1961 Anayasası'nın lafzındaki kanun göndermesinin maddi yönden geçerli olduğu kabul edilmelidir.

Üçüncüsü; Yüksek Seçim Kurulunun konuyla ilgili içtihatları, 1961 Anayasası dönemine özgü, mahalli idarelerle ilgili ve hayli farklı bir mevzuata dayanmaktadır. Bu nedenle odağımızdaki seçimler ve güncel durum açısından emsal teşkil etmez.

Dördüncüsü; Anayasa Mahkemesinin konuyla ilgili içtihadı Cumhurbaşkanlığı seçimlerine özgü olarak ve TBMM seçimlerinden bağımsız olarak yapıldığı dönemde verilmiş, lafzi açıdan farklı yorumlara müsait bir dille gerekçelendirilmiştir. Bu nedenle bu içtihat, mevcut hükmün güncel anlamı için belirleyici sayılamaz.

Beşincisi; Anayasa, seçimlerin Anayasa'ya aykırı biçimde ertelenmesi durumunda özellikle anayasallık denetimi bağlamında zaafılar içermektedir. Bu zaafıları gidermenin yolu Anayasa Mahkemesinin denetimine ilişkin sınırlandırmaların kaldırılması ve/veya Anayasa Mahkemesinin kendi içtihadı gelişimine sahip çıkmasıdır. Öte yandan politik denetimin güçlendirilmesi için de karşılaştırmalı anayasa hukukunda da görmüş olduğumuz nitelikli çoğunluk şartının (istisna rejimlerine geçiş durumları da dahil olmak üzere) tanınmasında büyük yarar olacaktır.

Altıncısı; Anayasa'daki mevcut hükmün, İtalyan (takdiri) modelinin sürdürülmesi ve fakat bunun diğer seçimleri de (hattâ referandumları) kapsayacak ve nitelikli çoğunluk şartı getirilecek biçimde revize edilmesi önerilir. Bu değişiklik sırasında fiilî imkânsızlık hâllerinin istismara neden olmayacak biçimde Anayasa hükmüne dahil edilmesi olasılığı da göz ardı edilmemelidir.

KAYNAKÇA

- Akalın, Muzaffer. "Belediye Seçimlerinin Geri Bırakılması," *İller ve Belediyeler Dergisi*, (1954): 765-766.
- Aksoy, Ömer Asım. *Atasözleri ve Deyimler Sözlüğü*. İstanbul: İnkılap Kitabevi, (1988).
- Algan, Bülent. "İçtüzük Düzenlemesi Niteliğindeki Parlamento Kararlarının Hukuksal Rejimi," *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 63, no 4 (2014): 731-773.
- Anayurt, Ömer. *Anayasa Hukuku: Genel Kısım*. Ankara: Seçkin Yay., (2022).
- Bakırcı, Fahri. "Anayasa Mahkemesinin Eylemli İçtüzük Kuralına İlişkin İçtihat Değışikliğinin Gerekçesi Üzerine," *Türkiye Barolar Birliğı Dergisi* 112, (2014): 257-296.
- Baş, Sezgin. *Türk Anayasa Hukukunda Yasama İşlemleri Teorisi ve Parlamento Kararları*. İstanbul: On İki Levha Yay., (2016).
- elik-Ulusoy, Demet. "Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti'nde Cumhurbaşkanlığı Seçimlerinin Ertelenmesi ve Cumhurbaşkanının Görev Devamına İlişkin Parlamento Kararının Yarattığı Anayasal Sorunlar," *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 22, no. 2, (2020): 577-632.
- Duygun, Mert. "Karşılaştırmalı Hukukta Pasifist Anayasa Anlayışı," *Anayasa Hukuku Dergisi* 7, no. 14, (2018): 423-456.
- Döner, Ayhan. *Türk Anayasa Hukuku*. Ankara: Yetkin Yay., (2022).
- Erdem, Tarhan (haz.). *Yasama Meclisi Üyeleri Seçimi ve Siyasi Partiler Kanunları*. İstanbul: Doğan Kitap Yay., (2012).
- Eren, Abdurrahman. *Anayasa Hukuku Dersleri*. Ankara: Seçkin Yay., (2022).
- Esen, Bülent Nuri. *İzablı Anayasa*, Ankara: Akay Kitabevi Yay., (1945).
- Gönenç, Levent. *Türkiye'de Seçim Uyuşmazlıkları ve Çözüm Yolları*. Adalet Yay., (2008).
- Gözler, Kemal. *Türk Anayasa Hukuku*, Ekin Yay., (2021).

- Gözübüyük, Şeref ve Zekâi Sezgin. *1924 Anayasası Hakkındaki Meclis Görüşmeleri*, Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yay., (1957).
- Güneş, İhsan. *Atatürk Dönemi Türkiye'sinde Milletvekili Genel Seçimleri: 1919-1935*. İstanbul: Türkiye İş Bankası Yay., (2017).
- Hirik, Seçil. "Gibi Biçimbiriminin İşlevsel Dil Bilgisi Bakımından Çok İşlevli Görünümü." *Karadeniz Araştırmaları* 53, (2017): 205-222.
- James, Toby S. ve Sead Alihodzic. "When Is It Democratic to Postpone an Election? Elections During Natural Disasters, COVID-19, and Emergency Situations." *Election Law Journal* 19, no. 3, (2020): 1-19.
- Kılıç, Abbas. *Türkiye'de Parlamento Kararlarının Hukuki Rejimi*, Adalet Yay., (2020).
- Kılıç, Ayhan. "Yüksek Seçim Kurulu Kararlarına Karşı Bireysel Başvuru Yolu," *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi* 3, (2013): 39-81.
- Kotaki, Akira ve Fumio Takeda. "Study on Disaster Emergency Provisions in the Constitution of Japan as a Measure Against Huge Disasters – A Discussion Based on Initial and Emergency Responses to the Great East Japan Earthquake." *Journal of Disaster Research* 13, no. 2, (2018): 367-379.
- Narin, Serdar. "Türk Anayasa Yargısında ve Türk Anayasa Mahkemesi Kararlarında Yürürlüğü Durdurma: Hukuksal Metinlerde, Normatif ve Pozitif Bir Eksikliğin Giderilmesi Sorunu," *İzmir Barosu Dergisi* 1, (2012): 89-128.
- Olgunsoy, Feyzan. "Tehlikeli Salgın Hastalıklar Nedeniyle Seçimlerin Ertelenmesi." *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi* 10, no. 2, (2020): 584-637.
- Onar, Erdal ve Levent Gönenç. "1982 Anayasası'na Göre Ara Seçim." *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 51, no. 4, (2002): 1-40.
- Onar, Erdal ve Levent Gönenç. "1982 Anayasası'nın Ara Seçime İlişkin 78. Maddesine 2002 Yılında Eklenen Fıkra Üzerine Düşünceler." *Prof. Dr. Tunçer Karamustafaoğlu'na Armağan*. Ankara: Adalet Yay., (2010).

- Özbudun, Ergun. *Türk Anayasa Hukuku*. Ankara: Yetkin Yay., (2021).
- Sağlam, Fazıl. *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*. Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yay., (1982).
- Sağlam, Fazıl. *Anayasa Hukuku Ders Notları*. Lefkoşa: Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yay., (2013).
- Sağlam, Fazıl. *Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Anayasa Hukuku Dersleri*. Lefkoşa: Yakın Doğu Üniversitesi Yay., (2016).
- Sev, İ. Gülsen. “Türkiye Türkçesinde Gibi Edatıyla Kurulan Benzetmeli Anlatımlar.” *Turkish Studies* 7, no. 4, (2012): 499-512.
- Şirin, Tolga. “Tehlikeli Salgın Hastalıklarla Anayasal Mücadeleye Giriş.” *Anayasa Hukuku Dergisi* 9, no. 17, (2020): 43-146.
- Şirin, Tolga. “Anayasa Şikâyeti Usulünde Serbest Seçim Hakkı Bağlamında Karşılaşılan Sorunlar,” Havva Karagöz ve Atagün Mert Kejanlıoğlu (ed.), *Seçim, Demokrasi ve Seçim Sistemleri Sempozyumu*, İstanbul: On İki Levha Yay., (2019).
- Tanilli, Server. *Anayasalar ve Siyasal Belgeler*. İstanbul: Sulhi Garan Matbaası, (1976).
- Tanör, Bülent ve Necmi Yüzbaşıoğlu. *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*. İstanbul: Beta Yay., (2019).
- Teziç, Erdoğan. “Parlamento Kararı ve Kanun,” *Anayasa Yargısı* 5, (1989): 121-130.
- Türk, Hikmet Sami. “Açık Parlamento Üyeliklerinin Ara Seçimleri Yoluyla ya da Yedeklerle Doldurulması.” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 38, no. 1-2, (1981): 3-52.

Bireysel Başvuru (Anayasa Şikâyeti) Kararları

Atıla Sertel, B. No: 2015/6723, 14/7/2015.

Oğuz Oyan, B. No: 2015/8818, 14/7/2015.

Osman Baydemir (2) [GK], B. No: 2018/1878, 27/10/2022.

Soyut ve Somut Norm Denetimi Kararları

- AYM, E. 1966/7, K. 1966/46, Kt. 19/12/1966.
AYM, E. 1967/6, K. 1968/9, Kt. 27/02/1968.
AYM, E. 1970/41, K. 1971/37, Kt. 13/04/1971.
AYM, E. 1972/13, K. 1972/18, Kt. 06/04/1972.
AYM, E. 1977/6, K. 1977/14, Kt. 11/02/1977.
AYM, E. 1987/23, K.1987/27, Kt. 09/10/1987.
AYM, E. 1990/25, K. 1991/1, Kt. 10/01/1991.
AYM, E. 1991/6, K. 1991/20, Kt. 03/07/1991.
AYM, E. 1991/27, K. 1991/50, Kt. 12/12/1991.
AYM, E. 1992/30, K. 1992/36, Kt. 26/05/1992.
AYM, E. 1999/14, K.1999/6, Kt. 26/03/1999.
AYM, E. 2003/28, K. 2003/42, Kt. 22/05/2003.
AYM, E. 2012/30, K. 2012/96, Kt. 15/06/2012.
AYM, E. 2016/167, K. 2016/160, Kt. 12/10/2016.

KKTC İçtihatları

- A/M, No. 5/2020, D. No. 3/2020, Kt. 30/06/2020.
A/M, No. 9/2022, D. No. 5/2022, Kt. 07/09/2022.

Resmî Gazeteler

- Resmî Gazete, 10260, T. 23/07/1959.
Resmî Gazete, 10796, T. 02/05/1961.
Resmî Gazete, 19571, T. 11/09/1987.

Tutanaklar

- “83’üncü İnikat,” *TBMM Zabıt Ceridesi* 9, 20/07/1959.
“47’nci Birleşim,” *Temsilciler Meclisi Tutanak Dergisi* 3, T. 18/04/1961.

“139’uncu Birleşim,” *Danışma Meclisi Tutanak Dergisi* 9, T. 31/08/1982.

“146’ncı Birleşim,” *Danışma Meclisi Tutanak Dergisi* 9, T. 02/09/1982.

“118’inci Birleşim,” *Milli Güvenlik Konseyi Tutanak Dergisi* 7, T. 18/10/1982.

Yüksek Seçim Kurulu Kararları

YSK, K. 1966/194.

YSK, K. 1970/2010.

YSK, K. 1971/33.

YSK, K. 1976/11.

YSK, K. 2020/254.

Makaleler

Articles

Hukuki El Atma Davaları

Mehmet Ali GÖLCÜKLÜ*

* Avukat, Denizli Barosu. magolcuklu@hotmail.com
ORCID ID: 0000-0002-4109-6403.

ÖZ

Cumhuriyet kurulduktan sonra devleti yönetenlerin ilk işi yerleşim yerlerini demiryolu ve karayolları ile birbirine bağlamak olmuştur. Bunun için eldeki tüm imkânlar seferber edilmiş ve güçlü bir kalkınma hamlesi başlatılmıştır. Kıt kaynaklar sadece yolların yapımına harcanmış, yolun geçtiği arazilerin bedelleri için ödenek ayrılamamıştır. Esasen arazi geniş, nüfus az olduğu için bu konuda bir sıkıntı da yaşanmamıştır. 09.10.1956 tarihinde 6830 sayılı İstimlak Kanunu çıkarılıncaya kadar bu durum devam etmiştir. 1961 yılında çıkarılan 221 sayılı kanun 1. maddesi ile “6830 sayılı İstimlak Kanununun yürürlüğe girdiği tarihe kadar, kamulaştırma yapılmaksızın, kamulaştırma ...maksatlarına fiilen tahsis edilmiş olan gayrimenkuller ..tahsis tarihinde kamulaştırılmış sayılır” hükmü yürürlüğe konulmuş ve el konulan arazi sahiplerine üç yıllık bir dava açma süresi tanınarak, devletçe fiilen el konulan tüm araziler kamulaştırılmış kabul edilmiştir. Kamulaştırma ve kamulaştırmaz el atma mevzuları bu tarihten sonra gündeme gelen konulardır. İnceleme konumuz olan hukuki el atma bahsi ise 2010 yılından itibaren ülke gündemine gelmiştir.

Anahtar kelimeler

Hukuki el atma

hukuken el koyma

fili el atma

GİRİŞ

Kamulaştırmatsız el atma, ”kamulaştırma yapmaya yetkili kuruluşların, özel kişilere ait taşınmazı, kamulaştırma işlemi yapmadan ve bir bedel ödemedi fiilen işgal ederek kamu hizmetine tahsis etmesidir.” şeklinde tanımlanmaktadır. Bir başka deyişle, kamulaştırmatsız el atmadan söz edilebilmesi için, kamu hizmetinde kullanılmak üzere, özel kişiye ait bir gayrimenkulün idarece işgal edilmiş olması ve bu işgalin kanunda öngörülen usul ve esaslara uyularak tesis edilmiş bir kamulaştırma işlemine dayanmadan gerçekleştirilmiş bulunması gerekmektedir. Kamulaştırma konusunda değerli çalışmaları bulunan Arcak, kamulaştırmatsız el atmayı şu şekilde tarif etmiştir; “Bir idare, anayasa ve yasalara uygun bir işlem oluşturmaksızın, bir kimsenin taşınmazına el koyar üzerine bir tesis veya bina yapar yahutta taşınmaz malı bir hizmete tahsis ederek mal sahibinin taşınmazını dilediği gibi kullanma hakkına karşı herhangi bir girişimde bulunursa, taşınmaz mala kamulaştırmatsız el koymuş sayılır.”^[1]

Kamulaştırma konusunu düzenleyen 6830 sayılı İstimlâk Kanunu, 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu ile bunu değiştiren 4650 sayılı kanunlarda kamulaştırmatsız el atmayla ilgili düzenlemeler yoktur.^[2]

Kamulaştırmatsız el atma olgusunun hukuk sistemimize girmesi 16.05.1956 gün 1-6 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme kararıyla olmuştur.^[3] Kamulaştırmatsız el koyma sebebiyle mal sahiplerinin kazandıkları hakları tespit eden bu karar ile taşınmaz sahipleri iki imkân elde etmişlerdir: Birincisi; Taşınmazına el atılan mülk sahibi isterse tecavüzün önlenmesi için idare aleyhine meni müdahale davası açarak idarenin müdahalesini menettirebilecektir. İkincisi;

[1] Ali Arcak, *Kamulaştırmatsız El Atma ve Yeni Hükümler*, (Ankara: Seçkin, 1987), 23.

[2] Bekir Yıldırım, *Kamulaştırma Davaları*, 3. baskı, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2018), 879.

[3] Usulü dairesinde istimlak edilmeksizin gayrimenkulü yola kalbedilen şahsın, gayrimenkulünü yola kalbeden amme hükmi şahsiyeti aleyhine meni müdahale davası açmağa hakkı olduğuna ancak dilerse bu fiili duruma razı olarak, mülkiyet hakkının amme hükmi şahsiyetine devrine karşılık gayrimenkulünün bedelinin tahsilini de dava edebileceğine ve isteyebileceği bedelin de mülkiyet hakkının devrine razı olduğu tarih olan dava tarihindeki bedel olduğuna 16.5.1956 tarihinde ilk toplantıda ittifakla karar verildi.

men'i müdahale davası açarak idare ile uğraşmak istemeyen mülk sahibi, fiili durumu kabullenip, taşınmazın mülkiyetini idareye bırakarak idareden el atılan taşınmazının bedelini isteyebilecektir.

I. HUKUKİ EL ATMA NEDİR?

Belediye veya mücavir alan sınırları içinde kalan bir kısım taşınmazlar, imar planında umumi hizmetlere ve resmî kurumlara ayrılan bölgelerde (yol, okul yeri, park alanı, yeşil alan, sit alanı, sağlık hizmetleri alanı vs.) kalabilmektedir. Planda belirlenen hizmetler yapılacağından, bu alanlarda yer alan taşınmazlara yapı ruhsatı verilmemektedir. Bu durum Anayasamızın teminatı altında bulunan mülkiyet hakkına müdahale sonucunu doğurmakta ve mülk sahiplerini mağdur etmektedir.

Bu tür kısıtlı alanlarda taşınmazı olan mülk sahiplerinin açtığı davalar fiili müdahalede bulunulmadığı gerekçe gösterilerek hep reddedilmiştir. Ancak taşınmaz sahipleri problemin çözümü için ısrarlı hukuk mücadelesini sürdürmüşler ve 2010 yılında istedikleri sonucu elde etmişlerdir;

Nitekim, Yargıtay Hukuk Genel kurulu aşağıda özeti verilen kararı ile kısıtlı alanlarda kalan taşınmazların belli şartları taşınmaları halinde bedellerinin ödenmesi gerektiğine hükmetmiştir;^[4]

“...Uzun yıllar programa alınmayan imar planının fiilen hayata geçirilmemesi nedeniyle kamulaştırma ya da takas cihetine gitmeyen davalı İdarece, pasif ve suskun kalınmak ve işlem tesis edilmemek suretiyle taşınmaza müdahale edildiği; bu haliyle İdarenin eyleminin, mülkiyet hakkının özüne dokunan ve onu ortadan kaldıran bir niteliğe sahip bulunan kamulaştırmasız el koyma olgusunun varlığı için yeterli bulunduğu, her türlü izahattan varestedir. Bu itibarla, kamulaştırmasız el koyma olgusunun varlığının doğal sonucu, İdarenin hukuka aykırı eylemiyle mülkiyet hakkı engellenen taşınmaz mal sahibi davacının, dava yoluyla kamulaştırmasız el koyma hükümleri doğrultusunda mülkiyetin bedele çevrilmesini, eş söyleyişle idareden değer karşılığının verilmesini isteyebileceği açıktır.”

Bu karardan sonra, “1/1000 ölçekli onaylı uygulama imar planlarında umumi hizmetlere ve resmi kurumlara ayrılmak suretiyle mülkiyet hakkının özüne dokunacak şekilde tasarrufu hukuken kısıtlanan taşınmazların

[4] Yargıtay HGK 2010/5-662 E. 2010/651 K. sayılı ve 15.12.2010 tarihli kararı.

5 yıllık imar programlarına alınıp ilgili kurumlarca kamulaştırılmaması” olayı hukuki el atma olarak kabul edilmiş ve vatandaşların açtıkları tazminat davaları mahkemelerce kabul edilmeye başlanmıştır.^[5]

3194 sayılı İmar Kanununun 10. Maddesi “*Belediyeler; imar planlarının yürürlüğe girmesinden en geç 3 ay içinde, bu planı tatbik üzere 5 yıllık imar programlarını hazırlarlar. Beş yıllık imar programlarının görüşülmesi sırasında ilgili yatırımcı kamu kuruluşlarının temsilcileri görüşleri esas alınmak üzere Meclis toplantısına katılır. Bu programlar, belediye meclisinde kabul edildikten sonra kesinleşir. Bu program içinde bulunan kamu kuruluşlarına tahsis edilen alanlar, ilgili kamu kuruluşlarına bildirilir. Beş yıllık imar programları sınırları içinde kalan alanlardaki kamu hizmet tesislerine tahsis edilmiş olan yerleri ilgili kamu kuruluşları, bu program süresi içinde kamulaştırırlar*” hükmü gereğince ilgili kurumların belediye sınırları içinde kendilerine tahsis edilen yerleri uygulama imar planının kesinleşmesinden itibaren beş yıl içinde kamulaştırmaları gerekir. Belediye sınırları dışında kalan yerlerde bu işlemlerin muhatabı valiliklerdir.

Kamu kurumunun yasal olarak kendisine verilen bu görevi yerine getirmemesi Yargıtay Hukuk Genel Kurulu tarafından hukuki el atma olarak kabul edilmiştir. 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu’na 07.09.2016 tarihinde eklenen EK Madde 1 gereğince de mülk sahibinin talebi üzerine kamulaştırılması veya mülkiyet hakkının kullanılmasına engel teşkil eden kısıtlılığı kaldıracak imar planı değişikliği yapılması veya yaptırılması gerekir.

Bugün gelinen noktada idarenin, Hukuk Genel Kurulu kararında açıklanan olayın gerçekleşmesi halinde taşınmaza hukuken el atılmış olacağından, malikinin bedel davası açma hakkı doğmaktadır. Görüldüğü üzere hukuki el atmada aktif bir davranış değil, tam tersine idarenin pasif ve eylemsiz bir duruşu söz konusudur.^[6]

[5] Yargıtay 5. HD. 2022/11697 E. 2023/89 K.10.01.2023 T.; Yargıtay 5. HD. 2022/11697 E. 2023/89 K.10.01.2023 T.

[6] Yargıtay HGK.nun 2010/5-662 E.2010/651 K. sayılı ve 15.12.2010 tarihli kararı. 5.HD. 2021/6918 E. 2021/11370 K. 13.10.2021 T.

II. TARİHİ GELİŞİMİ

Kamulaştırmaz el koyma tabiri, Türk hukuk literatürüne 5999 sayılı yasanın 1. maddesi ile girmiştir. Tek maddeden ibaret olan bu kanun ile 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'na, daha önce kanunda olmayan geçici 6. madde ilk defa eklenmiştir. Maddenin başlığı “*kamulaştırmaz el koyma sebebiyle tazmin*” olup madde içinde iki kere daha bu tabir kullanılmıştır.

30.06.2010 tarihinde yürürlüğe giren geçici 6. maddenin konuluş amacı kanunun gerekçesinde şöyle açıklanmıştır; “*Anayasa’da dayanağı bulunmayan ve (haksız fiil) olarak da nitelendirilen kamulaştırmaz elkoyma suretiyle, temel insan haklarından olan mülkiyet hakkına müdahale edilmesi hâlinde, ilgili taşınmazın bedelinin Devletçe malikine ödenmesinin gerektiği tartışmasızdır. Bu yüzden, kamulaştırmaz elkoyma hâllerinde kıymet takdir edilmesinin kanunî esaslara bağlanması (...) uzlaşma yoluna gidilerek tazminat ödenmesi esasının getirilmesi (...) hukuk devleti ilkesi ve Devletin itibarı bakımından isabetli olacaktır.*”

Geçici 6. madde ile, 09/10/1956 -04/11/1983 tarihleri arasında kamulaştırma işlemleri yapılmadan fiilen el konularak kamu hizmetine tahsis edilen ve üzerine tesis yapılan taşınmaz maliklerinin hakları ve başvuru yolları düzenlenmiştir. Açıkça ifade edildiği gibi, geçici 6. madde, belirtilen tarihler arasında fiilen el konulan taşınmazlarla ilgili olmakla inceleme konumuz dışında kalmaktadır.

Yargıtay Hukuk Genel kurulunun 15.12.2010 tarihinde verdiği 2010/5-662 E. 2010/651 K. sayılı kararı ile “*kısıtlı alanlarda kalan taşınmaz maliklerinin mülkiyet hakkının sağladığı imkânları uzun yıllar kullanmamış olması*” olayının, hukuki el atma olarak kabul edilmesi üzerine kanun koyucu yasal bir düzenleme yapmak zorunda kalmıştır; 11.06.2013 tarihinde 6487 sayılı kanunun 21. maddesi ile 2942 sayılı kanun geçici 6. maddesi başlığı ile birlikte değiştirilmiş, geçici 6. maddenin 10. fıkrasına 3. cümle olarak, “*Uygulama imar planlarında umumi hizmetlere ve resmî kurumlara ayrılmak suretiyle veya ilgili kanunların uygulamasıyla tasarrufu kısıtlanan taşınmazlar hakkında, 3/5/1985 tarihli ve 3194 sayılı İmar Kanununda öngörülen idari başvuru ve işlemler tamamlandıktan sonra idari yargıda dava açılabilir.*” hükmü eklenmiştir.

Bu hükümlerle, Hukuk Genel Kurulu kararında bahsedilen durumların gerçekleşmesi halinde hukuki el atma olaylarında önce idareye başvurulması, sonuç alınamaması halinde idari yargıda dava açılabilmesinin yolu açılmıştır.

