

İSTANBUL HUKUK MECMUASI

Cilt Volume 79 Sayı Number 3 Yıl Year 2021 ISSN 2636-7734 E-ISSN 2667-6974

ISTANBUL LAW REVIEW



İSTANBUL
ÜNİVERSİTESİ
YAYINEVİ



İstanbul Hukuk Mecmuası

Cilt 79, Sayı 3, 2021

ISSN: 2636-7734

E-ISSN: 2667-6974



Dizinler / Indexing and Abstracting
Web of Science - Emerging Sources Citation Index (ESCI)
ULAKBIM TR Dizin
Ulusal Hukuk Veritabanı

İstanbul Hukuk Mecmuası

Cilt 79, Sayı 3, 2021

ISSN: 2636-7734

E-ISSN: 2667-6974



Sahibi / Owner

Prof. Dr. Ömer EKMEKÇİ

İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İstanbul, Türkiye
Istanbul University, Faculty of Law, Istanbul, Turkey

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü / Responsible Manager

Prof. Dr. Halil AKKANAT

İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İstanbul, Türkiye
Istanbul University, Faculty of Law, Istanbul, Turkey

Yazışma Adresi / Correspondence Address

İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi,
İstanbul Üniversitesi, Beyazıt Kampüsü, 34116 / İstanbul, Türkiye
Telefon / Phone: +90 (212) 444 00 59 / 15130
E-mail: ilr@istanbul.edu.tr / iuhfdergiler@istanbul.edu.tr
<https://iupress.istanbul.edu.tr/en/journal/mecmua/home>
<https://dergipark.org.tr/tr/pub/ihm>

Yayıncı / Publisher

İstanbul Üniversitesi Yayınevi / Istanbul University Press
İstanbul Üniversitesi Merkez Kampüsü, 34452 Beyazıt,
Fatih / İstanbul, Türkiye
Telefon / Phone: +90 (212) 440 00 00

Baskı / Printed by

Birlik Fotokopi Baskı Ozalit Gıda San. Tic. Ltd. Şti.
Nispetiye Mah. Birlik Sokak No: 2 Nevin Arıcan Plaza 1. Levent/Beşiktaş/İstanbul
Tel: +90 (212) 269 30 00
Sertifika No: 20179
Basımı ve dağıtımı On İki Levha Yayıncılık A.Ş. tarafından yürütülmüştür.

Dergide yer alan yazılardan ve aktarılan görüşlerden yazarlar sorumludur.
Authors bear responsibility for the content of their published articles.

Yayın dili Türkçe ve İngilizce'dir.
The publication languages of the journal are Turkish and English.

Mart, Haziran, Eylül ve Aralık aylarında, yılda dört sayı olarak yayımlanan uluslararası, hakemli,
açık erişimli ve bilimsel bir dergidir.

*This is a scholarly, international, peer-reviewed and open-access journal published quarterly in
March, June, September and December*

Yayın Türü / Publication Type: Yaygın Süreli / Periodical

DERGİ YAZI KURULU / EDITORIAL MANAGEMENT BOARD

Baş Editörler / Editors-in-Chief

Prof. Dr. Ömer EKMEKÇİ, İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Özel Hukuk Bölümü, İstanbul, Türkiye
- o.ekmekci@istanbul.edu.tr

Prof. Dr. Ali PASLI, İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Özel Hukuk Bölümü, İstanbul, Türkiye
- alipasli@istanbul.edu.tr

Baş Editör Yardımcıları / Co-Editors-in-Chief

Arş. Gör. Mustafa AHİOĞLU, İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Kamu Hukuku Bölümü, İstanbul, Türkiye
- mustafa.ahioglu@istanbul.edu.tr

Arş. Gör. Ahmet ÖZSOY, İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Özel Hukuk Bölümü, İstanbul, Türkiye
- aozsoy96@istanbul.edu.tr

Arş. Gör. Elif Beyza AKKANAT ÖZTÜRK, Hukuk Fakültesi, Özel Hukuk Bölümü, İstanbul, Türkiye
- eba@istanbul.edu.tr

Dil Editörleri / Language Editors

Alan James NEWSON, İstanbul Üniversitesi, Yabancı Diller Yüksekokulu, İstanbul, Türkiye
- alan.newson@istanbul.edu.tr

Elizabeth Mary EARL, İstanbul Üniversitesi, Yabancı Diller Yüksekokulu, İstanbul, Türkiye
- elizabeth.earl@istanbul.edu.tr

YAYIN KURULU / EDITORIAL ADVISORY BOARD

Prof. Dr. Vedat BUZ, Bilkent Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Bölümü, Ankara, Türkiye
- buz@bilkent.edu.tr

Prof. Dr. Nuray EKŞİ, Özyeğin Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Özel Hukuk Bölümü, İstanbul, Türkiye
- nurayeksi@gmail.com

Prof. Dr. Fethi GEDİKLİ, İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Kamu Hukuku Bölümü, İstanbul, Türkiye
- fgedikli@istanbul.edu.tr

Prof. Dr. Serap HELVACI, Marmara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Özel Hukuk Bölümü, İstanbul, Türkiye
- shelvaci@marmara.edu.tr

Prof. Dr. İsmail KIRCA, TOBB Ekonomi Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Özel Hukuk Bölümü,
Ankara, Türkiye - ikirca@etu.edu.tr

Prof. Dr. İzzet ÖZGENÇ, Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Kamu Hukuku Bölümü,
Ankara, Türkiye - oezgenç@gazi.edu.tr

Prof. Dr. Hakan PEKCANİTEZ, Galatasaray Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Özel Hukuk Bölümü,
İstanbul, Türkiye - hpekanitez@gsu.edu.tr

Prof. Dr. M. Fatih UŞAN, Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Özel Hukuk Bölümü,
Ankara, Türkiye - fusan@ybu.edu.tr

Prof. Dr. Carsten GERNER-BEUERLE, University College London, Faculty of Law, Department of Private
Law, London, United Kingdom - c.gerner@ucl.ac.uk

Assoc. Prof. Dr. Ivana BAJAKIĆ, University of Zagreb, Faculty of Law, Department of Private Law,
Zagreb, Croatia - ivana.bajacic@pravo.hr

İçindekiler Table of Contents

MAKALELER ARTICLES

ÖZEL HUKUK/PRIVATE LAW

Araştırma makalesi/Research article

9 Haziran 2021 Tarihli Alman Elektronik Kıymetli Evrak Kanunu
(eWpG) Üzerine Düşünceler
Thoughts on German Electronic Securities Code (eWpG) Dated 9 June 2021 729
Aydın Alber Yüce

Araştırma makalesi/Research article

Anlaşma Temeline Dayalı Boşanma Davalarında Hakimın Yoksulluk
Nafakasına Müdahalesi
Alimony Scrutiny by Judge in Mutual Consent Divorces 761
Nihan Koyuncu Aktaş

Araştırma makalesi/Research article

Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Yapılması ve Yenilenmesinde
Objektif Neden Koşulunun Değerlendirilmesi
Determination of the Objective Reason Condition in the Conclusion and
Renewal of Fixed Term Employment Contracts 797
Canan Ünal Adınır

Araştırma makalesi/Research article

Demiryolu ile Seyahat Eden Yolcuların Haklarına Dair Yönetmelik'in Uygulama Alanı ve
Yönetmelik Uyarınca Demiryolu Tren İşletmecisinin Sorumluluğu
Scope of Application and Railway Operators' Liability Pursuant to
Bylaw Regarding Rail Passengers' Rights 837
Gülfer Meriç

Araştırma makalesi/Research article

Sigorta Ettirenin Sözleşme Öncesi Beyan Yükümlülüğünün İhlaline İlişkin Türk Ticaret
Kanunu Hükümlerinin Alman Sigorta Sözleşmeleri Kanunu'nda ve Avrupa Sigorta Sözleşmesi
Hukuku Prensipleri'nde Yer Alan Düzenlemeler Açısından Değerlendirilmesi
An Analysis of the Provisions of the Turkish Commercial Code Regarding the Violation of the
Policyholder's Duty of Disclosure in Comparison with the Provisions of the German Insurance
Contract Act and the Principles of European Insurance Contract Law 881
Aşlıhan Erbaş Açıkcel

Araştırma makalesi/Research article

Zilyetliğin Havalesinde Üçüncü Kişinin Hukukî Durumu ve Kiralananın
Devrinde Kiracının Hukukî Durumu ile Karşılaştırılması
Legal Position of Third Party in Transfer of Indirect Possession by an
Agreement between Transferor and Transferee Compared to Lessee in
Case of Transfer of Leased Property 929
Yasin Alperen Kardeşahin

KAMU HUKUKU/PUBLIC LAW

Araştırma makalesi/Research article

**Kamulaştırmaz El konulan Taşınmazın İdarenin Mülkiyetine Geçmesinden
Sonra Eski Mal Sahibinin Taşınmazına Tekrar Kavuşması**

Re-acquisition of the Land by Former Owner After Administrative Authority

confiscated the land without expropriating 963

Atıla Erkal

Araştırma makalesi/Research article

Osmanlı'nın Son Döneminde Bir Hukuk Mecrası: Ravza-İ Hukuk

A Platform for Jurisprudence in the Last Period of the Ottoman

State: Rawdha-i Hukuk 1001

Ahmet Yaman, Bahaddin Karakuş

Araştırma makalesi/Research article

**The Relationship Between State Aid and Nuclear Energy and A Legal Analysis of
Nuclear Energy State Aid Cases in Terms of European Union State Aid Rules**

Devlet Yardımları ve Nükleer Enerji İlişkisi ve Avrupa Birliği Devlet Yardımı Kuralları

Bakımından Nükleer Enerji Devlet Yardımı Davalarının Hukuksal İncelemesi 1029

Ahmet Sefa Dinleyici

Araştırma makalesi/Research article

**Türkiye ile Avrupa Birliği Arasında Doğu Akdeniz Meselesine İlişkin Güncel
Siyasi Gelişmeler ve Meselenin Uluslararası Hukuk Boyutu**

Current Political Developments Between Turkey and the European Union in the

Eastern Mediterranean Conflict and Its International Law Aspect 1067

Tülay Yıldırım Mat, Miray Azaklı Köse, Merve İspirli Armağan

EDİTÖRDEN MEKTUP

Değerli Bilim İnsanları ve Kıymetli Hukukçular,

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi ile özdeşleşen “Mecmua” kavramının yansıması olarak, ülkemizin varlığını sürdüren en eski hukuk dergisi olan İstanbul Hukuk Mecmuası’nın 2021/3 sayısını sevgili okuyucularımızla buluşturuyoruz.

İstanbul Hukuk Mecmuası olarak, modern dünya ile entegrasyonu en üst düzeyde sağlamak adına uluslararası geçerliliği olan bilimsel çalışmaları yayımlamak, öncelikli hedefimizdir. Ayrıca güncel hukuki meselelere yönelik tartışmalara bir katkı sunması adına Türk hukuk uygulaması ve doktrini için de değerli eserlerin Mecmua sayılarında yer alması için titizlikle yayın faaliyetlerimizi sürdürmekteyiz. Yılın her bir çeyreğinde olmak üzere senede dört sayı olarak yayına çıkma şeklindeki görece yeni uygulamamıza devam edeceğimizi belirterek, gelecek sayılarımızın da en kısa sürede siz değerli okuyucularımızla buluşacağını müjdelemek isteriz.

Dergimizin bu sayısında da özel hukuk ve kamu hukuku ana başlıkları altında birbirinden değerli on makale bulunmaktadır. Sayıda yer alacak makalelerin seçiminde yayın kurallarımız kapsamında da dikkat çekildiği üzere özel hukuk – kamu hukuku dengesini temine özen gösterilmiştir. Bu kapsamda kamu hukukuna ilişkin olarak; idare hukuku, milletlerarası hukuk, hukuk tarihi ve enerji hukuku gibi alanlarda makalelere yer verilmiştir. Özel hukuk alanında da aile hukuku, ticaret hukuku (sigorta), eşya hukuku ve iş hukukuna yönelik çalışmalar bulunmaktadır.

Yayımlanan tüm çalışmalar alanlarına önemli katkılar sağlayacak niteliktedir. Ülkemiz açısından önemli sonuçları olan Doğu Akdeniz meselesine ilişkin ve 9 Haziran 2021 tarihinde yürürlüğe giren “Alman Elektronik Kıymetli Evrak Kanunu”na ilişkin çalışmalar ile hukuk alanındaki güncel sorunlar üzerindeki tartışmalara katkı sağlanması amaçlanmaktadır. Kamu hukuku alanında; kamulaştırma konulu çalışma ile malikin elinden alınan taşınmazın eski malik tarafından geri alınması imkânı incelenmiştir. Yine enerji hukuku alanında devlet destekleri Avrupa Birliği düzenlemeleriyle birlikte değerlendirilmiş ve son olarak hukuk tarihi alanında dönemsel bir yayın çalışması olan Ravza-ı Hukuk incelenmiştir.

Özel hukuk alanında her zaman güncelliğini koruyan aile hukuku konularından olan yoksulluk nafakası talebine yönelik anlaşmalı boşanmalarda hâkimin müdahalesi mercak altına alan bir çalışma yer almaktadır. Yine eşya hukuku alanında zilyetliğin havalesi, borçlar hukuku ile kira sözleşmeleri özelindeki ilişkisi ekseninde incelenmiştir. İş hukuku alanında ise belirli süreli iş sözleşmelerinin kurulmasına yönelik kanun

koyucunun aradığı şartları değerlendiren bir çalışma yayımlanmaktadır. Son olarak sigorta hukukunda sözleşme öncesi beyan yükümlülüğünü ve bunun ihlal edilmesini farklı hukuk sistemlerindeki kuralları da esas alarak mercek altına alarak hazırlanmış çalışmayla da alanlarındaki tartışmalara katkı sağlanması amaçlanmıştır.

Dergimizde uluslararası endeks kurallarına da paralel bir şekilde Fakültemiz mensuplarının yanında ve hatta onlardan daha fazla sayıda yurt içinden ve dışından diğer birçok değerli akademisyen ve uygulayıcının çalışmalarının da gün ışığına çıkartılması ve erişilebilirliğinin artırılması için çaba sarf edilmiştir. Bu sayımızda yayınlanan eserlerin hiçbirinin hali hazırda İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi mensubu akademisyenlere ait olmadığına da ayrıca dikkat çekmek ister, Mecmuaya yurt içinden ve dışından akademisyen ve uygulayıcıların gösterdiği ilgi için de ayrıca teşekkürlerimizi sunarız.

Akademik çalışmaların değerini ortaya koyan kriterlerden birinin çalışmanın güncelliği olduğu, günümüzün bilinen gerçeklerindedir. Bu nedenle dergimize yollanarak editöryel inceleme ile hakem değerlendirmesi aşamalarını geçen ve yayımlanma kararı alınan makalelerin güncelliklerini korumak amacıyla “online first (erken erişim)” yoluyla okuyucuya ulaştırılması usulüne bu sayımızda da devam edilmiştir. Bu tam sayıda bulunan 10 makalenin 7’si zaten bu usulle öncesinde okuyucularına ulaştırılmıştı.

Yazım kurallarımızın 2021/1 nolu sayımızda güncellenmiş versiyonunun tüm ilgililerce takibinin öneminin altını çizerek, işbu kurallar ile dergimizin uluslararası niteliğinin de giderek kuvvetlendiğini belirtmek isteriz.

Mecmuamızın yayımlanması noktasında editör ekibinin dikkate değer emeği ile Rektörlüğümüzün tüm ilgililerinin sağladığı destek özellikle anılmalıdır. Ayrıca kıymetli çalışmalarını dergimize yollayan yazarlarımız ve bu yazıların değerlendirilmesi sürecine kıymetli görüşleriyle katkı sağlayan hakemlerimiz, bu işin asli yapı taşıdır. Onlara ne kadar teşekkür etssek azdır.

Bir sonraki sayıda görüşmek dileğiyle.

İstanbul Hukuk Mecmuası Baş Editörleri

Prof. Dr. Ömer EKMEKÇİ

Prof. Dr. Ali PASLI



İstanbul Hukuk Mecmuası

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Başvuru: 11.06.2021
Revizyon Talebi: 02.07.2021
Son Revizyon: 18.08.2021
Kabul: 21.08.2021

9 Haziran 2021 Tarihli Alman Elektronik Kıymetli Evrak Kanunu (eWpG) Üzerine Düşünceler

Aydın Alber Yüce*

Öz

Klasik kıymetli evrakın ortaya çıkması, bir varakanın düzenlenmesine bağlıdır. Buna karşılık, teknolojik gelişmeler ve pratik ihtiyaçlar arasındaki etkileşim artarak devam etmektedir. Bu anlamda, sermaye piyasası araçlarının kaydileştirilmesinde olduğu gibi bazı tür kıymetli evrakın ve hatta pay senetlerinin de demateriyalize edilmesi yönünde gelişmeler yaşanmaktadır.

Anılan gelişme, etkileşim ve ihtiyaçlar doğrultusunda, 9 Haziran 2021 tarihinde kabul edilen Alman Elektronik Kıymetli Evrak Kanunu ile hâmiline yazılı tahvillerin elektronik olarak düzenlenebilmesi imkânı getirilmiştir. Bu imkân işletmelerin finansman ihtiyaçlarını sağlamalarında önemli bir kolaylıktır. Elektronik kıymetli evrak aynı zamanda kâğıdın piyasalardan kaldırılmasında önemli bir adımdır.

eWpG hükümlerinin getirdiği sistemde, merkezî ve merkezî olmayan nitelikte iki sicil üzerinden (kayden) izlenen iki tür elektronik kıymetli evrak vardır. Bunlardan birincisi, merkezî sicil kıymetli evrakı olarak isimlendirilmektedir. İkinci tür elektronik kıymetli evrak ise, kripto kıymetli evraktır. eWpG hükümleriyle, fizikî ve elektronik kıymetli evrak arasındaki ilişki de düzenlenmiştir. Bu bağlamda, fizikî kıymetli evrak ve elektronik kıymetli evrak arasında, doğrudukları hüküm ve sonuçlar açısından hiçbir fark olmadığı belirtilmiştir. Ayrıca, fizikî kıymetli evrak ile elektronik kıymetli evrak arasında dönüşüm kabul edilmiştir.

eWpG hükümleriyle kabul edilen sisteme göre, sadece hâmiline yazılı tahviller elektronik olarak düzenlenebilir. Ancak, düzenlemeye henüz Tasarı halinde iken getirilen ilk eleştirilerden biri, düzenleme taslağının en azından anonim şirket pay senetlerini de kapsaması gerektiği yönündedir.