Senelerden beri birikerek gelen devasa boyutlara ulaşmış bir sorunun fiili elatma konusunu düzenleyen geçici 6. maddenin 10. fıkrasına konulan bir cümle ile çözülmesi mümkün olamamıştır; 11.06.2013 tarihinde kanuna eklenen bu cümle hukuki el atma davalarının idare mahkemelerinde açılacağı öngörmüştür. Oysa söz konusu davalar taşınmazlarla ilgilidir. Yerleşik hukuk sistemlerimize göre taşınmaz davalarının görüm yeri taşınmazın bulunduğu yer asliye hukuk mahkemeleridir. Taşınmaz davalarında, taşınmaz başında keşif yapılması, yerinde şahitlerin ve bilirkişilerin dinlenmesi, sonuçta tapu iptaline ve tescile karar verilmesi gerekmektedir. İdare mahkemelerinde bu işlerin yapılamaması sebebiyle yeni bir düzenlemeye ihtiyaç duyulmuştur.

Nitekim, kanun koyucu tarafından, uygulama imar planlarında umumi hizmetlere ve resmi kurumlara ayrılan alanlarda kalan taşınmazların, uygulama imar planlarının yürürlüğe girmesinden itibaren beş yıl içerisinde bütçe imkânları dâhilinde kamulaştırılması, mümkün olmaması halinde imar planı değişikliği yapılması zorunluluğu getirilerek vatandaşların karşılaştıkları mağduriyetlerin giderilmesi amacıyla^[7] 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununa 6745 sayılı kanunun 33.maddesi ile dört fıkradan ibaret ek madde 1 eklenmiş, 07.09.2016 tarihinde yürürlüğe konulmuştur.

İlk çıkarıldığında Ek Madde 1'in ilk fıkrası ikinci cümlesinde “*Bu süre içerisinde belirtilen işlemlerin yapılmaması hâlinde taşınmazların malikleri tarafından, bu Kanunun geçici 6. maddesindeki uzlaşma sürecini ve 3194 sayılı İmar Kanunu'nda öngörülen idari başvuru ve işlemleri tamamlandıktan sonra taşınmazın kamulaştırmasından sorumlu idare aleyhine idari yargıda dava açılabilir*” hükmü yer almakta idi.

Bu hükmün yürürlüğe girmesinden sonra hukuki el atma konularının uzlaşma ve idari başvurularla çözülememesi halinde tazminat davaları idare mahkemelerinde açılmaya ve görülmeye başlanmıştır.

Hukuki el atma konusu müstakil bir madde ile kapsamlı şekilde yeniden düzenlendiğinden, gereksiz kalan geçici 6. maddenin 10. fıkrasındaki “*Uygulama imar planlarında umumi hizmetlere ve resmî kurumlara ayrılmak*

[7] Madde gerekçesi. TBMM Tutanak Dergisinden.

suretiyle veya ilgili kanunların uygulamasıyla tasarrufu kısıtlanan taşınmazlar hakkında, 3/5/1985 tarihli ve 3194 sayılı İmar Kanununda öngörülen idari başvuru ve işlemler tamamlandıktan sonra idari yargıda dava açılabilir.” hükmü aynı kanunun 34. maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır.

Ancak 28.12.2018 tarihinde Ek Madde 1’ in ilk cümlesi hariç geri kalan kısmının tamamı Anayasa Mahkemesi tarafından Anayasaya aykırı bulunarak 2016/181 E. 2018/111 K. sayılı kararı ile iptal edilmiştir. Henüz yeni bir düzenleme yapılmamış olduğundan bu gün itibariyle hukuki el atma davaları, Ek Madde 1’ in ilk cümlesi olan “*Uygulama imar planlarında umumi hizmetlere ve resmî kurumlara ayrılmak suretiyle mülkiyet hakkının özüne dokunacak şekilde tasarrufu hukuken kısıtlanan taşınmazlar hakkında, uygulama imar planlarının yürürlüğe girmesinden itibaren beş yıllık süre içerisinde imar programları veya imar uygulamaları yapılır ve bütçe imkânları dâhilinde bu taşınmazlar ilgili idarelerce kamulaştırılır veya her hâlde mülkiyet hakkını kullanmasına engel teşkil edecek kısıtlılığı kaldırarak şekilde imar planı değişikliği yapılır/yaptırılır.*” hükmü çerçevesinde görülmektedir.

III. HUKUKİ EL ATMANIN ŞARTLARI

Kamulaştırmasız hukuki el atmadan bahsedebilmek için aşağıda belirtilen şartların gerçekleşmesi gerekir:

1. Taşınmazın bulunduğu mahalde uygulama imar planı yapılmalı, bu plan onaylanarak yürürlüğe konulmalı, tapulu taşınmaz kısmen veya tamamen bu planda umumi hizmetler veya resmi kurumlara ayrılan kısımda kalmalıdır.
2. 1/1000 ölçekli uygulama imar planının kesinleştiği (onaylandığı) tarihten itibaren^[8] beş yıl içinde taşınmaz, kısıtlı alanın ayrıldığı kurum (Belediye, Milli Eğitim, İç İşleri Bakanlığı, Sağlık Bakanlığı vs.) tarafından kamulaştırılmamış olmalıdır.
3. Uygulama İmar Planının yürürlüğe girdiği tarihten itibaren beş yıl içinde tapulu taşınmazın tabi olduğu kısıtlılığı kaldırarak şekilde imar planı değişikliği yapılmamış, takas yoluna gidilmemiş bulunmalıdır.

[8] Erdoğan Buyurgan ve Emel Karabağ, *Kamulaştırma Davaları*, 2. baskı, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2021), 1130.

4. Yukarıda yazılı üç şart gerçekleştikten sonra taşınmazın sahibi, hem taşınmazın tahsis edildiği kuruma hem de ilgili belediyeye başvurarak imar değişikliği yapılarak kısıtlılığın kaldırılmasını –takas yapılmasını– mümkün görülüyorsa taşınmaz bedelinin kendisine ödenmesini talep etmelidir.
5. Kamulaştırma işlemi yapılmaz –takas yoluna gidilmez– mülkiyet hakkını kullanmasına engel teşkil edecek kısıtlılığı kaldıracak şekilde imar planı değişikliği yapılmaz veya yasal sürede cevap verilmez ise taşınmazın mülkiyeti idareye bırakılarak taşınmaz bedelinin tahsili için ek madde 1 hükmüne göre tahsis edilen idare aleyhine bedel davası açılabilir.

IV. HUKUKİ EL ATMA DAVALARINDA DAVACI

İmar planlarında umumi hizmetlere veya resmi kurumlara tahsis edilen alanda kalan ve imar planının kesinleşmesinden itibaren üç ay içinde yapılan imar programlarına alınmayan ve beş yıl içinde amaca uygun şekilde kamulaştırılmayan taşınmazların malikleri kamulaştırmaz el koyma sebebiyle tazminat davası açılabilirler. Bu konuda bir tereddüt yoktur. Tapusuz taşınmazların zilyetlerinin de bu davaları açma hakları vardır. El atılan taşınmaz tapusuz ise zilyet süre geçirmeden bedel davasını açmalı ve bu dava görülürken mahkemenin vereceği önel üzerine yetkili ve görevli mahkemeye başvurarak taşınmazın zilyedi olduğunu ve mülkiyet hakkını kazandığını kesinleşmiş mahkeme kararı ile ispatladıktan sonra el atma davasına devam olunmalıdır.

Taşınmazın tapu maliki vefat etmiş ise mirasçılardan birisi, birkaçı veya tamamı birlikte veya ayrı ayrı dava açma hakkına sahiptirler. Muristen kalmış olmasa da hisseli mülkiyete konu taşınmazlarda her bir hissedarın tek başına veya başka hissedarlarla birlikte dava açması mümkündür. (2942/14-3)^[9]

V. HUKUKİ EL ATMA DAVALARINDA DAVALI

Hukuki elatma sebebiyle tazminat davası açılmadan evvel, davanın hangi idare aleyhine açılacağına dikkatlice araştırılıp incelenmesi çok önemlidir. Husumetin yanlış yöneltmesi hem zaman, hem de ekonomik kayıtlara sebep

[9] Buyurgan ve Karabağ, *Kamulaştırma Davaları*, 1151.

olur. Davanın açıldığı tarihte, hukuken el atılmış sayılan taşınmaz hangi idarenin sorumluluğunda ise davanın da o idare aleyhine açılması lazımdır. Hata yapmamak için dava açmadan evvel, taşınmazın tapusunun eklendiği bir dilekçe ile ilgili belediyeye başvurulup dava tarihinde taşınmazın imar planında belirtilen tahsis amacı dairesinde sorumlu idarenin araştırılması gerekir. Taşınmazın bulunduğu yerin imar planında tahsis edildiği idare belli olduktan sonra bu idareye yazı ile müracaat edilip, idarenin taşınmaza ihtiyacı olup olmadığı, ihtiyaç varsa taşınmazın kamulaştırılması, yoksa kısıtlılığı kaldırarak plan tadilatının yaptırılması talep edilmelidir. Talep yerine getirilmez yahut 30 gün içinde yazılı müracaata cevap verilmez ise idare aleyhine taşınmazın bedeli için dava açılmalıdır.

Sorumlu idareyi tespit etmek her zaman kolay olmamaktadır. Bunun için idarelerin kuruluş kanunlarına, Belediye (5393) ve Büyükşehir Belediyesi (5216) kanunlarına, Yargıtay emsal kararlarına bakmak icabeder.

HMK. 124. maddesinde, davada taraf değişikliğinin, ancak karşı tarafın açık rızası ile mümkün olduğu ifade edilmektedir. Ancak, maddi bir hatadan kaynaklanan veya dürüstlük kuralına aykırı olmayan taraf değişikliği talebini hâkim, karşı tarafın rızasına bakmadan kabul edebilmektedir. Nitekim, Yüksek Yargıtay, “*davacı tarafça hukuki el atmadan hangi idarenin sorumlu olacağı- nın bilinmemesi, davalı tarafın yanlış gösterilmesi dürüstlük kuralına aykırı olmayıp, kabul edilebilir bir yanılığa dayanmakta olup, karşı tarafın rızası olmaksızın hâkim tarafından taraf değişikliği kabul edilmelidir.*”örneğinde olduğu gibi bu tür davalarda esnek bir yol izlemektedir.^[10] - ^[11]

Örnek olarak ifade etmek gerekirse, imar planı içinde ayrılan ilkökul veya ortaokul alanı için İl Özel İdaresi aleyhine, (222 SK. M. 62/2) Lise alanları için Milli Eğitim Bakanlığına, Kreş alanları ve ağaçlandırılacak alanlar için Büyükşehir Belediye Başkanlığına, Devlet hastanesi alanı için Sağlık Bakanlığına husumetin yöneltmesi gerekir.

[10] Buyurgan ve Karabağ, *Kamulaştırma Davaları*, 1156.

[11] 5. HD. 2014/17297 E. 2015/20 K.19.01.2015; 5. HD.2013/2561 E.2013/7003 K.11.04.2013 T.

VI. HUKUKİ EL ATMA DAVALARINDA GÖREVLİ MAHKEME

Mülga 1086 sayılı HUMK. 1. maddesinde “vazife”, 6100 sayılı HMK 1. ve devamındaki maddelerde “görev” kelimesi ile ifade edilmek istenen, bir davanın hangi yargı koluna ait mahkemede görüleceğidir.^[12] Bir başka ifade ile görev kavramı, bir davanın asliye Hukuk, sulh hukuk, iş, aile, icra hukuk, idare mahkemelerinden hangisinde görüleceğini belirler.

İnceleme konumuz olan “hukuki el atma davalarına asliye hukuk mahkemeleri mi, idare mahkemeleri mi bakmalıdır” sorusu hukuk sistemimizi bir hayli uğraştırmıştır.

Mahkemeler, açılan bir davada öncelikle görev konusunu irdelemek ve 6100 sayılı HMK. 1. maddesinde yer alan “Mahkemelerin görevi, ancak kanunla düzenlenir. Göreve ilişkin kurallar, kamu düzenindedir.” hükmü uyarınca görevli olmadığı sonucuna vardığında görevsizlik kararı vermek zorundadır.

İlgili idareler, uygulama imar planlarının yürürlüğe girmesinden itibaren beş yıllık süre içerisinde imar programlarını yapmak, kısıtlı alanda kalan özel mülkleri kamulaştırmak veya herhâlde mülkiyet hakkının kullanılmasına engel teşkil edecek kısıtlılığın kaldırarak imar planı değişikliği yapmak/yaptırmak zorundadır.

Hukuki el atma davalarında, ilgili idare bu görevini yerine getirmediği için mülk sahibinin açtığı bedel davası pasif de olsa bir idari işleme dayandığı görüşü ile bu davaların idari yargıda görülmesi gerektiği düşünülmüştür.

Nitekim, 2942 sayılı kanuna eklenen ve dört fıkradan oluşan Ek Madde 1’in 1. fıkrası 2. cümlesinde yer alan “Bu süre içerisinde belirtilen işlemlerin yapılmaması hâlinde taşınmazların malikleri tarafından, bu Kanunun geçici 6. maddesindeki uzlaşma sürecini ve 3194 sayılı İmar Kanununda öngörülen idari başvuru ve işlemleri tamamlandıktan sonra taşınmazın kamulaştırmasından sorumlu idare aleyhine idari yargıda dava açılabilir” hükmü 07.09.2016 tarihinde yürürlüğe konulduktan sonra hukuki el atma davaları idare mahkemelerinde görülmeye başlanmıştır.

Ancak Ek Madde 1’in 1. fıkrası 1. cümlesi dışında kalan kısmının tamamı, Anayasa Mahkemesinin 2016/181 E. 2018/111 K. sayılı kararı

[12] Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay ve Muhammet Özkes, *Medeni Usul Hukuku*, (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2017), 59.

ile 28.12.2018 tarihinde iptal edildikten sonra, Yargıtay 5. Hukuk Dairesi, idare aleyhine idari yargıda dava açılabilir ibaresi iptal edildiği için, hukuki el atma davalarına bakmak görevinin adli yargının görev alanına girdiğini gerekçe göstererek ilk derece mahkemelerden verilen görevsizlik kararlarını bozmaya başlamıştır.^[13] Yargıtay'ın bozma kararlarından sonra adli yargı mahkemeleri önlerine gelen hukuki el atma davalarına bakmaya devam etmişlerdir. İdare mahkemelerinin bakmakta olduğu hukuki el atma davalarına adli yargı mahkemeleri de bakmaya başlayınca sahada iki başlılık ortaya çıkmış, sorunun kanunla çözülmesi gerektiği beklentisi doğmuştur.

Konu TBMM'ye intikal etmiş ve 2942 sayılı kanun Ek Madde 1'e eklenen, *"Bu süre içinde belirtilen işlemlerin yapılmaması halinde taşınmazların malikleri tarafından mülkiyet hakkından kaynaklı bedele ilişkin açılacak davalar, adli yargıda görülür"* cümlesi ile problem çözüme kavuşturulmuştur. (7421 sk.md. 3)

Eklenen cümlenin yürürlüğe girdiği 26.11.2022 tarihinden itibaren hukuki el atma davaları asliye hukuk mahkemelerinde açılacak ve görülecektir.

VII. HUKUKİ EL ATMA DAVALARINDA YETKİLİ MAHKEME

Yetki, bir davaya hangi yerdeki görevli mahkeme tarafından bakılması gerektiğini ifade eder. 6100 sayılı HMK. 5-19. maddelerinde yetki konusu düzenlenmiştir. Genel yetkili mahkeme, davalı gerçek veya tüzel kişinin davanın açıldığı tarihteki yerleşim yeri mahkemesidir. (6100/6) Yetki meselesi görevden farklı olarak hukukumuzda kural olarak kamu düzenine ilişkin görülmemiştir.^[14] Bir başka ifade ile, yetki konusu mahkemece kendiliğinden nazara alınamaz. Karşı tarafın usulüne uygun itirazı halinde dikkate alınır. Önemle arz edelim ki, Yargıtay 5. Hukuk Dairesi, 2942 sayılı kanunun 37. maddesi ile getirilen *"bu kanundan doğan tüm anlaşmazlıkların adli yargıda çözümlenmesi gerekenleri taşınmazın bulunduğu yer asliye hukuk mahkemesinde basit yargılama usulü ile görülür"* hükmü karşısında hukuki

[13] 5. HD. 2018/13892 E. 2019/10527 K. 23.05.2019 T.; 5. HD. 2018/4230 E. 2019/7228 K, 15.04.2019 T.; 5. HD. 2020/4535 E. 2021/5527 K. 14.04.2021 T.

[14] Pekcanitez, Atalay ve Özekes, *Medeni Usul Hukuku*, 445.

el atma davalarında yetki mevzunun kamu düzenine ilişkin olduğu ve mahkemece resen nazara alınacağı görüşündedir.^[15]

VIII. HUKUKİ EL ATMA DAVALARINDA YARGILAMA USULÜ

6100 sayılı HMK adli yargıda yazılı usul (6100/118-186) ve basit usul (6100/316-322) olmak üzere iki yargılama usulü öngörmüştür. Genel olarak asliye hukuk mahkemelerinde yazılı usul, sulh hukuk mahkemelerinde basit usul uygulanır. (6100/316/1-a) Bu kuralın istisnaları da vardır. Nitekim 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu 37. maddesi kamulaştırma davalarının asliye hukuk mahkemelerinde görülmesini, yargılamada ise basit usul uygulanmasını öngörmüştür.

Hukuki el atma davaları 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu Ek madde 1 hükmüne dayanılarak açılmaktadır. Bir başka ifade ile Kamulaştırma Kanunundan doğan bir davadır. 37. madde kapsamında kalan bu davaların da taşınmazın bulunduğu yer asliye hukuk mahkemesinde basit usulle görülmesi gerekmektedir.

Basit yargılama usulü, daha çabuk sonuçlandırılması gereken, daha kısa bir incelemeye ihtiyaç duyan ve daha kolay bir inceleme ile sonuçlandırılacak dava ve işler için kabul edilmiş bir usul olduğundan kamulaştırma davalarına bakan asliye hukuk mahkemesinde basit usul tercih edilmiştir.^[16]

Yürürlükten kaldırılan 1086 sayılı HUMK'nin 176. maddesinde sulh hukuk mahkemelerinde görülen davalar ile basit usule tabi davaların adli tatilde tabi olmadığı benimsenmiş iken adli tatilde görülecek davaları tek tek sayan 6100 sayılı yeni HMK'nin 103. maddesinde bu iki kavrama da yer verilmemiştir. Bu açıdan bakıldığında hukuki el atma davalarının adli tatilde görülemeyeceği sonucuna varılabilir. Ancak yeni kanunun 103/h maddesinde "Kanunlarda ivedi olduğu belirtilen veya taraflardan birinin talebi üzerine, mahkemece ivedi görülmesine karar verilen dava ve işlerin" adli tatilde görüleceği hükmü yer almaktadır. Yargıtay 5. Hukuk Dairesi kamulaştırma bedelinin tespiti ve tescil davalarını 103/h kapsamında ivedi işlerden saymaktadır. Bu sebeple söz konusu davaların adli tatilde görüleceği

[15] Buyurgan ve Karabağ, *Kamulaştırma Davaları*, 973; Yıldırım, *Kamulaştırma, Kamulaştırmaz El Atma*, 759.

[16] Pekcanitez, Atalay ve Özeker, *Medeni Usul Hukuku*, 445.

ve istinaf-temyiz sürelerinin adli tatilde de işleyeceği kabul edilmektedir.^[17] Yargıtay'ın konu ile ilgili yeni bir kararına ulaşamamış olsak da hukuki el atma davalarını da aynı kapsamda görmek yanlış olmasa gerektir.

IX. EL ATILAN TAŞINMAZ BEDELİNİN BELİRLENMESİ

Kamulaştırmatsız el atma davalarında, bilirkişilerin taşınmazın değerinin tespitine ilişkin değer biçme esaslarını düzenleyen herhangi bir yasal düzenleme mevcut değildir. İstikrara kavuşmuş Yargıtay tatbikatına göre, kamulaştırmatsız el atma davalarında da kamulaştırma Kanununun 11. maddesinde düzenlenen taşınmaza değer biçme esasları uygulanmaktadır. Bir başka tabirle ifade etmek gerekirse, Kamulaştırma Kanunu'nun değer biçmeye ilişkin hükümleri kamulaştırmatsız el atma davalarında da kıyasen uygulanır.

Kamulaştırma bedelinin tespiti esaslarını düzenleyen 4650 sayılı Kanun ile değişik 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 11. maddesinde; taşınmazın cins ve nevinin, yüzölçümünün, kıymetini etkileyebilecek bütün nitelik ve unsurların, her unsurun ayrı ayrı değerinin, kamulaştırma tarihindeki resmi makamlarca yapılmış kıymet takdirlerinin ve özellikle yapılarda resmi birim fiyatları ve yapı maliyet hesaplarının ve yıpranma payının, ayrıca bedelin tespitinde etkili olacak diğer objektif ölçülerin esas alınarak bedel takdiri gerektiği öngörülmüştür. Söz konusu 11. maddede, kamulaştırılan taşınmazın bedeli belirlenirken taşınmazın değerini etkileyen tüm unsurların dikkate alınması ilkesi getirilmiştir.^[18]

Taşınmazın niteliğine göre 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 11. maddesinde öngörülen usullere göre bilirkişi kurulunca, arsalarla emsal satışların karşılaştırılması, arazilere net gelir metoduna göre değer takdir edilir. Bilirkişi kurulunca el atılan taşınmazın el atma tarihindeki nitelikleri esas alınarak davanın açıldığı tarihteki değeri belirlenir.

[17] Buyurgan ve Karabağ, *Kamulaştırma Davaları*, 975; 5.HD. 2015/22794 E.2016/2789 K. 17.02.2016 T.

[18] HGK 2015/18-2165 E. 2016/804 K. 15.06.2016 T.

X. HUKUKİ EL ATMA DAVALARINDA FAİZ KONUSU

Kamulaştırmatsız el atmanın hukuki mahiyeti itibariyle haksız eylem olduğu, haksız eylemden doğan borçların, tazmini nitelikte olmaları sebebiyle uygulanacak faizin 3095 sayılı yasada belirlenen yasal faiz olduğu kanaati ile mahkemelerimiz yasal faiz uygulanmasına devam etmektedirler.

Kamulaştırmatsız el atma davalarında (fiili-hukuki) taşınmazın bedeli dava tarihi itibariyle belirleneceğinden (2942 SK m. 15/son) faize el atma tarihinden değil dava tarihinden itibaren hükmedilmesi gerekir.

Hukuk davalarında mahkemeler taleple bağlı olduklarından dava dilekçesinde faiz talep edilmemiş ise mahkeme kararında faiz hakkında hüküm verilmeyecektir. Davada faiz talep edilmesi unutulmuş ise, faize ilişkin yeni bir dava açılıp, asıl dava ile birleştirilerek birlikte görülmesi ve karara bağlanması gerekir. Faiz talep edilmeden açılan asıl dava faizsiz olarak sonuçlanmışsa hükmedilen bedelin idareden tahsili sırasında “*faiz talep hakkım saklıdır*” şerhi ile alınmış ise daha sonra faize ilişkin dava açılabilir. Anapara faiz hakkı saklı tutulmadan alınmış ise anaparaya bağlı bir fer’i hak olan faiz alacağı düşmüş olur.

Birçok davada olduğu gibi kamulaştırmatsız el atma davalarında da kısmi dava açılmasına mâni bir hüküm yoktur. Malına hukuken el atılan malik, açtığı tazminat dava dilekçesinde fazlaya mahsus talep hakkını saklı tutarak çok düşük bedel talebi ile dava açabilir. Dava sırasında yapılan bilirkişi incelemeleri ile kesin olarak belirlenen miktarın tamamının tahsili için davanın ıslahı ve miktarın yükseltilesi gerekir.

Dava devam ederken davanın ıslahı suretiyle müddeabihin yükseltilmesi halinde Danıştay ve Yargıtay’ın faiz uygulaması farklılık göstermektedir. Bugün itibariyle hukuki el atma davaları idare mahkemelerinde de görülmeye devam ettiğine göre farkın açıklanması faydalı görülmüştür;

Yargıtay 5. Hukuk Dairesi uygulamalarına göre, dava dilekçesinde istenen ile ıslahen arttırılan meblağın tamamı için dava tarihinden itibaren kanuni faize hükmedilmektedir. Oysa Danıştay 6. Dairesi 2021/460 E. 2021/489 K. 26.01.2021 T.sayılı kararında; “*Hukuki el atma nedeniyle açılan tam yargı davaları, adli yargıdaki fiili el atma nedeniyle açılan davalardan farklı olarak, 3194 ve 2942 sayılı Kanunlar kapsamında açılan davalar olduğundan, hükmedilecek faizin; dava açma tarihi itibariyle talep edilen miktar için, dava tarihinden geçerli olmak üzere, ıslah edilen kısım için*

ıslah tarihi itibariyle hesaplanması gerekmektedir.” Sonucuna varmış olup uygulama bu doğrultuda devam etmektedir.