Kanun, teknolojinin en güncel hali göz önüne alınarak kaleme alınmıştır. Ancak, Kanun'un mevcut ve ileride ortaya çıkabilecek her türlü yeni teknolojiye eşit mesafede olduğunu da kabul etmek gerekir.

Tüm dünyayı etkisi altına alan, başta kripto para fenomeni olmak üzere, teknolojideki gelişmelerin Türk hukukuna da etki etmesi kaçınılmazdır. Dünyaya entegre bir ekonomik düzen içinde, eWpG benzeri düzenlemelerin Türk hukukunda da kabul edilmesi sürpriz olmayacaktır. Hâmiline yazılı anonim şirket pay senetlerinin kayden izlenmesi zorunluluğunun getirilmesi bunun bir göstergesidir.

Bu çalışmada, Alman Elektronik Kıymetli Evrak Kanunu incelenerek, bu düzenlemenin Türk hukukuna olası etkileri değerlendirilecektir.

Anahtar Kelimeler

Kıymetli Evrak, Elektronik Kıymetli Evrak, Tahvil, Pay Senedi, Demateriyalizasyon

* **Sorumlu Yazar:** Aydın Alber Yüce (Arş. Gör. Dr.), Erciyes Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Özel Hukuk Bölümü, Kayseri, Türkiye. E-posta: aayuce@erciyes.edu.tr ORCID: 0000-0002-6178-9143

Atrf: Yüce AA, "9 Haziran 2021 Tarihli Alman Elektronik Kıymetli Evrak Kanunu (eWpG) Üzerine Düşünceler" (2021) 79(3) İstanbul Hukuk Mecmuası 729. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2021.79.3.1138>



Thoughts on German Electronic Securities Code (eWpG) Dated 9 June 2021

Abstract

The formation of the classic negotiable instruments depends on the drawing of a deed. Therewith, the interaction between technological progress and practical needs continues to increase. In this sense, there are developments in the dematerialization of some types of negotiable instruments and even share certificates, as in capital market instruments.

With the German Electronic Securities Code dated June 16, 2021, the drawer has been given the opportunity to issue debenture bonds electronically. This opportunity is an important convenience for companies to meet their financial needs. Electronic securities are also a crucial step in removing paper from the markets.

In the system brought by the articles of eWpG, there are two types of electronic negotiable instruments that are tracked through a central and a decentralized registers. The first of these is called the central registry of negotiable instruments. The second type of electronic register is crypto register of negotiable instruments. With the articles of eWpG, the relevance between physical and electronic negotiable instruments is also regulated. In this regard, it has been stated that there is no discrepancy between physical and electronic negotiable instruments in terms and conditions they have. In addition, conversion between physical and electronic negotiable instruments has been accepted.

According to the system adopted with the regulation of eWpG, only bearer bonds can be issued electronically. However, one of the first criticisms brought to the eWpG-E is that the draft should at least include joint stock company shares.

The draft has been written by considering the most up-to-date state of technology. However, it should be acknowledged that the eWpG is equidistant from all existing and future technologies.

It is inevitable that the developments in technology, especially the crypto money phenomenon, which affects the whole world, will also affect Turkish legal system. In a world-integrated economic order, it would not be surprising that regulations analogue to eWpG are also adopted in Turkish law. The statutory obligation to monitor the bearer joint stock company share certificates is an indication of this headway.

In this study, the German Electronic Securities Code will be examined and the possible effects of this regulation on Turkish law will be evaluated.

Keywords

Negotiable Instrument, Electronic Negotiable Instrument, Debenture Bonds, Share Certificates, Dematerialization

Extended Summary

Technology and law are two substantial components that take form in regard to human needs and occupy indispensable places in human life. It is beyond dispute that these two elements influence each other according to human needs. Beginning from the later past, the crypto cash marvel, which has influenced the entire world, is really a result of other progressed innovations, particularly blockchain. These progressed advances have moreover appeared their affect within the field of law, and the German legislator has interceded in this field in terms of the system of electronic securities.

Innovative technologies, particularly the blockchain innovation, which has influenced the entire world since the later past and made a unused slant in investment, have moreover appeared their impact within the field of law. The German legislator points to apply these innovations within the field of debatable instruments law in arrange to protect the attractiveness of the venture environment in this nation. To this conclusion, the German Electronic Securities Code (eWpG) dated 16 June 2021 has been published.

The eWpG arrangements basically present two sorts of electronic securities, which cover bearer bonds. One of them is of the sort traced by a central registry, and the other is of the sort followed by a decentralized registry built up by utilizing blockchain innovation.

eWpG, in spite of the fact that it appears like a framework arrangement, is a content that deals with the subject in all its lines. In this content, there are point by point directions on numerous issues like how possible is the transfer of electronic negotiable instruments by the holder and his instructions to the central registry and what kind of negotiable instruments can be arranged electronically and who can be the drawer and recipient.

When the eWpG framework is examined, it is seen that it is really a bridge course of action for the long run. Because, only bearer bonds were included within the Code. It is additionally expressed within the justification of the Draft that it is too early for valuable papers other than that (particularly joint stock company shares). The Code moreover has an objective perspective in terms of its approach to innovation. Whereas taking under consideration the foremost up-to-date conceivable outcomes of current innovation, precautions have been presented to cover future innovations as well.

What incited the German legislator to present the eWpG is the technical and legitimate progresses in this direction within the encompassing nations. It is incomprehensible for Turkey that needs to be integrated into the world to remain away from these improvements. Within the close future, it is inescapable that all current innovative opportunities, particularly blockchain innovation, will influence the economy and law.

Based on the possibility of dematerialization of capital market instruments in our legal system, it cannot be said that our country is totally new with improvements in this course. On the opposite, very as of late, regulations have been made to monitor the bearer share certificates of non-public joint stock companies some time recently by MKK. In any case, this advancement does not require the total abandonment of the paper form as within the eWpG provisions. Be that as it may, both within the field of negotiable instruments law and within the field of corporate law, the paper form ought to be abandoned on the grounds of guaranteeing exchange security and ensuring investor security.

In this study, to begin with of all, eWpG provisions were examined in detail in a systematic way. This research and analysis has been carried out by taking into account the most up-to-date scientific studies in both Turkish and German law. In addition to that, it is focused on how the digitalization wind, which too revealed the eWpG regulation, will have impacts on Turkish corporate law and debatable instruments law.

9 Haziran 2021 Tarihli Alman Elektronik Kıymetli Evrak Kanunu (eWpG) Üzerine Düşünceler

Giriş

Teknoloji ve hukuk insan ihtiyaçlarına göre şekillenen ve insan hayatında vazgeçilemez yerler işgal eden iki önemli unsurdur. Bu iki unsurun birbirini, yine insan ihtiyaçlarına göre etkilediği de tartışmadan uzaktır. Yakın bir geçmişten başlamak üzere, tüm dünyayı etkisi altına alan kripto para fenomeni, esasında blok zincir başta olmak üzere diğer gelişmiş teknolojilerin bir sonucudur. Bu gelişmiş teknolojiler, hukuk alanında da etkisini göstermiştir ve Alman yasa koyucusu, elektronik kıymetli evrak çerçevesinde bu alana müdahale etmiştir.

eWpG hükümleri, esas itibariyle hâmiline yazılı tahvilleri kapsayan iki türlü elektronik kıymetli evrak getirmektedir. Bunlardan biri bir merkezî sicil tarafından takip edilen türde, diğeri ise blok zincir teknolojisinden yararlanmak suretiyle kurulan merkezî olmayan bir sicil tarafından takip edilen türdedir.

eWpG, her ne kadar çerçeve bir düzenleme gibi görünse de konuyu tüm hatlarıyla ele alan bir metindir. Bu metinde, hangi tür kıymetli evrakın elektronik olarak düzenlenebileceğinden, keşideci ve lehtarın kim olabileceğine; hâmil ve onun talimatıyla elektronik kıymetli evrakın devrinden merkezî sicilin sorumluluğuna kadar pekçok konuda detaylı düzenlemeler vardır.

Aşağıda, öncelikle eWpG hükümleri bir sistematik içerisinde ayrıntılarıyla incelenecektir. Bunun ardından, eWpG düzenlemesini de ortaya çıkaran dijitalleşme rüzgârının Türk şirketler hukuku ve kıymetli evrak hukukunda nasıl etkiler doğuracağı üzerinde durulacaktır.

I. Elektronik Kıymetli Evrak

A. Kısa Tarihçe ve Kavramsal Çerçeve

1. Kısa Tarihçe

Elektronik kıymetli evrak kavramının geçmişine “tarihçe” demek belki bir açıdan sorgulanabilecek bir tercihtir. Çünkü elektronik kıymetli evrakın geçmişi, bu çalışmanın konusunu oluşturan Alman Elektronik Kıymetli Evrak Kanunu¹ (eWpG) göz önünde tutulursa epey kısa bir zaman dilimine karşılık gelmektedir. Gerçi, Kanun’da (ve bu kanuna ait Tasarı’nın gerekçesinde) hâkim olan anlayış, elektronik

¹ Bundesgesetzblatt Jahrgang 2021 Teil I Nr 29, ausgegeben zu Bonn am 9. Juni 2021, 1423, Kanun metni için bkz https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/Bgbl_elektronische_Wertpapiere.pdf?jsessionid=7417114A129161FE42BBD8F2D52E5816.1_cid289?__blob=publicationFile&v=2; Erişim Tarihi 2 Temmuz 2021.

kıymetli evrakın tamamen yeni bir kavram olduğu yönünde olsa da bu düşünce öğretide eleştirilmiştir². Zira Alman hukukunda deniz ticareti hukuku alanında 2013 yılında yapılan reform ile birlikte getirilen hukukî imkânlar dâhilinde, zaten kıymetli evrak düzenlemek için fiziki bir varakaya ihtiyaç olmadığı vurgulanmaktadır³. Fakat bu açıdan verilen örnekler taşıma senedi, makbuz senedi ve konşimento ile sınırlıdır⁴.

Daha yaygın anlamıyla kıymetli evrakın kaydıleştirilmesi (demateryalizasyonu) için oldukça yakın bir tarihe uzanmak gerekir. Alman kanun koyucusunun elektronik kıymetli evrak kavramına bakış açısını ortaya koyan 7 Mart 2019 tarihli “*Eckpunkte für die regulatorische Behandlung von elektronischen Wertpapieren und Krypto-Token*” bu konuda önemli bir belgedir⁵. Bu belgede ilk vurgulanan husus, finansal piyasalarda dijital unsurların kullanılmasıyla (kara para aklama dâhil) kötüye kullanım ihtimallerinin azalacağı ve böylelikle yatırımcıların daha etkili bir biçimde korunacağıdır⁶. Bu amacı gerçekleştirmek için kullanılacak teknolojiler sadece blok-zincir teknolojisi değil; aksine, teknik imkânların gelişmesiyle ortaya çıkabilecek benzer her türlü teknolojidir⁷.

İlerleyen zaman diliminde ise daha somut adımlar atılmaya başlanmış ve 11 Ağustos 2020 tarihinde konunun uzmanları tarafından bir tasarı taslağı (*Referentenentwurf*) hazırlanmıştır. Bu tasarı taslağı⁸ bir süre öğreti ve uygulamadaki aktörler tarafından tartışılmış ve konuya dair görüşler ilgili makamlara iletilmiştir⁹. Bu görüşler uyarınca hazırlanan resmî Tasarı ise 16 Aralık 2020 tarihinde yayınlanmıştır. Resmî Tasarı, 9 Haziran 2021 tarihinde kanunlaşarak yürürlüğe girmiştir¹⁰.

2. Kavramsal Çerçeve

Elektronik kıymetli evrak, senet ve onda mündemiç olan hakkın fiziki bir varaka vasıtasıyla değil de elektronik ortamda izlendiği kıymetli evrak “ihraç metodu”dur¹¹. Bundan dolayı, fiziken çıkarılmak yerine kaydıleştirilmiş (demateryalize edilmiş) bir elektronik kıymetli evrak ya da onun alt türü olan kripto kıymetli evrak söz konusu olsa dahi, sicile tescille birlikte ortaya çıkan hukukî varlık yine, kanunî anlamda bir

² David Saive, ‘Einführung elektronischer Wertpapiere’, ZRP 2020, 219.

³ ibid (n 2) 219.

⁴ ibid (n 2) 219.

⁵ MüKoBGB: Wendehorst Art 43 N 266a.

⁶ Eckpunktpapier 1.

⁷ Eckpunktpapier 1; Stellungnahme blockLAB 1.

⁸ Taslak metin için bkz <https://www.bmjv.de>; Erişim Tarihi 27 Aralık 2020.

⁹ Konu ile ilgili görüşler için bkz <https://www.bmjv.de>; Erişim Tarihi 27 Aralık 2020.

¹⁰ Tasarı ve kanunlaşan metin ile ilgili başlıca belgeler için bkz https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/Einfuehrung_elektr_Wertpapiere.html; Erişim Tarihi 2 Temmuz 2021.

¹¹ Elektronik kıymetli evrakın kabul edilmesiyle, kıymetli evrakta *numerus clausus* ilkesine bir istisna getirilmediği; aksine bunun yalnızca kıymetli evrak ihracının yöntemlerinden biri olduğu yönünde bkz Ursula Kleinert ve Volker Mayer, ‘Der deutsche Weg zum elektronischen Wertpapier-Der Referentenentwurf für das eWpG’, EuZW 2020, 1060.

kıymetli evraktır¹². Bu sebeple, bahis konusu olan şey elektronik bir unsur da olsa kıymetli evrak sayıldığından, kıymetli evrak hukukunun genel prensipleri bunlar hakkında da geçerlidir¹³.

eWpG, “elektronik” kavramını ele alırken sadece mevcut teknolojileri değil; ileride ortaya çıkabilecek teknolojileri de göz önüne almıştır¹⁴. Bu anlamda Kanun, tüm mevcut ve gelecekte ortaya çıkabilecek teknolojilere eşit mesafede (*technologieneutral*) bir tavır takınmıştır¹⁵. Dolayısıyla, halihazırda kullanılan blok-zincir ya da mevcut elektronik kayıt sistemleri yanında ileride ortaya çıkabilecek veri saklama teknolojileriyle de elektronik kıymetli evrak ihracı mümkün olabilir¹⁶. Burada önemli olan, kâğıt formunun artık terk ediliyor olmasıdır¹⁷.

Elektronik kıymetli evrak, klasik kıymetli evrak yerine geçmek üzerine değil; onun yanı sıra, kıymetli evrakın çıkarılabilmesi için yeni bir yol olarak tasavvur edilmiştir. Dolayısıyla, elektronik kıymetli evrak ve buna dair düzenlemelerin hayata geçmesiyle geleneksel anlamda kıymetli evrak keşide etme imkânı ortadan kaldırılmış değildir¹⁸. Fiziki kıymetli evrakın neredeyse yüzyıllara dayanan geçmişi sebebiyle, bu geleneksel metodun birden ve toptan olarak yürürlükten kaldırılması ise öğretilerde ve uygulamada önerilen bir tercih değildir¹⁹.

Kıymetli evrakta geleneksel usulün terk edilmemesiyle birlikte Kanun’da, fiziken saklanan kıymetli evrakın dijital olarak muhafazasına yönelik dönüşümü hızlandırmak için fiziki kıymetli evrakın elektronik kıymetli evraka ve bir elektronik kıymetli evrakın da fizikî kıymetli evraka dönüştürülmesi imkânı getirilmiştir²⁰.

Elektronik kıymetli evrak bir eşyadır. Bu husus bizzat eWpG m 2/3 hükmünde belirtilmiştir. Hükme göre, bir elektronik kıymetli evrak Alman Medenî Kanunu m 90 anlamında bir eşyadır. Alman Medenî Kanunu’nun m 90 hükmü ise şu şekildedir²¹: “*Bu Kanun anlamında eşya sadece cismani nesnelerdir*”. Böylelikle fizikî kıymetli evrakla elektronik kıymetli evrak hukukî etki bakımından eşit kabul edilmiştir. Böyle bir düzenlemenin kabul edilmesiyle, aynı zamanda, fizikî kıymetli evrak sahipleri

¹² Thomas Preusse ve Karsten Wöckener ve Daniel Gillenkirch, ‘Der Gesetzesentwurf zur Einführung elektronischer Wertpapiere - Überblick und Bewertung der zukünftigen Rechtslage mit Blick auf die Rechtsordnungen in Frankreich und Luxemburg’, BKR 2020, 554.

¹³ Kleinert ve Mayer (n 11) 1060.

¹⁴ ibid (n 11) 1060.

¹⁵ Christian Conreder, ‘Gesetzgebung: Bundestag verabschiedet Gesetz zur Einführung elektronischer Wertpapiere’, DStR-Aktuell 2021, 103; Stellungnahme Aktieninstitut 3.

¹⁶ Kleinert ve Mayer (n 11) 1060.

¹⁷ ibid (n 11) 1060.

¹⁸ Preusse ve Wöckener ve Gillenkirch (n 12) 553.

¹⁹ ibid (n 12) 553.

²⁰ ibid (n 12) 553; eWpG anlamında elektronik kıymetli evrak ve fizikî kıymetli evrak arasındaki ilişkinin incelenmesi için bkz aşa III.

²¹ BGB §90-Begriff der Sache: “*Sachen im Sinne des Gesetzes sind nur körperliche Gegenstände*”.

için söz konusu olan hukukî koruma, varakadan yoksun (kaydı/elektronik) kıymetli evrak sahipleri için de geçerli olacaktır²². Kanun'da, elektronik kıymetli evrakın eşya sayılmasıyla, gerek icra hukuku ve gerekse medenî hukuk açısından mülkiyet hakkının korunmasına ilişkin hükümler elektronik kıymetli evrak için de geçerli olacaktır²³.

B. Klasik Kıymetli Evrak Anlayışı ile Karşılaştırma

eWpG m 2/2 hükmüne göre, Kanun'da yer alan düzenlemelerde aksi belirlenmiş olmadıkça, bir elektronik kıymetli evrak ile fiziki varakaya sahip bir kıymetli evrak arasında hukukî açıdan herhangi bir fark yoktur. Bundan dolayı, elektronik kıymetli evrak da hamiline, fiziki kıymetli evraka hamil olma durumuyla aynı hakları bahşeder²⁴.