Kamulaştırma konusunu düzenleyen 1982 Anayasasının 46/son maddesinde “...*Herhangi bir sebeple ödenmemiş kamulaştırma bedellerinde kamu alacakları için öngörülen en yüksek faiz uygulanır.*” Hükmü yer almaktadır. Bu hükmün uygulamasında hasıl olan tereddütleri Yargıtay 12. Hukuk Dairesi 30.04.2012 tarihinde verdiği 2012/4504 E. 2012/14546 K. sayılı kararı gidermiş; “..*Kamulaştırmatsız el atma ilamlarında ilamın kesinleştiği tarihe kadar geçen dönem için ilam uyarınca yasal faiz, kesinleşme tarihinden sonraki dönem için ise, (17.10.2001 tarihinde yürürlüğe giren 4709 Sayılı Kanunla değişik Anayasa'nın 46/son maddesi hükmü uyarınca,) kamu alacakları için öngörülen en yüksek faiz oranının uygulanması gerektiğine.*” karar vermiştir.

Hukuki el atma ilamına dayalı taleplerde muhatap idareden “*mahkemece hükmedilen taşınmaz bedeline kararın kesinleşme tarihine kadar kanuni faiz, kesinleşme tarihinden ödeme tarihine kadar da kamu alacakları için öngörülen en yüksek faiz*” talep edilmelidir. 01.01.2013 tarihinden beri yasal (kanuni) faiz 3095 sayılı kanunun 1. maddesi uyarınca yıllık %9 iken, kamu alacakları için öngörülen en yüksek faiz oranı 6183 Sayılı Yasa'nın 51. maddesi uyarınca 21.07.2022 den itibaren aylık % 2,5 yıllık ise 30 olarak uygulanmaktadır.

XI. HUKUKİ EL ATMA DAVALARINDA VEKÂLET ÜCRETİ VE HARÇLAR

Hukuk mahkemelerinde dava açılırken harçlar kanunu gereğince güncel harç tarifelerine göre harç, yeteri kadar da gider avansı ödenir. Harç bir kamu hizmetinden yararlanan gerçek ya da tüzel kişilerin, yararlandıkları hizmetin karşılığı olarak yerine getirmek zorunda oldukları malî bir yükümlülüktür. Davalar görülürken yatırılmış olan gider avansından posta masrafı, keşif masrafı, şahit ücreti, bilirkişi ücreti vs. gibi muhtelif harcamalar yapılır. Taraflar davalarını avukat marifetiyle takip etmişlerse mahkeme davayı kazanan taraf lehine karar tarihinde yürürlükte olan baro tarifesi gereğince avukatlık ücretine hükmeder. Avukatlık ücreti de yargılama giderleri kapsamındadır. Davada iki taraftan her biri kısmen haklı çıkarsa, mahkeme, yargılama giderlerini tarafların haklılık oranına göre paylaşır. Yargılama giderlerine ve bu giderler kapsamında olan avukatlık ücretine talep olmasa dahi resen hükmedilir. (HMK. 332)

Gerek müdahalenin men'i, gerekse el atılan taşınmazın bedelinin tahsili davalarında mahkeme ve icra harçları ile her türlü vekâlet ücretleri maktu olarak belirlenmekteydi.^[19] 2942 sayılı Kamulaştırma kanununun geçici 6. maddesi 13. fıkrasının, Anayasa Mahkemesinin 13.11.2014 gün ve 2013/95 E. 2014/176 K. sayılı kararı ile iptal edilmesinden sonra, bu davalara temyiz merci olarak bakan Yargıtay 5. Hukuk Dairesi 04.11.1983 tarihinden sonraki döneme ilişkin el atmalarda nispi harç ve nispi vekâlet ücretine hükmedilmesi gerektiğine karar vermiştir. Halen uygulama bu istikamette devam etmektedir.^{[20]_[21]}

Yeri gelmişken ifade edelim ki Geçici 6. madde ile düzenlenen 09.10.1956 – 04.11.1983 tarihleri arasındaki el atmalardan doğan davalarda vekâlet ücreti ve harçlar maktu olarak belirlenir.^[22] (Geçici 6. md.7. fırka)

Anayasa Mahkemesi 28.07.2022 tarihinde verdiği Kübra YILDIZ ve diğerleri bireysel başvurusunda el atma davasında mülk sahibi aleyhine, idare lehine vekalet ücreti ve yargılama giderine hükmedilmesini Anayasa'nın 35. maddesinde güvence altına alınan mülkiyet hakkının ihlali olarak kabul etmiştir. Artık bundan sonra mahkemelerce kabul edilen el atma davalarında, kısmi kabul mevzubahis olsa bile idare lehine, mülk sahibi aleyhine vekâlet ücreti ve yargılama giderine hükmedilmeyecektir.^[23]

XII. HUKUKİ EL ATMA DAVALARINDA ZAMANAŞIMI

Malikin eşya üzerinde mutlak, sınırsız ve tekelci bir hakimiyet hakkı vardır. Mülkiyet hakkı kişiye bağlı, dokunulmaz, vazgeçilmez, zamanaşımına uğramaz, kutsal bir haktır. Çünkü mülkiyet hakkı özgürlük, güvenlik gibi kişinin doğal haklarından biridir. Mülkiyet de özgürlük gibi herkese ve devlete karşı ileri sürülebilecek bir haktır. Bireyin hak ve özgürlüklerinin

[19] Geçici 6. madde 13. fıkrasının gönderme yaptığı 7. fıkrasına göre.

[20] 5. HD., 2015/14398 E. 2015/19935 K. 09.11.2015 T.; 18. HD., 2015/11795 E. 2015/13542 K. 01.10.2015 T.

[21] 18. HD., 2015/2035 E. 2015/11589 K. 30.06.2015 T.; 5. HD., 2014/21948 E. 2015/6627 K. 01.04.2015 T.

[22] 18. HD., 2015/11244 E.2015/12411 K. 10.09.2015 T.

[23] Anayasa Mahkemesi, 2018/32734 sayılı başvuru. RG. 04/10/2022

sınırı, diğer bireylerin hak ve özgürlüklerinin sınırındır. Bunun için de birey hak ve özgürlüklerini dilediği gibi kullanabilir, birey bu haklara doğal olarak sırf insan olması nedeniyle sahip olduğu için devlet de bunlara saygılı olmak zorundadır. Bu nedenle mülkiyet hakkına dışarıdan hiçbir müdahale yapılamaz. Aksine mademki mülkiyet hakkı malike mutlak ve tekeli bir kullanma, yararlanma ve tasarruf hakkı vermektedir, o halde malik dilerse malını kullanmama, yararlanmama ve tasarruf etmeme yetkilerine de sahiptir.^[24]Hukukun genel ilkelerinden birisi de mülkiyet hakkının “*zamanötesi*” niteliği, başka bir anlatımla mülkiyet hakkının zamanaşımına uğramamasıdır.^[25]

Mülkiyet hakkının bu özellikleri sebebiyle zamanaşımına tabi olmadığı, mülkiyete dayalı davaların her zaman açılacağı hususunda herhangi bir tartışma ve tereddüt yoktur.

XIII. HUKUKİ EL ATMA KARARLARINA KARŞI BAŞVURULACAK KANUN YOLLARI

Kanun yolu, mahkemeler tarafından verilen kararların, hukuki denetiminin sağlanması, kararlarda olabilecek muhtemel hataların en aza indirilmesi, varsa yanlışlıkların düzeltilmesi, adaletin sağlanması amacıyla bir üst mahkeme tarafından gözden geçirilmesidir. Bir denetim mekanizması olarak kanun yolu hukukun uygulanması, içtihatların geliştirilmesi ve tüm yurttaki içtihat birliğinin sağlanması amaçlarına da hizmet eder.

6100 sayılı HMK. 341-373. maddelerinde önceki 1086 sayılı HUMK. den farklı olarak iki dereceli bir sistem benimsenmiştir;

A) İSTİNAF KANUN YOLU

İstinaf mahkemeleri 26.09.2004 tarih ve 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Bölge Adliye Mahkemeleri'nin Kuruluş, Görev Ve Yetkileri Hakkında Kanun ile hukuk sistemimize girmiştir. Ancak bölge adliye mahkemelerinin kuruluşu, faaliyete geçmesi ve istinaf kanun yolunun uygulanmaya başlanması 20.07.2016 tarihinden itibaren mümkün olabilmektedir.

[24] HGK. 2010/ 5-662 E. 2010 / 651K. 15.12.2010 T.

[25] Anayasa Mahkemesi, 2002/112 E. 2003/33 K. 10.04.2003 T.

Bölge adliye mahkemeleri “Adli yargı ilk derece mahkemelerince verilen ve kesin olmayan hüküm ve kararlara karşı yapılacak başvuruları inceleyip karara bağlamak” amacıyla kurulmuştur. (5235 sk.33. Md.)

2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu’nun 10. maddesi gereğince idarenin açtığı bedel tespiti ve tescil davasında mahkemece iki karar verilmektedir;

Birincisi, dava konusu taşınmazın mülk sahibi üzerindeki tapu kaydının iptali ve davacı idare adına tescili, ikincisi dava konusu taşınmazın gerçek bedelinin tespiti.

10. maddenin 8. bendinin son cümlesinde yer alan “*Tescil hükmü kesin olup tarafların bedele ilişkin temyiz hakları saklıdır.*” hükmü gereğince verilen mahkeme kararının tapu iptali ve tescile dair kısmı kesindir.

Mahkeme kararındaki taşınmazın bedelinin belirlenmesine ilişkin kısmı ise istinafa- temyize açıktır.

Her ne kadar kararın tescile ilişkin kısmı kesin olarak verilmekte ise de bazı istisnai durumlarda bu kesin kararların da bölge adliye mahkemelerinde incelenmesi ve bozulması mümkün olabilmektedir. Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 2009/18-62 E, 2009/88 K. 25.02.2009 tarihli kararında “..2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu’nun; 4650 sayılı Yasa ile değişik 10. maddesine <tescil hükmünün kesin olduğu> kuralını koyan yasa koyucunun burada, kamu düzen ve yararının bulunduğu hallerde Yargıtay’ın denetim yolunu kapamadığı, kesinliğe ilişkin mutlaklığın kamulaştırma plan ve krokisine bağlı olarak uygulanması gerektiği; kamulaştırma plan ve krokisi dışında kalan ve kamu düzenini ilgilendiren, dava konusu olmayan bir taşınmazın tescili durumu ile somut olaydaki gibi, adına tescil kararı verilen idarenin gerçek hak sahibi olup olmadığı noktasında Yargıtay Dairesinin temyiz incelemesi yapabileceği ve bozma kararı verebileceği, Hukuk Genel Kurulu’nda oyçokluğu ile benimsenmiştir.” denilerek kesinliğin mutlak olmadığı, kanuna aykırı olarak verilen kesin tescil kararlarının da Yargıtay’ca incelenebileceği, gerektiğinde bozulabileceği hükme bağlanmıştır. Kesinliği kararda yazılı sınırlar içinde anlamak gerekmektedir.

Yeni istinaf sistemini getiren 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK). 12.01.2011 günü kabul edilmiş ise de 01.10.2011 günü yürürlüğe girmiş, 1086 sayılı eski Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu da aynı gün yürürlükten kalkmıştır. Eski kanunda uygulanan ikili sistem (İlk derece mahkemesi-Yargıtay) terk edilmiş, yeni kanunda öngörülen üçlü sisteme

(İlk derece mahkemesi- İstinaf Mahkemesi- Yargıtay) geçilmiştir. İstinaf kanun yolunu ilk defa hukuk sistemimize kazandıran 6100 sayılı yeni kanun 01.10.2011 tarihinde uygulanmaya başlandığında ortada istinaf mahkemeleri olmadığı için (bu mahkemeler 20.07.2016 da kurulmuş ve faaliyete geçmiştir.) istinafla ilgili hükümlerin tatbiki de mümkün olamamıştır. Bu sebeple 31.03.2011 tarihinde 6100 sayılı kanuna geçici 3. madde eklenmiş, “*kaldırılan 1086 sayılı kanunun temyize ilişkin (HUMK.427-454) hükümlerinin bölge adliye mahkemeleri göreve başlayıncaya kadar uygulanmasına devam edileceği*” hükmü yürürlüğe konulmuştur.

Bölge adliye mahkemelerinin 20.07.2016 tarihinde göreve başlayacağı Resmi Gazete ilan edilmiş ve bu gün itibariyle bölge adliye mahkemeleri faaliyete geçmiş bulunmakla, yürürlükten kaldırılan 1086 sayılı HUMK’un 427- 454. maddelerinin uygulaması da sona ermiş olup 20.07.2016’dan itibaren mahalli mahkemelerden verilen kararlara karşı 6100 sayılı HMK’nın 341-360. maddelerinde düzenlenen istinaf kanun yolu uygulanmaya başlanmıştır.

İlk derece mahkemesi kararının bedele ilişkin kısmının doğru olmadığını düşünen taraf, kararın tebliğinden itibaren iki hafta içinde (HMK. 345) kararı veren mahkemeye, dışarıda bulunuyorsa bulunduğu yer asliye hukuk mahkemesine dilekçe ile başvurup gerekli harçları yatırdığında kararın yetkili bölge adliye mahkemesinde yeniden görüşülmesini sağlayabilir.

İstinaf dilekçesi verilirken gerekli harçlar ve tebliğ giderlerinin hiç ödenmediği veya eksik ödenmiş olduğu sonradan anlaşılırsa, kararı veren mahkeme tarafından verilecek bir haftalık kesin süre içinde tamamlanması, aksi halde başvurudan vazgeçmiş sayılacağı hususu başvuruna yazılı olarak bildirilir. Verilen kesin süre içinde harç ve giderler tamamlanmadığı takdirde, istinaf başvurusunun reddine karar verilir. Bu ret kararın tebliği tarihinden itibaren bir hafta içinde istinaf yoluna başvurulabilir. (6100/346-2)

İstinaf dilekçesi kendisine tebliğ edilen taraf, başvurma hakkı bulunmasa veya başvuru süresini geçirmiş olsa bile, vereceği cevap dilekçesi ile verilen kararı katılma yolu ile istinaf edebilir. (6100/348)

İstinaf yoluna başvurma, verilen kararların icrasını durdurmaz. İcra ve İflas Kanununun icranın geri bırakılmasıyla ilgili 36. maddesi hükmü gereğince gerekli başvuru yapılabilir. (6100/350)

6100 sayılı HMK. nın 353. maddesinde sayılan hallerde duruşma yapılmadan karar verilir. 353. maddede belirtilen haller dışında inceleme, duruşmalı olarak yapılır. (6100/356)

İstinafa başvuranın istinaf sebebi ve gerekçesini açıkça belirtmesi lazımdır. Kamu düzenine ilişkin istisna dışında, istinaf incelemesi, ileri sürülen sebep ve gerekçelerle sınırlı olarak yapılır. (6100/355) İstinaf sebebi olarak ileri sürülmeyen hususlar incelenmez.

İlk derecede ileri sürülmemiş deliller, istinafta da ileri sürülemez ve kullanılamaz. İlk derece mahkemesinde usulüne uygun olarak gösterildiği halde incelemeden reddedilen delillere istinafta dayanılabilir. Mücbir sebeple daha önce gösterilmesine olanak bulunmayan delillere istinafta dayanılabilir.

İstinaf mahkemesi kararları onama veya bozma şeklinde olmaz. Zira yeniden yargılama yapılması, ilk derece mahkemesi yerine geçerek davanın esası hakkında karar verilmesi, hukukî denetim dışında maddî vakıa denetimi yapılması da söz konusudur.

İstinaf mahkemesi, bir hata veya eksiklik olmadığı müddetçe, ilk derece mahkemesinin vakıa tespitleri ve dava malzemesi ile bağlıdır.^[26]

B) TEMYİZ KANUN YOLU

İstinaf edilen ilk derece mahkemesi kararını inceleyen bölge adliye mahkemesi yeni bir karar verir. İlgililere tebliği üzerine bu kararı haksız veya hukuka aykırı gören tarafın başvuracağı mercii Yargıtay'dır. Kanunumuz buna temyiz kanun yolu demiştir. (6100/361)

Temyiz kanun yoluna başvuranın şartlarını şöyle sıralamak mümkündür;

- a. Bölge adliye mahkemesi hukuk dairelerinden verilen bir kararın tebliğ edilmiş olması,
- b. Tebliğ edilen kararın temyizi kabil nihai bir karar özelliğini taşıması, (HMK. 362)

[26] Muhammet Özekes, "Hukuk Yargılamasında Yeni Kanun Yolu Sistemi," <http://web.e-baro.web.tr/uploads/25/7.pdf> (erişim 15 Ocak 2023)

- c. Dava konusunun değerinin her yıl belirlenen miktarı aşması,^[27]
- d. Kararın tebliğ edildiği tarihten itibaren iki hafta içinde temyiz yoluna başvurulması,

Temyiz edilen Bölge adliye mahkemesi karar dosyası incelenmek üzere Yargıtay ilgili dairesine gönderilir. HMK'da Yargıtay kararlarına karşı başvurulacak bir kanun yoluna yer verilmemiştir. 1086 sayılı HUMK'da bulunan tashihi karar (karar düzeltme) yoluna yer verilmediğine göre, yeni düzenleme temyiz yolu son kanun yolu olmaktadır. Daha açık ifade etmek gerekirse Yargıtay kararlarına karşı tashihi karar (karar düzeltme) yolu kapanmıştır.

Yargıtay, bölge adliye mahkemesinden farklı olarak sadece dosya üzerinde hukuki denetim yapar. Kararları genel olarak bozma veya onama şeklinde olur. Olay hakkında yeni bir karar veremez. Yeniden yargılama yapılmasını gerektirmeyecek durumların ortaya çıkması halinde kararı düzelterek onama yapabilir. Bu görevi itibariyle Yargıtay denetiminin ülke çapında içtihat birliğini sağlamayı amaçladığı söylenebilir.

Yargıtay incelemeleri genel olarak dosya üzerinden yapılır. Ancak taraflardan birisinin talep etmesi veya Yargıtay'ca karar verilmesi halinde inceleme duruşmalı olarak da yapılabilir. Hangi davalarda duruşma yapılacağı 6100 sayılı HMK 369. maddesinde belirtilmiştir. Her ne kadar maddede "Değer ve miktarı 60.000 TL ve altındaki davalarda duruşma yapılamaz." hükmü yer almakta ise de 6763 SK'nin 44. maddesi ile kanuna eklenen ek madde 1 hükmüne göre bu rakamlar her yıl yeniden değerlendirilme oranı kadar arttırılmakta olduğundan duruşma talep ederken o yıl geçerli olan değer göz önünde tutulması lazımdır.

XIV. KAMULAŞTIRMASIZ EL ATMA KARARLARININ İNFAZI

6100 sayılı HMK'nın 367/2. maddesi "*Kişiler hukuku, aile hukuku ve taşınmaz mal ile ilgili aynı haklara ilişkin kararlar kesinleşmedikçe yerine getirilemez.*" hükmünü amirdir. Bu hüküm karşısında taşınmazların aynı ile ilgili (Men'i müdahale ve tescile dair) ilamların kesinleşmeden infaz edilmesi mümkün değildir. Kamulaştırmасız el atma davalarında davanın konusu taşınmazın aynı değil bedelidir. Yani davanın konusu bir miktar paradan ibarettir. İdareler aleyhine verilen para alacağına dair ilamlar kesinleşip

[27] 2023 yılı için belirlenen temyiz sınırı 238.730,00 TL'dir.

kesinleşmediğine bakılmaksızın icraya verilmesi mümkündür. (6100 SK m. 367/2)

Mahkemelerin verdiği kamulaştırmaz el atılan taşınmaz bedellerine ilişkin kararların istinafi ve temyizi kabildir. Bu kararlar üst mahkemelerce çeşitli sebeplere bozulabilmektedir. İlk karar bozulduğunda, mahkemece talebe ilişkin yeni bir karar verilir. İlk karar ile bozma çerçevesinde verilen ikinci karar arasında farklılıklar olabilmektedir. Hak sahibine ödenmesi gereken gerçek miktar ise denetinden geçen ve kesinleşen kararda yazılı olandır. İlk karar henüz kanun yolundan geçmeden, kesinleşmeden ödeme yapıldığında şöyle bir sıkıntı doğmaktadır; Denetimden geçerek kesinleşen son karara göre ödenmesi gereken miktar ile ilk karara göre yapılan ödeme arasında mal sahibi lehine çıkan farkı başka ifade ile eksik bedeli el atan idare mal sahibine ödemektedir. Tam tersi bir durum olduğunda da mülk sahibi aldığı fazlalığı iade etmek zorundadır. Tecrübe ile sabit olduğu üzere, mal sahipleri çoğu zaman aldıkları parayı tamamen harcamış olduklarından geri ödemede sıkıntılar yaşanmakta ve iş mahkemeye ve icraya intikal etmekte vatandaşla devlet karşıya gelmektedir.

İstenmeyen durumların yaşanmaması için 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'na 2019 yılında geçici 14. madde eklemiş ve kamulaştırmaz el atılan taşınmaz bedellerine ilişkin mahkeme kararlarının kesinleşmeden icraya konulmasının önüne geçilmiştir.

Ancak bu hüküm Anayasa Mahkemesinin 2019/89 E.2021/10 K. 04.02.2021 tarihli kararı ile iptal edilmiş ve kamulaştırmaz el atma sebebine dayalı (Hukuki – fiili) alacak ilamlarının kesinleşmeden icraya verilmesi mümkün hale gelmiştir.

Anayasa Mahkemesinin iptal kararından sonra aynı ihtiyacı karşılamak üzere bu sefer aynı kanuna 2021 yılında geçici 16. madde eklenmiştir.

Anayasa Mahkemesi 2021/127 E. 2022/85 K. sayılı ve 30.06.2022 tarihli kararı ile geçici 16. maddenin de iptaline karar vermiş olduğundan el atma tazminatlarına ilişkin mahkeme kararlarının kesinleşmesine gerek olmadan icraya verilebilmesinin önünde bir engel kalmamıştır.

Bu hususları dikkat alan kanun yapıcı Resmi Gazetenin 26.11.2022 tarihli sayısında yayımlanan 7421 sayılı kanun 5. maddesi ile 2942 sayılı kanuna Ek Madde 4'ü ekleyerek aynı konuyu üçüncü defa düzenlemiştir.

Bu düzenlemeye göre; mülk sahibi bedel tespitine dair kararın kendisine tebliği üzerine önce mahkeme kararını eklediği bir dilekçe ile idareye başvuru- racak, kararda yazılı tazminat, faiz, vekâlet ücreti ve yargılama giderlerinin dilekçede bildireceği banka hesabına yatırılmasını talep edecektir. İdare kararda yazılı borcunu alacaklının banka hesabına yatırmaz ise alacaklı dilekçenin idareye tebliğ edildiği tarihten itibaren 30 gün sonra ilamı icraya vererek olağan usuller çerçevesinde icra tabibi başlatabilecektir. Kamulaştırmasız el atma sebebiyle tazminat davalarında ve icra takiplerinde harçlar maktu olarak hesaplanacak ve idareye yükletilecektir. Mülk sahibine harç ve avukatlık ücreti yükletilmeyecektir.^[28] Bu davalarda mahkemece ve icra dairesince mülk sahibi vekili için idareye yükletilecek vekalet ücreti nispi tarifeye göre hesaplanacaktır.^[29]

İdarenin, süresi içinde kararı istinaf etmesi ve 30 gün içinde ilamda yazılı borcunu alacaklının hesabına yatırmaması halinde, icra emrinin tebliğ üzerine İİK'nin 36. maddesinde düzenlenen tehiri icra prosedürünü işleterek teminat göstermeksizin icranın tehirini isteme hakkı bulunmaktadır.

Hukuki el atma konusu ek madde 1 ile düzenlendikten sonra, birikmiş geriye dönük planlama ve uygulama sorunlarının son birkaç yıla sığdırılarak tüm Kamu Kurumlarından el atılan taşınmazların bugünkü değerinin nakden ve peşin istenmesi, kamu düzenini ve mali disiplini bozacağı kanaati ile 2942 sayılı kanuna geçici 19. madde eklenmiştir.^[30]

Bu madde de, 4/11/1983 -28/7/2021 tarihleri arasında kamulaştırmasız elatılan (hukuk-Fiili) taşınmaz davalarında hükmedilen bedel ve tazminatın ödenmesi için gerekli ödeneğin sağlanma yöntemi ve ödeme koşulları düzenlenmektedir.

[28] Anayasa Mahkemesi Genel Kurulu, Kübra Yıldız vd. başvurusu (B. No: 2018/32734-T. 28/07/2022)

[29] 7421 sayılı kanun 5. madde teklif metninde “Bu Kanun kapsamında açılan davalarda verilen bedel ve tazminat kararlarına ilişkin mahkeme ve icra harçları ile her türlü vekâlet ücretleri, davalı idare tarafından ödenmek üzere maktu olarak belirlenir.” Cümlelerine yer verilmiştir. Ancak Mecliste yapılan görüşmeler sırasında madde metnindeki “ile her türlü vekâlet ücretleri” tabirleri metinden çıkarılarak kabul edilmiştir.

[30] Geçici 19. madde 7421 SK m. 7 ile eklenmiştir. RG. 26.11.2022

İdareler, ihtiyaç hâsıl olduğunda bütçelerinin yüzde üçü oranında bir ödenek ayıracaklar ve mahkeme kararı ile belirlenen borçlarını ödeyeceklerdir. Alacakların toplam tutarının ayrılan ödeneğin toplam tutarını aşması hâlinde ödemeler, sonraki yıllara sâri olacak şekilde, garameten^[31] ve taksitlerle yapılacaktır. Taksitli ödeme halinde anaparaya ayrıca kanuni faiz de eklenecektir.

Yapılan bu düzenleme, yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla (26.11.2022) ödenmemiş olan tüm borçlar için de uygulanacaktır.

[31] Kalan ödeneğin tüm borçları karşılamaya yetmemesi halinde, elde kalan ödeneğin tüm alacaklılara alacakları ile orantılı bir biçimde paylaşılmasıdır.

KAYNAKÇA

- Arcak, Ali. *Kamulaştırmatsız El Atma ve Yeni Hükümler*. Ankara: Seçkin, 1987.
- Buyurgan, Erdoğan ve Emel Karabağ. *Kamulaştırma Davaları*. 2. Baskı. Ankara: Yetkin Yayınları, 2021.
- Özekes, Muhammet. “Hukuk Yargılamasında Yeni Kanun Yolu Sistemi.” <http://web.e-baro.web.tr/uploads/25/7.pdf> (erişim 15 Ocak 2023)
- Pekcanıtez, Hakan, Oğuz Atalay ve Muhammet Özekes. *Medeni Usul Hukuku*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2017.
- Yıldırım, Bekir. *Kamulaştırma Davaları*. 3. Baskı. Ankara: Yetkin Yayınları, 2018.

İcra Hukuk Mahkemesince “İstihkak İddiasının Kabulüne” ve/veya “İstihkak İddiasının Reddine” Karar Verilmesini Gerektiren Nedenler

Talih UYAR*

Cüneyt UYAR**

* Avukat, İzmir Barosu / Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Görevlisi.
ORCID ID: 0000-0001-5869-0073 talihuyar@talihuyar.com

** Avukat, İzmir Barosu. cuneyk@gmail.com

ÖZ

Borçlu şirketin kuruluşundan itibaren hiçbir zaman haciz adresinde faaliyette bulunmadığı (borçlu şirketin ve üçüncü kişinin farklı şehirlerde faaliyette bulunduğu), hacizlerin üçüncü kişinin ticaret sicilde kayıtlı adresinde yapıldığı, borçluların (ve yetkililerinin) hacizde hazır bulunmadığı, Ödeme emirlerinin borçlulara haciz adresinde (üçüncü kişinin adresinde) tebliğ edilmediği, Üçüncü kişi şirketin, borcun doğumundan önce 2004 yılında kurulduğu, uyuşmazlıkta, “Takip borçlularının ikisinin, önceden, üçüncü kişi A.Ş.’de hisse sahibi ve bir dönem yönetim kurulu üyesi olması ve bu nedenle üçüncü kişinin adresinde borçlulara ait birtakım evraklar bulunması gerekçesiyle” üçüncü kişi şirket ile borçlular arasında ‘organik bağ’ bulunduğu ve ‘muvazaalı işlemler’ yapıldığı” kabul edilerek “üçüncü kişinin istihkak iddiasının reddine” karar verilmesi isabetli midir?

Anahtar kelimeler:

istihkak davaları

istihkak iddiası

alacaklı

borçlu

üçüncü kişi

icra mahkemesi

mülkiyet karinesi

ispat yükü

organik bağ

GİRİŞ

“İstihkak” iddiası, borçlunun “haczedilen malın üçüncü bir kişiye ait olduğunu veya üçüncü bir kişiye rehinli bulunduğunu” ya da üçüncü kişinin “o malın kendisine (veya başka bir üçüncü kişiye) ait olduğunu veya o mal üzerinde kendisinin (veya başka bir üçüncü kişinin) rehin hakkı bulunduğunu” ileri sürmesidir (İİK, m. 96/I; m. 85/II).^[1]

“İstihkak iddiası” takip hukukundaki ‘istihkak davası’nın (İİK. m. 96 vd.) ‘ön şartı’dır.^[2] Ancak ‘usulüne uygun’ olarak ve ‘borçlu ya da üçüncü kişi veya bu kişilerin yetkili temsilcileri’ tarafından yapılmış (geçerli) istihkak iddiası, istihkak davasına konu olabilir. Başka bir deyişle; istihkak iddiasında bulunma hak ve yetkisi sadece -kural olarak- bu kişilere aittir.^[3]

İİK m. 99 gereğince, “üçüncü kişinin elinde bulunan” ve üzerinde üçüncü kişinin “istihkak iddiasında bulunduğu”^[4] bir malı haczedilen icra müdürü, üçüncü kişinin istihkak iddiasını haciz tutanağına yazdıktan sonra, “üçüncü kişi aleyhine -icra mahkemesinde- istihkak davası açmak üzere” alacaklıya yedi günlük bir süre verir.^[5] Buna karşın, mal “borçlunun elinde iken”^[6] haczedilmişse (İİK m. 96, 97), (İİK m. 97/a-I), İİK m. 99 uygulanamaz. Bu durumda, İİK m. 96 ve 97’ye göre işlem yapılması gerekir.

[1] Talih Uyar, Alper Uyar ve Cüneyt Uyar, *İcra Hukukunda İstihkak Davaları*, 5. Baskı, (Ankara: Bilge Yayınevi, 2022), 35; Talih Uyar, *İİK. Şerhi* 5, 3. Baskı, (Ankara: Turhan Kitabevi, 2006), 7886 vd.; İsmail Ercan, *Hacizden Doğan İstihkak Davaları*, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2023), 89; Timuçin Muşul ve Ayfer Tezel Muşul, *İcra ve İflâs Hukukunda İstihkak Davaları*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2021), 4.

[2] Yargıtay 8 HD. 23.05.2014 T. 15263/10467 (www.e-uyar.com E. T. 30.01.2023)

[3] Baki Kuru, *İcra ve İflâs Hukuku Elkitabı*, 2. Baskı (Ankara: Adalet Yayınları, 2013), 549.

[4] “İstihkak iddiası” kavramı için Uyar, Uyar ve Uyar, *İİK. Şerhi* 2, 3. Baskı, (Ankara: Bilge Yayınevi, 2013), 1826 vd.- Uyar *İİK. Şerhi* 5, 7886 vd.

[5] Üçüncü kişinin, “icra müdürünün İİK.nun 99. maddesini uygulamadığından” bahisle yaptığı şikâyet, süreye bağlı değildir. Yargıtay 12. HD. 25.11.1982 T. 8622/8763 (www.e-uyar.com E. T. 30.01.2023)

[6] Yargıtay 12. HD. 27.12.1990 T. 6445/13799; 12.04.1990 T. 11072/4286 (www.e-uyar.com E. T. 30.01.2023)

Üçüncü kişinin elinde haczedilen ve onun istihkak iddiasında bulunduğu malların, alacaklının talebi üzerine muhafaza altına alınması mümkün değildir, üçüncü kişinin kabulü halinde, üçüncü kişiye yediemin olarak bırakılması gerekir.^[7]

İstihkak davasına konu olan olaylarda, İİK. mad. 96 gereğince ileri sürülen istihkak iddiasına karşı alacaklı ya da borçlu veya her ikisi süresi içinde (İİK. mad. 96/II) itiraz ederse icra müdürünün icra dosyasını kendisine göndermesi üzerine icra mahkemesi ne yapar?

Haczedilen malın, borçlunun ya da üçüncü kişinin veya borçlu ile birlikte üçüncü kişinin müşterek zilyetliğinde bulunması halinde istihkak davası açma yükümlülüğü kime düşer? İstihkak davasının açıldığı icra mahkemesi nasıl yargılama yapar ve sunulan delilleri nasıl değerlendirir? Bütün bu hususlar, ayrıntılı bir şekilde aşağıda belirtilmiştir.

1- İİK. mad. 96 gereğince ileri sürülen istihkak iddiasına karşı, “alacaklı” ya da “borçlu” veya “her ikisi” üç gün içinde (İİK. 96/II) itiraz ederse, icra

[7] 6352 s. ve 02.07.2012 tarihli Kanun ile yapılan değişiklikten önce, İİK. 88/II, 3 “üçüncü şahsın elinde bulunan mallar haczedilince, alacaklının muvafakatı ve üçüncü şahsın kabulü halinde üçüncü şahsa yediemin olarak bırakılır” şeklindeydi. 6352 s. ve 02.07.2012 tarihli Kanun ile İİK’nin 88/2. maddesi “... üçüncü şahsın elinde bulunan taşınır mallar haczedildiğinde, üçüncü şahsın kabulü halinde üçüncü şahsa yediemin olarak bırakılır. Mallar satış mahalline getirilmediği takdirde muhafaza altına alınabilir veya yediemin değişikliği yapılabilir.” şeklinde değiştirilmiş, bu değişikliğe paralel olarak İİK’nin 99. maddesi de “haczedilen şey borçlunun elinde olmayıp da üzerinde mülkiyet veya diğer bir aynı hak iddia eden üçüncü kişi nezdinde bulunursa, bu kişi yedieminliği kabul ettiği takdirde bu mal muhafaza altına alınmaz.” şeklinde değiştirilmiştir. Önceki düzenlemenin eleştirisi için, Uyar, (www.e-uyar.com E. T. 30.01.2023) 4949 sayılı, 17.7.2003 tarihli; 5092 sayılı, 12.2.2004 tarihli, 5311 sayılı 2.3.2005 tarihli ve 5358 sayılı, 31.5.2005 tarihli İcra ve İflas Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunların Getirdiği Yenilikler’ ve aynı isimli-İzmir Barosu tarafından Aralık/2005 tarihinde yaptırılmış- ayrı bası, 38 vd. –Uyar, 4949 sayılı ve 17.7.2003 tarihli İcra ve İflas Kanunu’nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un Getirdiği Yenilikler TÜR. BAR. BİR. DER. (2003): S: 49, 173. – Oğuz Atalay, “İİK. m. 88/II Üzerine Bir Eleştiri” Medenî Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi, (2005/1): 17 vd. – Kudret Aslan, Hacizde İstihkak Davası (Ankara: Turhan Kitabevi, 2005), 499 vd. – Hakan Pekcanitez, 4949 sayılı Kanunla, İcra Hukukunda Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi TÜR. BAR. BİR. DER. (2003): S: 49, 147 vd. – Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay, M. Sungurtekin Özkan ve Muhammed Özkes, İcra ve İflas Hukuku (İstanbul: Oniki Levha Yayınevi, 2005), 191; 206.

müdürü -tarafının ayrıca istemde bulunmasını beklemeden, kendiliğinden^[8] gerekli kararın verilmesi için dosyayı hemen icra mahkemesine gönderir.^[9] Eğer itiraz, “üç günlük süreden sonra” yapılırsa, geçersiz olur ve sonuç doğurmaz.^[10] Bu durumda, icra müdürü dosyayı icra mahkemesine gönderemez. Çünkü; alacaklı (ve borçlu) “istihkak iddiasını kabul etmiş” sayılır.^[11]

İcra müdürünün istihkak iddiasına itiraz üzerine yapacağı işlem; takip dosyasını icra mahkemesine göndermekten ibaret olup, bunun yerine kendisi “istihkak davası açmak üzere” süre veremez.^[12] Dosyayı alan icra mahkemesi; ya “takibin ertelenmesine” ya da “takibin devamına” karar verir. İcra mahkemesinin, istihkak iddiasının esası hakkında (yani mülkiyet ya da rehin uyumsuzluğunu çözümler biçimde) “haczin kaldırılmasına”^[13] (veya “istihkak davasının kabulüne”, “dava konusu şeyin davacıya teslimine”^[14] vb. şekilde)

[8] İlhan Postacıoğlu, *İcra Hukuku Esasları*, (İstanbul: Sulhi Garan Matbaası, 1982), 392; Sıtkı Akyazan, *İcra ve İflas Kanunu'ndaki Yeni ve Değişik Hükümler Üzerindeki İnceleme ve Açıklamalar*, (Ankara: Yeni Cezaevi Matbaası, 1965), 75; Selahattin Sulhi Tekinay, *Hacizden Mütevellit İstihkak Davaları*, (1953) 24; Mustafa Kayganacıoğlu, “İcra Hukukunda İstihkak Davası,” *Yargıtay Dergisi*, no. 1-2 (1983): 120; Kudret Aslan, *Hacizde İstihkak Davaları*, 308. Karşılaştırma için Mustafa Reşit Belgesay, *İcra ve İflas Kanunu Şerhi*, (İstanbul: M. Sıralar Matbaası, 1954), 231 vd.

[9] Yargıtay 12. HD. 20.09.1993 T. 9587/13706; Yargıtay 15. HD. 01.11.1988 T. 2979/3499; Yargıtay 15. HD. 27.05.1983 T. 1275/1467 (www.e-uyar.com E. T. 30.01.2023)

[10] Yargıtay 13. HD. 26.05.1977 T. 2518/3005 (www.e-uyar.com E. T. 30.01.2023)

[11] Yargıtay 15. HD. 23.05.1990 T. 1293/2379; 13.09.1988 T. 3210/2835 (www.e-uyar.com E. T. 30.01.2023)

[12] Yargıtay 21. HD. 05.12.2000 T. 2588/8350; Yargıtay 12. HD. 20.09.1993 T. 9587/13706 (www.e-uyar.com E. T. 30.01.2023)

[13] Yargıtay 12. HD. 10.06.2004 T. 10540/14757; 02.12.1994 T. 15177/15358 (www.e-uyar.com E. T. 30.01.2023)

[14] Yargıtay 17. HD. 15.11.2012 T. 11735/12571; 13.12.2012 T. 15150/13985; Yargıtay 12. HD. 04.02.2003 T. 29759/1965; 29.09.1998 T. 8827/9831 (www.e-uyar.com E. T. 30.01.2023)

karar vermesi isabetsiz ve yasaya aykırı olacaktır. Yine bu durumda icra mahkemesi “takibin iptaline” de karar veremez.^[15]

İcra mahkemesi bu kararını “dosya üzerinde yapacağı inceleme ile” ya da “tarafı çağırıp duruşma yaparak” verir (İİK. 97/I).^[16] Uygulamada, genellikle duruşmaya gerek görülmemekte ve dosya üzerinde inceleme ile yetinilerek gerekli karar verilmektedir.

İstihkak iddiasına itiraz üzerine “takibin devamına” ya da “takibin ertelenmesine” karar verecek olan icra mahkemesi, asıl takibin yapıldığı icra müdürlüğünün bağlı olduğu icra mahkemesidir. İcra mahkemesince “istihkak iddiasının sırf satışı geri bırakmak amacı ile, kötüniyetle (dürüstlük kuralına aykırı olarak)^[17] yapıldığını gösteren ciddi nedenler bulunduğu takdirde” “takibin devamına” aksi halde “takibin ertelenmesine” karar verilir.

2- Haczedilen mal, borçlunun ya da borçlu ile birlikte üçüncü kişinin (müşterek) zilyetliğinde (İİK. 96, 97) ise, istihkak davası açma yükümlülüğü, istihkak iddiasında bulunan ‘üçüncü kişiye’ aittir.^[18] Haczedilen malın “üçüncü kişinin elinde bulunması halinde” açılan istihkak davalarında ise, davacı, kural olarak -icra müdürü tarafından kendisine istihkak davası

[15] Yargıtay 12. HD. 30.12.1997 T. 14373/14808 (www.e-uyar.com E. T. 30.01.2023)

[16] Yargıtay 12. HD. 27.09.2011 T. 1649/16913 (www.e-uyar.com E. T. 30.01.2023). Talih Uyar, *İcra Hukukunda Yetki – Görev ve Yargılama Usulü*, 2. Bası, (Ankara: Feryal Matbaası, 1991) 391; K. H. Kut, “İstihkak İddiasına İtiraz,” *İleri Hukuk Dergisi*, (1951 Ağustos): 1243 vd.

[17] Ramazan Arslan, *Medeni Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı*, (Ankara: S Yayınları, 1989), 135 vd.

[18] İcra müdürü bu durumda -hatalı olarak- haciz koydurmuş olan alacaklıya “istihkak davası açmak üzere” yedi günlük süre vermiş ve istihkak davası bu süre içinde alacaklı tarafından açılmışsa, icra mahkemesinin açılan bu davayı da incelemesi, yani, husumet yönünden reddetmemesi gerekir 21. HD. 15.04.2004 T. 2324/3827, 13. HD. 18.11.1981 T. 7033/76396 (www.e-uyar.com E. T. 30.01.2023)

açması için- yedi günlük süre verilen ‘alacaklı’dır.^[19] Borçlunun ise istihkak davası açma hakkı yoktur.^[20]

Üçüncü kişinin davacı olarak yer aldığı istihkak davası, haciz koydurmuş olan ve üçüncü kişinin istihkak iddiasına itiraz etmiş olan alacaklıya karşı açılır.^[21] Bu davalarda uyuşmazlık “istihkak iddiasında bulunan üçüncü kişi” ile “alacaklı” arasında bulunduğundan, açılan istihkak davalarında mutlaka “alacaklı”nın davalı olarak gösterilmesi gerekir.^[22] Alacaklı, haciz koydurmuş olmasına rağmen, üçüncü kişinin istihkak iddiasına itiraz etmemişse, ona karşı istihkak davası açılmaz.

Haczedilen malın “üçüncü kişinin elinde bulunması halinde” alacaklı tarafından açılacak istihkak davalarında ise, davalı; “kural olarak” hacizli malı elinde bulunduran ve istihkak iddiasında bulunmuş olan^[23] üçüncü kişidir.

Yüksek mahkeme^[24] yokluğunda haciz yapılan -dolayısı ile istihkak iddiasını kabul edip etmediği belli olmayan- ‘borçlunun da istihkak davasında ‘davalı’ olarak gösterilmesi gerektiğini” belirtmiştir. İstihkak iddiasına hem alacaklının ve hem de borçlunun itiraz etmiş olmaları halinde, ‘mecburi dava arkadaşlığı’ söz konusu olduğundan, açılmış olan davada alacaklı ve borçlunun her ikisinin de ‘davalı’ olarak gösterilmesi gerekir ve bunlardan

[19] Yargıtay 21. HD. 23.12.2003 T. 9386/10803; Yargıtay 12. HD. 26.04.1995 T. 6309/6476 (www.e-uyar.com E. T. 30.01.2023)

[20] Yargıtay 17. HD. 15.11.2012 T. 4002/12567; 26.09.2011 T. 2042/8144; 05.07.2011 T. 2948/7091; 19.04.2011 T. 11717/3690; 1.7.2010 T. 10728/6168; 21. HD. 24.5.2004 T. 4186/4864; 17.11.2003 T. 7354/9429; 10.12.2002 T. 25046/26127 (www.e-uyar.com E. T. 30.01.2023)

[21] Yargıtay 21. HD. 14.09.2004 T. 6135/6976; 13.04.2004 T. 207/3590; 21.01.2003 T. 10144/190 (www.e-uyar.com E. T. 30.01.2023)

[22] Yargıtay 17. HD. 03.10.2011 T. 6682/5808; 22.09.2011 T. 6445/8003; 24.05.2011 T. 296/5192; 03.05.2011 T. 11788/4529 (www.e-uyar.com E.T. 11.01.2022)

[23] Yargıtay 13. HD. 28.04.1981 T. 1638/3192 (www.e-uyar.com E. T. 30.01.2023)

[24] Yargıtay 15. HD. 24.09.1992 T. 3233/4267; Yargıtay 12. HD. 28.12.1981 T. 7406/8605 (www.e-uyar.com E. T. 30.01.2023)

birisinin davada yer almadığının anlaşılması halinde, davacı-üçüncü kişiye, bu kişinin de davaya katılmasını sağlaması için süre verilir.^[25]

3- “Yedi günlük” dava açma süresi; istihkak iddiasına itiraz edilmesi ve takip dosyasının icra müdürlüğünce İİK. mad. 97/1 gereğince kendisine sunulması üzerine icra mahkemesinin vereceği “takibin devamı” ya da “takibin ertelenmesi” kararının üçüncü kişiye tefhim veya tebliğinden itibaren işlemeye başlar.^[26] İİK. mad. 99 uyarınca ise, alacaklının yedi gün içinde istihkak davasını açması gerekir. Bu durumda yedi günlük dava açma süresi; “alacaklının haczi öğrendiği tarihten” değil, “icra müdürünün, istihkak davası açması için süre verdiğini alacaklıya tefhim ya da tebliğ ettiği tarihten” itibaren işlemeye başlar.^[27]

4- İstihkak davaları, icra hukuk mahkemesinde görülür (İİK. 97/VI). İstihkak davalarının hangi yerdeki mahkemelerde açılabileceği önceki 1086 sayılı HUMK.’den farklı olarak yeni kanunda açıkça düzenlenmemiştir.^[28] Yüksek mahkeme, “istihkak davalarının asıl icra takibinin yapıldığı yer mahkemesi ile davalının yerleşim yeri mahkemelerinde açılmasının mümkün olduğunu, davalının birden fazla olması halinde davanın, davalılardan birinin yerleşim yeri mahkemesinde açılabileceğini”^[29] kabul etmektedir.

[25] Yargıtay 17. HD. 24.05.2011 T. 296/5192; 24.06.2010 T. 703/6104; 29.06.2010 T. 1254/6047; Yargıtay 21. HD. 14.09.2004 T. 6135/6976; 13.04.2004 T. 207/3590; 21.10.2002 T. 7974/8776 (www.e-uyar.com E. T. 30.01.2023)

[26] Yargıtay 17. HD. 14.07.2011 T. 3024/7487; Yargıtay 12. HD. 30.10.2003 T. 17305/21225; 08.10.2002 T. 17517/20289; Yargıtay 21. HD. 28.11.2000 T. 7195/8496; HGK. 22.11.2000 T. 21-1687/1728; Yargıtay HGK. 15.12.2004 T. 21-710/727, 27.09.2004 T. 6606/7623 (www.e-uyar.com E. T. 30.01.2023)

[27] Yargıtay 21. HD. 17.04.2007 T. 11107/6531; 08.10.2002 T. 6863/8221; 09.11.2000 T. 7777/7796; 15. HD. 02.10.1996 T. 2994/4898; 20.06.1995 T. 3556/3726, 13. HD. 03.11.1977 T. 4315/4816 (www.e-uyar.com E. T. 30.01.2023)

[28] 6100 sayılı HMK.’da, HUMK.’nun 512. maddesine tekabül eden yeni bir hükme yer verilmemiştir.

[29] Yargıtay 8. HD. 10.12.2019 T. 211136/11140; 12.02.2019 T. 5409/1333; 26.09.2016 T. 13780/12554; 8. HD. 20.06.2016 T. 20865/10822 (www.e-uyar.com E. T. 30.01.2023); Ercan, *Hacizden Doğan İstihkak Davaları*, 469, dipn. 1317.

5- İstihkak davasında, icra hakimi, tarafların gösterecekleri bütün delilleri -kural olarak.^[30] serbestçe takdir eder. Buna göre, istihkak davalarında “tanık” dinlenebilir^[31], “bilirkişi incelemesi”^[32] yaptırabilir, “keşif”^[33] yapılabilir, “yemin” teklif edilebilir. İstihkak davalarında, ileri sürülen iddia, “ticari defter kayıtları” ile ispat edilebilir.^[34] İstihkak davalarında her türlü delil ileri sürülebilir. Başka bir deyişle, bu davalarda “delil ileri sürülmesi”^[35] bakımından yasal bir kısıtlama söz konusu değildir. İstihkak davasında “hayatın olağan akışına ters biçimde” ileri sürülmüş iddialara itibar edilmemesi gerekir.^[36]

İstihkak davalarında, “takip konusu alacak miktarı” ile “haczedilen malın kıymeti”nden^[37] hangisi az ise, onun üzerinden nisbi olarak harç alınır ve

[30] “Kural olarak” diyoruz, çünkü, bu davalarda da icra hakimi, diğer davalardaki hakimler gibi; ikrar ve yemin ile bağlıdır. Uyar, *İİK Şerhi 5*, 8186 vd.

[31] Talih Uyar, *İİK Şerhi 6*, 2. Baskı, (Ankara: Turhan Kitabevi 2008), 8437; Uyar, Uyar ve Uyar, *İstihkak Davaları*, 124 vd.