Bu benzerliğin ötesinde, elektronik kıymetli evrak ile bir belgeye bağlı (fizikî) kıymetli evrak arasında farklar da bulunmaktadır. Elektronik kıymetli evrak ile klasik kıymetli evrak arasındaki temel fark, fiziki varakanın yokluğudur²⁵. Burada fiziki varakanın yerini veri taşıyıcıları almaktadır²⁶. Klasik kıymetli evrakta, örneğin nama yazılı bir senette, hak sahipliği senede hâmil olma yanında bir temlik işleminin de varlığını gerektirirken²⁷; elektronik kıymetli evrakta hâmil olma durumu merkezî ya da kripto sicildeki kayıtlara istinaden tespit edilir. Yine detaylandırmak gerekirse, fizikî kıymetli evrakta, örneğin emre yazılı bir senetteki hakkın devredilmesine yönelik kâğıt üzerinde yazılması ve imza edilmesi gereken bir irade beyanına ihtiyaç duyulurken²⁸, ki bu işlem ciro olarak nitelendirilmektedir; elektronik kıymetli evrakta, hak sahibinin merkezî ya da kripto sicile yönelen bir talimatına ihtiyaç duyulmaktadır.

C. Elektronik Kıymetli Evraka İhtiyaç Duyulmasının Bazı Sebepleri

Finansal piyasalarda, başta teknolojik ilerlemenin etkisiyle, pratik ihtiyaçlardan dolayı ve ekonomik gelişmelerden ötürü menkul kıymetlerin dijitalleştirilmesi ve yenilikçi teknolojilerden istifade edilmesi bir ihtiyaç olarak ortaya çıkmıştır²⁹. Bu anlamda, evraksız kıymetli evrak anlamına gelen elektronik kıymetli evrak ve dolayısıyla hamiline yazılı elektronik tahviller, şirketlerin finansman ihtiyaçlarını karşılamaları açısından ek bir opsiyon olarak karşımıza çıkmaktadır³⁰.

²² Johannes Meier, 'Elektronische Wertpapiere in der Zwangsvollstreckung Eine Vollstreckung in Forderungen und Vermögensrechte', MMR-Zeitschrift für IT-Recht und Recht der Digitalisierung, Heft 5, 2021, 381.

²³ ibid (n 22) 381.

²⁴ MüKoBGB: Wendehorst Art 43 N 266c.

²⁵ Preusse ve Wöckener ve Gillenkirch (n 12) 553.

²⁶ ibid (n 12) 553.

²⁷ Fırat Öztan, *Kıymetli Evrak Hukuku* (24. Bası, Yetkin 2019) 39.

²⁸ Hüseyin Ülgen ve Mehmet Helvacı ve Arslan Kaya ve Füsün Nomer Ertan, *Kıymetli Evrak Hukuku* (12. Bası, Vedat 2019) 167 ve 170.

²⁹ Preusse ve Wöckener ve Gillenkirch (n 12) 551.

³⁰ Stellungnahme Blockchain Bundesverbandes 5.

Söz konusu gereklilik sebebiyle menkul kıymetlerde dijitalleşmeye gidilmesinin önemli yararları vardır. Bu yararlardan bir tanesi, fiziki varakalara artık ihtiyaç duyulmayacak olunması dolayısıyla ihraç ya da muhafaza masraflarının azalacak olmasıdır. Örneğin, blok-zincir teknolojisi kullanılarak bir elektronik tahvil ihraç edildiğinde bunların tedavülünü sağlayan ya da bunları saklayan kurumlara artık ihtiyaç olmayacaktır³¹. Söz konusu teknolojinin kullanılmasıyla, finansman ihtiyacı içerisinde olan şirketlerin bu ihtiyacı hukukî olarak daha güvenli bir biçimde karşılanacaktır³².

D. Elektronik Kıymetli Evrakın Yaratılması, Tedavülü ve Ödenmesi

1. Elektronik Kıymetli Evrakın Yaratılması İçin Gerekli İşlem

Elektronik bir kıymetli evrakın ortaya çıkması, klasik kıymetli evrakta olduğu gibi fiziki bir varaka üzerinden yapılacak keşide işlemi ile değil; “Elektronik Kıymetli Evrak Sicili” adlı bir sicile yapılacak tescille mümkündür³³. eWpG m 2/1 hükmünde de bu doğrultuda, bir kıymetli evrakın, elektronik kıymetli evrak şeklinde de tedavüle çıkarılabileceği belirtildikten sonra bunun, kıymetli evrak keşide etmek yerine Elektronik Kıymetli Evrak Sicili’ne yapılacak bir tescil ile gerçekleştirilebileceği açıkça belirtilmiştir. Keşidecinin tescili sağlamaya yönelik söz konusu irade beyanı elektronik ortamda iletilir³⁴. Bu iletimin altyapısı, ilgili elektronik kıymetli evrakın nezdinde izlendiği sicil tarafından sağlanacaktır.

Bu şekilde yapılacak ihraç ile kıymetli evrakın keşidecisine yüklediği borçlar ya da hamiline tanıdığı haklar bakımından klasik kıymetli evrakla hiçbir fark yaratılmamaktadır. Burada sadece evrakın muhafazası metodu değişmektedir³⁵. Bu doğrultuda, eWpG m 2/2 hükmünde, mevzuatta aksi öngörülmediği sürece bir elektronik kıymetli evrak ve fiziki olarak ihraç edilmiş kıymetli evrakın ile aynı hukukî etkiye sahip olduğu belirtilmiştir.

³¹ Preusse ve Wöckener ve Gillenkirch (n 12) 551.

³² Kleinert ve Mayer (n 11) 1060.

³³ Preusse ve Wöckener ve Gillenkirch (n 12) 553; Bu tescil iki türlü olabilir. İlk tür *toplu tescildir* (eWpG m 8). Bu tescil türünde bir portföy bankası ya da saklayıcı elinde bulundurduğu elektronik kıymetli evrak için tescil işlemlerini gerçekleştirir. Ayrıca, toplu tescil ile kaydedilmiş elektronik kıymetli evrak, bir kolektif kıymetli evrak portföyü sayılır. İçerik olarak aynı olan tescilli hakların sahipleri, tescil edilmiş olan elektronik kıymetli evrak üzerindeki pay oranlarına göre hissedar sayılırlar. Söz konusu bu pay oranı, hak sahipleri için toplu tescil ile korunan hakların itibari değerine göre tespit olunur. Bir portföy bankası ya da müstevdi (saklayıcı), toplu tescilleri hak sahipleri adına kendileri hak sahibi haline gelmeksizin itimata dayalı olarak yönetirler. Portföy bankası ya da müstevdi, hak sahipleri için toplu tescili kendi payıyla beraber ortak olarak yönetebilir (eWpG m 9).

İkinci tür ise *münferit (tekil) tescildir*. Münferit tescili sağlayan elektronik kıymetli evrakı kendi ad ve hesabına (hak sahibi olarak) elinde buluran gerçek ya da tüzel kişinin veya tüzel kişiliğe sahip bir şahıs şirketinin talimatıdır. Hamilin talebi üzerine münferit tescil toplu tescile dönüştürülebilir (eWpG m 8).

³⁴ Stellungnahme DAV 7.

³⁵ Preusse ve Wöckener ve Gillenkirch (n 12) 553.

2. Tedavül Koşulları

a. Hâmil ve Hak Sahibi

Elektronik olarak düzenlenmiş bir kıymetli evrakın hâmili, sicilde³⁶ hâmil olarak tescil edilmiş kişidir. Bu tescil münferit bir ihraç üzerinde olabileceği gibi toplam emisyonun belirli bir payı üzerinde de gerçekleşebilir (eWpG m 3/1). Her iki durumda da ismi müseccel kişi hâmil sayılır. Elektronik kıymetli evrak sicilinin gerçek hak sahipliğini gösterici bu fonksiyonu sebebiyle, ilgili kıymetli evrakın hâmili değiştiğinde durum mutlaka elektronik kıymetli evrak siciline tescil edilir³⁷.

Hak sahibi ise, elektronik kıymetli evrakın sahibine bağışladığı hakları kullanabilen ve bu kıymetli evrak üzerinde tasarrufta bulunabilecek kişidir. Bu kişi çoğunlukla hâmidir³⁸. Hâmil böylelikle elektronik kıymetli evrakın keşidecisine karşı mülkiyet ya da ona benzer bir hakkın sahibi haline gelmektedir³⁹.

b. Elektronik Kıymetli Evrakın Yaratılması İçin Gerekli Bilgilerin Sicile Tevdii

Klasik anlamda kıymetli evrakın aksine, elektronik kıymetli evrakta fiziki varakanın yokluğu ve özellikle merkezî (ya da kripto kıymetli evrakta merkezî olmayan) bir sicile tescilde bulunulması gerekliliği konuya has koşulları beraberinde getirmektedir. Elektronik kıymetli evrakın ortaya çıkabilmesi için öncelikle kıymetli evrakla ilgili bilgilerin sicile tevdi edilmesi gerekir.

eWpG m 5 hükmüne göre, elektronik bir kıymetli evrakın keşidecisi sicile yapılacak tescil işleminden önce kıymetli evraka dair bilgileri sicile göndermelidir. İlgili elektronik kıymetli evrakın çıkarma (yaratılma) şartları, sicili tutan makama elektronik bir doküman formunda iletilmelidir. Bu form kararlı olmalıdır. Kararlı olmaktan kasıt, bilgilerin içerisinde bulunduğu *elektronik ortam itibarıyla* sonradan değiştirilemez nitelikte olmasıdır. Elektronik bilgileri taşıyan fizikî araç bir taşınabilir bellek olabilir. Önemli olan bu verilere kolaylıkla erişilebilmesi ancak bunlar üzerinde oynama yapma imkânının bulunmamasıdır. Sicile tevdi edilen bilgiler, istendiğinde tekrar okunabilmelidir. Kanun'un yine aynı hükmüne göre, elektronik kıymetli evrakı keşide eden kişinin talimatıyla ve konuyla ilgili çıkarılacak bir tüzük hükümleri çerçevesinde bu bilgilere erişim kısıtlanabilir.

³⁶ Bu hususta bkz Elektronik Kıymetli Evrak Sicili, eWpG m 12 vd.

³⁷ Laurenz Wieneke ve H Jens Kunz, "Das Gesetz zur Einführung von elektronischen Wertpapieren-Der Regierungsentwurf", NZG 2021, 319.

³⁸ MüKoBGB: Wendeorst Art 43 N 266c; Fakat hâmil ile hak sahibinin aynı kişi olmaması, açık deyişle hâmilin elektronik kıymetli evraktan kaynaklanan hakkı talep etme yetkisinin bulunmaması da mümkündür (Stellungnahme DAV 8).

³⁹ Stellungnahme DAV 4.

Keşideci tarafından sicile gönderilen bilgilere ve belgelere rağmen tescilin gerçekleşmemesi mümkündür. Bu durumda eWpG m 5/1 hükmüne göre, bilgilerin sicile tevdi tarihinden itibaren bir ay içerisinde sicili tutan makam tescili gerçekleştirmezse, kendisine tevdi edilen bu bilgileri sicilden kaldırmalıdır.

eWpG m 5/2 hükmüne göre, elektronik kıymetli evrak ile ilgili sicile tevdi edilmiş bilgiler üzerinde *tescilden önce* yapılabilecek değişiklikler, doğrudan bir kanun aracılığı ile ya da bir kanun hükmüne dayanılarak gerçekleştirilebilir. Ayrıca bir hukukî işlem ya da bir mahkeme kararı ya da icra edilebilir bir idari işlem de tevdi edilmiş bilgilerde değişiklik yapılmasının gerekçesi olabilir. Sayılan bu hukukî sebepler haricinde herhangi bir sebebe istinaden (elektronik kıymetli evrak siciline) tevdi edilmiş çıkarılma bilgileri üzerinde değişiklik yapılamaz. Yapılacak değişikliklerin hüküm ifade etmesi ise, değişikliklerin de tevdi edilen makama yazılı olarak bildirilmesine bağlıdır (eWpG m 5/3, 4).

c. Devrin Gerçekleşmesi

Elektronik kıymetli evrakın devri, elektronik kıymetli evrak siciline tescil edilmiş bir hamilinin yeni bir hamil ile değiştirilmesidir (eWpG m 4/8). Elektronik kıymetli evrakın devri için, evrak üzerinde hak sahibi ve bu evrakı iktisap edecek kişinin iradelerinin uyuşması gereklidir⁴⁰. eWpG sisteminde, sicil dışındaki tasarruflara herhangi bir hukukî sonuç bağlanmadığından bu manadaki sicile tescil edilmemiş işlemler hükümsüzdür⁴¹. Burada, fiziki kıymetli evraktaki teslim fiilinin yerini tescil işlemi almıştır⁴². Alman öğretisinde de ifade edildiği üzere, Kanun'da elektronik kıymetli evrakın yaratılması bakımından *sözleşme teorisine ağırlık verilmiştir*⁴³. Sözleşme teorisine göre, kıymetli evrak için yapılan keşide işlemi (elektronik kıymetli evrakta sicile tescil), bir hazırlık hareketidir ve kıymetli evrakta mündemiç hakkın doğumu ayrıca bir "tedavül sözleşmesi"ni gerektirir⁴⁴. Tedavül (dolaşıma koyma ya da kambiyo) sözleşmesi, kambiyo senedini ilk olarak keşide eden kişiyle, senedin zilyetliğini ilk olarak elde eden kişi arasında kurulan sözleşmedir⁴⁵.

Elektronik bir kıymetli evrakın devri, eWpG m 24 hükmünde de konu edilmiştir. Buna göre; doğrudan elektronik kıymetli evrakın kendisi üzerinde, elektronik kıymetli evraktan kaynaklanan bir hak ya da böyle bir haktan kaynaklanan başka bir hak üzerinde tasarrufta bulunulması, varlığı muhtemel diğer kanunî gerekliliklerin

⁴⁰ Prusse ve Wöckener ve Gillenkirch (n 12) 554.

⁴¹ ibid (n 12) 554.

⁴² ibid (n 12) 554.

⁴³ Wieneke ve Kunz (n 37) 318; Aynı yönde bkz Murat Can Atakan, 'Kıymetli Evrak Hukuku'nda Yeni Bir Öneri: Elektronik Çek. Alman Elektronik Kıymetli Evrak Kanunu Tasarısı (eWpG-E) Işığında Bir İnceleme', (2021), Cilt 47 (2), Yargıtay Dergisi, 541, 549.

⁴⁴ Abuzer Kendigelen ve İsmail Kırcı, *Kıymetli Evrak Hukuku-Genel Esaslar Kambiyo Senetleri* (Oniki Levha 2019) N 172.

⁴⁵ Reha Poroy ve Ünal Tekinalp, *Kıymetli Evrak Hukuku Esasları* (23. Bası, Vedat 2019) N 64a.

de yerine getirilmesi koşuluyla sicile yapılacak bir tescili gerektirir. Dolayısıyla, elektronik kıymetli evrakın yaratılmasında olduğu gibi, hak sahipliği üzerindeki değişikliklerin de sicile yapılacak bir tescili gerektirdiği görülmektedir.

d. İyiniyetle İktisap

Elektronik kıymetli evrakın iyiniyetle iktisabında, kıymetli evrakın sicile tescil edilmiş içeriği iyiniyetli muktesip açısından tam ve doğru olarak kabul edilir⁴⁶. Ayrıca, bir hukukî işleme müsteniden kıymetli evrak siciline (hak sahibi olarak) tescil edilen kişi lehine, sicilin içeriğinin tam ve doğru olduğu, hâmilin hak sahibi olduğu var sayılır. Ancak, ilgili elektronik kıymetli evrakı iktisap eden kişi, kendisinin sicile tescili anında gerçek durumun aksini biliyor ya da kendisinin ağır kusuru sonucu gerçek durumu bilemeyecek durumda ise hak sahipliği yönündeki karine geçerli değildir. Tasarruf sınırlamalarının iyiniyetli muktesibe karşı ileri sürülebilmesi, söz konusu sınırlamaların elektronik kıymetli evrakın yer aldığı sicilde tescil edilmiş olmasına bağlıdır (eWpG m 26).

Ayrıca Kanun'da, aksi öngörülmemiş ise elektronik bir kıymetli evrakın hamilinin, sicilde adına tescil bulunduğu müddetçe ilgili kıymetli evrakın hamili sıfatıyla hak sahibi olduğu kabul edilmiştir (eWpG m 27). Özellikle, Kanun'nun bu hükmüyle ortaya çıkan hukukî görünüşün, taşınırlarda mülkiyet karinesine⁴⁷ benzemesi sebebiyle, elektronik kıymetli evrak taşınmaz mallardan çok taşınır mallara yakın görülmüştür⁴⁸.

3. Elektronik Kıymetli Evrakın Ödenmesi ve Elektronik Kıymetli Evrakta Borçlunun Def'ileri

Elektronik bir kıymetli evrak olarak tedavüle çıkarılmış bir tahvilin hamili, keşideciden tahvilde taahhüt edilmiş edimin ifasını talep edebilir; meğer ki hamil bunun için hak sahibi olmasın. Kanun'a göre bu durumda, elektronik kıymetli evrakın keşidecisi hamile ifa ile de borcundan kurtulabilir (eWpG m 28/1).

Elektronik olarak tedavüle çıkarılmış bir tahvilin keşidecisi, kendisinden ödeme talep edildiğinde sadece aşağıdaki def'ileri ileri sürebilir (eWpG m 28/2):

1. Elektronik kıymetli evrak siciline yapılan tescilden kaynaklanan def'iler,
2. Elektronik kıymetli evrak siciline yapılan tescilin geçerliliğini etkileyen def'iler,
3. Tahvilin içerdiği şartlardan kaynaklanan def'iler,
4. Keşidecinin;

⁴⁶ Prusse ve Wöckener ve Gillenkirch (n 12) 554.

⁴⁷ Karş Türk Medeni Kanunu m 985 ve BGB §1006.

⁴⁸ Meier (n 22) 384.

a. Münferit (tekil) tescil halinde doğrudan doğruya hamile karşı sahip olduğu,

b. Toplu tescil halinde, Portföy Kanunu'nun (*Depotgesetzes*) §6/2, üçüncü cümle hükmüne göre hakların kullanılmasına yarayan bir portföy sertifikasına dayanarak hâmil olan bir kişiye karşı doğrudan doğruya sahip olduğu, def'iler.