[32] Uyar, Uyar ve Uyar, *İİK Şerhi 2*, 1976 vd.; Uyar, *İİK Şerhi 6*, 8437; Uyar, Uyar ve Uyar, *İstihkak Davaları*, 125 vd.

[33] Uyar, Uyar ve Uyar, *İİK Şerhi 2*, 1978 vd.; Uyar, *İİK Şerhi 6*, 8437; Uyar, Uyar ve Uyar, *İstihkak Davaları*, 136 vd.

[34] Yargıtay 8. HD. 09.12.2013 T. 17713/18622; 17. HD. 07.05.2012 T. 4588/5757; Yargıtay 21. HD. 30.01.2001 T. 123/426; 27.05.1997 T. 3427/3593; Yargıtay 15. HD. 05.06.1996 T. 2634/3163 (www.e-uyar.com E. T. 30.01.2023)

[35] Baki Kuru, *İcra ve İflas Hukuku El Kitabı*, 2. Baskı, (İstanbul, Türkmen Kitabevi, 2013), 562; Postacıoğlu, *İcra Hukuku Esasları*, 405; Necmeddin Berkin, *İcra Hukuku Rehberi*, (İstanbul: Filiz Kitabevi, 1980), 299; Ali Güneren, *İstihkak Davaları ile Tasarruf İptal Davaları*, (Ankara: Feryal Matbaacılık, 2004), 489; Lütfi Dalamanlı, “Hacizden Mütevellit İstihkak Davası,” *Adalet Dergisi*, no. 9-10. (1961): 910; Aslan, *Hacizde İstihkak Davaları*, 402; İsmail Ercan, *Hacizden Doğan İstihkak Davaları*, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2023), 480 vd.

[36] Yargıtay 8. HD. 21.01.2016 T. 9507/727; 8. HD. 19.03.2019 T. 1487/2868; Yargıtay 8. HD. 18.09.2019 T. 11165/ 7738; 8. HD. 04.05.2015 T. 4780/9942; Yargıtay 8. HD 21.01.2016 T. 13811/725 (www.e-uyar.com E. T. 30.01.2023)

[37] Eğer, istihkak davası sırasında, hacizli mal icra müdürlüğüne satılmışsa; ihale (satış) bedelinden 21. HD. 01.05.2003 T. 2796/4102; 18.03.2003 T. 880/250 (www.e-uyar.com E. T. 30.01.2023)

vekalet ücretine hükmedilir.^[38] Haciz tutanağında haciz uygulanan taşınırların değerini belirtmemiş olması halinde, dava konusu hacizli malların dava tarihi itibarıyla değerlerinin uzman bilirkişi aracılığıyla saptanması gerekir.^[39]

6- (a) Borçlunun elinde bulunduğu sırada (İİK. 96/I) haczedilen mallar hakkında, üçüncü kişi tarafından açılan istihkak davalarında ispat yükü de üçüncü kişiye düşer.^[40] Haczedilen malın üçüncü kişinin elinde bulunması halinde” ise, görülen istihkak davasında ispat yükü; alacaklıdadır.^[41] Hacizli malı elinde bulunduran kişi, “mülkiyet karanesi”nden yararlanır.^[42]

Uyuşmazlık konusu malın “borçlu”nun ya da “üçüncü kişi”nin elinde haczedilmiş olmasına göre ispat yükü yer değiştireceğinden, ispat yükünün hangi tarafa düştüğünün tespiti için, hakiki ziyedin -daha doğrusu; hacizli malı gerçekte kimin elinde bulundurduğunun- araştırılması gerekir. Bu nedenle “borçlunun elinde bulunan -takip talebindeki ve ödeme emrinin tebliğ edildiği adreste- malların haczedilmiş olması halinde, İİK. 96-97. maddelere göre işlem yapılarak istihkak davası açma külfetinin üçüncü kişiye, buna karşın üçüncü kişinin elinde bulunan malların haczedilmiş olması halinde ise, İİK. 99. maddeye göre işlem yapılarak, istihkak davası

[38] Yargıtay 8. HD. 01.04.2013 T. 3798/4715; Yargıtay 17. HD. 11.12.2012 T. 5495/13814; 05.04.2012 T. 1260/4122; 13.02.2012 T. 11814/1437; 06.02.2012 T. 11258/1066; Yargıtay 21. HD. 01.03.2005 T. 717/1907; 02.03.2004 T. 16414/1865; 24.06.2003 T. 4726/6065; 03.05.2004 T. 972/4388; 05.02.2002 T. 184/698; 26.09.2002 T. 6167/7654 (www.e-uyar.com E. T. 30.01.2023)

[39] Yargıtay 21. HD. 18.03.2004 T. 195/2615; 09.12.2003 T. 8181/10106 vb. (www.e-uyar.com E. T. 30.01.2023)

[40] Yargıtay 15. HD. 19.06.1995 T. 3162/3653 (www.e-uyar.com E. T. 30.01.2023)

[41] Yargıtay 17. HD. 21.02.2012 T. 8333/1945; 21.02.2011 T. 1483/1455 (www.e-uyar.com E. T. 30.01.2023)

[42] Baki Kuru, *İcra ve İflas Hukuku 2*, (İstanbul: Evrim Yayınevi, 1990), 1135; Erol Ertekin ve İzzet Karataş, *İcra ve İflas Hukukunda İstihkak Davaları*, (Ankara: Yetkin Yayınevi, 1998), 554; Tahir Ögütçü ve Ali Çitoğlu, *Uygulamalı İcra ve İflas Kanunu*, (Ankara: Garanti Basım, 1977), 552; Güneren, *İstihkak Davaları ile Tasarruf İptal Davaları*, 821; Timuçin Muşul ve Ayfer Tezel Muşul, *İcra ve İflas Hukukunda İstihkak Davaları*, 3. Baskı, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2021), 285; Aslan, *Hacizde İstihkak Davaları*, 542 vd.; Ejder Yılmaz, *İcra ve İflâs Kanunu Şerhi*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2016), 577; Ercan, *Hacizden Doğan İstihkak Davaları*, 479 vd.

açma külfetinin alacaklıya yükletilmesi” gerekir.^[43] Tekrar belirtelim ki, icra müdürünün hatalı olarak örneğin, üçüncü kişiye dava açma külfetini yüklemiş olması, ispat yükünün yer değiştirmesine neden olmaz.

Yüksek mahkeme, bu konuda;

- “Haciz sırasında borçlunun haciz mahallinde bulunmaması, borçluya ödeme emrinin tebliğ edildiği adresin haciz mahallinden farklı bir adres olması, mahcuz malların borçlunun yedinde haczedilmemesi, haciz mahallinin borçlu tarafından işletildiğine dair belge bulunmaması karşısında mülkiyet karinesinin istihkak iddia eden üçüncü kişi yararına olduğu”^[44]
- “Haczedilen montlar üzerinde işçilik ve diğer malzeme bedelleri ödenmediğinden, davacı üçüncü kişinin hapis hakkının bulunduğu kabulü gerekeceğini, haciz, 3. kişinin işyerinde yapıldığından, mülkiyet karinesinin davacı 3. kişi lehine olduğunu”,^[45]
- “Haciz işleminin takip adresi dışında başka bir adreste yapılmış olduğu, davalı borçlunun da haciz mahallinde bulunduğu ispat edilemediğinden, mülkiyet karinesinin üçüncü kişi lehine olduğunu ve bu doğrultuda ispat yükü davalı alacaklıda olduğunu”,^[46]
- “Haczin ‘borçlunun elverişli adresinde’, ‘borçlunun huzurunda’, ‘borçluya ödeme (icra) emri tebliğ edilen adreste’, ‘borçlunun ipotek verdiği taşınmazın adresinde’, veya ‘borçlu ile üçüncü kişinin birlikte ellerinde bulunan mallar üzerinde (hakkında)’ yapılmış olması halinde, ‘mülkiyet karinesi’nin borçlu (dolayısıyla alacaklı) lehine sayılacağını”,^[47]

[43] Yargıtay 12. HD. 15.04.2003 T. 5883/8348; 24.10.2003 T. 6833/8134; 03.04.2003 T. 3902/7096 vb. (www.e-uyar.com E. T. 30.01.2023)

[44] Yargıtay 12. HD. 02.02.2022 T. 6759/1022 (www.e-uyar.com E. T. 30.01.2023)

[45] Yargıtay 8. HD. 22.02.2016 T. 11853/2999 (www.e-uyar.com E. T. 30.01.2023)

[46] Yargıtay 8. HD. 19.01.2015 T. 27417/1029 (www.e-uyar.com E. T. 30.01.2023)

[47] Yargıtay 17. HD. 08.04.2013 T. 3566/5014; 01.04.2013 T. 5008/4557; 12.03.2013 T. 16284/3241; 07.03.2013 T. 15335/2926; 21.02.2013 T. 6296/2018; 21.01.2013 T. 7315/300; 21.01.2013 T. 7575/296; 15.01.2013 T. 15287/114; 18.12.2012 T. 3243/14281; 26.06.2012 T. 5011/8192; 25.06.2012 T. 7697/7940 vb. (www.e-uyar.com E. T. 30.01.2023)

- “Haczin, alacaklının gösterdiği borçlunun takip adresi dışındaki, tamamen üçüncü kişinin ev veya işyeri adresinde -İİK m. 99’a göre- yapılmış olması halinde, ‘mülkiyet karanesi’nin üçüncü kişi lehine (yararına) sayılacağını, bunun aksinin alacaklı tarafından güçlü ve inandırıcı delillerle ispat edilmesi gerekeceğini”^[48]

belirtmiştir.

(b) “Haczedilen malın üçüncü kişinin elinde bulunması halinde”, ispat yükü kendisine düşen alacaklının, “haczedilen malın borçluya ait olduğunu, üçüncü kişiye ait olmadığını”^[49] her türlü kanıtla ispat etmesi gerekir.^[50]

7- İstihkak davalarında “borçluya ödeme emrinin hangi adreste tebliğ edildiği”, “borçlunun/temsilcisinin, haciz sırasında hazır bulunup bulunmadığı”, “mülkiyet karanesi”, “organik bağ”, “haczin, nerede yapılmış olduğu”, gibi konular ispat şekli açısından önem arz ettiğinden, bu konudaki içtihatlarla aşağıda ayrıca değinilmiştir:

Yüksek mahkeme,

(a) “Borçluya Ödeme Emrinin Tebliğ Edildiği Adres” ile “Haczin Yapıldığı Adres” konusunda;

- “Dava konusu haczin, borçluya ödeme emrinin tebliğ edildiği adreste yapılmadığı, haciz mahallinde bulunan elektrik faturasının, tek başına muvazaaanın varlığının ispatı için yeterli olmadığını- Dava konusu hacizden önce, başka bir adreste gerçekleştirilen hacizde hazır bulunan kişi tarafından, borçlunun patronu olduğu ve adresin ona ait olmakla beraber şu an ödeme gücü olmadığını beyan edilmesi karşısında, borçlunun başka bir adreste

[48] Yargıtay 17. HD. 16.10.2012 T. 10352/11174; 27.09.2012 T. 7695/10196; 20.09.2012 T. 4019/9642; 10.05.2011 T. 4369/4539; 07.04.2011 T. 11248/3225; 17.03.2011 T. 871/2408; 09.02.2012 T. 12783/1350; 09.12.2010 T. 9526/10789 (www.e-uyar.com E. T. 30.01.2023)

[49] Postacıoğlu, *İcra Hukuku Esasları*, 410 vd; Güneren, *İstihkak Davaları ile Tasarruf İptal Davaları*, 1211 vd.; Aslan, *Hacizde İstihkak Davaları*, 545.

[50] Uyar, *İİK Şerhi 2*, 1963 vd.; Uyar, *İİK Şerhi 6*, 3. Baskı, (Ankara: Turhan Kitabevi, 2008), 8909 vd.; Ercan, *Hacizden Doğan İstihkak Davaları*, 480 vd.

faal olduğu anlaşıldığından, üçüncü kişinin açtığı davanın kabulüne karar verilmesinin gerektiğini”,^[51]

- “Haczin, borçluya ödeme emrinin tebliğ edildiği adreste yapılmadığı, haciz adresinin üçüncü kişi şirketin ticaret sicil kayıtlarında yer alan adresi olduğu, haciz esnasında borçluya ait güncel evraka rastlanmadığı, davacı üçüncü kişi şirketin borcun doğumundan çok önce kurulduğu, borcun doğum tarihinden öncesinde yapılan hisse devirleri sonucunda, borçlu ile üçüncü kişi arasında organik bağın olmadığını- Borçlu şirket yetkilisinin haciz mahallinde hazır bulunmasının, tek başına, mülkiyet karinesinin borçlu lehine işletilmesi için yeterli görülmediğini- Mülkiyet karinesi davacı üçüncü kişi lehine olup, davanın İİK'nin 97 maddesi gereğince 3. kişi tarafından açılmasının ispat yükünün yer değiştirmesine neden olmayacağını- Mülkiyet karinesinin aksinin alacaklı tarafından inandırıcı ve güçlü delillerle ispat edilmesi gerektiğini- Alacaklı tarafından delil olarak gösterilen icra dosyası, haciz tutanağı ve ticaret sicil kayıtlarının mülkiyet karinesinin aksini ispat için yeterli olmadığını”,^[52]
- “Dava konusu haczin, borçluya ödeme emrinin tebliğ edildiği veya dayanak senette geçen adreste yapılmadığı, haczin borçlunun icra müdürlüğüne yönelttiği dilekçesinde kendisine ait malların bulunduğunu belirttiği adreste, davalı üçüncü kişinin şantiyesinde yapıldığı görüldüğünden, mülkiyet karinesi davacı üçüncü kişi lehine olup karinenin aksinin davacı alacaklı tarafından inandırıcı ve güçlü delillerle ispat edilmesi gerekeceğini”^[53]
- “Haciz yapılan adreste daha önce borçluların faaliyet gösterdiği, borcun doğumundan sonra aynı yerde borçlulardan birinin torunu, diğerinin ise yeğeni olan, davacı 3. kişinin aynı faaliyet konusuna sahip iş yerini açtığı, ödeme emrinin haciz mahallinde tebliğ edildiği dikkate alındığında, İİK 97/a maddesinde düzenlenen karinenin borçlu dolayısıyla alacaklı yararına olduğunu”,^[54]

[51] Yargıtay 8. HD. 16.04.2019 T. 9146/4152 (www.e-uyar.com E. T. 30.01.2023)

[52] Yargıtay 8. HD. 03.04.2019 T. 8596/3653 (www.e-uyar.com E. T. 30.01.2023)

[53] Yargıtay 8. HD. 06.03.2019 T. 6705/2375 (www.e-uyar.com E. T. 30.01.2023)

[54] Yargıtay 8. HD. 2.03.2017 T. 3482/2872 (www.e-uyar.com E. T. 30.01.2023)

İcra Hukuk Mahkemesince “İstihkak İddiasının Kabulüne” ve/veya
“İstihkak İddiasının Reddine” Karar Verilmesini Gerektiren Nedenler

- “Haczin ödeme emri tebliğ edilen adreste yapılması, davacı üçüncü kişinin, borçlu şirketin ortağı ve yetkilisi olması davacı üçüncü kişi ile borçlunun ticaret unvanları ile faaliyet alanlarının aynı olması karşısında, üçüncü kişinin istihkak iddiasının reddine karar verilmesi gerekeceğini”,^[55]
- “Haczin, borçluya ödeme emrinin tebliğ edildiği adreste yapılmış olması halinde, İİK’nin 97/a maddesindeki mülkiyet karinesinin borçlu dolayısıyla alacaklı yararına sayılacağını”^[56]

belirtmiştir.

(b) “Borçlunun/Temsilcisinin, Haciz Sırasında Hazır Bulunması” konusunda;

- “Haczin, borçlulara ödeme emrinin tebliğ edildiği adreste ve dayanak senet adresinde yapılmaması, haciz sırasında borçlu şirket ortak veya yetkililerinin değil, üçüncü kişinin hazır bulunması, haciz mahallinde borçlu şirketlere ait bulunan belgelerin güncel olmaması karşısında, ‘mülkiyet karinesinin’ üçüncü kişi lehine olduğunun kabulü ile İİK. 99 uyarınca işlem yapılmasının isabetli olduğunu”^[57]
- “Haczin, borçluya ödeme emrinin tebliğ edildiği adreste yapılmadığı, haciz adresinin üçüncü kişi şirketin ticaret sicil kayıtlarında yer alan adresi olduğu, haciz esnasında borçluya ait güncel evraka rastlanmadığı, davacı üçüncü kişi şirketin borcun doğumundan çok önce kurulduğu, borcun doğum tarihinden öncesinde yapılan hisse devirleri sonucunda, borçlu ile üçüncü kişi arasında organik bağın olmadığı- Borçlu şirket yetkilisinin haciz mahallinde hazır bulunmasının, tek başına, mülkiyet karinesinin borçlu lehine işletilmesi için yeterli görülmediğini- Mülkiyet karinesi davacı üçüncü kişi lehine olup, davanın İİK. m. 97 gereğince 3. kişi tarafından açılmasının ispat yükünün

[55] Yargıtay 17. HD. 16.05.2013 T. 6349/7050 (www.e-uyar.com E. T. 30.01.2023)

[56] Yargıtay 17. HD. 12.11.2012 T. 11087/12398; 17. HD. 31.05.2012 T. 3078/7055; 17. HD. 12.04.2012 T. 1383/4549; 17. HD. 7.02.2012 T. 12413/1242; 17. HD. 22.12.2011 T. 9073/12761 (www.e-uyar.com E. T. 30.01.2023)

[57] Yargıtay 12. HD. 15.09.2021 T. 6662/7492 (www.e-uyar.com E. T. 30.01.2023)

yer değiştirmesine neden olmayacağını- Mülkiyet karinesinin aksinin alacaklı tarafından inandırıcı ve güçlü delillerle ispat edilmesi gerektiğini”,^[58]

- “Dava konusu haciz adresi ile borçlu şirketin ticaret sicil kayıtlarında yer alan adresinin farklı olduğu, yine haciz esnasında borçlu şirket yetkilileri hazır olmadığı gibi, borçlu şirketin haciz adresinde faaliyette bulunduğu dair bir delil elde edilemediği anlaşıldığından, İİK’nin 97/a maddesinde öngörülen mülkiyet karinesi üçüncü kişi yararına olup, karinenin aksinin alacaklı tarafından ispat edilmesi gerekeceğini”,^[59]
- “Dava konusu haciz, borçluya ödeme emrinin tebliğ edildiği adreste yapılmadığı gibi, haciz sırasında borçlu şirket ortağı veya yetkilisinin hazır olmadığı, borçluya ait herhangi bir belgenin de bulunmadığı, haczin üçüncü kişi şirketler ortağının huzurunda yapıldığı, üçüncü kişi şirketler borcun doğumundan çok önce kuruldukları gibi kurucu ortaklarından borçlu şirket ortağı.....’ın babası olup; ölümü ile miras hissesi nedeniyle üçüncü kişi şirketlerde pay sahibi olduğu ve buna göre mülkiyet karinesi davacı 3. kişi lehine olup, mülkiyet karinesinin aksinin davalı alacaklı tarafından inandırıcı ve güçlü delillerle ispat edilmesi gerekeceği, davalı alacaklı vekiline her ne kadar taraflar arasındaki organik bağa dayanılmış ise de borçlu şirket ortağının, üçüncü kişi şirketlerde miras nedeniyle pay sahibi olmasının mülkiyet karinesinin aksini ispata yeterli olmadığını”,^[60]
- “Haciz, dayanak ilamda geçen ve borçlunun faaliyet gösterdiği adreste borçlu şirket yetkilisinin huzurunda yapıldığı, borçlu şirket yetkilisinin, 3. kişinin eşi olduğu ve haciz sırasında 3. kişinin hazır olmadığı, borçlu şirket ile 3.kişinin faaliyet alanlarının da aynı olduğu görüldüğünden, İİK. mad. 97/a uyarınca, mülkiyet karinesi borçlu dolayısıyla alacaklı yararına olduğunu”,^[61]
- “Haczin, borçluya ödeme emrinin tebliğ edildiği adreste ve huzurunda yapılmış olması halinde İİK’nin 97/a maddesindeki “mülkiyet karinesi” nin borçlu dolayısıyla alacaklı yararına sayılacağını”,^[62]

[58] Yargıtay 8. HD. 03.04.2019 T. 8596/3653 (www.e-uyar.com E. T. 30.01.2023)

[59] Yargıtay 8. HD. 12.03.2019 T. 926/2533 (www.e-uyar.com E. T. 30.01.2023)

[60] Yargıtay 8. HD. 05.02.2019 T. 13115/984 (www.e-uyar.com E. T. 30.01.2023)

[61] Yargıtay 8. HD. 18.10.2018 T. 1053/17559 (www.e-uyar.com E. T. 30.01.2023)

[62] Yargıtay 17. HD. 19.04.2011 T. 10166/3671 (www.e-uyar.com E. T. 30.01.2023)

- “Borçlunun haciz sırasında hazır bulunduğu, haciz adresinde borçlunun üçüncü kişi ile birlikte yaşadığı anlaşıldığından, İİK. 97/a maddesindeki mülkiyet karinesinin borçlu dolayısıyla alacaklı yararına olduğunu”^[63]

belirtmiştir.