Kıymetli evrakta def'iler, etkilerine göre mutlak ve nisbî (şahsi) def'iler olmak üzere iki kısma ayrılır. Mutlak def'iler, senet borçlusunun kendisine senetten kaynaklanan taleple başvuran *herkese* karşı ileri sürebileceği def'ilerdir⁴⁹. Nisbî (şahsi) def'iler ise, senet borçlusunun ancak *belirli kişilere karşı* ileri sürebileceği def'ilerdir⁵⁰. Elektronik kıymetli evrakla ilgili yukarıdaki def'iler incelendiğinde; 1, 2 ve 3 numaralı def'ilerin mutlak def'i niteliğinde olduğu; buna karşılık 4 numaralı, tekil ve toplu tescil hallerine özgü def'ilerin ise nisbî def'iler olduğu görülmektedir.

Elektronik olarak çıkarılmış bir tahvilin ibrazı, edimin ifasının açıkça talep edilmesi vasıtasıyla gerçekleşir. Hâmil, bu süreçte hak sahipliğini ispatlayıcı delil gösterme yükümlülüğü altındadır. Elektronik tahvil olarak ihraç edilmiş bir kıymetli evraktan kaynaklanan borcun ödenmesi için, ilgili elektronik kıymetli evrakın hâmili olarak görünen kişinin sicili tutan makama bir talimat vermesi gerekir. Bu talimat, elektronik kıymetli evrakın keşideciye devri yönünde olmalıdır. Aynı zamanda hâmil, makbuz niteliğinde bir ödeme belgesi de sunmalıdır. Hâmilin bu koşulları gerçekleştirmediği halde keşideci ödemeye yükümlü olur (eWpG m 29).

II. Elektronik Olarak Düzenlenebilecek Kıymetli Evrak (Uygulama Alanı)

Kanun, iki tür elektronik evrak üzerinde uygulama alanına sahiptir. Bunlardan biri merkezi sicil kıymetli evrakı (*Zentralregisterwertpapier*) olarak isimlendirilirken; diğeri kripto kıymetli evrak (*Kryptowertpapier*) olarak isimlendirilmiştir. Her iki tür elektronik kıymetli evrak da *hamiline yazılı tahvil* formunda olmalıdır.

eWpG m 4/2 ve 3 hükümlerinde, her iki kıymetli tür kıymetli evrakın tanımı için de ilgili sicile tescil edilmiş olmak olgusu vurgulanmış olsa da bu vurgu tanımlama için yeterli değildir. Elektronik kıymetli evrakın tanımında, daha kapsamlı ve bilgilendirici olan KWG⁵¹ §1/11, dördüncü cümle hükmünden istifade edilebilir⁵². Bu hükümde elektronik kıymetli evrak özel olarak tanımlanmamıştır. Daha genel bir kavram olan “dijital değerler” mefhumu kullanılmıştır. Tanıma göre dijital değerler; (TCMB ya da Deutsche Bundesbank gibi) herhangi bir merkez bankası ya da kamu

⁴⁹ Kendigelen ve Kırcı (n 44) N 187; Ersin Çamoğlu, *Kıymetli Evrak Hukukunun Temel İlkeleri* (Vedat 2020) N 48 ve 56.

⁵⁰ Kendigelen ve Kırcı (n 44) N 187; Çamoğlu (n 49) N 48 ve 56.

⁵¹ Gesetz über das Kreditwesen (Kreditwesengesetz - KWG), “Kreditwesengesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 9. September 1998 (BGBl I S 2776), das zuletzt durch Artikel 2 des Gesetzes vom 12. Mai 2021 (BGBl I S 990) geändert worden ist.”

⁵² Dominik Skauradszun, ‘Handels- und steuerrechtliche Bilanzierung von Kryptowerten und Kryptowertpapieren iSv § 1 Abs 11 S 4 KWG, § 4 Abs 3 eWpG’, DStR 2021, 1063.

kuruluşu tarafından çıkarılmayan, garanti edilmeyen, para gibi yasal bir statüye sahip olmayan; ancak, gerçek veya tüzel kişiler tarafından bir sözleşmeye ya da fiilî uygulamaya istinaden değişim ya da ödeme aracı olarak kullanılan ya da yatırım amacına hizmet edebilen; elektronik metodlarla saklanabilen ya da el değiştirebilen değerlerdir.

A. Merkezî Sicil Kıymetli Evrakı (Elektronik Kıymetli Evrak)

eWpG m 1 hükmüne göre yapılan düzenlemeler “*hamiline yazılı tahvillere uygulanır*”. Kanun’dan önce yayınlanan bakanlık görüşünden anlaşıldığı kadarıyla böyle bir sınırlamanın yapılması bilinçli bir tercihtir. Hatta öğretilerde anonim şirketlerin ihraç ettiği pay senetleri ismen zikredilerek bunların *gereğinde* ileride yapılacak bir düzenlemeyle elektronik olarak düzenlenebileceği ifade edilmiştir⁵³. Özellikle anonim şirketlerin kuruluşunda, sermaye artırımlarında, paylarının uluslararası tedavülünde ve genel kurulun toplantıya çağırılmasında yaşanabilecek sorunlara vurgu yapılarak bu erteleme gerekçelendirilmektedir⁵⁴.

Kanun’un ilerleyen hükümlerinde üst kavram olarak *tahvil* değil; *kıymetli evrak* kavramı kullanılmıştır. Bu kullanımın sebebi öğretilerde, tasarının yayınlanmasından (ve kanunlaşmadan) sonraki zaman diliminde ortaya çıkabilecek yeni ihtiyaçları yeniden bir düzenleme yapmak zorunda kalmaksızın çözebilme isteği olarak gösterilmektedir⁵⁵. Böylece, eWpG çerçeve bir düzenleme niteliğini haizdir⁵⁶. eWpG m 2/1 hükmü de bunu doğrular niteliktedir. Burada da bir kıymetli evrakın elektronik kıymetli evrak şeklinde de tedavüle çıkarılabileceği ifade edilirken; ilgili evrakın türü bakımından herhangi bir ayırım yapılmamıştır.

Kanunla sadece *hamiline yazılı* senetler kapsama alınmıştır. Bunun gerekçesi ise, uygulamada nama ve emre yazılı senetler için elektronik olarak çıkarılma ihtiyacının mevcut olmaması olarak gösterilmektedir⁵⁷. Yine, çek ve poliçeler için de benzer bir tespit yapılmıştır⁵⁸. Fakat, kanun koyucunun tercihleri ve bu tercihlerini dayandırdığı gerekçeler eleştirilmektedir. Öncelikle, Alman deniz ticareti hukukunda emre ve nama yazılı senetler için de elektronik olarak keşide edilebilmenin büyük önem arz ettiği belirtilmektedir⁵⁹. Ardından, özellikle Covid-19 Pandemisi’nin yarattığı ticarî ilişkiler ortamında Uluslararası Ticaret Odası’nın (ICC) uygulamaları başta olmak

⁵³ MüKoBGB: Wendehorst Art 43 N 266a ve aynı yönde bkz Matthias Lehmann, ‘Zeitenwende im Wertpapierrecht-Der Referentenentwurf für ein Gesetz über elektronische Wertpapiere (eWpG)’, BKR 2020, 432.

⁵⁴ Lehmann (n 53) 432; Aynı yönde bkz Stellungnahme Aktieninstitut s 2; İleride gerçekleşecek teknolojik ilerlemelerle Tasarı’nın kapsamının da bu yönde genişletilmesi gerektiği yönünde bkz Conreder (n 15) 104.

⁵⁵ Saive (n 2) 220.

⁵⁶ Stellungnahme Blockchain Bundesverbandes 3.

⁵⁷ eWpG-T m 1 Gerekçesi; Lehmann (n 51) 433.

⁵⁸ eWpG-T m 1 Gerekçesi.

⁵⁹ Saive (n 2) 220.

üzere genel eğilimin *kâğıdın ticari hayattan tamamen kaldırılması* yönünde olduğu belirtilmektedir⁶⁰.

Kanun'un uygulama alanının bu denli dar belirlenmesi öğretide olduğu kadar uygulamada da eleştirilmiştir. Kanunlaşmadan önce, tasarıya karşı bildirilen görüşlerde, hukukî ya da pratik gerekçelerle haklı kılınmayacak bu tarz bir sınırlamanın kaldırılarak, uluslararası rekabette güç kazanabilmek açısından en azından *hamiline yazılı pay senetlerinin* de kapsama alınması gerektiği ifade edilmiştir⁶¹. Türk öğretisinde de benzer bir tespit yapılmış ve kanımızca da isabetli olarak, halihazırda mevcut ve ilerideki teknik gelişmeler ve hukukî ihtiyaçlara göre ortaya çıkabilecek tüm kıymetli evrak türlerinin kapsama alınması gerektiği ifade edilmiştir⁶².

B. Kripto Kıymetli Evrak

Kripto kıymetli evrak, Kanun'da elektronik kıymetli evrak olarak çerçevesi çizilen evraksız kıymetli evrakın bir alt türüdür⁶³. Kripto kıymetli evrak, merkezî sicil kıymetli evrakından farklı bir şekilde ortaya çıkmaktadır. Kripto kıymetli evrakı karakterize eden şey, tescillerin merkezî sicil kıymetli evrakında olduğu gibi açık ve anlaşılır olması değildir. Aksine, kripto kıymetli evrak verilerin korunması kaygılarıyla anonim olarak tescil edilir⁶⁴. Bu halde dahi kıymetli evrakın ortaya çıkması için gerekli olan anlaşmadan (tedavül, dolaşıma koyma ya da kambiyo sözleşmesi) vazgeçilmiş değildir. Bir kripto kıymetli evrakın ortaya çıkması için de sicile yapılacak anonim tescilin yanı sıra, keşideci ve elektronik kıymetli evrakın hamili olacak kişi arasında bir anlaşmanın varlığı şarttır⁶⁵. Kripto kıymetli evrakın tedavülü münhasıran kripto kıymetli evrak sicili üzerinde gerçekleşir⁶⁶.

Bilimin güncel durumuna göre kripto kıymetli evrakın sicil üzerinde ihdası ve muhafazası için kullanılan teknik, Dağıtılmış Defter Teknolojisi'dir⁶⁷ (Distributed Ledger Technology, DLT).

⁶⁰ ibid (n 2) 220.

⁶¹ Stellungnahme Blockchain Bundesverbandes 4; Stellungnahme BAI 2; Stellungnahme bitkom 1; Stellungnahme BVI 1; Stellungnahme Deutsche Börse 1.

⁶² Atakan (n 43) 541, 552.

⁶³ Lehmann (n 53) 434; Stellungnahme blockLAB 1.

⁶⁴ MüKoBGB: Wendehorst Art 43 N 266d.

⁶⁵ ibid Art 43 N 266d; Kripto kıymetli evrakın *anonim* tescili her ne kadar gizliliği sağlıyor olsa da bu aynı zamanda kamuya açıklığı da sınırladığından yatırımcıların korunması bakımından şüphyle karşılanmaktadır (Stellungnahme blockLAB 1).

⁶⁶ MüKoBGB: Wendehorst Art 43 N 266d.

⁶⁷ Conreder (n 15) 103; MüKoBGB: Wendehorst Art 43 N 266f; Atakan (n 43) 541, 547 ve 548.

III. Elektronik Kıymetli Evrak ve Fiziki Varaka Arasındaki İlişki

A. Genel Olarak

Elektronik kıymetli evrak düzenleme imkânının getirilmesi fizikî kıymetli evrakın tamamen sistem dışında bırakıldığı anlamına gelmemektedir. Elektronik kıymetli evrak klasik kıymetli evraka bir alternatif olarak düşünülmüştür⁶⁸. Halihazırda tedavülde olan fizikî varakaya dayanan kıymetli evrak varlığını sürdürmeye devam edecektir⁶⁹. Ancak bu durum da kıymetli evrakta artık fizikî varakaya hemen hemen hiç ihtiyaç kalmaması sebebiyle eleştirilmiştir⁷⁰. Elektronik kıymetli evrak ve fizikî kıymetli evrak arasındaki ilişki, Kanun'un altıncı maddesinde ele alınmıştır.

B. Elektronik Kıymetli Evrakın Fizikî Kıymetli Evraka Dönüştürülmesi (eWpG m 6/1, 2)

Kanun'da, elektronik ve fiziki kıymetli evrak arasında dönüşüm kabul edilmiştir. Bununla beraber, eWpG m. 6/1 hükmüne göre, bir kez elektronik olarak düzenlenmiş kıymetli evrakın artık fizikî varakaya dökülmesi mümkün değildir. Ancak, elektronik kıymetli evrakın çıkarılma şartlarında bu kuralın aksi açıkça öngörülmüşse, elektronik kıymetli evrak fizikî bir varaka üzerinde de temsil edilebilir. eWpG m 6/2 hükmüne göre, keşidecinin elektronik kıymetli evrakı, bedel başta olmak üzere içerik olarak özdeş bir fizikî kıymetli evraka dönüştürmesi mümkündür. Bunun için, dönüştürme anında elektronik kıymetli evrak üzerinde hak sahibi olan kişinin (çoğunlukla hâmilin) onayı sağlanmalıdır. Eğer elektronik kıymetli evrakın çıkarılması sırasında, çıkarılma şartlarında olası bir dönüşüm öngörülerek keşidecinin hak sahibinin rızası olmaksızın bunu sağlayabileceği belirtilmişse, hak sahibinin rızasının yokluğunda da fiziki evraka dönüşüm sağlanabilir. Bu işlemin tersinin de mümkün olduğu ifade edilmektedir⁷¹.

Keşidecinin fiziki kıymetli evraka dönüşümü gerçekleştirmesi durumunda, elektronik kıymetli evrak sicilindeki kayıt terkin⁷² edilir. Bu durumda, elektronik kıymetli evrakta mündemiç olan hak artık fiziki varaka aracılığı ile temsil edilir (eWpG m 6/2).

Burada gerçekleşen fiziki varakanın demateryalizasyonudur ve yapılan işlem sermaye piyasası araçlarının kaydileştirilmesine benzemektedir. Zira, kâğıt unsurunun yerini dijital değerler almaktadır. Sermaye piyasası araçlarının kayden izlenmesine

⁶⁸ MüKoBGB: Wendehorst Art 43 N 266i; Martin Weber, 'Die Entwicklung des Kapitalmarktrechts 2020/2021', NJW 2021, 987.

⁶⁹ Conreder (n 15) 103.

⁷⁰ Atakan (n 43) 541, 553.

⁷¹ Preusse ve Wöckener ve Gillenkirch (n 12) 553.

⁷² Terkin, tescil edilmiş bir elektronik kıymetli evrakın yazılı olarak belirlenmiş ihraç şartları da dâhil olmak üzere konusuz kaldığını belirleyen işlemdir (eWpG m 4/9).

benzer şekilde, kayıt altına alınan kıymetli evrak da (merkezî sicil nezdinde tutulan bilgiler üzerinden) kayden izlenmektedir.

C. Fizikî Kıymetli Evrakın Elektronik Kıymetli Evraka Dönüştürülmesi (eWpG m 6/3, 4)

Fizikî bir kıymetli evrakın keşidecisi, bir toplu senet (*Sammelurkunde*) ya da toplu saklama (*Sammelverwahrung*) yoluyla muhafaza edilen münferit (fizikî) senetlerin, hak sahibinin rızasına ihtiyaç bulunmaksızın ve her zaman, bir merkezî sicil kıymetli evrakına dönüştürülmesini aşağıdaki koşullardan birinin varlığı halinde gerçekleştirebilir:

1. Dönüştürülecek şekil olan elektronik kıymetli evrakın kayıtlı olduğu elektronik sicilin bir portföy bankası tarafından idare edilmesi, diğer bir deyişle sicili tutan makamın bu banka olması halinde.

2. Dönüştürülecek şekil olan elektronik kıymetli evrakın hâmilisi olarak bir portföy bankasının sicile kaydedilmiş olması halinde.

3. Dönüşümün, dönüştürülecek şekil olan elektronik kıymetli evrakın çıkarma şartlarında yasaklanmamış olması ya da söz konusu dönüşümün hak sahibinin rızasına bağlı kılınmaması hallerinde.

Sayılan koşullardan birinin gerçekleşmesi ile elektronik kıymetli evraka dönüştürülen fizikî kıymetli evrak hükümden düşer (eWpG m 6/3). eWpG m 6/3 hükmünde sayılan haller dışındaki tüm hallerde elektronik kıymetli evraka dönüşüm mutlaka hak sahibinin buna rıza göstermesini gerekli kılar. Yine bu durumlarda da dönüşüm ile birlikte fizikî varaka hükümden düşer (eWpG m 6/4).

IV. Elektronik Kıymetli Evrak Sicili

A. Sicil Türleri

eWpG hükümlerine göre elektronik kıymetli evrak sicili merkezî ve merkezî olmayan sicil olmak üzere iki türdür. Her iki sicil de eWpG anlamında elektronik kıymetli evrak sicilidir (eWpG m 4/1). Üst kavram olan elektronik kıymetli evrak sicili altındaki bu iki sicil, içerdikleri kıymetli evrakı da farklı türlere ayırır. Merkezî sicile tescil edilen kıymetli evrak *merkezî sicil kıymetli evrakı* olarak isimlendirilirken; merkezî olmayan sicile tescil edilen kıymetli evrak *kripto kıymetli evrak* adını alır⁷³. Bu sicillerin gerçek dünya ve dijital dünya arasında bir köprü olması düşünülmüştür⁷⁴.

⁷³ Bu hususta bkz eWpG m 2 ve 3.

⁷⁴ Stellungnahme Börse Stuttgart 1.

1. Merkezî Sicil

Merkezî sicil⁷⁵, tescil edilen elektronik kıymetli evrak ve bu kıymetli evrak üzerinde gerçekleştirilecek devir gibi işlemlerin tek merkezden yürütülmesini ve bu kıymetli evrak ile ilgili bilgilerin ilgililerine yine tek merkezden sunulmasını sağlayan sicildir (eWpG m 12/1). Merkezî sicile yapılan tescil, ilgili elektronik kıymetli evrakın aleniyetini sağlar⁷⁶.

Merkezî sicil bir portföy bankası tarafından ya da keşidecinin açıkça ve yazılı olarak yetkilendirmesi kaydıyla bir saklayıcı⁷⁷ tarafından yönetilebilir (eWpG m 12/2). Her iki ihtimalde de denetim makamı⁷⁸ merkezî sicilın teşekkülü ve işleyişi konusunda bilgilendirilir (eWpG m 12/4).

2. Merkezî Olmayan Sicil

Merkezî olmayan elektronik kıymetli evrak sicili kripto kıymetli evrak sicilidir⁷⁹. Kripto kıymetli evrak sicili, tescil edilecek kıymetli evrak ile ilgili verilerin bir zaman dizisi içerisinde yazıya geçirildiği ve bu verilerin yetkisiz olarak silinmesine ve sonradan değiştirilmesine karşı muhafaza edildiği, sahteciliğe karşı korumalı bir kayıt sisteminde tutulan sicildir (eWpG m 16/1).

Merkezî olmayan bu sicili tutan makam, keşideci tarafından hamile karşı bu sıfatla bildirilen kişidir. Böyle bir bildirim yapılmamışsa, keşidecinin kendisi sicili tutan makam sayılır⁸⁰. Sicili tutan makamın keşideci vasıtasıyla değişimi hamilin ya da hak sahibinin rızası olmaksızın da mümkündür; meğer ki elektronik kıymetli evrakın ihraç şartlarında aksi öngörülmüş olsun (eWpG m 16/2).

Merkezî olmayan kripto kıymetli evrak sicilinin merkezî sicil üzerinden idare edilmesi de mümkün olup; Kanun'a ait tasarıda bu yönde bir düzenleme bulunmaması eleştirilmiştir⁸¹. Ayrıca Kanun, farklı kripto kıymetli evrak sicillerinde müseccel kıymetli evrakın, siciller arasında temlik edilip edilemeyeceği ihtimalini de öngörmemiş olması dolayısıyla eksik olarak nitelenmiştir⁸².

⁷⁵ İşbu çalışmanın yapıldığı tarihte Almanya'da bu nitelikte olan tek kuruluş (Tasarı ve Kanun anlamında "sicili tutan makam") Clearstream Bankacılık Anonim Şirketi'dir (Clearstream Banking AG; <https://www.clearstream.com>), MüKoBGB: Wendeorst Art 43 N 266g. Tasarı, Clearstream Banking AG'nin bu konununun elektronik kıymetli evrakın tedavülü açısından bir monopol oluşturacak olması sebebiyle eleştirilmiştir (Stellungnahme Börse Stuttgart 1; Stellungnahme bwf 4).

⁷⁶ MüKoBGB: Wendeorst Art 43 N 266e.

⁷⁷ Saklayıcı, yurtiçinde portföy işlemlerini gerçekleştirebilmek için gerekli ruhsata sahip olan kişidir (eWpG m 4/6).

⁷⁸ Federal Finans Hizmetleri Denetim Kurumu (*Die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht*) denetim makamı olarak, elektronik kıymetli evrak sicilinin idaresini Kanun'a göre kontrol eder. Dolayısıyla, Kanun anlamında denetim makamı, Federal Finans Hizmetleri Denetim Kurumu'dur (eWpG m 11). Elektronik kıymetli evrak sicilinin devlet denetiminde olmasının yatırımcılara güven vereceği yönünde bkz Atakan (n 43) 541, 549.

⁷⁹ MüKoBGB: Wendeorst Art 43 N 266f.

⁸⁰ Bu düzenleme hak sahibi ve hâmil arasındaki sınırı iyi tespit edemediği gerekçesiyle eleştirilmektedir. Özellikle, kripto sicildeki veriler üzerinde değişiklik yapma hakkının kime ait olduğu konusunda belirsizlik olduğu ifade edilmektedir (Stellungnahme Deutsche Börse 6).

⁸¹ Stellungnahme Aktieninstitut 5.

⁸² ibid 5.

B. Sicilin İşlevi

Elektronik kıymetli evrak sicilinin en önemli fonksiyonu, yaratılacak elektronik kıymetli evrak için gerekli ilk tescilin ve bu tescilden sonra ilgili kıymetli evrakın hamiline sağladığı haklardaki ve çıkarılma şartlarındaki değişikliklere ait dokümantasyonun yapılmasıdır⁸³. Sicilin diğer bir işlevi, elektronik kıymetli evrakın ortaya çıktığı saklama ortamını muhafaza etmesi ve böylece fiziki varaka kullanılmasını gereksizleştirmesidir⁸⁴.

Fiziki kıymetli evraka ihtiyaç kalmadığında, bunları fizikî olarak muhafaza etmek için gerekli masraflar da ortadan kalkar. Böylelikle sicil, işlem maliyetinin azalmasına yardımcı olur⁸⁵.

Elektronik kıymetli evrak sicili, aynı zamanda bilgi ve işlem güvenliğini de sağlar. Örneğin, bir anonim şirketin pay defteri her durumda gerçek pay sahipliği durumunu göstermeyebilir. Oysa kıymetli evrak üzerindeki hak sahipliği başta olmak üzere, elektronik kıymetli evrak sicilindeki hak sahipliği anlık değişiklikleri dahi yansıtabilecek şekilde yapılandırılmıştır⁸⁶. Elbette ki bu örnek ve varsayım, Kanun'a göre hâmiline yazılı anonim şirket paylarının da kayıt altına alınması gerekli olursa bir anlam taşıyacaktır.

C. Sicil Kayıtları Üzerinde Yapılacak Değişiklikler ve

Sicile Tescil Edilecek Bilgiler

1. Sicil Kayıtları Üzerinde Yapılacak Değişiklikler

Hangi tür sicil olursa olsun bir sicilde yapılacak işlemler düşünüldüğünde akla ilk gelecek işlem tescildir. Fizikî varaka söz konusu olduğunda yapılan “keşide” işleminin yerini, elektronik kıymetli evrakta sicile yapılacak “tescil” almaktadır⁸⁷. Bu tescil kurucudur⁸⁸.

Elektronik kıymetli evrak sicili üzerinde yapılacak bir tescil işlemi öncelikle elektronik kıymetli evrak olarak tedavüle çıkarılacak kıymetli evrakın çıkarılma şartlarının belirlenmesini gerektirir. Bu çıkarılma şartları yazılı olarak belirlenir ve sicili tutan makama sunulur. Daha sonra yapılacak tescil işlemi bu çıkarılma şartlarına açıkça ve doğrudan yapılacak bir atfa dayanmalıdır (eWpG m 4/4).

⁸³ Prusse ve Wöckener ve Gillenkirch (n 12) 555.

⁸⁴ ibid (n 12) 555.

⁸⁵ ibid (n 12) 555.

⁸⁶ Michael Beurskens, ‘Blockchain und Gesellschaftsrecht – Endlose Möglichkeiten?’, NZG 2021, 353.

⁸⁷ MüKoBGB: Wendehorst Art 43 N 266b.

⁸⁸ Stellungnahme Blockchain Bundesverbandes 5.

Bir elektronik kıymetli evrak üzerinde gerçekleştirilecek tasarrufların geçerli olması diğer yasal gerekliliklerin de yerine getirilmesi şartıyla elektronik kıymetli evrak siciline bir tescil ya da devir kaydını gerektirir (eWpG m 24). Bir elektronik kıymetli evrak üzerindeki mülkiyetin nakli için, hak sahibinin talimatı üzerine elektronik kıymetli evrakın iktisap eden kişiye devredilmesi ve her iki tarafın da mülkiyet hakkının intikali konusunda iradelerinin uyuşması gereklidir. Mülkiyetin kıymetli evrakı iktisap eden kişiye geçmesi anına kadar hak sahibi mülkiyet hakkını kaybetmiş olmaz. Kıymetli evraktan kaynaklanan hak, elektronik kıymetli evrakın buna göre temlik edilmesiyle devredilmiş olur (eWpG m 25). Bu kural, Kanun'da kıymetli evrakın bir eşya olarak kabul edilmesinin doğal sonucudur⁸⁹.

Merkezî sicili tutan makam, elektronik kıymetli evrak ile ilgili sicile kaydedilmesi gereken bilgilerdeki bir değişikliği ya da bu kıymetli evrak ve çıkarılma şartlarının sicilden terkinini ancak şu şartlar dahilinde gerçekleştirebilir (eWpG m 14/1 ve m 18/1):

1. Sicili tutan makamca hak sahibi olarak bilindiği sürece, hâminin bu yönde bir talimatının olması.

2. Bir kanun, hukukî işlem, mahkeme kararı ya da icra edilebilir bir idari işleme müsteniden hak sahibi olan kişinin talimatının olması.

eWpG m. 13/1, N 1 anlamında bir tasarruf kısıtlamasının bulunması durumunda hâmil, sicili tutan makam ile paylaştığı talimatına ilaveten, tasarruf kısıtlamasından yararlanan kişinin de sicile verilen talimata rızasının bulunduğunu ispat etmek zorundadır. eWpG m 13/2, N 2 hükmüne uyarınca münferit bir tescilin varlığında üçüncü bir kişinin hakkının söz konusu olması durumunda, hak sahibi üçüncü kişi de (elektronik kıymetli evrak sicili üzerinde) değişiklik talimatını verebilir. Sicili tutan makam, elektronik kıymetli evrak ile ilgili talimatın alınma tarihini bir zaman damgası ile tespit eder. Sicili tutan makam, ilgili talimat uygun bir doğrulama aracı ile paylaşılmış olduğu zaman, talimatın kıymetli evrak hâmili tarafından verilmiş olduğunu kabul edebilir (eWpG m 14/1).

Kanun'da bazı konularda sicil kayıtları üzerinde gerçekleşecek değişiklikler, elektronik kıymetli evrakın keşidecisinin rızasına tabi kılınmıştır. eWpG m 14/2 ve m 18/2 hükümlerine göre, kanunlarda aksi öngörülmedikçe aşağıdaki konularda sicil kayıtları üzerinde değişiklik yapılması ancak ilgili elektronik kıymetli evrakın keşidecisinin rızası ile mümkün olabilir:

1. İlgili merkezî sicil kıymetli evrakında ya da kripto kıymetli evrakta mündemiç hakkın önemli içeriği ile ilgili, benzersiz tanımlayıcı numara (*Unique ID*) ve kıymetli evrak olarak yapılan özel nitelendirme dâhil bilgiler.

⁸⁹ BeckOGK BGB Fritzsche §90 N 5.

2. Emisyon (çıkartılma) hacmi.
3. İtibarî değer.
4. Keşidecinin kimliği.
5. Tekil ya da toplu tescilden hangisinin gerçekleştirilmiş olduğuna dair belirleme.
6. Kanununun m 9/3 hükmüne göre birleşik toplu portföyün varlığı durumunda, buna dair bilgiler.

Sicili tutan makam, özellikle elektronik kıymetli evrakın hâmilî açısından gerçekleşecekler olmak üzere, sicil içeriğindeki değişikliklerin, ilgili talimatların sicil tarafından alındığı sıra içerisinde gerçekleşmesini sağlar. Sicili tutan makam, sicil içeriğindeki değişiklik tarihini de bir zaman damgası ile tespit eder (eWpG m 14/3 ve m 18/3).

Sicili tutan makam, devirlerin açık ve anlaşılır olmasını, makul bir zaman dilimi içerisinde gerçekleşmesini ve (sicil kayıtları üzerindeki değişikliklerin gerçek durumu yansıtmaması sebebiyle) işlemin tekrar hükümsüz olmamasını sağlamakla yükümlüdür (eWpG m 14/4 ve m 18/4).

2. Sicile Tescil Edilecek Bilgiler

eWpG m 13 (merkezî sicil için) ve m 17 (merkezî olmayan sicil için) hükümlerinde elektronik kıymetli evrakın çıkartılması için sicile tescil edilmesi gerekli bilgilere yer verilmiştir. Buna göre sicili tutan makam, müseccel elektronik kıymetli evrak ile ilgili aşağıdaki bilgileri muhafaza etmelidir:

Her bir elektronik kıymetli evrakın diğerlerinden ayırt edilebilmesi için benzersiz bir tanımlayıcı unsura (*unique ID*) ihtiyaç vardır. Bundan dolayı, sicilde yer alan bu elektronik kıymetli evrakın kendine özgü tanımlayıcı numarası açıkça anlaşılır şekilde gösterilir. Bunun yanında hakkın önemli nitelikte sayılan içeriği de sicilde yer almalıdır. Bu önemli içerik, her şeyden önce senedin temsil ettiği değerdir.

Senedin temsil ettiği değer yanında, tüm emisyonun (çıkartmanın) toplam olarak ne kadarlık bir tutara ulaştığı da sicilde yer alması gerekli diğer bir unsurdur. Bununla bağlantılı olarak, müseccel elektronik kıymetli evrakın itibari kıymeti de sicilde yer alır.

Sicilde, ayrıca senedin ilk olarak ortaya çıkmasını sağlayan keşidecinin adı da yer alır. Ayrıca hâmilin kim olduğu da merkezî ve merkezî olmayan sicilde gösterilmelidir. Tekil tescilin yapılması durumunda, hâmile benzersiz bir tanımlayıcı atanması suretiyle bu kişinin gösterilmesi de mümkündür. eWpG m 14/1, N 1 ya da

2 ve m. 18/1 N 1 ya da 2 hükümlerine istinaden sicili tutan makama talimat vermeye yetkili bir kişinin talimatının bulunması halinde ise, tasarruf sınırlamaları ve hak sahipliği hakkında bilgilere de yer verilir.

Elektronik kıymetli evrak siciline yapılacak toplam ihraç, bir karma fon şeklinde, kısmen bir toplu tescilden veya kısmen fiziki varaka aracılığı ile çıkarılan kıymetli evraktan ya da aynı sicile yapılmış münferit tescillerden kaynaklanıyorsa bu ayrı parçalar, sicilde toplu tescil yapılabileceği yönünde bir kayıt da düşülmüşse birleşik bir toplu portföy sayılır (eWpG m 9/3). Böyle bir durumun varlığında karma fon ile ilgili bilgiler de sicilde yer almalıdır.

Elektronik kıymetli evrakın tescili kapsamında toplu değil fakat tekil bir tescil işlemi gerçekleştirilmekteyse, eWpG m 13/2 ve m 17/2 hükümlerine göre, yukarıda sayılan bilgilerin yanı sıra tasarruf sınırlamaları ve üçüncü kişilerin haklarına da yer verilmelidir.

Sicili tutan makam, sicilde yer alması gereken bilgilerin sadece toplu bir şekilde erişilebilecek bir biçimde muhafaza edilmesini sağlar (eWpG m 13/3 ve m 17/3). Dolayısıyla, sicilin aleniyet fonksiyonundan istifade etmek isteyen ve buna hakkı olan kişiler yalnızca keşidecinin adını ya da yalnızca ilgili kıymetli evrakın benzersiz numarasını öğrenme talebinde bulunamaz. Böylelikle sicilde yer verilen bilgilere sadece toplu bir şekilde erişilebilir.

D. Elektronik Kıymetli Evrak Sicilindeki Bilgilerin Taraflar ve Üçüncü Kişilerle Paylaşılması

1. Genel Esaslar

eWpG m 10/1 hükmüne göre sicili tutan makam, katılımcıların sicilde elektronik olarak inceleme yapabilmelerini sağlar. Bu hüküm anlamında katılımcılar, öncelikle inceleme anında kıymetli evrak üzerinde hak sahibi olan kişiler ve ilgili elektronik kıymetli evrakı keşide ederek borç altına girmiş olan kişidir. Dikkat edilmesi gereken husus inceleme imkânının elektronik ortamda sağlanması gerekliliğidir.

Sicili tutan makam, haklı bir yararını ispat edebilen herkese sicil üzerinde elektronik ortamda inceleme yapma imkânını tanımak zorundadır. Haklı yarar, inceleme anında kıymetli evrak üzerinde hak sahibi ya da borçlu olmaktan ileri gelir. Bu hususta ispat külfeti inceleme yapmak isteyen tarafa aittir.

Sicili tutan makamdaki talep edilen bilgileri, elektronik kıymetli evrakın vadesi, itibari değeri ya da borçlusu gibi temel bilgiler olabilir. Fakat bazı durumlarda bu malumatı aşan bilgilere de ihtiyaç duyulabilir. Sicili tutan makamın bu nitelikteki

bilgileri paylaşması, eWpG m 10/3 hükmünde bazı koşullara bağlı tutulmuştur. Buna göre, müseccel kıymetli evrakla ilgili malumatı aşan hâmilin kimliği ve adresi gibi bilgilerin paylaşılması; bilgiyi talep edenin özel ve haklı bir yararını ispatlamasına ve bilginin paylaşılmasının bu yararın gerçekleşmesini sağlayıcı nitelikte olması halinde mümkündür. İlaveten, bilgileri paylaşılan hâmilin mahremiyetinin korunmasındaki yararın, bilgiyi talep eden kişinin yararına ağır basmaması da aranmaktadır.

eWpG m 10/3 hükmünde bilgi talep edilmesi konusunda hâmil lehine bir karine kabul edilmiştir. Buna göre, ispat edilmesi gerekli özel ve haklı yarar hamilin kendi adına kayıtlı kıymetli evrak açısından her zaman var sayılır. Böylelikle hâmil, talep ettiğinde kendisinden önceki cirantalar ve özellikle borçlu ile ilgili bilgileri kolaylıkla elde edebilecektir.

Hâmil lehine kabul edilen bu karine gibi, yetkili makamlar lehine de düzenleme yapılmıştır. eWpG m 10/4 hükmüne göre, talep edilen bilgilerin kendileriyle paylaşılması görevlerini yerine getirebilmeleri açısından zorunlu ise, yetkili denetim makamlarıyla, mahkemelerle ve idari otoritelerle bu bilgilerin paylaşılması zorunludur.

2. Bilgi Paylaşımı ile İlgili Tutanak Tutulması (eWpG m 10/5)

Haklı bir yararını ispat edebilen kişilere ve bu yararı var sayılan makamlara sağlanan inceleme ve bilgi edinme imkânı ile ilgili bir tutanak düzenlenmesi zorunludur. Sicilin katılımcısı sayılan kişilerle yapılan bilgi paylaşımının ve erişim izninin tutanak altına alınmasına gerek yoktur.

Kendileriyle ilgili bilgi paylaşımı ve erişim izni verilen sicil katılımcılarına, bu hususlarda tutulan tutanaklarla ilgili bilgi verilmesi zorunludur. Fakat bu bilgi verme işlemi, bir denetim makamının veya mahkemenin ya da idari makamın yürüttüğü bir soruşturmayı ya da icra edilen bir görevin yerine getirilmesini tehlikeye atıyorsa, sicili tutan makam bilgi vermekten kaçınabilir.

Bilgi paylaşımı ile ilgili tutanak kayıtları, elektronik kıymetli evrakın tescilinden itibaren iki yılın geçmesiyle imha edilir.