(c) “Borçlu Şirket İle Üçüncü Kişi Şirket Arasında ‘Organik Bağ’ Bulunması” konusunda;

- “Borçlu şirket ile davacı üçüncü kişi şirket arasında organik bağ bulunmasının tek başına muvazaanın kanıtı olarak kabul edilemeyeceğini, alacaklıdan mal kaçırmak için danişıklı işlemler yapıldığının ve iki şirketin tek elden yönetildiği yönünde delillerin de dosyaya yansımaları gerektiğinden mahcuz mallara ilişkin üçüncü kişinin sunduğu faturalar da dikkate alınarak yeterli araştırmayla sonuca gidilmesi gerektiğini”,^[64]
- “Davalı 3. kişi şirket ile dava dışı borçlu şirketin aynı alanda faaliyet göstermeleri ve ortaklarının kardeş olması nedeni ile organik bağ içinde olmalarının tek başına muvazaayı göstermeyeceğini”,^[65]
- “Üçüncü kişinin İİK’nun 96. vd. maddeleri uyarınca açtığı “istihkak” davasında mahkemece; öncelikle, borçlu ve üçüncü kişi şirketler arasındaki organik bağın araştırılması için haciz mahallinde kolluk aracılığı ile inceleme yaptırılıp, Vergi Dairesi’ndeki kayıtlar üzerinden haciz adresinde, haciz tarihinden itibaren geriye doğru kimlerin faaliyet gösterdiğini de araştırarak, toplanacak delillerin sonucuna göre muvazaanın bulunup bulunmadığının tayin edilmesi gerektiğini”,^[66]
- “Davanın reddinde ilişkin kararda ‘davacı şirket ortakları ile borçlu şirket ortaklarının bir kısmının aynı kişiler olduğu, şirketlerin faaliyet konularının aynı olduğu, şirketlerin birlikte hareket ettikleri ve bu doğrultuda aralarında organik bağ bulunduğu’ gerekçesine dayanılmışsa da; ticaret sicil bilgilerine göre, borçlu şirket ile davacı üçüncü kişi şirket ortaklarının sadece 2’sinin

[63] Yargıtay 8. HD. 26.11.2013 T. 16276/17631 (www.e-uyar.com E. T. 30.01.2023)

[64] Yargıtay 8. HD. 13.01.2015 T. 13673/311 (www.e-uyar.com E. T. 30.01.2023)

[65] Yargıtay 8. HD. 23.03.2015 T. 21926/6642 (www.e-uyar.com E. T. 30.01.2023)

[66] Yargıtay 8. HD. 18.11.2014 T. 13672/21168 (www.e-uyar.com E. T. 30.01.2023)

aynı olduğu, ortakların bir kısmının aynı olması ve şirketlerin aynı konularda faaliyet göstermeleri nedeniyle organik bağ içinde bulunmalarının tek başına İİK. 96. ve 97. maddelerinin uygulanması için yeterli olmadığını- Takip borçlusu şirket ve davacı üçüncü kişi şirketin kuruluşları borcun doğumundan çok önceki bir tarihe isabet ettiği, davacı üçüncü kişi şirketin ticaret sicilinde kayıtlı adresi ile borçlu şirketin ticaret sicilinde kayıtlı adresinin farklı olduğu ve haczin üçüncü kişinin sicil adresinde yapıldığı, haciz mahallinde borçluya ait olabilecek herhangi bir bilginin, belgenin temin edilemediği ve borçlunun haciz adresiyle ilişkisini gösterir emarelere rastlanmadığı anlaşıldığından, mülkiyet karinesi davacı üçüncü kişi yararına olduğunu- Karinenin aksini her türlü delille kanıtlanmaya elverişli, dava konusu mahcuzların borçluya ait olduğu ve borçlu ile 3. kişinin adreste birlikte faaliyette bulunduğu kanaatini oluşturacak delilleri dosyaya sunamaması karşısında, davacı üçüncü kişinin davasının kabulüne karar verilmesi gerektiğini”^[67]

- “Borçlu ve üçüncü kişi şirketlerde küçük paylar ile ortak olan ve borcun doğumundan önce hisselerini devrederek ortaklıktan ayrılan şirketlerin bu durumunun şirketler arasında pay ve yönetim anlamında organik bağın varlığına delil teşkil etmeyeceğini”^[68]
- “Üçüncü kişinin ticaret sicil adresinden yapılan haciz adresinde borçlu şirket faaliyette bulunmamış, dava konusu haciz sırasında belge bulunmamış, borçlu şirket ortağı ve yetkilisi de haciz de hazır bulunmamış olup davacı üçüncü kişi şirket borcun doğumundan çok önceki bir tarihte kurulduğundan, üçüncü kişi şirket ortaklarından biri borçlu şirketin ortağı ise de, anılan kişi her iki şirkette de hakim ortak olmayıp az hissesi bulunan ortak olduğundan, borçlu şirket de ortak olan kişinin de, üçüncü kişi şirketin kurucu ortaklarından olduğu görülmüşse de, borcun doğum tarihi itibari ile bakıldığında üçüncü kişi şirkette ortaklığının bulunmadığı anlaşıldığından, ortaklık bağlarının pay ve yönetim anlamında organik bağın varlığına delil teşkil edemeyeceğini- Mülkiyet karinesi davacı 3. kişi lehine olup dava üçüncü kişi tarafından açılrsa da, karinenin aksinin davalı alacaklı tarafından inandırıcı ve güçlü delillerle ispat edilmesi gerektiğini”^[69]

[67] Yargıtay 8. HD. 10.09.2015 T. 14550/16152 (www.e-uyar.com E. T. 30.01.2023)

[68] Yargıtay 8. HD. 19.02.2020 T. 14995/1613 (www.e-uyar.com E. T. 30.01.2023)

[69] Yargıtay 12. HD. 13.10.2021 T. 7035/8835 (www.e-uyar.com E. T. 30.01.2023)

- “Borçlunun ortağı olduğu şirket ile üçüncü kişi şirket sicil kayıtlarına göre üç ay aynı adreste faaliyette bulunmaları, borçlunun oğlu kuruluş aşamasında üçüncü kişi şirketin ortağı ise de, üçüncü kişi şirketin takibe dayanak bononun tanzim tarihinden önce kurulması, borçlunun ortağı olduğu dava dışı şirket ile üçüncü kişi arasındaki bağ ve borçlunun oğlunun bir dönem üçüncü kişinin ortağı olması hususlarının borçlu gerçek kişi ile üçüncü kişi arasında organik bağ bulunduğunun göstergesi olarak kabul edilmeyeceğini- Haczin üçüncü kişinin ticaret sicilinde kayıtlı iş yeri adresinde yapıldığı, haciz sırasında borçlu hazır olmadığı gibi, borçluya ait herhangi bir belge bulunmadığı, ayrıca borçlu ile üçüncü kişi arasında organik bağ bulunmadığının kabulü ile üçüncü kişinin istihkak iddiasına ilişkin davasının kabulü gerektiğini”^[70]
- “Davacı üçüncü kişi şirket ortakları ile borçlu şirket ortakları arasında benzerlik olmasının tek başına mülkiyet karinesinin aksini ispat için yeterli olmadığını”^[71]
- “Dava konusu haczin üçüncü kişinin ticaret sicilde kayıtlı iş yeri adresinde yapıldığı, borçluya ödeme emri tebliğ edilen veya dayanak senette yer alan adreste yapılmadığı, haciz mahallinde borçluya ait herhangi bir belge bulunmadığı uyumsuzlukta, mülkiyet karinesinin davalı üçüncü kişi lehine olduğunu ve bu karinenin aksinin davacı alacaklı tarafından inandırıcı ve güçlü delillerle ispat edilmesi gerekeceği- Davacı alacaklı karinenin aksini ispatlamak için delil olarak ticaret sicil kayıtlarına dayanmışsa da; davalı üçüncü kişi şirket, borcun doğumundan çok önce 1995 yılında kurulmuş olup borçlu da üçüncü kişi şirkette kurucu ortak olmasına rağmen, borcun doğumundan önce hisselerini devrettiği de anlaşıldığından, borçlunun kızı davalı üçüncü kişi şirketin ortağı olmasının tek başına karinenin aksini ispata yeterli olmayacağını”^[72]
- “Haczin, davalı üçüncü kişi şirketin ticaret sicil adresinde yapılmış olması nedeniyle İİK. 99 gereğince ispat yükünün davacı alacaklı tarafa düşeceğini- Borçlu şirket ortağının hissesini davalı üçüncü kişi şirketin ortağına devretmesinin tek başına muvazaa olgusunu ispatlayamayacağını, ‘ortaklığın

[70] Yargıtay 8. HD. 21.01.2019 T. 5392/601 (www.e-uyar.com E. T. 30.01.2023)

[71] Yargıtay 8. HD. 27.09.2018 T. 23709/16380 (www.e-uyar.com E. T. 30.01.2023)

[72] Yargıtay 8. HD. 15.05.2019 T. 10790/5096 (www.e-uyar.com E. T. 30.01.2023)

devrinin borçtan önce olduğuna' ilişkin tanık beyanlarının muvazaa iddiasının ispatına yeterli olmadığını"^[73]

- “Borçlu şirket ile üçüncü kişi şirketin faaliyet alanı sigortacılık olmakla birlikte, davalı üçüncü kişi şirketin Başbakanlık Hazine Müsteşarlığı tarafından verilen ruhsatnameler ile sigorta brokerliği yaptığı, dolayısı ile borçlu şirket ile faaliyet alanlarının ayrı olduğu, borçlu şirketin kurucularından olan kişinin borçlu şirketteki hissesini, borcun doğum tarihinden önce genel kurul kararı ile devrederek borçlu şirket ile bağının koptuğunu, borçlu şirkette 745 hisseye sahip olan kişinin ise, üçüncü kişi şirkette 30 hisseye sahip olması organik bağın varlığını göstermeyeceğini, haciz mahallinde borçlu şirketin yanı sıra dava dışı sigorta şirketlerine ait poliçelerin bulunmuş olmasının da karinenin borçlu lehine işletilmesi için yeterli görülmediğini”^[74]
- “Şirketlerin kuruluş tarihleri, hisse devirleri ve pay oranları göz önüne alındığında hissedarların aynı soyadını taşımaları bağın varlığını göstermeyeceği gibi, aynı alanda faaliyet gösteren şirketlerde bazı işçilerin değişik tarihlerde çalışmalarının veya hisselerini tamamen devrederek üçüncü kişi şirket ile bağını koparmış eski ortakların, borçlu şirkette sigortalı olarak çalışmalarının şirketler arasında bağın olduğunu göstermeyeceğinden alacaklının açtığı davanın reddine karar verilmesi gerekeceğini”^[75]
- “Üçüncü kişinin açtığı davanın reddine ilişkin kararda ‘davacı şirket ortakları ile borçlu şirket ortaklarının bir kısmının aynı kişiler olduğu, şirketlerin faaliyet konularının aynı olduğu, şirketlerin birlikte hareket ettikleri ve bu doğrultuda aralarında organik bağ bulunduğu’ gerekçesine dayanılmışsa da; ticaret sicil bilgilerine göre, borçlu şirket ile davacı üçüncü kişi şirket ortaklarının sadece 2’sinin aynı olduğu, ortakların bir kısmının aynı olması ve şirketlerin aynı konularda faaliyet göstermeleri nedeniyle organik bağ içinde bulunmalarının tek başına İİK. 96. ve 97. maddelerinin uygulanması için yeterli olmadığını- Takip borçlusu şirket ve davacı üçüncü kişi şirketin kuruluşlarının borcun doğumundan çok önceki bir tarihe isabet ettiği, davacı üçüncü kişi şirketin ticaret sicilinde kayıtlı adresi ile borçlu şirketin ticaret sicilinde kayıtlı adresinin farklı olduğu ve haczin üçüncü kişinin sicil

[73] Yargıtay 17. HD. 15.02.2011 T. 8346/1222 (www.e-uyar.com E. T. 30.01.2023)

[74] Yargıtay 8. HD. 15.01.2019 T. 4609/402 (www.e-uyar.com E. T. 30.01.2023)

[75] Yargıtay 8. HD. 17.12.2018 T. 4210/20314 (www.e-uyar.com E. T. 30.01.2023)

adresinde yapıldığı, haciz mahallinde borçluya ait olabilecek herhangi bir bilginin, belgenin temin edilemediği ve borçlunun haciz adresiyle ilişkisini gösterir emarelere rastlanmadığı anlaşıldığından, mülkiyet karinesi davacı üçüncü kişi yararına olduğunu- Karinenin aksini her türlü delille kanıtlanmaya elverişli, dava konusu mahcuzların borçluya ait olduğu ve borçlu ile 3. kişinin adreste birlikte faaliyette bulunduğu kanaatini oluşturacak delilleri dosyaya sunamaması karşısında, davacı üçüncü kişinin davasının kabulüne karar verilmesi gerektiğini”^[76]

- “Bozma ilamında, ‘mülkiyet karinesinin kimin lehine olduğuna dair araştırma ve inceleme yapılması’ istenmişse de; borcun doğumundan evvel davacı üçüncü kişinin eşinin borçlu şirketten ayrıldığı, haciz yapılan yerin ödeme emrinin tebliğ edildiği adresten farklı bir yer olduğu, her ne kadar haciz mahallinde borçluya ait evraklara rastlanmışsa da, bu evrakların tamamına yakının davacının eşinin borçlu şirkette ortak olduğu döneme ait olduğu, bu evrakların tarihlerinin de borcun doğumundan önceye tekabül ettiği, eş anlatımı bu evrakların güncel evraklar olmadığı görüldüğünden ve dava konusu takibin dayanağı işçi alacağı olup, alacaklıların ‘döner ustası oldukları, yani borçlu şirketin fiilen gıda sektöründe faaliyet gösterdiği, davacının ise kuyumculukla iştigal ettiği nazara alındığında, davacı ile borçlu şirketin fiili olarak iştigal konularının da aynı olmadığı anlaşıldığından, İİK. mad. 96 vd.na dayalı olarak üçüncü kişinin açtığı istihkak talebine ilişkin açılan davanın kabulü gerektiğini”,^[77]
- “Davacı 3. kişi ve borçlu arasında 7 adet fatura kesilmesinden bahisle aralarında ticari ve organik bir ilişki bulunduğunun söylenemeyeceğini- Davacı tarafından dayanak olarak bildirilen ve mahcuzun dava dışı bir başka şirketten satın alındığını gösteren faturanın 3. kişi şirkete kesildiği ve envantere kaydedilmiş olduğu, 3. kişi şirket tarafından tutulan açılış ve kapanış tasdikleri yapılmış ticari defterlerin usulüne uygun olarak tutulduğu, kendisi lehine delil niteliği taşıdığı bildirilmiş olup, makine mühendisi bilirkişiden alınan raporda mahcuzların ayırt edici özellikleri itibarı ile dayanılan fatura ile uyumlu olduğu hususu da tespit edildiğinden, bir başka hacze ilişkin tutanakta, davacı şirketin eski ortağının işyerinin daha önce borçlu şirket

[76] Yargıtay 8. HD. 10.09.2015 T. 14550/16152 (www.e-uyar.com E. T. 30.01.2023)

[77] Yargıtay 8. HD. 20.04.2016 T. 1863/7246 (www.e-uyar.com E. T. 30.01.2023)

tarafından kullanıldığını belirtmesi ile ispat yükünün yer değiştirdiği kabul edilse de, davacı 3. kişinin mahcuzlara uyumlu fatura ve ticari defterler ile alacaklı yararına olan yasal karinenin aksini kesin ve inandırıcı delillerle kanıtladığının kabulü gerektiğini”,^[78]

- “Alacaklının İİK. mad. 99 uyarınca açtığı ‘istihkak iddiasının reddi’ davasında, mahkemece, öncelikle; davacının dayandığı delillerden olan, dava dosyasına celbi sağlanmayan borçlu ve 3. kişi şirketlere ait ticaret sicil kayıtları ile bu şirketlerde çalışanları gösteren SGK sicil kayıtlarının dava dosyasına celbi sağlanarak, özellikle SGK sicil kayıtlarındaki bilgiler ile 3. kişi şirket ortaklarının ilişkisi değerlendirilerek 3. kişi ile borçlu arasında alacaklıdan mal kaçırmaya yönelik danışıklı işlemler yapıp yapılmadığının tartışılması gerektiğini”,^[79]
- “Davacı şirket ortakları ile borçlu arasındaki yakın akrabalık bağı ve ödeme emrine ilişkin tebligatın iade edilmemesi hususları tek başına muvazaayı göstermediğinden, bu hususun davanın reddi için de yeterli olmadığı, bu sebeplerle; üçüncü kişi davacının davasını kanıtladığı gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmesi gerekeceğini”,^[80]
- “Davalı borçlu şirket ile üçüncü kişinin şirketin organik bağ içinde olmasının tek başına muvazaanın kanıtı olarak kabul edilemeyeceğini- İki şirketin iç içe girmiş tek şirket gibi yönetilip yönetilmediğinin ticari kayıtları üzerinde yaptırılacak bilirkişi incelemesi ile, gerekirse mahallinde yaptırılacak kolluk incelemesi ile araştırılması gerektiğini- Tek şirket gibi yönetildikleri belirlenirse bu kez borcun doğum tarihinden sonra alınan araç ve yine borcun doğum tarihinden sonra alınan diğer mahcuzlar yönünden alacaklıdan mal kaçırmak için danışıklı hareket edilip edilmediği üzerinde durulması gerektiğini”,^[81]
- “Organik bağın, tek başına muvazaanın kanıtı olarak kabul edilemeyeceğini- Ticaret sicil ve SGK kayıtlarına göre iki şirketin ortaklık yapısı ve çalışanları farklı olmakla birlikte bir kısım ortakların soyadlarının benzer olduğu, diğer

[78] Yargıtay 8. HD. 26.09.2016 T. 12709/12553 (www.e-uyar.com E. T. 30.01.2023)

[79] Yargıtay 8. HD. 20.10.2014 T. 19211/18765 (www.e-uyar.com E. T. 30.01.2023)

[80] Yargıtay 8. HD. 14.05.2015 T. 5960/11416 (www.e-uyar.com E. T. 30.01.2023)

[81] Yargıtay 8. HD. 13.02.2014 T. 2528/t (www.e-uyar.com E. T. 30.01.2023)

yandan borçlu şirketin faaliyet gösterip ayrıldığı adreste, davacı şirketin borcun doğumundan ve takip tarihinden sonra kurulmuş olduğu anlaşıldığından mahkemece, öncelikle, tarafların beyanı alınıp, ihtilaf varsa icra memurunun tanıklığına da başvurulacak haciz adresi ile ilgili tereddüttün giderilmesi, diğer yandan, davacı ve borçlu şirket ortaklarının nüfus kayıt tabloları getirtilip incelenerek aralarındaki akrabalık bağının derecesinin belirlenmesi, bununla birlikte gerekirse ticaret sicil kayıtları üzerinde bilirkişi incelemesi yaptırılarak (ticari emtia devri, vs. hususlara da bakılarak) ve mahallinde kolluk aracılığı ile araştırma yaptırılarak, davacı şirketin alacaklıdan mal kaçırmak için muvazaalı olarak kurulup kurulmadığının duraksamaksızın bir biçimde belirlenmesi gerekeceğini, bu şekilde toplanacak delillerin sonucuna göre, borçlunun davacı şirket üzerinden faaliyetini sürdürdüğü kesin olarak saptanırsa davanın reddedilmesi gerektiğini”,^[82]

- “Borçlu şirket ortağının, aynı zamanda davacı üçüncü kişinin ortağı olmasının, organik bağ varlığı ve hacizli malların borçluya ait olduğu anlamına gelmeyeceğini”,^[83]
- “Ticari defter kayıtları ile ibraz edilen faturaların birbirini doğruladığı, çalışanların her iki şirkette de çalışmış olmalarının, iki şirket arasında hukuki bağ olduğuna dair karine oluşturmadığı, borçlu şirketin ortağı ve yetkilisi olan kişinin ile yeğeninın davalı şirkette sigortalı olarak gözükmemesinin tek başına karineyi tersine çeviremeyeceği, haciz mahallinde satın alınan makinelere ait faturalar dışında borçluya ait başkaca bir belgenin bulunmadığı dikkate alındığında, mülkiyet karinesinin davalı 3. kişi yararına olduğu ve alacaklı tarafından sunulan delillerle karinenin aksinin duraksamaya yer vermeyecek şekilde ispat edilemediğini”,^[84]
- “Borçlu ve 3.kişi şirketlerin görünürde farklı tüzel kişiliklere sahip olmalarına karşın, unvanları, ortaklık yapıları, iş kolları ve adresleri itibariyle iç içe ve tam bir organik bağ içerisinde bulunmaları halinde, aralarında alacaklılardan mal kaçırma amacına yönelik yapılan danışıklı işlemlerin ise iyiniyetli alacaklının haklarını etkilemeyeceğini”^[85]

[82] Yargıtay 8. HD. 31.01.2014 T. 301/1393 (www.e-uyar.com E. T. 30.01.2023)

[83] Yargıtay 21. HD. 26.12.2006 T. 15286/16868 (www.e-uyar.com E. T. 30.01.2023)

[84] Yargıtay 8. HD. 25.04.2017 T. 5792/6126 (www.e-uyar.com E. T. 30.01.2023)

[85] Yargıtay 17. HD. 15.12.2011 T. 9081/12349 (www.e-uyar.com E. T. 30.01.2023)

belirtmiştir.

Ayrıca belirtelim ki, doktrinde de, bu konuya -isabetli olarak- şu şekilde değinilmiştir: “Bir veya birkaç kişinin borçlu şirket ile istihkak iddiasında bulunan şirkette ortak olması sebebiyle her iki şirket arasında organik bağın varlığının kabul edilmesi, davacı üçüncü kişinin istihkak davasının her halükarda reddi için yeterli sayılamaz. Hacedilen malın borçlu şirkete değil, kendisine ait olduğunu iddia eden davacı üçüncü kişi şirkete, malın mülkiyetini ne şekilde kazandığını ve niçin borçlu elinde bulunduğunu (97/a, 2. fıkra) ispat imkan verilmelidir... Eğer davacı üçüncü kişi şirket, haczin yapıldığı yerle borçlu şirketin bir ilgisi olmayıp o yerine kendisine ait olduğunu iddia ediyor ise, malın borçlu şirket yedinde haciz edilmediği iddiasını ispat imkanı üçüncü kişi şirkete verilmeden davanın sırf organik bağın varlığının kabulü gerekçesiyle reddi söz konusu olamaz... Bir kişinin birden fazla şirkette pay sahibi olmasına yasal bir engel yoktur... Organik bağın varlığı kabul edilse ve istihkak konusu mallar borçlu şirket tarafından devredilmiş olsa bile, üçüncü kişi, bu malları muvazaadan ari olarak (muvazaasız) devraldığını bu sebeple haciz edilemeyeceğini, tanık, fatura, vergi levhası, ticaret sicil kayıtları, kira sözleşmesi veya tapu gibi birbirini doğrulayan bir çok delille ispat edebilir.”^[86] Yani, şirket ortaklık yapısı sebebiyle *organik bağın* varlığı kabul edilse de bu durum, *üçüncü kişinin ‘istihkak iddiasının reddi’ için yeterli değildir.*

Üçüncü kişinin istihkak iddiasının reddi için, organik bağın yanında -her olayın özelliğine göre;

- “Üçüncü kişi şirketin iş yerinin borçlu şirkete ait olup olmadığı”,
- “İstihkak davasına konu malların borçlu tarafından üçüncü kişiye (muvazaalı) olarak devredilip devredilmediği”
- “Ödeme güçlüğü içindeki borçlunun malvarlığını kaçırmak için devir işlemi yapıp yapmadığı”

vb. hususların değerlendirilmesi gerekir.

[86] Muşul ve Muşul 308.–Ercan, İcra Hukuku, 536 vd.

(d) Haczin, “Borçlunun” veya “Üçüncü Kişinin” Adresinde Yapılmış Olması konusunda;

- “3. kişi şirketin borçlu şirketin sözleşmesi sona erdikten sonra başka bir akaryakıt firması ile anlaşarak akaryakıt istasyonu işletmeye başladığı, borçlu şirketin farklı bir firma adı altındaki işletmesine ait lisansının bittiği, 3. kişi şirketin yeniden bayilik başvurusu olduğunun bildirildiği, bu bakımdan lisans devrinin söz konusu olmadığı, mahcuzlara ilişkin faturalar ile EPDK lisansına ilişkin başvuru ve belgeler, iş yeri ruhsatı, bayilik sözleşmelerinin sunulduğu hacizde borçlu şirkete ait bir belgeye rastlanmadığı, şirketlerin ortaklık yapıları arasında da bir benzerlik bulunmadığı dikkate alındığında, davalı 3. kişinin İİK. mad. 97/a’de yer alan mülkiyet karinesinin aksini güçlü ve inandırıcı delillerle ispatladığının kabulü gerektiğini”,^[87]
- “İstihkak davasında, haciz sırasında bulunan protokol eski ortağın şirketten olan alacağının kendi alacaklısına devrine dair olduğu anlaşıldığından tek başına borçlunun ticari faaliyetlerine haciz adresinde devam ettiğine dair delil teşkil etmeyeceğini- Mülkiyet karinesinin üçüncü kişi yararına olduğu ve ispat yükünün davacı alacaklı üzerinde olduğunu- Borçlu şirket eski ortağı ile üçüncü kişi şirket sahibi arasında karı koca ilişkisi bulunması ve kesinleşmeyen işçi alacağı dosyasında dinlenen tanık beyanları muvazaa iddiasının ispatı için yeterli olmadığından davanın red edilmesi gerektiğini”^[88]
- “Davalı borçlu şirket ile davalı 3. kişi şirketin faaliyet alanlarının farklı olduğu, ticaret sicil kayıtlarına göre davalı borçlu şirketin haciz yapılan adresten ayrıldıktan yaklaşık 3 yıl sonra, davalı 3. kişi şirketin söz konusu yeri kiraladığı, yine işletme devrinin düşünülebilmesi için önemli ölçüde emtia devri olması gerekmekte olup bu hususun da kanıtlanamadığı, kaldı ki haczin yapıldığı ve kiralanan yerin boş depo olduğu, ayrıca davalı 3. kişinin mahcuzlara ilişkin faturalar ibraz ettiği, bundan ayrı davalı 3. kişi şirket ile davalı borçlu şirket arasında organik bağın tespit edilemediği açıklanan nedenlerle İİK’nin 97/a maddesindeki mülkiyet karinesi davalı 3. kişi lehine olduğundan bu yasal karinenin aksinin davacı alacaklı tarafından, kesin ve inandırıcı delillerle ispat edilmesi gerekeceğini”,^[89]

[87] Yargıtay 8. HD. 04.04.2017 T. 5524/4989 (www.e-uyar.com E. T. 30.01.2023)

[88] Yargıtay 8. HD. 10.06.2021 T. 106/4978 (www.e-uyar.com E. T. 30.01.2023)

[89] Yargıtay 8. HD. 06.06.2016 T. 20017/9928 (www.e-uyar.com E. T. 30.01.2023)

- “Bozma ilamında, ‘mülkiyet karinesinin kimin lehine olduğuna dair araştırma ve inceleme yapılması’ istenmişse de; borcun doğumundan evvel davacı üçüncü kişinin eşinin borçlu şirketten ayrıldığı, haciz yapılan yerin ödeme emrinin tebliğ edildiği adresten farklı bir yer olduğu, her ne kadar haciz mahallinde borçluya ait evraklara rastlanılmışsa da, bu evrakların tamamına yakının davacının eşinin borçlu şirkette ortak olduğu döneme ait olduğu, bu evrakların tarihlerinin de borcun doğumundan önceye tekabül ettiği, eş anlatımla bu evrakların güncel evraklar olmadığı görüldüğünden ve dava konusu takibin dayanağı işçi alacağı olup, alacaklıların ‘döner ustası oldukları, yani borçlu şirketin fiilen gıda sektöründe faaliyet gösterdiği, davacının ise kuyumculukla iştiğal ettiği nazara alındığında, davacı ile borçlu şirketin fiili olarak iştiğal konularının da aynı olmadığı anlaşıldığından, İİK. mad. 96 vd.na dayalı olarak üçüncü kişinin açtığı istihkak talebine ilişkin açılan davanın kabulüne ilişkin yerel mahkeme kararının onanması gerektiğini”,^[90]
- “Dava konusu haciz üçüncü kişi şirket adresinde yapıldığından mülkiyet karinesinin üçüncü kişi yararına olduğunu”,^[91]
- “Haciz işleminin takip adresi dışında başka bir adreste yapılmış olduğu, davalı borçlunun da haciz mahallinde bulunduğu ispat edilemediğinden, bu davada mülkiyet karinesinin üçüncü kişi lehine olduğundan ve bu doğrultuda ispat yükü davalı alacaklıda olduğundan, davalı alacaklının dosyaya sunmuş olduğu deliller ile üçüncü kişi lehine olan karineyi çürüttüğünden bahsedilemeyeceğinden, bu sebeple ispat külfeti kendisine düşen davalı alacaklının karinenin aksini ispatlayamadığı gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmesi gerekeceğini”,^[92]
- “Her ne kadar haciz mahallinde borçlunun adını ihtiva eden bazı kağıtlar görülmüş ise de borçlunun haciz adresinde daha önce kiracı olarak bulunduğu da nazara alındığında bu kağıtların tek başına mülkiyet karinesinin aksini ispata yeterli görülmediğini, mahkemece bu maddi ve hukuki olgular

[90] Yargıtay 8. HD. 20.04.2016 T. 1863/7246 (www.e-uyar.com E. T. 30.01.2023)

[91] Yargıtay 17. HD. 18.06.2013 T. 7436/9304; 17. HD. 11.05.2011 T. 11381/4630 (www.e-uyar.com E. T. 30.01.2023)

[92] Yargıtay 8. HD. 19.01.2015 T. 27417/1029 (www.e-uyar.com E. T. 30.01.2023)

gözönüne alınarak üçüncü kişilerin açtığı davanın kabulüne ilişkin kurulan hükmün doğru olduğunu”,^[93]

- “Dava konusu haciz sırasında borçlunun haciz adresinde faaliyet gösterdiği orada çalışan işçiler tarafından beyan edilip tutanağa geçirilmiş, aksi kanıtlanamamış olup, İİK’nin 97/a maddesindeki mülkiyet karinesi borçlu dolayısıyla alacaklı yararına olduğunu”,^[94]
- “Dava konusu haciz, borçlunun eski faaliyet adresinde yapılmış olduğundan; İİK’nin 97/a maddesindeki mülkiyet karinesinin borçlu, dolayısıyla alacaklı yararına olduğunun kabulü gerekeceğini”,^[95]
- “Haczin borçlu şirketin adresinde ve takip dayanağı belgede borçlu adresi olarak gösterilmiş adreste yapıldığı anlaşıldığından İİK’nin 97/a maddesinde öngörülen mülkiyet karinesinin borçlu/alacaklı yararına olduğunu”,^[96]
- “Dava konusu taşınurlar, borçlu şirketin ticaret sicilinde kayıtlı takip talebinde belirtilen adreste haczedilmiş olup, İİK.97/a maddesinde öngörülen mülkiyet karinesinin borçlu dolayısıyla alacaklı yararına olduğunu”^[97]

belirtmiştir.