3. Kripto Kıymetli Evrak Sicil Kayıtlarının Suretinin Verilmesi

Kripto kıymetli evrakın tescilli olduğu sicili tutan makam, hamilin haklarının muhafazası için gerekli olduğu müddetçe, münferit olarak tescil edilmiş bir kripto kıymetli evrakın hamilinin isteği üzerine, bu kişiye yazılı bir formda sicil suretini vermek zorundadır (eWpG m 19/1).

Münferit olarak tescil edilmiş bir kripto kıymetli evrakın hamili bir tüketici ise, sicili tutan makam hamile, kripto kıymetli evrakın sicile tescilinden sonra ya da

sicilin içeriğindeki yapılacak her değişiklik zamanında veya yılda bir kere yazılı bir formda sicil suretini vermek zorundadır (eWpG m 19/2).

E. Elektronik Kıymetli Evrak Sicilinin Tutulmasından Doğan Sorumluluk

1. Merkezi Sicil

Elektronik kıymetli evrak sicilinin yönetimi konusundaki ilke ve prensipler ile olası zararlardan doğan sorumluluk eWpG m 7 hükmünde düzenlenmiştir. Hükmün ilk fıkrasına göre sicili tutan makam, ihraç edilen elektronik kıymetli evrak ile ilgili bilgilerin mahremiyetini sağlar. Bunun anlamı, üçüncü kişilerin bilmelerinde hukukî yararları bulunmayan hususların bu kişilerin erişimine kapalı olmasıdır. Hükmeye göre ayrıca, sicilde tutulan bilgilerin doğruluğu ve bütünlüğü sağlanmalıdır. Dolayısıyla, sicilde muhafaza edilen bilgiler hukuka aykırı olarak değiştirilememelidir.

Elektronik kıymetli evrak sicilinde yer alan kayıtlar her zaman mevcut hak sahipliği durumunu tam ve doğru olarak yansıtmalıdır. Bu noktada, sicili tutan makam ayrıca gerçekleşen devir işlemlerinin de usulüne uygun ve gerçek durumu yansıtacak şekilde gerçekleşmesini temin eder. Sicili tutan makam, sicilde muhafaza edilen bilgilerin doğruluğunu, bütünlüğünü ya da mahremiyetini sağlayamaz ise *kusursuz olmadığı müddetçe* hak sahiplerine karşı sorumludur (eWpG m 7/2).

Elektronik kıymetli evrak sicilini idare eden makam, sicilin idaresi için gerekli teknik tedbirleri almalıdır. Ayrıca gerekli organizasyonel tedbirleri almak da bu makamın sorumluluğundadır. Anılan tedbirler ile, müseccel kıymetli evrak ile ilgili elektronik verilerin kaybı ya da yetkisiz olarak değiştirilmesinin önüne geçilebilmelidir. Aksi takdirde sicili tutan makam, bundan doğan zararlardan sorumlu olur (eWpG m 7/3).

Tasarı'ya karşı sunulan görüşlerde eWpG m 7/3 hükmüyle getirilmek istenen bu sorumluluk sistemi eleştirilmiştir. Kanun'da da bu düzenlemeler korunduğundan, bu eleştiriler halen geçerlidir. Bu doğrultuda bir görüşe göre⁹⁰, elektronik sicil kayıtlarının muhafaza edildiği sisteme bir siber saldırı (hack) gerçekleştiğinde; ilk bakışta ve doğrudan sicili tutan makamın üzerine düşen yükümlülüğü yerine getirmemesi dolayısıyla sorumlu olduğu görüntüsü oluşmaktadır. Bununla beraber, eWpG m 7/2 hükmünde olduğu gibi ispat yükü ters çevrilmemiştir. Bu tercihin bir sonucu olarak iddia sahibi, verilerdeki bir kayıp ya da yetkisiz olarak değiştirilme durumunda sicili tutan makamın gerekli teknik tedbirleri almadığını ispat etmek zorundadır. Böylelikle, sicil kayıtlarına erişim ya da teknik bilgi açısından ortalama düzeyde malumat sahibi yatırımcılar, haklarını korumak bakımından aşılmaz engeller önünde kalmaktadırlar. Söz konusu görüşe göre, bu sebeple, en azından gerçek kişi yatırımcılar için eWpG m 7/2 hükmünde olduğu gibi ispat yükü ters çevrilmelidir.

⁹⁰ Stellungnahme Blockchain Bundesverbandes 12.

2. Kripto Kıymetli Evrak Sicili

Merkezî olmayan bu sicilde, keşidecinin eWpG m 16/2 hükmüne göre belirleme yapmadığı durumlarda *keşideci sicili tutan makam sayılmaktadır*. eWpG m 21 hükmünde ise keşidecinin bu bağlamdaki yükümlülükleri sayılmaktadır. Buna göre; kripto kıymetli evrakın keşidecisi, ilgili kıymetli evrakın müseccel olduğu tüm bir tescil süresi boyunca, kripto kıymetli evrakın bütünlüğü ve gerçekliğini garanti etmek için gerekli teknik ve organizasyonel tedbirleri alır (f 1). Kanun’a göre kripto kıymetli evrak için geçerli olan gerekliliklerin artık yerine getirilmemesi halinde, keşideci münasip bir zaman içerisinde bu durum için bir çare geliştirmek zorundadır. Eğer keşideci gerekli çözümü geliştiremez ise, denetim makamları keşideciden ilgili kıymetli evrakı bir diğer elektronik kıymetli evrak siciline taşınmasını talep edebilir.

Bu düzenleme, aynı zamanda sicili tutan makam olan keşideci açısından belirsiz bir yükümlülük ve sorumluluk yumağına sebep olması açısından eleştirilmektedir⁹¹. Bu düşünceye göre, sorumluluk dairesi keşideci, (keşideciden farklı bir kişi olması halinde) sicili tutan makam ve kripto saklayıcı arasında somut olarak sınırlanmalıdır. Örneğin, keşidecinin hangi “organizasyonel ve teknik tedbir”leri alması gerektiği tek tek belirtilmeli ve sorumluluk da buna uygun olarak tespit edilmelidir⁹².

V. eWpG’nin Türk Hukuku Hakkında Düşündürdükleri

Hukuk ve teknolojik gelişmelerin içinde bulunduğu etkileşim yadsınmaz. Özellikle, bilgisayar ve internet teknolojilerindeki gelişim, hukuk alanında da etkisini göstermiş ve sermaye piyasası araçlarının kaydileştirilmesiyle başlayan süreç, bugün kripto paraların devletler tarafından geçerli bir ödeme aracı olarak kabul edilmelerine kadar gelmiştir⁹³. Almanya’da da kıymetli evrakın (şimdilik sadece tahviller için de olsa) elektronikleştirilmesi, bu açıdan bakıldığında, sürpriz değildir. Dünya gündeminde büyük yer işgal eden elektronikleşme ve kripto veri transferinin ülkemizi de etkilemesi kaçınılmazdır⁹⁴.

eWpG hükümleri, şüphesiz, konunun her yönüyle ele alındığı ve düzenlendiği ya da hiçbir açık noktanın bırakılmadığı bir kanun yaratmayacaktır. Böyle bir olanak mevcut olmadığı gibi; kanaatimizce asıl önemli olan, Kıta Avrupası hukuk sisteminde bu yönde bir adım atılmasıdır. Bu adımı, başka devletlerin yapacağı atılımların izleyeceği kesindir. Bu sebeple, görüşümüzce, Türk hukukunda da bu yönde adımlar atılmalıdır.

⁹¹ Stellungnahme Aktieninstitut 5.

⁹² ibid 5.

⁹³ Örneğin El Salvador, “bitcoin” isimli kripto parayı geçerli bir ödeme aracı olarak kabul eden ilk devlet olma yolundadır (<https://www.cnbc.com/2021/06/09/el-salvador-proposes-law-to-make-bitcoin-legal-tender.html>; Erişim Tarihi 9 Haziran 2021).

⁹⁴ Zira, yukarıda da temas edildiği üzere, halka açık olmayan anonim ortaklıkların hamiline yazılı pay senetlerinin MKK kaydına alınması zorunluluğunun getirilmesi (6102 sayılı TTK m. 489) bunu doğrular niteliktedir.

Kanun'un içerdiği temel düşüncenin Türk hukukuna uygulanması halinde hem şirketler hukuku alanında hem de kıymetli evrak hukuku alanında önemli gelişmeler yaşanacaktır.

A. Dijitalleşmenin Şirketler Hukuku Açısından Sonuçları

1. Dijital Değerlerin Şirket Nezdinde Kayden İzlenmesi

“Dijitalleşme” ile kastedilen, şirketler hukukunda kâğıt formunun tamamen terk edilmesidir. Özellikle anonim şirketlerde, bu şirketlerin paylarını temsil eden pay senetlerinin hamiline ya da nama yazılı olmasına bakılmaksızın tamamının sayısal değerlere dönüştürülerek, şirketin altyapısını ve güvenliğini sağlayacağı çevrimiçi sistemler üzerinden takip edilmesi düşünülebilir⁹⁵. Kâğıt formunun terk edilmesi sadece pay senetleri açısından değil; şirketlerin fon ihtiyaçlarını karşılamak için ihraç ettikleri tahvil ve benzeri borçlanma senetleri olmak üzere tüm sermaye piyasası araçları için uygulanabilir. Çıkarılan her bir pay senedi ya da borçlanma aracı veya sermaye piyasası aracı için sayısal bir değer (*unique ID*) atanması suretiyle bu senetler, şirketler bünyesinde oluşturulacak dijital sistemler içinde muhafaza edilebilir.

Tasvir etmeye çalıştığımız sistem, şirketin kuruluşunda ya da kuruluşundan sonra kabul edilebilir. Sistem uygulandığında, pay sahiplerine sisteme girişleri için elektronik imza benzeri bir aracın sağlanması mümkündür. Aslında, elektronik imza teknolojisinin dahi eskidiği söylenebilir. Bugün kripto paraların saklanması için “mobil kripto para cüzdanları” ismi verilen ve taşınabilir bellek benzeri, içinde yazılım barındıran araçlar da kullanılmaktadır. Mobil kripto para cüzdanı, barındırdığı yazılım sayesinde blok zincir teknolojisi ile doğrudan bağlantı kurmayı sağlayan cihazdır⁹⁶. Pay sahiplerine bu şekilde bir bağlantı imkânı sağlanabilir. Elbette, kâğıt formunda bir pay senedine göre böyle bir teknolojinin maliyeti yanında marjinal faydası sorgulanabilir. Önemli olan, şirket nezdinde tutulan bir mikro sicil üzerinden hak sahipliği değişikliklerinin takip edilebilmesidir. Hâmiline yazılı paylar açısından böyle bir sistemin gerekliliği düşündürücü olabilir. Çünkü, hâlihazırdaki kâğıt formunda, hâmiline yazılı bir pay senedi sadece zilyetliğin geçirilmesi suretiyle devredilebilir (6102 sayılı TTK m. 489/1). Sayısal değerlerin kâğıt formuna tercih edilmesi, hâmiline yazılı pay senetlerinin devrini zorlaştırır. Çünkü, Kanun'a göre⁹⁷ de, sicil üzerinden takip edilen hak sahipliği üzerindeki değişikliklerin hüküm ifade

⁹⁵ eWpG-T hükümlerine getirilen önemli eleştirilerden biri de bu tasarrufların sadece hâmiline yazılı tahvilleri kapsamına aldığı yönündeydi. Söz konusu eleştirilere göre, hâmiline yazılı pay senetleri de elektronik kıymetli evrak ile ilgili düzenlemeler kapsamına alınabilirdi (Stellungnahme bitkom 1; Stellungnahme BVI 1; Stellungnahme Deutsche Börse 1). Kanunlaşmadan sonra da bu konuda bir değişiklik olmadığı gözlenmektedir.

⁹⁶ <https://www.btcturk.com/bilgi-platformu/kriptoparanizi-yaninizda-tasiyin-mobil-kriptopara-cuzdanlari>; Erişim Tarihi 9 Haziran 2021.

⁹⁷ Bir elektronik kıymetli evrak üzerinde gerçekleştirilecek tasarrufların geçerli olması diğer yasal gerekliliklerin de yerine getirilmesi şartıyla elektronik kıymetli evrak siciline bir tescil ya da devir kaydını gerektirir (eWpG m 24).

etmesi sicile yapılacak bildirimle bağlıdır. Hâmiline yazılı senetlerde bu yöntem işlevsel değildir.

Hâmiline yazılı pay senetleri açısından yapılan bu yorum, nama yazılı senetler açısından geçerli olmasa gerektir. Çünkü, elektronik kıymetli evrak ve buna dair sicili tutan makama talimat-sicile tescil zincirinin uygulanması ile, özellikle bağlı nama yazılı pay senetlerinin devri açısından pay defterine kaydedilmemiş paylar (*Dispoaktien*) sorununun önüne geçilebilir. Pay defterine kaydedilmemiş paylar fenomeni, bağlı nama yazılı pay senetlerinin borsada iktisap edilmesine rağmen şirkete pay sahibi olarak tanınma başvurusu yapılmaması üzerine oluşan boşluğu ifade etmektedir⁹⁸. Borsaya kote bağlı nama yazılı hisse senetlerini iktisap eden kişi, şirkete pay sahibi olarak tanınma başvurusu yapmazsa, idari hakları kullanamayacağından; şirket açısından olumsuz bir durum ortaya çıkar ve bir yönetim boşluğu oluşur⁹⁹. Ancak, tüm paylar şirket nezdinde kayden takip edilirse, diğer bir deyişle dijitalleştirilirse, pay sahipliği konumunda meydana gelen değişiklikler anlık olarak takip edilebilir ve söz konusu yönetim boşluğunun önüne geçilebilir.

Şirketler hukuku ile ilgili tasavvur edilen bu yapının avantajlı ve dezavantajlı yönlerinin bulunduğu söylenebilir. Her şeyden önce, senetlerin kâğıttan kurtarılarak sayısal değerler vasıtasıyla temsil edilmesi; piyasa güvenliğini sağlayacak, sahteciliğin büyük oranda önüne geçecek ve senetlerin daha kolay tedavül etmesi sağlanacaktır. Bu avantajların yanında, bahsedilen sistemin ancak büyük maliyetlerle kurulabileceği de bir gerçektir. Çünkü, şirketin çıkardığı pay senetleri başta olmak üzere tüm menkul kıymetlerin tek bir sistem ve sayısal (ya da dijital) değerler üzerinden izlenmesi, büyük bir tehlikeyi de beraberinde getirir. Bu tehlike de siber saldırılardır. Bugünün dünyasına, teknoloji devlerinin dahi siber saldırılar sonucu büyük zararlara uğradığı ve bu saldırılar sonucunda, örneğin müşteri bilgilerinin karaborsalarda alınıp satıldığı bilinmektedir. Hal böyle iken, şirketlerin ihraç ettikleri menkul kıymetlerin güvenli bir şekilde tedavül etmesini sağlayacak siber güvenlik altyapısının sağlanmasının oldukça zor olduğu sonucu ortaya çıkmaktadır. Bu sebeple, hukukî altyapısı kusursuz bir şekilde kurulsada dahi, şirketler açısından pay senetleri başta olmak üzere sermaye piyasası araçlarının dijital olarak izlenmesinin uzun yıllar mümkün olmayacağı; en azından belirli bir ekonomik gücün altındaki şirketler açısından bu yolun marjinal faydası düşük bir yatırım olacağı söylenebilir.

2. Dijital Değerlerin Şirket Dışında Merkezî Bir Kurum Tarafından İzlenmesi

Şirket paylarının, şirket dışında merkezî bir kurum tarafından kayden izlenmesi yakın bir zamanda Türk hukukunda hukukî altyapısı (kısmen de olsa) hazırlanmış bir

⁹⁸ Daniel M Häusermann, 'Dispoaktien: Ein 250-Milliarden-Problem?', GesKR, 2012/2, 220; Hans Caspar von der Crone, 'Bericht zu einer Teilrevision des Aktienrechts: Stimmrechtsvertretung/Dispoaktien', REPRAX, 2003/2, 9.

⁹⁹ von der Crone (n 98) 9.

gelişmedir. Hâmiline Yazılı Pay Senetlerinin Merkezî Kayıt Kuruluşuna Bildirilmesi ve Kayıt Altına Alınması Hakkında Tebliğ¹⁰⁰, konu ile ilgili olup, hâmiline yazılı pay senetlerinin MKK kaydına alınmasını düzenlemektedir. Bu Tebliğin m 4/2 hükmüne göre, hâmiline yazılı payların sahiplerine dair bazı bilgiler MKK'ye bildirilir. Sonrasında bu bilgiler, bu amaçla oluşturulan sisteme kaydedilir. MKK'ye yapılacak bildirimde şirketin iletişim bilgilerine de yer verilir. **Pay senedi, sistemde ilgili şirketle ilişkilendirilerek özel algoritma ile üretilen tekil numara (unique, benzersiz ID) altında senet sahibi adına kaydedilir.** Yapılan kayıtlar ve üretilen tekil numaralara ilişkin bilgiler MKK sisteminden elektronik ortamda alınır.

Anılan Tebliğ ile kâğıt formundan tamamen vazgeçilmiş değildir. Zira mezkur Tebliğin m 4/3 hükmünde, MKK tarafından bir hâmiline yazılı pay için tekil numara atanması gerçekleştirilmiş olsa bile bu senetlerin yine de (kendilerine ait tekil numarayı içerecek şekilde) bastırılacağı belirtilmiştir.

Kayıt altına alınmış payların devri, yine klasik (hâmiline yazılı) kıymetli evrakta olduğu gibi, zilyetliğin devri ile gerçekleşecektir. Burada payı devralanın MKK'ye bildirimde bulunması gerekir (Tebliğ, m 5/1). Kaydın etkisine dair Tebliğ m 10/1 hükmüne göre, MKK'ye bildirimde bulunulmaması halinde, hâmiline yazılı pay senedine sahip olanlar, kanundan doğan paya bağlı haklarını gerekli bildirim yapıncaya kadar kullanamaz.

Hâmiline yazılı pay senetlerinin MKK nezdinde izlenmesi, eWpG anlamında bir dijital atılım sayılamaz. Zira, az önce de temas edildiği üzere, hâmiline yazılı pay senetlerinin bastırılmasından vazgeçilmemiştir. Oysa, eWpG hükümleriyle, bir kıymetli evrakın kâğıt unsuru olmaksızın tedavülü mümkün olmaktadır. eWpG hükümleri, hukukumuzdaki Kaydileştirilen Sermaye Piyasası Araçlarına İlişkin Kayıtların Tutulmasının Usul ve Esasları Hakkında Tebliğ¹⁰¹ ile getirilen sisteme benzemektedir. Bu tebliğe göre, sermaye piyasası araçlarının senede bağlanmaksızın elektronik ortamda kayden ihracı esastır (m 14). Kaydileştirilen sermaye piyasası araçları, önceden senede bağlanmış ise de bunlar teslim edilir ve imha edilir (m 15). Kaydileştirilen sermaye piyasası araçları, MKK üyelerince, MKK nezdinde için üyeler açılmış hesaplar üzerinden izlenir (m 5 ve 6). Bu noktada eWpG ve Türk hukukuna göre kaydileştirme farklıdır. Zira eWpG, kripto kıymetli evrak sicili bir kenara bırakılırsa, tek bir merkezden ve tek elden kayıt altına alma sistemini kabul etmiştir.

Görüşümüzce, MKK sistemine ya da eWpG sistemine benzer şekilde, anonim şirket payları ve diğer tüm sermaye piyasası araçları şirket dışında merkezî bir kurum tarafından kayden izlenmelidir. Bu noktada, halka açık olmayan anonim ortaklıkların

¹⁰⁰ RG 6.4.2021/31446.

¹⁰¹ Seri II-13.1, RG 7.8.2014/29081.

halka arz edilmeyen pay ihraçları da kapsama alınmalıdır¹⁰². Hâmiline Yazılı Pay Senetlerinin Merkezî Kayıt Kuruluşuna Bildirilmesi ve Kayıt Altına Alınması Hakkında Tebliğ Sermaye Piyasası Kanunu'nun m. 13 hükmüne göre payları kayden izlenen şirketler dışında, hâmiline yazılı pay ihraç eden şirketleri kapsamaktadır. Bu noktada düşüncemiz, konunun tüm yönleriyle tekrar ele alınarak halka açık olsun olmasının tüm şirketlerin hâmiline ve/veya nama yazılı tüm pay senetlerinin kağıt formundan çıkarılarak, merkezî bir kuruluş nezdinde kayden izlenmesi gerektiği yönündedir.

B. Dijitalleşmenin Kıymetli Evrak Hukuku Açısından Sonuçları

Dünyada birçok ülkede blok zincir teknolojisine dayalı finansman araçlarının ve bu arada kıymetli evrakın düzenleniyor olması dikkat çekmektedir. eWpG-T için hazırlanan uzman tasarısına ilişkin gerekçede de belirtildiği üzere, birçok ülkede bu konuda gelişmeler yaşanırken; bu konuda yerel bir düzenleme olmaması, dış piyasalara entegrasyona zarar verebileceği gibi yatırımcıların o ülkede yatırım yapma cesaret ve ilgileri de azalır¹⁰³. Bu sebeple, sermaye piyasası araçlarının kaydileştirilmesinde olduğu gibi kıymetli evrakın da dijital unsurlar üzerinden takip edilebilmesi, işletmelerin ihtiyaç duydukları kaynaklara kavuşmasını kolaylaştıracağından yatırım ortamını iyileştirir¹⁰⁴.

Kıymetli evrakın ve özellikle kambiyo senetlerinin sayısal değerlere dönüştürülerek merkezî bir makam nezdinde takip edilmesi, her şeyden önce işlem güvenliğini sağlar. eWpG hükümlerinde de belirtildiği üzere, bu şekilde kayıt altına alınmış kıymetli evrak, sadece, keşidecinin ve ondan senedi devralan hâmil başta olmak üzere hak sahiplerinin sicili tutan (merkezî) otoriteye talimatları ve tescil ile el değiştireceğinden, en başta sahte veya tahrif edilmiş çek sorununun önüne geçilmiş olur. Bu yönüyle, elektronik kıymetli evrakın mülkiyet hakkını koruyucu bir fonksiyonu da vardır¹⁰⁵.

Sonuç

Yakın bir geçmişten başlamak üzere tüm dünyayı etkisi altına alan ve yatırım konusunda yeni bir trend yaratan blok zincir teknolojisi başta olmak üzere inovatif teknolojiler, hukuk alanında da etkisini göstermiştir. Alman yasa koyucusu, bu ülkedeki yatırım ortamının çekiciliğini korumak üzere, söz konusu teknolojilerin kıymetli evrak hukuku alanında da uygulanmasını hedeflemektedir. Bunu teminen, 16 Aralık 2020 Tarihli Alman Elektronik Kıymetli Evrak Kanunu Tasarısı (eWpG-E) yayınlanmıştır. Bu tasarı 9 Haziran 2021 tarihinde kanunlaşmıştır.

¹⁰² Karş Sermaye Piyasası Kanunu m 2/1.

¹⁰³ Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz und des Bundesministeriums des Finanzen, 1; <https://www.bmjv.de>; Erişim Tarihi 10 Haziran 2021.

¹⁰⁴ Referentenentwurf 1.

¹⁰⁵ Referentenentwurf Gerekçesi 1.

eWpG sistemi incelendiğinde, bunun aslında geleceğe yönelik bir köprü niteliğinde düzenleme olduğu görülür. Zira, Kanun ile sadece hâmiline yazılı tahviller kapsama alınmış; bunun dışındaki (başta anonim şirket payları olmak üzere) kıymetli evrak için henüz erken olduğu Kanun gerekçesinde de ifade edilmiştir. Kanun, teknolojiye yaklaşımı bakımından da çekimser davranmış; şimdiki teknolojinin en güncel olanaklarını göz önüne almakla beraber, ilerideki teknolojileri de kapsayacak şekilde düzenlemeler getirilmiştir.

Alman yasa koyucusunu eWpG’yi ortaya koymaya iten şey, çevre ülkelerde bu yönde yaşanan teknik ve hukukî ilerlemelerdir. Dünyaya entegre olmak isteyen bir Türkiye’nin de bu gelişmelerden uzak durması düşünülemez. Yakın bir gelecekte, blok zincir teknolojisi başta olmak üzere, tüm güncel teknolojik imkânların ekonomi ve hukuku etkilemesi kaçınılmazdır.

Hukuk sistemimizde, sermaye piyasası araçlarının kaydileştirilebilmesi imkânından yola çıkılarak, ülkemizin bu yöndeki gelişmelere aslında tamamen yabancı olduğu söylenemez. Aksine, oldukça yakın bir tarihte, halka açık olmayan anonim ortaklıkların hâmiline yazılı pay senetlerinin MKK nezdinde izlenmesi yönünde düzenlemeler yapılmıştır. Ancak, bu gelişme eWpG hükümlerinde olduğu gibi kağıt formundan tamamen vazgeçilmesini gerektirmemektedir. Oysa, hem kıymetli evrak hukuku alanında hem de şirketler hukuku alanında, en başta işlem güvenliğinin sağlanması ve yatırımcının güvenliğinin korunması gerekçeleriyle kağıt formu terk edilmelidir.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

Grant Support: The author declared that this study has received no financial support.

Bibliyografya/Bibliography¹⁰⁶

- Atakan M C, ‘*Kıymetli Evrak Hukuku’nda Yeni Bir Öneri: Elektronik Çek. Alman Elektronik Kıymetli Evrak Kanunu Tasarısı (eWpG-E) Işığında Bir İnceleme*’, (2021), Cilt 47 (2), Yargıtay Dergisi, 541-580.
- Beurskens M, ‘*Blockchain und Gesellschaftsrecht – Endlose Möglichkeiten?*’, NZG 2021, 353-354.
- Conreder C, ‘*Gesetzgebung: Bundestag verabschiedet Gesetz zur Einführung elektronischer Wertpapiere*’, DStR-Aktuell 2021, 103-104.
- Çamoğlu E, *Kıymetli Evrak Hukukunun Temel İlkeleri*, (Vedat 2020).
- Eckpunkte für die regulatorische Behandlung von elektronischen Wertpapieren und Krypto-Token, Digitale Innovationen ermöglichen - Anlegerschutz gewährleisten, 7. März 2019, Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz¹⁰⁷. (Anılış: Eckpunktepapier)
- Gruppe Deutsche Börse, Kommentare zum Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz und des Bundesministeriums der Finanzen, Entwurf eines Gesetzes zur Einführung von elektronischen Wertpapieren (eWpG), Frankfurt am Main, 14 September 2020. (Anılış: Stellungnahme Deutsche Börse)
- Hau W ve Poseck R, *BeckOK BGB*, 58. Edition, Stand: 01.05.2021, (CH Beck 2021). (Anılış: BeckOGK BGB Yazar §-, N -)
- Häusermann D M, ‘*Dispoaktien: Ein 250-Milliarden-Problem?*’, GesKR, 2012/2, 220-230.
- Hein J v, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 13: Internationales Privatrecht II, Internationales Wirtschaftsrecht II, Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche (Art. 50-253)*, 8. Auflage, (CH Beck 2021). (Anılış: MüKoBGB: Yazar Art N)
- Kendigelens A ve Kırca İ, *Kıymetli Evrak Hukuku-Genel Esaslar Kambiyo Senetleri*, (Oniki Levha 2019).
- Kleinert U ve Mayer V, ‘*Der deutsche Weg zum elektronischen Wertpapier - Der Referentenentwurf für das eWpG*’, EuZW 2020, 1059-1064.
- Lehmann M, ‘*Zeitenwende im Wertpapierrecht-Der Referentenentwurf für ein Gesetz über elektronische Wertpapiere (eWpG)*’, BKR 2020, 431-438.
- Meier J, ‘*Elektronische Wertpapiere in der Zwangsvollstreckung Eine Vollstreckung in Forderungen und Vermögensrechte*’, MMR-Zeitschrift für IT-Recht und Recht der Digitalisierung, Heft 5, 2021, 381-385.
- Özcan F, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 24. Bası, (Yetkin 2019).
- Poroy R ve Tekinalp Ü, *Kıymetli Evrak Hukuku Esasları*, 23. Bası, (Vedat 2019).
- Preusse T ve Wöckener K ve Gillenkirch D, ‘*Der Gesetzesentwurf zur Einführung elektronischer Wertpapiere - Überblick und Bewertung der zukünftigen Rechtslage mit Blick auf die Rechtsordnungen in Frankreich und Luxemburg*’, BKR 2020, 551-559.
- Saive D, ‘*Einführung elektronischer Wertpapiere*’, ZRP 2020, 219-222.
- Skauradszun D, ‘*Handels- und steuerrechtliche Bilanzierung von Kryptowerten und Kryptowertpapieren iSv § 1 Abs. 11 S. 4 KWG, § 4 Abs. 3 eWpG*’, DStR 2021, 1063-1070.
- Stellungnahme der Börse Stuttgart (Baden-Württembergische Wertpapierbörse GmbH, Regulatory Affairs). (Anılış: Stellungnahme Börse Stuttgart).

¹⁰⁶ Tasarı’ya ilişkin bildirilen görüşler (*Stellungnahmen*) şu adresten temin edilmiştir: https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Gesetzestexte/Gesetze_Gesetzesvorhaben/Abteilungen/Abteilung_VII/19_Legislaturperiode/2020-08-11-einfuehrung-elektronische-wertpapiere/0-Gesetz.html; Erişim Tarihi 17 Ocak 2021.

¹⁰⁷ Belgeye şu adresten erişilebilir: https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Gesetzestexte/Gesetze_Gesetzesvorhaben/Abteilungen/Abteilung_VII/19_Legislaturperiode/2019-03-07-Eckpunktepapier-Wertpapiere-Krypto-Token/2019-03-07-Eckpunktepapier-regulatorische-Behandlung-elektronische-Wertpapiere-Krypto-Token.pdf?__blob=publicationFile&v=3; Erişim Tarihi 17 Ocak 2021.

- Stellungnahme des Blockchain Bundesverbandes, zum Referentenwurf des Bundesministerium des Justiz und für Verbraucherschutz und des Bundesministerium der Finanzen eines Gesetzes zur Einführung von elektronischen Wertpapieren vom 11. August 2020, Berlin 14. September 2020. (Anliş: Stellungnahme Blockchain Bundesverbandes).
- Stellungnahme des Bundesverbandes Alternative Investments e.V. (BAI) BAI, Hinweise zum RegE OGAW-V-UmsG - zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Einführung von elektronischen Wertpapieren, GZ: VII B 5 – WK 6100/20/10001:004, DOK: 2020/0779342. (Anliş: Stellungnahme BAI).
- Stellungnahme des BVI zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Einführung von elektronischen Wertpapieren (eWpG), GZ: VII B 5 – WK 6100/20/10001:004, DOK: 2020/0779342, Frankfurt am Main, 14. September 2020. (Anliş: Stellungnahme BVI)
- Stellungnahme des Deutschen Aktieninstituts zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Einführung von elektronischen Wertpapieren des Bundesministeriums der Finanzen und des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz, 11. September 2020. (Anliş: Stellungnahme Aktieninstitut)
- Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins durch den Ausschuss Handelsrecht und den Ausschuss Bank- und Kapitalmarktrecht zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Einführung von elektronischen Wertpapieren – im Anschluss an die DAV-Stellungnahme Nr. 14/2019 – Stellungnahme Nr.: 63/2020 Berlin, September 2020. (Anliş: Stellungnahme DAV)
- Stellungnahme zum gemeinsamen Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz sowie des Bundesministeriums der Finanzen eines „Gesetzes zur Einführung von elektronischen Wertpapieren“, blockLAB Stuttgart e.V. c/o PURE CLUB, 14.09.2020. (Anliş: Stellungnahme blockLAB)
- Stellungnahme-Bundesverband der Wertpapierfirmen e.V. (bwf), Hamburg, 14.09.2020. (Anliş: Stellungnahme bwf)
- Stellungnahme-Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz und des Bundesministeriums der Finanzen – Entwurf eines Gesetzes zur Einführung von elektronischen Wertpapieren, Bitkom Bundesverband Informationswirtschaft, Telekommunikation und Neue Medien e.V., 10.09.2020. (Anliş: Stellungnahme bitkom)
- Ülgen H ve Helvacı M ve Kaya A ve Nomer Ertan F, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 12. Bası, (Vedat 2019).
- von der Crone, H C, ‘*Bericht zu einer Teilrevision des Aktienrechts: Stimmrechtsvertretung/ Dispoaktien*’, REPRAX, 2003/2, 1-26
- Weber M, ‘*Die Entwicklung des Kapitalmarktrechts 2020/2021*’, NJW 2021, 985-992.
- Wieneke L ve Kunz J H, ‘*Das Gesetz zur Einführung von elektronischen Wertpapieren-Der Regierungsentwurf*’, NZG 2021, 316-323.
- <https://www.bmjv.de>; Erişim Tarihi 27 Aralık 2020.
- <https://www.bundesfinanzministerium.de>; Erişim Tarihi 5 Aralık 2020.



Anlaşma Temeline Dayalı Boşanma Davalarında Hakimın Yoksulluk Nafakasına Müdahalesi

Nihan Koyuncu Aktaş*

Öz

Anlaşma temeline dayalı boşanma davalarında tarafların boşanmasına karar verilebilmesi için taraflarca kabul edilen bir düzenlemenin mevcut olması gerekmektedir (TMK md 166/III). Taraflarca kabul edilen düzenleme ile eşler, boşanmanın mali sonuçları ve çocukların durumuna ilişkin anlaşmış olmalıdır. Bununla birlikte TMK md 166/III c 3 hükmünde yer alan bu düzenleme hakimın, taraflarca kabul edilen düzenlemede değişikliğe neden olabilecek müdahalesinin mümkün olduğunu işaret etmektedir. Çalışma konumuz olan ve boşanmanın mali sonuçları arasında yer alan yoksulluk nafakası da taraflarca kabul edilecek düzenlemenin zorunlu içeriğine dahildir. Bu kapsamda hakimın yoksulluk nafakasına müdahalesinin mümkün olduğu sonucuna varılmaktadır. Ne var ki yabancı hukuk sistemlerinde boşanma hukukundaki güncel değişiklikler hakimın boşanmanın mali sonuçlarına yönelik müdahalesinin sınırlı tutulması yönündedir. Çocuğun durumuna ilişkin düzenlemelerin tersine, tarafların serbest tasarrufuna dahil olması nedeni ile yoksulluk nafakasına müdahalenin dar yorumlanması, olması gereken hukuk açısından yerindedir. Bununla birlikte tarafların yoksulluk nafakasına yönelik sözleşme serbestisinin sınırları mevcuttur. Gerçekten taraflar, sözleşmenin içeriğini belirlerken bu içeriğin kanunun emredici düzenlemelerine, kamu düzenine, kişilik haklarına uygunluğa ve konusunun imkansız olmamasına riayet etmekle yükümlüdür. Buna ilaveten Medeni Kanunun genel ve çerçeve nitelikli amir hükümleri de tarafların sözleşme özgürlüğünü sınırlamaktadır. Bu sınırlamalar hakimın yoksulluk nafakasına müdahalesinin kapsamını da belirlemektedir. Bu kapsamda öncelikle hakimın yoksulluk nafakasına ilişkin düzenlemenin geçerli olup olmadığını denetleme ödevi bulunduğu belirtilmelidir. Hakim, yoksulluk nafakası da dahil olmak üzere düzenlemenin zorunlu içeriğinin serbest bir irade ürünü olup olmadığını da incelemelidir. Bu belirtilenler kapsamında hakimın yoksulluk müdahalesinin kapsamı ve sınırları özellikle uygulamada karşılaşılan muhtemel problemlerle birlikte ele alınmaktadır. Tarafların yoksulluk nafakası hususunda sessiz kalması, yoksulluk nafakasını saklı tutması, nafakanın belirli bir süre için verileceği yönünde anlaşması, nafakadan feragat edilmesi ve nafaka miktarının çok yüksek ya da çok düşük belirlenmesi gibi durumlarda hakimın müdahalesinin kapsamı ve sınırları değerlendirilmektedir.