(e) İstihkak Davalarında “Hayatın Olağan Akışına Aykırı İddialar” konusunda;

- “Takibe konu bononun düzenlendiği tarihte, borçlu haczin yapıldığı serada kiracı ise de, haczin yapıldığı tarihte borçlunun kiracılık sıfatı bulunmadığı, davacı üçüncü kişinin kira ve satış tarihlerinde fiilen, sera işletmecisi olarak faaliyet gösterdiği uyumsuzlukta; haciz sırasında davalı borçlunun malik veya kiracılık sıfatı bulunmamasına rağmen, haciz mahallinde hazır bulunması ve yenileme emrini de icra dairesine gidip tebellüğ etmesi, sonra da tüm yasal sürelerden feragat ettiğini beyan etmesi, normal bir davranış olmayıp, bu haller hayatın olağan akışına da aykırı olup, borçlu tarafından sergilenen

[93] Yargıtay 8. HD. 20.09.2018 T. 11145/15985 (www.e-uyar.com E. T. 30.01.2023)

[94] Yargıtay 17. HD. 4.11.2010 T. 6899/9423 (www.e-uyar.com E. T. 30.01.2023)

[95] Yargıtay 17. HD. 25.06.2012 T. 7697/7940 (www.e-uyar.com E. T. 30.01.2023)

[96] Yargıtay 17. HD. 17.03.2011 T. 11892/2329 (www.e-uyar.com E. T. 30.01.2023)

[97] Yargıtay 21. HD. 25.10.2005 T. 10407/10007 (www.e-uyar.com E. T. 30.01.2023)

bu tutumun ve yaptığı işlemlerin muvazaalı olduğunun kabulü ile üçüncü kişinin açtığı istihkak davasının kabulüne karar verilmesi gerektiğini”,^[98]

- “Üçüncü kişi şirket yetkilisi ile borçlu şirketlerin eski hissedarının kardeş olması ve haciz mahallinde içinde borçlular ile birlikte borçlu şirketlerin eski hissedarına ait ihtarname bulunmasının hayatın olağan akışına aykırı olmadığını”,^[99]
- “Haciz yapılan işletmenin niteliği nazara alındığında, borçlu adına düzenlenen ve borcun doğum tarihinden öncesine ilişkin olan Belediye işyeri teftiş defteri, denetim kontrol raporu, ilaçlama formu sureti, alarm sistemine ilişkin sözleşme, zabıta durum tespit tutanağı ve İlçe Tarım Müdürlüğü analiz belgesinin haciz adresinde bulunmasının hayatın olağan akışına uygun olduğunu ve bu belgelerin bulunmasının tek başına, mülkiyet karinesinin borçlu (dolayısıyla, alacaklı) lehine işletilmesi için yeterli olmayacağını”,^[100]
- “Haciz adresindeki evde, ‘önceki evliliğinden olan ve şehir dışından ya da yurt dışından gelen çocukları ile birlikte tatil dönemlerinde kaldığı’ şeklindeki borçlu iddiasının hayatın olağan akışına aykırı olmadığını”,^[101]
- “Üçüncü kişinin borçludan satın aldığı taşınması mümkün menkul malları teslim almayıp, davalı borçlunun hakimiyet alanında bırakmasının hayatın olağan akışına uygun olmadığını”,^[102]

belirtmiştir.

8- Örnek Bir Olayda;

Alacaklı: ‘(A.)’

Borçlular: 1- “(B.) Şti.”, 2- “(C.)”,

Üçüncü kişi ise: ‘(D.) Anonim Şirketi’dir.

[98] Yargıtay 8. HD. 21.01.2016 T. 9507/727 (www.e-uyar.com E. T. 30.01.2023)

[99] Yargıtay 8. HD. 19.03.2019 T. 1487/2868 (www.e-uyar.com E. T. 30.01.2023)

[100] Yargıtay 8. HD. 18.09.2019 T. 11165/ 7738 (www.e-uyar.com E. T. 30.01.2023)

[101] Yargıtay 8. HD. 04.05.2015 T. 4780/9942 (www.e-uyar.com E. T. 30.01.2023)

[102] Yargıtay 8. HD 21.01.2016 T. 13811/725 (www.e-uyar.com E. T. 30.01.2023)

Alacaklının borçlular aleyhine takip başlattığı ... İcra Müdürlüğü'nün 2019/... sayılı icra dosyasından yazılan talimat kapsamında ... İcra Müdürlüğü'nün 2022/... sayılı talimat dosyasında, üçüncü kişi (D.) Anonim Şirketi'nin adresinde 08.08.2022 tarihinde haciz işlemi yapılmıştır.

Yapılan bu hacizden sonra, alacaklı (A.) vekili, ... İcra Müdürlüğü'nün 2019/... sayılı icra takip dosyasına sunmuş olduğu 09.08.2022 tarihli dilekçesinde, özetle, “Alacaklı ... tarafından borçlular (E.) Şti., (C.), (F.), (G.), (H.), (Z.). Şti.ve (B.) San. Tic.ve Paz. Ltd. Şti. hakkında 15/01/2019 tarihinde ilamsız icra takibi başlatıldığını, takibe konu alacağı müvekkil-leri (A.) temlik aldığını, 08/08/2022 tarihinde ... İcra Müdürlüğü'nün 2022/... Talimat dosyasında ‘.../Erzincan’ adresinde haciz uygulandığını, haciz sırasında üçüncü kişi (D.) A.Ş. adına istihkak iddiasında bulunulmuşsa da, taraflar arasındaki muvazaalı işlemlerin açık olması sebebiyle mülkiyet karinesinin borçlu (dolayısıyla alacaklı) yararına olduğunu, haciz mahallinde borçluya ait birçok belge bulunduğunu (bu belgelerin, istihkak iddia eden üçüncü kişi şirketin ve borçlu (B.) San. Şirketinin imzasını içeren Finansal kiralama sözleşmesi, bu sözleşmeye ilişkin ihbarnameler, borçlular (B.) Şirketi ve (C.)'nin üçüncü kişi şirketin 2013 yılı olağan genel kurulunda temsile yönelik verilmiş 11/08/2014 tarihli vekaletname, borçluların üçüncü kişi şirkette hissedar olduğunu gösterir 02/06/2016 tarihli belge, borçlu şirketin 08/08/2014 tarihli olağan genel kurul kararı, borçlulardan (C.)'nin imzasını içeren üçüncü kişi şirketin yönetim kurulu kararları, borçlu şirketinin yer aldığı üçüncü kişi şirketin 2014 yılı olağan genel kurul hazır bulunanlar listesi olduğunu), haciz mahallinde bulunan borçluya ait kişisel ve muhasebesel evrakların üçüncü kişi nezdinde bulunmasının hayatın olağan akısına aykırı olduğunu, haciz işlemi her ne kadar ödeme emrinin tebliğ edildiği adreste gerçekleşmemiş ise de haciz mahallinde borçlu evrak bulunması borçlu ile istihkak iddiasında bulunan üçüncü kişinin alacaklılardan mal kaçırmak kastı ile hareket ettiğine karine teşkil ettiğini, ...borçlu şirketin üçüncü kişi şirkette kurucu ve hakim ortak olması, diğer borçlu (C.)'nin de kurucu ve halen ortak olması hususu değerlendirildiğinde aralarında organik bağ bulunduğunu, ... borçluların üçüncü kişi şirketin kurucusu ve ortağı olup takibin başlamasından sonra hisselerini devrettiğini, bir internet sitesinde borçlu (C.)'nin üçüncü kişi şirkette yönetici olarak görünmekte olduğunu, ... gerçek ve tüzel kişiyle ticari faaliyet yürüten kişilerin, tüzel kişilik perdesini kalkan olarak kullanarak müracaat edilmesini önlemeye çalıştıklarını, Yargıtay'ın bazı kıstasların varlığı halinde iki gerçek ve/veya

tüzel kişi arasında organik bağın bulunduğunu kabul ederek tüzel kişilik perdesinin kaldırılması gerektiğine hükmettiğini, somut olayda da bu kısıtların bulunduğunu” belirterek “...haksız ve muvazaalı istihkak iddiasının değerlendirilmesi ve takibin devamı yönünde karar verilebilmesi için dosyanın icra hukuk mahkemesine gönderilmesini” talep etmiştir.

Üçüncü kişi (D.) Anonim Şirketi vekili, ... İcra Müdürlüğü'nün 2019/... sayılı icra takip dosyasına sunmuş olduğu 16.08.2022 tarihli dilekçesinde, özetle, “...08.08.2022 tarihli haczin müvekkilleri üçüncü kişi şirketin adresinde yapıldığını, haczedilen malların müvekkillerine ait olduğunu, haczedilen malların faturalarının sunulduğunu, dosya borçlularından (B.) Şti. ile (C.)'nin üçüncü kişi şirketle bir alakaları bulunmadığını, borçluların üçüncü kişi şirket adresinde faaliyet gösterdiğine dair bir belge ya da emareye haciz sırasında rastlanmadığını, borçlulara gönderilen tebliğatların haciz işlemi gerçekleştirilen adrese yapılmadığını, hacizde dosya borçlusuna veya yetkilisinin hazır dahi bulunmadığını, borçlu şirket tarafından düzenlenen bir evrakın da tespit edilmediğini, müvekkilleri şirkete ait sundukları vergi levha-sından da anlaşılacağı üzere haciz mahalinde müvekkilleri üçüncü kişi şirketin faaliyette bulunduğunu, faaliyet gösterilen taşınmazın dahi müvekkillerine ait olduğunu ve elektrik, su, doğalgaz gibi aboneliklerin müvekkilleri şirketin üstüne kayıtlı olduğunu, ...dosya borçluları ve müvekkilleri üçüncü kişi şirket arasında organik bağ bulunmadığını, dosya borçlularının farklı adreste faaliyette bulunduğunu, önceki yıllarda borçluların, müvekkilleri üçüncü kişi şirketin ortağı olmasının organik bağın varlığına kesin olarak delil teşkil etmeyeceğini, üçüncü kişi şirketin dosya borçlularıyla 2018 yılından sonra herhangi ilişkisi kalmadığını, borcun da daha sonra doğduğunu, haciz sırasında bulunan evrakların tamamının 2018 yılından öncesine ait olduğunu, ekli 2018 yılına ait üçüncü kişi şirket genel kurulu uyarınca borçluların şirket hissedarları arasında yer almadığını, imza sirkülerinden de görüleceği üzere yönetim kurulunda da bulunmadıklarını, hacze konu menkullerin, müvekkilleri üçüncü şahıs nezdinde haczedilmesi sebebiyle alacaklı vekilinin İİK'nun 97. maddesinin uygulanması talebinin reddi ile İİK'nun 99. maddesinin uygulanması taleplerinin kabulüne karar verilmesini” talep etmiştir.

Bunun üzerine, ... İcra Hukuk Mahkemesi'nin 16.12.2022 T. 1039/1209 s. kararı ile 'takibin devamına ve kararın tebliğinden itibaren 7 günlük süre içinde dava açmak üzere üçüncü kişiye süre verilmesine' karar verilmiştir.

Henüz bu karar tebliğ edilmeden, 05.01.2023 tarihinde üçüncü kişinin adresinde ek haciz ve muhafaza işlemi yapılmış ve üçüncü kişi Tunay... AŞ, İstanbul 15. İcra Hukuk Mahkemesi’nde (E: 2023/...) “istihkak iddialarının kabulü ve hacizlerin kaldırılması” talebiyle dava açmıştır.

Üçüncü kişi (D.) Anonim Şirketi vekili, ... İcra Hukuk Mahkemesine (E: 2023/...) sunduğu 05.01.2023 tarihli dava dilekçesinde, icra dairesine 16.08.2022 tarihinde sundukları beyanlarını yineleyerek özetle, “...dosya borçlularından (B.) Sti. ile (C.) ile müvekkilli üçüncü kişi şirket arasında bir ortaklık, organik bağ bulunmadığını, adreslerin farklı olduğunu, üstelik dosya borçlusunun resmi adresinin İstanbul olduğunu, yetkililerinin farklı olduğunu, borçlulara gönderilen tebligatların üçüncü kişi şirketin adresinde yapılmadığını, haciz sırasında borçluların/yetkililerinin hazır bulunmadığını, haciz sırasında bulunan evrakların güncel olmadığını, önceki yıllarda (B.) Şti. ile (C.)’nin üçüncü kişi şirketin ortağı olmasının organik bağın varlığı için yeterli olmayacağını, üçüncü kişi şirketin dosya borçlularıyla 2018 yılından sonra herhangi ilişkisi kalmadığını, hacizde bulunan evrakların da bu döneme ait olduğunu, üçüncü kişi şirketin dosya borçlularıyla 2018 yılından sonra herhangi ilişkisi kalmadığını, İİK 97/’daki mülkiyet karinesinin mahcuzları elinde bulunduran üçüncü kişi yararına olduğunu, ... muhafaza altına alınmak istenen makinelerin tamamen üretime yönelik olduğundan ve muhafazası halinde müvekkil hem uluslararası hem de yurt içinde ki ticari üretimini gerçekleştiremeyeceğinden, telafisi imkansız zararların doğacağını, sökülüp alınması halinde parçalara ayrılacağından hurda değerinde olacağını, bu nedenle, muhafaza altına alınamayan makine yönünden muhafaza haczinin durdurulmasına karar verilmesi gerektiğini, muhafaza haczinin durdurulmasına, henüz kıymet taktiri yapılmadığından kıymet taktir işlemleri tamamlanana kadar herhangi bir hak kaybına neden olunmaması için dosyadan herhangi bir haciz ve muhafaza işlemi yapılmaması yönünde teminatsız tedbir kararı verilmesine, haciz ve muhafazaya alınan menkullerin tarafımıza iadesine ve istihkak taleplerinin kabulü ile hacizlerin kaldırılmasına karar verilmesi gerektiğini” belirtmiştir.

9- Yukarıdaki olayda;

- ‘İstihkak davasının’ süresinde açıldığı,
- ‘Haciz adresinin’, borçlu şirketin adresi olmadığı, hacizlerin üçüncü kişi şirketin ticaret sicilde kayıtlı adresinde yapıldığı,

- Borçlu şirketin kuruluşundan itibaren bugüne kadar hiçbir zaman haciz adresinde faaliyete bulunmadığı; borçlu şirketin İstanbul, üçüncü kişi şirketin ise Erzincan’da faaliyette bulunduğunu,
- Borçlu şirket ile üçüncü kişi şirketin faaliyet alanlarının farklı olduğu,
- Borçluların (ne gerçek kişi borçluların ne de borçlu şirketin yetkilisinin, çalışanın vs.) hacizde hazır bulunmadığı,
- Ödeme emirlerinin borçlulara haciz adresinde tebliğ edilmediği,
- Üçüncü kişi şirketin borcun doğumundan önce 2004 yılında kurulduğu,
- Haciz ve icra takibi tarihi itibarıyla davacı üçüncü kişi şirket ve borçlular arasında ortaklık ilişkisi yönünden ‘organik bağ’ bulunmadığı, ancak;
- Borçlulardan (B.) Şti ve (C.)’nin önceden üçüncü kişi şirkette hissesinin bulunduğu, hisselerin 2018 yılı itibarıyla devredildiği, borçlu (C.)’nin yönetim kurulu üyeliğinin ise 2015 yılı itibarıyla sonlandığı,
- Üçüncü kişinin adresinde yapılan hacizde borçlulardan (B.) Şti ve (C.)’nin isminin geçtiği evraklar bulunmuşsa da, bunların güncel evraklar olmadığı ve bu evrakların borçlular ile üçüncü kişi şirketin ortaklık ilişkisinin olduğu 2018 yılına ait olduğu,

görölmektedir...

Yukarıda ayrıntılı olarak belirttiğimiz gibi, hacizlerin üçüncü kişinin ticaret sicilde kayıtlı resmi adresinde yapılması, borçluların (ve yetkililerinin) hacizde hazır bulunmaması, ödeme emirlerinin borçlulara haciz adresinde tebliğ edilmemesi, haciz adresinde borçlulara ait bulunan belgelerin güncel olmaması ve bulunan belgelerin tarihleri dikkate alındığında, o dönem itibarıyla borçlu (B.) Şti. ve (C.) üçüncü kişi şirkette hisse sahibi olduğundan, bu belgelerin üçüncü kişi şirket adresinde bulunmasının hayatın olağan akışına aykırı olmaması karşısında mülkiyet karinesi, davacı üçüncü kişi lehine olduğu kabul edilmelidir.

Davalı (temlik alan) alacaklı vekili “... haciz mahallinde borçluya ait birçok belge bulunması ve takip borçlulardan (B.) Şti. ve (C.) ile üçüncü kişi şirket arasındaki organik bağ nedeniyle, taraflar arasındaki muvazaalı işlemlerin açık olduğunu, bu nedenle, mülkiyet karinesinin borçlu (dolayısıyla alacaklı)

yararına olduğunu ve somut olayda, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması gerektiğine” işaret etmektedir.

Yüksek mahkemenin isabetli olarak belirttiği gibi, haciz mahallinde borçlulara ait bulunan belgelerin güncel olmaması durumunda, ‘mülkiyet karinesinin’ üçüncü kişi lehine olduğunun kabulü ile İİK. 99 uyarınca işlem yapılması gerekir. Somut olayda, borçluların önceden üçüncü kişi anonim şirkette hisse sahibi olduğu ve bulunan belgelerin de bu dönem ait olduğu anlaşıldığından, üçüncü kişinin adresinde haciz sırasında borçlulara ait bir takım belge ve evrakların bulunması hayatın olağan akışına aykırı sayılmaz.

“Takip borçlulardan (B.) Şti. ve (C.) ile üçüncü kişi şirket arasında organik bağ bulunduğu ve bu nedenle, taraflar arasındaki muvazaalı işlemler yapıldığının kabulü gerektiği” iddiasına ilişkin olarak ise şu hususları belirtebiliriz:

Yukarıda ayrıntılı olarak belirttiğimiz gibi, bir kimsenin (gerçek kişi veya tüzel kişi) birden fazla şirkette pay sahibi, ortak, yönetici olmasına yasal bir engel olmadığı gibi, organik bağın varlığı kabul edilse dahi, bu durum, üçüncü kişi ile takip borçluları arasında muvazaalı işlemler bulunduğunun kabulü için yeterli değildir. Mülkiyet karinesi lehine olan ve gerçekten hacze konu mallara sahip olan üçüncü kişinin ortakları ile borçlunun ortaklarının aynı olması dahi üçüncü kişinin mallarının borçlunun borcu için satılmasına neden olmalıdır. Aksi halde, birden fazla şirkette hisse sahibi olan bir kişinin ortağı olduğu üçüncü kişi şirketin, sadece bu nedenle, istihkak iddiasında bulunamayacağı ve tüm mallarının borçlu olan şirketin borcu nedeniyle haczedilebileceği kabul edilmiş olacaktır.

Ticaret sicilinde var olan bu bilgilere dayanarak, üçüncü kişi ve borçlular arasında organik bağ bulunduğu ve muvazaalı işlemler yapıldığının kabul edilmesi isabetli olmaz.

Üçüncü kişinin istihkak iddiasının reddi hususunda;

- “Borçlu şirket ile üçüncü kişi şirket ortaklarının aynı olması,^[103] (kardeş olmaları),^[104] (borçlu şirket ortağının hissesini davalı üçüncü kişi şirketin

[103] Yargıtay 21. HD. 26.12.2006 T. 15286/16868, 8. HD. 10.09.2015 T. 14550/16152 (www.e-uyar.com E. T. 30.01.2023)

[104] Yargıtay 8. HD. 23.03.2015 T. 21926/6642 (www.e-uyar.com E. T. 30.01.2023) Aynı doğrultuda 8. HD. 14.05.2015 T. 5960/11416 (www.e-uyar.com E. T. 30.01.2023)

ortasına devretmesi^[105]), (üçüncü kişinin eşinin borçlu şirketten önceden yer alması^[106]) nedeniyle, borçlu ve üçüncü kişinin ‘organik bağ’ içinde bulunmalarını tek başına yeterli bulmayan,

- “Ortakların aynı soyadını taşımalarını ve aynı alanda faaliyet gösteren şirketlerde bazı işçilerin değişik tarihlerde çalışmalarını veya hisselerini tamamen devrederek üçüncü kişi şirket ile bağını koparmış eski ortakların, borçlu şirkette sigortalı olarak çalışmalarını yeterli görmeyen,”^[107]
- “Ortaklar arasındaki benzerliği tek başına üçüncü kişi lehine olan mülkiyet karinesinin aksini ispata yeterli görmeyen,”^[108]
- “Organik bağ bulunmasının tek başına muvazaanın kanıtı olarak kabul etmeyen, alacaklıdan mal kaçırmak için danişıklı işlemler yapıldığı ve iki şirketin tek elden yönetildiğinin ispatını arayan,”^[109]
- “Çalışanların her iki şirkette de çalışmış olmalarını, borçlu şirketin ortağı ve yetkilisi olan kişinin ile yeğenin üçüncü kişi şirkette sigortalı olarak gözükmelerini yeterli bulmayan,”^[110]
- “Şirketlerin unvan, ortaklık yapısı, iş kolları ve adresleri itibarıyla iç içe ve tam bir organik bağ içerisinde bulunmaları halinde, iyiniyetli alacaklının haklarını etkilemeyeceğini belirten,”^[111]
- “Organik bağın, tek başına yeterli görmeyen, üçüncü kişi şirket borçlu şirketin faaliyet gösterip ayrıldığı adreste, borcun doğumundan ve takip tarihinden sonra kurulmuş olsa da, davacı üçüncü kişi şirketin alacaklıdan

[105] Yargıtay 17. HD. 15.02.2011 T. 8346/1222; 8. HD. 15.01.2019 T. 4609/402 (www.e-uyar.com E. T. 30.01.2023)

[106] Yargıtay 8. HD. 20.04.2016 T. 1863/7246 (www.e-uyar.com E. T. 30.01.2023)

[107] Yargıtay 8. HD. 17.12.2018 T. 4210/20314 (www.e-uyar.com E. T. 30.01.2023)

[108] Yargıtay 8. HD. 27.09.2018 T. 23709/16380; 8. HD. 21.01.2019 T. 5392/601; 8. HD. 15.05.2019 T. 10790/5096 (www.e-uyar.com E. T. 30.01.2023)

[109] Yargıtay 8. HD. 13.01.2015 T. 13673/311; 8. HD. 23.10.2014 T. 20284/19044; 8. HD. 20.10.2014 T. 19211/18765; 8. HD. 13.02.2014 T. 2528/2232 (www.e-uyar.com E. T. 30.01.2023)

[110] Yargıtay 8. HD. 25.04.2017 T. 5792/6126 (www.e-uyar.com E. T. 30.01.2023)

[111] Yargıtay 17. HD. 15.12.2011 T. 9081/12349 (www.e-uyar.com E. T. 30.01.2023)

mal kaçırmak için muvazaalı olarak kurulup kurulmadığının duraksamaksızın bir biçimde belirlenmesi gerektiğini, borçlunun, davacı şirket üzerinden faaliyetini sürdürdüğünün kesin olarak saptamasını arayan,^[112]

içtihatlarda, organik bağ ve muvazaalı olgusunun nasıl değerlendirilmesi gerektiği etraflıca incelenmiştir.

Yüksek mahkeme, istihkak davasına ilişkin uyuşmazlıklarda, ‘ortaklar arasındaki benzerlik’ yanında, “her iki şirketin bir süre (üç ay) aynı adreste faaliyette bulunmalarını,”^[113] “şirketlerin aynı konularda faaliyet göstermelerini”,^[114] “haciz mahallinde borçlu şirketin ve başka sigorta şirketlerine ait poliçelerin bulunmasını”,^[115] “borçluya ait -güncel olmasa da- bir kısım evrakların bulunmasını”^[116] da yeterli görülmemiştir. Yüksek mahkeme, bu uyuşmazlıklarda, organik bağ ve belirtilen diğer olguların varlığına karşın, ‘borçlu ve üçüncü kişi şirket arasında iddia edilen muvazaalı işlemlerin ispatlanamadığı’ ve ‘üçüncü kişinin istihkak iddiasının kabulü gerektiği’ sonucuna ulaşmıştır.

Somut uyuşmazlıkta, “takip borçlularından (B.) Şti.’nin ve (C.)’nin önceden üçüncü kişi şirkette hissesinin olması ve bir süre yönetim kuruluunda yer almasının tek başına üçüncü kişinin istihkak iddiasının reddi sonucunu doğurmayacağı gibi, 2018 yılında sonlanan bu ilişki, üçüncü kişinin adresinde bulunan ve güncel olmayan evrakların da neden burada bulunduğunu açıklar niteliktedir.

Buna karşın, davalı alacaklı vekili, ‘borçlular ile üçüncü kişi şirket arasında muvazaalı işlemler yapıldığını, tüzel kişilik perdesinin kaldırılarak üçüncü kişinin istihkak iddiasının reddine karar verilmesi gerektiğini’ ileri sürdüğünden, icra mahkemesince bu iddiaların da araştırılması gerekmektedir. Bu nedenle, icra mahkemesince;

[112] Yargıtay 8. HD. 31.01.2014 T. 301/1393 (www.e-uyar.com E. T. 30.01.2023)

[113] Yargıtay 8. HD. 21.01.2019 T. 5392/601 (www.e-uyar.com E. T. 30.01.2023)

[114] Yargıtay 8. HD. 10.09.2015 T. 14550/16152; 8. HD. 23.03.2015 T. 21926/6642 (www.e-uyar.com E. T. 30.01.2023)

[115] Yargıtay 8. HD. 15.01.2019 T. 4609/402 (www.e-uyar.com E. T. 30.01.2023)

[116] Yargıtay 8. HD. 20.04.2016 T. 1863/7246 (www.e-uyar.com E. T. 30.01.2023)

- “Borçlu ve üçüncü kişi şirket bünyesinde haciz tarihinden itibaren geriye doğru çalışanların tamamının listesini gösterir SGK kayıtlarının getirilmesi, borçlu ve üçüncü kişi şirketlerin hangi tarihler arasında hangi adreslerde faaliyet gösterdiklerini bildirir şekilde vergi kayıtlarının getirilmesi, borçlu şirketin ticaret sicil adresinde ve haciz adresinde halihazırda veya daha önce faaliyet gösterip göstermediğinin kolluk marifetiyle araştırılması suretiyle davalı-alacaklının iddia ettiği gibi borçlular ve üçüncü kişi şirket arasında muvazaalı işlemler yapıp yapılmadığının değerlendirilmesi”
- “Ayrıca, davacı üçüncü kişi şirket tarafından sunulan faturaların mahcuzlarla uyumlu olup olmadığı, faturaların ticari defter kayıtlarında yer alıp almadığı, üçüncü kişinin ticari defterlerin açılış ve kapanış tasdiklerinin usulüne uygun olup olmadığı ve ödemelerin yapıp yapılmadığı, üçüncü kişinin bu mahcuzları satın alma gücünün bulunup bulunmadığının saptanması için Yargıtay denetimine elverişli bilirkişi raporu alınması”

gerekmektedir....

- ‘Hukuka uygun ve geçerli bir istihkak iddiası üzerine, üçüncü kişi tarafından süresinde açılan istihkak davasına ilişkin somut uyuşmazlıkta;
- ‘Haciz adresinin’, borçlu şirketin adresi olmadığı ve borçlu şirketin kuruluşundan itibaren bugüne kadar hiçbir zaman bu adreste faaliyete bulunmadığı; hacizlerin üçüncü kişinin ticaret sicile kayıtlı adresinde yapıldığı,
- Borçluların (ne gerçek kişi borçluların ne de borçlu şirketin yetkilisinin, çalışanın vs.) hacizde hazır bulunmadığı,
- Ödeme emirlerinin borçlulara haciz adresinde tebliğ edilmediği,
- Ticaret sicli kayıtlarına göre, üçüncü kişi şirketin borcun doğumundan önce 2004 yılında kurulduğu,
- Üçüncü kişi şirket tarafından mahcuzlara ilişkin fatura sunulduğu,
- Takip borçlusu şirketin faaliyet alanının gıda distribütörlüğü, üçüncü kişi şirketin faaliyet alanının ise, meyve püresi ve ithalat ihracatı olduğu
- Haciz adresinde borçlulara ait bulunan belgelerin güncel olmadığı, bu belgelerin üçüncü kişide bulunmasının, borçluların önceden üçüncü kişide hisse sahibi olmasından kaynaklandığı, borçlular ile üçüncü kişi şirket arasındaki bu ilişkinin haciz ve icra takibi tarihi itibarıyla sonlandığı,

- Üçüncü kişi şirketin karar defteri ve ticaret sicili kayıtlarından görüleceği üzere, Yönetim Kurulu üyelerinden olan (C.)’nin bu üyeliğinden, takip tarihinden (2019) çok önce 27.05.2015 tarihinde istifa ettiği, bu istifanın Yönetim Kurulunca kabulüne karar verildiği ve 01.06.2015 tarihinde yapılan olağan genel kurulda yeni bir yönetim kurulunun oluşturulduğu, 30.10.2018 tarihli Yönetim Kurulu kararı uyarınca, adı geçen borçluların üçüncü kişi şirkette hisse sahipliğinin de sonlandığı,
- Haciz adresinde bulunan evraklar ile dosyada mevcut delillerden borçlunun/ borçluların davacı üçüncü kişi şirket üzerinden faaliyetlerine devam ettiğine dair bir sonuç çıkarılamayacağı gözetildiğinde,
- “İcra mahkemesince hacze konu menkul malların değer tespiti yapılanların tamamının değeri kadar teminat mektubu veya nakit yatırıldığında, bu mallar yönünden takibin talikine ve hacze konu menkul mallar üzerinde haciz baki kalmak kaydıyla mahcuzların yediemin olarak davacı üçüncü kişiye teslimine, bu mahcuzlar yönünden takibin durdurulmasına” dair verilen ara kararın yerinde olduğu”

“Takip borçlularından (B.) Şti. ve (C.)’nin 2018 yılına kadar üçüncü kişi A.Ş.’de hissedar olmasına (ve 2015 yılına kadar yönetim kurulunda yer almasına) karşın, mülkiyet karinesinin borçlu lehine olduğu ve sadece bu nedenlerle üçüncü kişinin istihkak iddiasının reddi gerektiği sonucuna ulaşılamayacağı, alacaklı vekilinin ‘borçlular ile üçüncü kişi arasında muvazaalı işlem bulunduğu ve tüzel kişilik perdesinin kaldırılması gerektiğine’ dair iddiaları nedeniyle icra mahkemesince yapılacak araştırmada borçlu şirketin faaliyetine üçüncü kişinin adresinde devam ettiğine ilişkin bir sonuca ulaşılmaması halinde, üçüncü kişinin istihkak iddiasının kabulüne karar verilmesi uygun olacaktır...”

SONUÇ

İstihkak davalarına ilişkin uyuşmazlıklarda; hacizlerin üçüncü kişinin ticaret sicilde kayıtlı resmi adresinde yapılması , borçluların (ve yetkililerinin) hacizde hazır bulunmaması, ödeme emirlerinin borçlulara haciz adresinde tebliğ edilmemesi , haciz adresinde borçlulara ait bulunan belgelerin güncel olmaması ve bulunan belgelerin tarihleri dikkate alındığında, o dönem itibariyle borçlu (B.) Şti. ve (C.) üçüncü kişi şirkette hisse sahibi olduğundan, bu belgelerin üçüncü kişi şirket adresinde bulunmasının hayatın olağan akışına aykırı olmaması karşısında mülkiyet karinesi, davacı üçüncü kişi lehine olduğu kabul edilmelidir.

Yüksek mahkemenin isabetli olarak belirttiği gibi, haciz mahallinde borçlulara ait bulunan belgelerin güncel olmaması durumunda, ‘mülkiyet karinesinin’ üçüncü kişi lehine olduğunun kabulü ile İİK. 99 uyarınca işlem yapılması gerekir.

“Borçlu şirket ile üçüncü kişi şirket ortaklarının aynı olması, (kardeş olmaları), (borçlu şirket ortağının hissesini davalı üçüncü kişi şirketin ortağına devretmesi), (üçüncü kişinin eşinin borçlu şirketten önceden yer alması) nedeniyle, borçlu ve üçüncü kişinin ‘organik bağ’ içinde bulunmaları tek başına yeterli sayılamaz...”

KAYNAKÇA

- Akyazan, Sıtkı. *İcra ve İflas Kanunu'ndaki Yeni ve Değişik Hükümler Üzerindeki İnceleme ve Açıklamalar*. Ankara: Yeni Cezaevi Matbaası, 1965.
- Arslan, Ramazan. *Medeni Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı*. Ankara: S Yayınları, 1989.
- Aslan, Kudret. *Hacizde İstihkak Davası*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2005.
- Atalay, Oğuz. “İİK. m. 88/II Üzerine Bir Eleştiri.” *Medenî Usul ve İcra İflâs Hukuku Dergisi*, (2005/1).
- Belgesay Mustafa, Reşit. *İcra ve İflas Kanunu Şerhi*. İstanbul: M. Sıralar Matbaası, 1954.
- Berkin, Necmeddin. *İcra Hukuku Rehberi*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 1980.
- Dalamanlı, Lütfi. “Hacizden Mütevellit İstihkak Davası.” *Adalet Dergisi*, no. 9-10 (1961).
- Ercan, İsmail. *Hacizden Doğan İstihkak Davaları*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2023.
- Ertekin, Erol ve İzzet Karataş. *İcra ve İflas Hukukunda İstihkak Davaları*. Ankara: Yetkin Yayınevi, 1998.
- Güneren, Ali. *İstihkak Davaları ile Tasarruf İptal Davaları*. Ankara: Feryal Matbaacılık, 2004.
- Kayganacioğlu, Mustafa. “İcra Hukukunda İstihkak Davası.” *Yargıtay Dergisi* no. 1-2 (1983).
- Kuru, Baki. *İcra ve İflas Hukuku 2*. İstanbul: Evrim Yayınevi, 1990.
- Kuru, Baki. *İcra ve İflâs Hukuku El kitabı*, 2. Baskı. Ankara: Adalet Yayınları, 2013.
- Kut, K. H. “İstihkak İddiasına İtiraz.” *İleri Hukuk Dergisi*, (1951Ağustos).
- Muşul, Timuçin ve Ayfer Tezel Muşul. *İcra ve İflas Hukukunda İstihkak Davaları*. 3. Baskı. Ankara: Adalet Yayınevi, 2021.
- Öğütçü, Tahir ve Ali Çitoğlu. *Uygulamalı İcra ve İflas Kanunu*. Ankara: Garanti Basım, 1977.

- Pekcanıtez, Hakan, Oğuz Atalay, M. Sungurtekin Özkan ve Muhammed Özeker. *İcra ve İflas Hukuku*. 2005.
- Pekcanıtez, Hakan. “4949 sayılı Kanunla, İcra Hukukunda Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi.” *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 49. (2003).
- Postacıoğlu, İlhan. *İcra Hukuku Esasları*. İstanbul: Sulhi Garan Matbaası, 1982.
- Tekinay Selahattin, Sulhi. *Hacizden Mütevellit İstihkak Davaları*. (1953).
- Uyar, Talih, Alper Uyar ve Cüneyt Uyar. *İcra Hukukunda İstihkak Davaları*. 5. Baskı. Ankara: Bilge Yayınevi, 2022.
- Uyar, Talih, Alper Uyar ve Cüneyt Uyar. *İİK Şerhi 2*. 3. Baskı. Ankara: Bilge Yayınevi, 2013.
- Uyar, Talih. “4949 sayılı ve 17.7.2003 tarihli İcra ve İflas Kanunu’nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un Getirdiği Yenilikler.” *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 49. (2003).
- Uyar, Talih. “İcra Hukukunda İstihkak Davası.” *ABD*, no 1. (1974).
- Uyar, Talih. *İcra Hukukunda Yetki-Görev ve Yargılama Usulü*. 2. Baskı. Ankara: Feryal Matbaası, 1991.
- Uyar, Talih. *İİK Şerhi 5*. 3. Baskı. Ankara: Turhan Kitabevi, 2006.
- Uyar, Talih. *İİK Şerhi 6*. 2. Baskı. Ankara, Turhan Kitabevi, 2008.
- Yılmaz, Ejder. *İcra ve İflâs Kanunu Şerhi*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2016.

Anayasa'nın 67. Maddesi Karşısında Seçim Kanunlarındaki Değişikliklerin Uygulanması Sorunu

Şahin KÜÇÜKSÜSLÜ*

* Avukat, İzmir Barosu. kucuksuslu@outlook.com
ORCID ID: 0009-0004-0225-3973.

Anayasa'nın 67. maddesinin son fıkrasına göre “*Seçim kanunlarında yapılan değişiklikler, yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir yıl içinde yapılacak seçimlerde uygulanmaz.*” Buna anayasa hukukunda askıda norm denir.

Bu normun konuluş amacı (*ratio legis*) Anayasa Komisyonu tutanaklarında, “*Yasama yetkisini elinde bulunduran erk ve hatta egemen çoğunluk, izleyen seçimlerde kendi lehine sonuç doğuracak yasa modellemesinde bulunabilir. Özellikle seçim dönemine yaklaşılana zamanda –süreçte– yükselen hararet, kendi yararına modelleme niyetlerini doruğa çıkarabilir.*” şeklinde endişeleri dile getirilmiştir. Bu nedenle, başlangıçta iki yıl olarak düzenlenen; sonrasında iki yıl çok bulunarak bir yıla indirilen bir *soğutma süresi* öngörülerek düzenleme son şeklini almıştır.^[1]

Askı, yürürlük ve ilga meselesine gelince;^[2]

Anayasa hükmünde yer alan “değişiklik” kavramının parlamento hukukundaki yapısal anlamı da aynı sonucu doğurur. Parlamento hukuku yönünden “değişiklik”, genel olarak “değiştiren (muaddil) norm” ile o normu yürürlüğe koyan normun (yürürlük maddesinin) oluşturduğu bütünü ifade eder. Bu iki bağımlı unsurun yürürlük hukuku bakımından anlamı, “değişikliğin uygulanamayacağı süre ile sınırlı olarak”, ilgâ işlevini görememesidir. Başka deyişle, değiştiren normun önceki normu yürürlükten kaldırma işlevi, uygulanamama süresince askıdadır. Bu kavramlaştırma, zımnî ve sarîh ilgâ teorisine bir üçüncü kategori olarak “şarta bağlı askılı ilgâ” kavramını eklemektedir. İlgâ, değişikliğin yürürlüğe girmesi tarihinden itibaren bir yıl içinde seçimlerin yapılması şartına bağlıdır. Askı, Anayasa'nın uygulanamazlık kuralının, Anayasa'nın 11. maddesinde öngörülen “üstün ve bağlayıcı norm” unsurunun somut olaya yataş şekilde yansıtılması (doğrudan etki) ilkesinin kaçınılmaz sonucudur. Değişikliğin yürürlüğe girme ve değiştirilene yürürlükten kaldırma işlevi, bir yıl içinde gerçekleşen seçim zamanı bakımından askıdadır. Bu askı, bir yılın tamamlanmasıyla kendiliğinden ortadan kalkmaktadır. Askının sona ermesiyle değiştirilen hükmün yürürlük gücü sona ermektedir.

[1] Ahmet İyimaya, “Bir Yıl İçinde Yapılacak Seçimlerde Uygulanamazlık Kuralının Halkoqlaması Hukuku Yönünden Değeri,” *Türkiye Barolar Birliğı Dergisi* 23, no. 89 (2010).

[2] Bülent Daver, “Kanunla İlgili Maddeler,” *Sbfd XVI*, no.4 (1961) 390; Teziç, Erdoğan. *Türkiye’de 1961 Anayasasına Göre Kanun Kavramı*. (İstanbul, 1972), 151-153.

Başka bir anlatımla, seçim kanunlarında yapılan değişiklikler, yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir yıl askıdadır. Bunun yerine değişiklikten önceki norm uygulanacaktır. Bir yıl sonra, askıda olan norm yürürlüğe girecek; eski norm ilga olacaktır.

Bilindiği gibi, 5819 sayılı Milletvekili seçimi Kanununun 33. maddesinde düzenlenen %10'luk ülke barajı sistemi 31/3/2022 tarihli ve 7393 sayılı Kanunun 1 inci maddesiyle %7'ye indirilmiş; düzenleme 06.04.2022 tarihli 31801 sayılı Resmî Gazetede yayınlanarak yürürlüğe girmiştir.

298 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun hükümlerine göre, seçimlerin bir başlangıç tarihi bir de bitiş tarihi vardır. Yani seçimler, her ne kadar oy kullanma günü olarak ilan edilse de oy kullanılan güne göre tanımlanmaz. Nitekim “*Madde 55/A- Seçimlerin başlangıç tarihinden oy verme gününün bitimine kadar özel radyo ve televizyon kuruluşları, yapacakları yayınlarda 2954 sayılı Türkiye Radyo ve Televizyon Kanununun 5, 20, 22 ve 23 üncü maddeleri ile 31 inci maddesinin ikinci fıkrası hükümlerine tâbidir.*” düzenlemesinde olduğu gibi kanunun çeşitli maddelerinde seçimlerin başlangıç ve bitim tarihinden söz edilir.

Peki seçimlerin başlangıç tarihi nedir? 2839 sayılı Milletvekili Seçimi Kanununun 6. maddesine göre “*Bir önceki seçimin yapıldığı tarihten itibaren beş yılın dolmasından önceki son Pazar günü oy verilir. Oy verme gününden geriye doğru hesaplanacak altmış günlük sürenin ilk günü seçimin başlangıç tarihidir.*”

6271 sayılı Cumhurbaşkanı Seçimi Kanununun 3. maddesine göre ise, “*Cumhurbaşkanı ve Türkiye Büyük Millet Meclisinin görev sürelerinin dolmasından önceki son Pazar günü oy verme günüdür. Görev süresi, birlikte yapılan bir önceki seçim tarihi esas alınarak belirlenir. Oy verme gününden geriye doğru hesaplanacak altmış günlük sürenin ilk günü seçimin başlangıç tarihidir.*”

Yani oy kullanma gününden 60 gün öncesi seçimlerin başlangıç tarihidir. (Ve YSK seçimin başlangıç tarihini ilan etmek zorundadır.)

14 Mayıs 2023 günü oy kullanılacak seçimin başlangıç tarihi 14 Mart 2023'tür (Yüksek Seçim Kurulu 18 Mart olarak duyurmuştur.). 2023 Milletvekili ve Cumhurbaşkanlığı seçimleri 18 Mart 2023 tarihinde başlayacak 14 Mayıs 2023 tarihinde oy kullanma işlemi ile son bulacaktır.

Seçim takvimi başladığı anda artık seçim takvimini bölmek mümkün değildir.

Bu durumda, Anayasa'nın amir hükmü karşısında, 06.04.2022 tarihinde Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe giren, Türkiye geneli seçim barajını düzenleyen yasa değişikliği 06 Nisan 2023 tarihine kadar askıda norm olarak kalacak ve bu askı süresi içinde ilan edilecek seçimlerde uygulanamayacaktır. Bu hüküm yerine, henüz yeni hükmün askı süresi sona ermediği için ilga olmamış %10 barajını içeren, değişiklikten önceki hüküm uygulanabilecektir.

Seçimler, seçim yasalarına göre sadece oy kullanılan günden ibaret değildir. Seçim öncesi 60. günden başlayan ayrı ayrı her aşamanın düzenlendiği bir süreçtir. Oy kullanma günü 14 Mayıs olarak ilan edilmiştir. Ancak seçimin başlangıç günü (YSK 18 Mart 2023 olarak ilan ettiği için) 18 Mart 2023'tür. Bu durumda anayasamızın amir hükmüne göre, 07 Nisan 2023 tarihine kadar askıda kalacak olan 7393 sayılı Kanunun 1 inci maddesi ile yürürlüğe giren %7 seçim barajı düzenlemesine ilişkin hüküm, başlangıcı 18 Mart 2023 olan Milletvekili seçimlerinde henüz askı süresi sona ermediği için uygulanamayacaktır.

KAYNAKÇA

- Daver, Bülent. "Kanunla İlgili Maddeler." *Sbfd XVI*, no.4 (1961) 390.
- İyimaya, Ahmet. "Bir Yıl İçinde Yapılacak Seçimlerde Uygulanamazlık Kuralının Halkoylaması Hukuku Yönünden Değeri." *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 23, no. 89 (2010): 373-404.
- Teziç, Erdoğan. *Türkiye'de 1961 Anayasasına Göre Kanun Kavramı*. (İstanbul, 1972), 151-153.

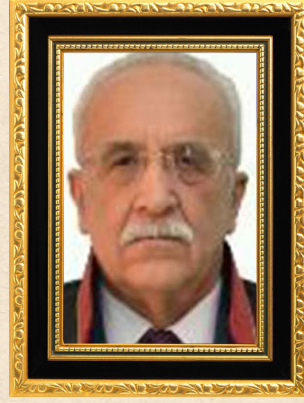
Yitirdiklerimiz

In loving memory of our late colleagues

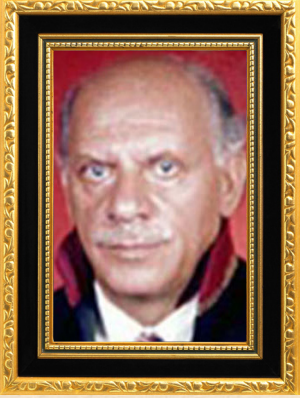
Yitirdiklerimiz



Av. Yaşar SAYIN (18504)
1958-2023



Av. Ünal DİNÇ (4915)
1944-2023



Av. Arif Hikmet KAHRAMAN (11692)
1931-2023



Av. Cemil ARIKAN (42021)
1949-2023



Av. Nurettin GÜNEY (8007)
1932-2023

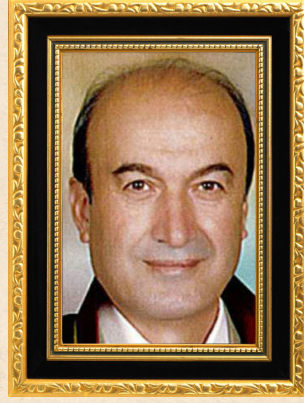


Av. Muammer ŞATIROĞLU (8181)
1931-2023

Yitirdiklerimiz



Av. Erol SARAÇOĞLU (4931)
1942-2023



Av. Ahmet MUTLU (17837)
1948-2023



Atatürk Bulvarı No: 40 Adliye Sarayı
Kat:5 Sıhhiye-ANKARA/TÜRKİYE



T 0312 416 72 00
F 0312 416 72 80



www.ankarabarusu.org.tr
ankarabarusu@ankarabarusu.org.tr