Anahtar Kelimeler

Yoksulluk Nafakası, Boşanmanın Mali Sonuçları, Anlaşmalı Boşanma, Anlaşmalı Boşanma Protokolü, Hakimın Müdahalesi

Alimony Scrutiny by Judge in Mutual Consent Divorces

Abstract

According to Turkish Civil Code (TMK) Art 166/III, there shall be an agreement by the parties in order to place a judgement in a judicial divorce by mutual consent. The parties shall agree upon the financial consequences and a parenting plan, which constitute the mandatory scope of the agreement. TMK Art 166/III indicates that a judge may overrule stipulations in the agreement resulting in alterations. Therefore, scrutiny and alimony intervention, the subject of this study, is possible. Notably, current changes in foreign divorce law address limited scrutiny related to financial consequences. Unlike provisions related to the parenting plan, it is appropriate to restrict the extent of scrutiny on alimony since it is a matter the parties are free to decide. However, parties' freedom to the agreement has limitations. Parties shall guarantee that the content of agreement complies with the restrictive rules, public order, and personal rights. Freedom also has its

* **Sorumlu Yazar:** Nihan Koyuncu Aktaş (Dr/Avukat), İstanbul, Türkiye. E-posta:koyuncuaktas@gmail.com ORCID: 0000-0002-8251-2629

Atrf: Koyuncu Aktas N, "Anlaşma Temeline Dayalı Boşanma Davalarında Hakimın Yoksulluk Nafakasına Müdahalesi" (2021) 79(3) İstanbul Hukuk Mecmuası 761. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2021.79.3.2109>



limitations in the restrictive Civil Code rules that frame the extent of judge's scrutiny. Therefore, a judge shall examine the validity of provisions of the agreement and convinced that the provisions result from free will. Within the scope of the previously mentioned statements, the range and limits of scrutiny are discussed along with any possible disputes encountered in practice such as when parties are silent about the alimony, when alimony is reserved for further resolution, when alimony is limited to a specific time frame, when an alimony waiver has been declared, and when alimony is decidedly too high or too low.

Keywords

Alimony, Financial Consequences of Divorce, Divorce by Mutual Consent, Spousal Agreements, Judge's Scrutiny

Extended Summary

TMK Art 166/III regulates special grounds in mutual consent divorces. The Article mandates that with the presence of both parties' consensus (or acceptance of the claim by the other party) the marriage shall be deemed as it has been irretrievably broken. The presumption prohibits judges from making further examinations, such as if the marriage is in fact broken or if the parties have a fault. The judge shall pronounce the divorce if the Article's conditions are met.

One of the conditions is the judge's approval of the spousal agreement. Precisely, TMK Art 166/III requires that both spouses agree on the financial consequences of divorce and a parenting plan. Yet, this agreement alone does not enable a judge to decide on a judicial divorce. It must be approved by a judge. Therefore, both parties accept that a judge's scrutiny may result in alterations to the agreement. This phrase clarifies that a judge can propose necessary changes in the agreement. In this case, the divorce is pronounced only if the proposal is accepted by both parties. Otherwise, the action is dismissed and the Supreme Court considers it a contested divorce action.

In this study, the judge's scrutiny and intervention on alimony provisions is examined taking into consideration that divorcing parties reach a consensus on alimony as it is included in the mandatory content of the spousal agreements. To this end, the legal nature of spousal agreement is examined primarily. We conclude that spousal agreements are like a private-law contract with the similar character of a settlement agreement. The necessity of a judge's approval is not a constituent element but a complementary one. Thus, the legal nature of the agreement remains unchanged after it is approved by the court. In light of the conclusions mentioned, a judge's scrutiny of alimony provisions is critical since this area has the highest possible conflicts.

A judge's intervention is primarily required when the parties are silent about alimony in the spousal agreement. The same can be said when a provision is reserved for further resolution by the parties. A judge shall not approve any agreement that is silent about alimony as TMK Art 166/III only refers to agreements that include a

consensus on the financial consequences of divorce and the parenting plan. The result is also the same when the parties reserve their rights to claim future alimony since this shows a non-consensus on alimony. Contrarily, it is considered as leaving the judge to decide the alimony solution is possible, as is the case with Swiss Civil Code (ZGB) Art 112, TMK Art 166/III, where there is no restraint to do so.

When the agreement includes a provision about alimony but not the ratio of change in the following years, it shall still be approved since the ratio of change is not mandatory content of the spousal agreement. Notably, most problems regarding alimony stem from the alimony waiver or when the amount is defined as too high or too low, in which case TMK Art 23 shall be decisive.

Anlaşma Temeline Dayalı Boşanma Davalarında

Hakimin Yoksulluk Nafakası Düzenlemesine Müdahalesi

I. Giriş

Türk Medeni Kanununun¹ 166/III fıkrası ile evlilik birliğinin en az bir yıl sürmüş olması halinde eşlerin birlikte başvurması ya da bir eşin açtığı davayı diğer eşin kabul etmesi halinde evlilik birliğinin temelinden sarsılmış sayılacağı kabul edilmektedir.

TMK md 166/III hükmü uyarınca açılan davalar uygulamada ve Türk hukuk literatüründe anlaşma temeline dayalı boşanma davası (anlaşmalı boşanma davası) olarak adlandırılmaktadır². Gerçekten bu halde eşler mahkemeye birlikte başvurmakta ya da bir eşin açtığı dava diğer eş tarafından kabul edilerek diğer boşanma sebeplerinden farklı olarak bir anlaşma zemini üzerinde mutabakata varılmaktadır³.

TMK md 166/III hükmü kapsamında anlaşmalı boşanmaya karar verilebilmesi için hakimin eşleri bizzat dinleyerek iradelerini serbestçe açıkladıklarına kanaat getirmesi ve taraflarca kabul edilecek düzenlemeyi uygun bulması gerekmektedir. Bu madde ile taraflar arasında boşanmanın mali sonuçları ve çocukların durumuna ilişkin kabul edilen bir düzenlemenin mevcut olması gerektiği düzenlenmektedir.

TMK md 166/III fıkrası eşler arasındaki düzenlemenin iki temel zorunlu unsur barındırması gerektiğini işaret etmektedir: Bunlardan ilki, çocuğun durumuna ilişkin anlaşmadır. Bu kapsamda eşlerin müşterek çocuğu varsa çocuğun velayetinin kime bırakılacağı, iştirak nafakası ve velayetin bırakılmadığı eş ile çocuk arasındaki

¹ Türk Medeni Kanunu, Kanun Numarası: 4721, Kabul Tarihi: 22.11.2001, RG 8.12.2001/24607.

² Bilge Öztan *Aile Hukuku* (6. Bası, Turhan Kitabevi, 2015) 692; Mustafa Dural, Tufan Ögüz ve Mustafa Alper Gümüş *Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku* (Gözden Geçirilmiş 15. Bası Filiz Kitabevi, 2020) 123; Elçin Gülçin Grassinger 'Boşanma Davasında Eşlerin Boşanmanın Tali Sonuçlarına İlişkin Konularda Anlaşma Yapmaları ve Konu ile İlgili İsviçre Federal Mahkemesi Kararı' (1997) LV (3) İHFM 235, 237; Saibe Oktay Özdemir 'Türk Hukukunda Boşanma Sisteminde Revizyon İhtiyacı' (2015) 35 (1) MHB 29, 32. Sevtap Yücel 'Yargıtay Kararları Işığında Anlaşmalı Boşanma Davası Sonrasında Nafaka ve Tazminat Talepleri' (2018) 4 (1) 239, 240; Öz Seçer 'Anlaşmalı Boşanmada Eşlerin Yaptıkları Anlaşma' (2016) 7 (2) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 259, 260; Mine Uzun *Yargıtay Kararları Kapsamında Yoksulluk Nafakası* (Vedat Kitapçılık, 2013) 22.

³ Avrupa Birliği Aile Hukukunu uyumlaştırabilmek amacı ile kurulan Avrupa Birliği Aile Hukuku Komisyonu (CEFL) tarafından Avrupa Aile Hukuku Prensipleri (PEFL) oluşturulmuştur. Bu konuda bkz Şükran Şıpka 'Avrupa Birliği Aile Hukuku ve CEFL (Avrupa Birliği Aile Hukuku Komisyonu, Prensipleri, Amaçları ve Yapılan Çalışmalar)' (2006) 10(2)163, 165vd. PEFL düzenlemesinde boşanma sebepleri, tarafların ortak rızasına dayalı anlaşmalı boşanma ve diğer eşin rızası olmaksızın boşanma olmak üzere iki gruba ayrılmaktadır. Anlaşmalı boşanmayı düzenleyen PEFL 1:4 maddesinde iki tarafın anlaşması ile boşanmaya karar verileceği düzenlenmektedir. Bununla birlikte eşlerin, on altı yaşının altında çocukları varsa ve boşanmanın sonuçlarına ilişkin PEFL 1:6 düzenlemesinde yer alan anlaşmaya varmışlarsa üç aylık düşünme süresi gerektiği ayrıca düzenlenmektedir (PEFL 1:5(1)). Boşanmanın sonuçları üzerinde anlaşmaya varılmamışsa düşünme süresi altı aydır (PEFL 1:5(1)). Eşlerin çocukları yoksa ve malların paylaşımı ile boşanma sonrası nafaka hususunda anlaşmaya varmışlarsa düşünme süresi uygulanmaz; ancak anlaşmaya varılmamışsa üç aylık düşünme süresi geçerlidir (PEFL 1:5(2)). PEFL 1:6(1) hükmünde ise anlaşmanın içeriği düzenlenmektedir. Buna göre eşler (a) velayet hakkı ve gerekli olması halinde çocuğun oturacağı yer ve çocukla ilişki kurulması (b) çocuk yararına nafaka (c) malların paylaşılması (d) boşanma sonrası nafaka hakkında anlaşılabilir. Bkz Şıpka (n 3) 166 vd; Philipp Bauermann *Grundlagen und Ausgestaltung im deutschen Unterhaltsrecht und in den Prinzipien der Commission on European Family Law (CEFL)* (Stämpfli Verlag AG, 2013) §13 N 236; Marianne Roth, 'Future Divorce Law- Two Types of Divorce' (2005) Common Core and Better Law in European Family Law 41, 43.

kişisel ilişki temini hususunda anlaşmaya varılması zorunludur. İkinci zorunlu unsur ise tarafların boşanmanın mali sonuçları yönündeki mutabakatıdır. Bu kapsamda tarafların yoksulluk nafakası ile maddi ve manevi tazminatı kapsayan mali sonuçlar hususunda da anlaşması gerekmektedir⁴.

Belirtmemiz gerekir ki eşler, TMK md 166/III hükmünde belirtilen zorunlu unsurlar ile yetinmeyip aile konutu ya da mal rejiminin tasfiyesi gibi esasen ihtiyari olan hususlarda da anlaşmaya varabilir. Şu halde TMK md 166/III'te yer alan zorunlu unsurlar ve eşler tarafından görüşmelere taşınması nedeniyle sübjektif esaslı unsur haline getirilen ihtiyari hususlar üzerinde mutabakata varılması zorunludur. Ne var ki bu mutabakat boşanmak için yeterli değildir. Hakimin, eşler arasında boşanmanın mali sonuçları ve çocukların durumuna ilişkin yapılan düzenlemeyi uygun bulması ve iradelerini serbestçe açıkladıklarına kanaat getirmesi gerekmektedir⁵. Zira TMK md 166/III fıkrası ile hakimin tarafların ve çocukların menfaatini göz önünde bulundurarak bu anlaşmada gerekli gördüğü değişiklikleri yapma hususunda takdir yetkisi olduğu düzenlenmektedir. Diğer bir ifade ile hakimin, eşler arasında yapılan düzenlemeye müdahale⁶ edebileceği işaret edilmektedir. Bu kapsamda çalışmamızda boşanmanın mali sonuçlarından olan yoksulluk nafakasına hakimin müdahalesinin sınırlarının tartışılması amaçlanmaktadır. Bu tartışmalar, TMK md 166/III hükmü uyarınca açılan anlaşma temeline dayalı boşanma davaları ile sınırlandırılmaktadır.

Uygulamada TMK md 166/III hükmü kapsamında açılan boşanma davalarında genellikle tarafların imzasını taşıyan düzenlemenin dava dilekçesine eklenerek mahkemeye sunulması yoluyla dava açıldığı görülmektedir. Anlaşmalı boşanma protokolü⁷ olarak adlandırılan bu düzenlemede çoğunlukla çocukların durumu ve boşanmanın mali sonuçlarına ilişkin taraf iradeleri yer almaktadır. Ancak bu durum her zaman böyle olmayabilir. Esasen hakim tarafından uygun bulunmaması gereken bir düzenleme boşanma davasının kabul edilmesini takiben şeklen kesinleşmiş olabilir. Gerçekten anlaşmalı boşanma davaları kabul edilen ve dolayısıyla bir anlaşmaya varmış tarafların bu kararı temyiz etmesi pek sık karşılaşılan bir durum değildir. Aksine taraflar çoğunlukla temyizden feragat ederek boşanma kararının hızlıca kesinleşmesini amaçlamaktadır. Bunun doğal (ve olması gereken) sonucu, hakim tarafından uygun görülerek onaylanmış düzenlemelerin denetimden mahrum olmasıdır. Bununla birlikte tarafların, boşanma kararının kesinleşmesinden sonraki

⁴ Elçin Grassinger (n 2) 235, 236; Ebru Ceylan, *Türk ve İsviçre Hukukunda Boşanmanın Hukuki Sonuçları* (Galatasaray Üniversitesi Yayınları, 2006) 126; Seğer (n 2) 259, 263.

⁵ TMK md 166/III, c 2.

⁶ Müdahale ifadesi ile hakimin taraflar arasında kabul edilen sözleşmede, sözleşmenin tamamlanması da dahil olmak üzere herhangi bir değişiklik yapılması sonucunu doğuracak işlem ve önerileri aktarılmaktadır. Hakimin müdahalesi, hakime TMK md 166/III hükmü ile yüklenen denetim ödevinin sonucudur.

⁷ Bu ifadeye yer veren kararlar için bkz Yargıtay 3 HD, 448/19024, 26.11.2015; Yargıtay 2 HD, 4268/6909, 10.6.2019; Yargıtay 12 HD, 5762/2780, 25.2.2019 vb. Yargıtay'ın daha eski kararlarında bu kavram ile aynı anlama gelmek üzere mali proje ifadesinin kullanıldığı görülmektedir. Bu yöndeki kararları için bkz Yargıtay 2 HD, 10499/14491, 21.11.1991; Yargıtay 2 HD, 12452/12840, 21.12.1994 (Lexpera <lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 10 Eylül 2020).

süreçte anlaşmalı boşanma protokolünde yer alan bazı düzenlemelerin hukuka aykırılığını ileri sürmesi mümkündür. İşte bu gibi hallerde taraflar arasındaki düzenlemeyi inceleyen Bölge Adliye Mahkemeleri veya Yargıtay, yerel mahkeme hakimi tarafından bu düzenlemenin uygun görülmeyle değişiklik yapılmış olması gerektiği yönünde karar verebilmektedir. Örneğin, velayetin bırakılmadığı eş (baba) ile çocuk arasında on sekiz yaşını bitirinceye kadar internet, telefon veya sair olanakları kullanarak iletişim kurulmayacağı yönündeki düzenlemeye yerel mahkeme safhasında müdahale edilmiş olması gerektiği yönünde karar verilmiştir⁸. Burada hemen belirtmek gerekir ki Yargıtay kararına konu olayda çocuğun durumunu ilgilendirmesi nedeniyle kamu düzenine ilişkin olan düzenlemeye müdahale edilmiş olması gerektiği tartışmasızdır. Çalışma konumuz olan yoksulluk nafakası ise boşanmanın mali sonuçlarına dahildir. Bu kapsamda yoksulluk nafakasına ilişkin düzenlemelerde hakimin müdahalesinin sınırları tartışma konusu olabilecektir. Bu bağlamda, örneğin, taraflarca kabul edilen düzenlemede eşler yoksulluk nafakasına ilişkin sessiz kalmış ya da yoksulluk nafakası hususunda çözümü hakime bırakmış olabilir. İlk halde hakimin, tarafların yoksulluk nafakası hususunda anlaşmaya varması gerektiği yönünde müdahale mi edeceği yoksa taleple bağlılık gereği bu hali ile protokolü tasdik mi edeceği tartışılmalıdır. Yoksulluk nafakası meselesinin çözümünün hakime bırakıldığı ikinci örnekte ise, ZGB Art 112’de düzenlenen kısmi anlaşmalı boşanmaya Türk hukukunda cevaz verilip verilmediği tartışılmalıdır. Ne var ki yoksulluk nafakası ile ilgili muhtemel uyuşmazlıklar bu sayılanlarla sınırlı değildir. Çok yüksek veya çok düşük yoksulluk nafakası düzenlemesine yer verilmesi, yoksulluk nafakasının belirli bir süre için ödeneceği hususunun kabul edilmesi, yoksulluk nafakasından açık ya da örtülü feragat edilmesine rağmen sonradan talep edilmesi halinde hakimin bu talebi kabul etmesi gerekip gerekmediği hemen olumlu ya da olumsuz cevap verilebilecek hususlar değildir. Türk Medeni Kanunumuzun işaret ettiği kavramsal sınırı ile insan onuru boyutunda ele alınması gerektiğini düşündüğümüz yoksulluk nafakası hususunda nafakadan feragat⁹ meselesi dahi üzerinde tekrar durulması gereken konulardan biridir. Bu amaçla TMK md 166/III hükmünde yer alan düzenlemenin hukuki niteliği ve anlaşma temeline dayalı boşanma davası hakkındaki açıklamalarımızı takiben bu olası problemlere yer verilmektedir.

II. TMK md 166/III Hükmünde Yer Alan

Düzenlemenin Hukuki Niteliği

TMK md 166/III, c 1 ve 2 şöyledir: “Evlilik en az bir yıl sürmüş ise, eşlerin birlikte başvurması ya da bir eşin diğerinin davasını kabul etmesi hâlinde, evlilik birliği

⁸ Yargıtay 2 HD, 11644/1866, 4.2.2014 (Kazancı İçtihat Bankası <www.kazanci.com.tr> Erişim Tarihi 17 Temmuz 2020).

⁹ Anlaşmalı boşanma protokolünde yoksulluk nafakasından açıkça feragat eden tarafın daha sonra nafaka talep edemeyeceği hususu doktrinde oybirliği ile kabul edilmektedir. Yargıtay kararları da bu yöndedir. Buna ilişkin görüşler ve açıklamalarımız için bkz aşa V, 4.

temelinden sarsılmış sayılır. Bu hâlde boşanma kararı verilebilmesi için, hâkimin tarafları bizzat dinleyerek iradelerinin serbestçe açıklandığına kanaat getirmesi ve boşanmanın malî sonuçları ile çocukların durumu hususunda taraflarca kabul edilecek düzenlemeyi uygun bulması şarttır.

Madde metninden görüleceği üzere anlaşma temeline dayalı boşanma davalarında tarafların boşanmanın mali sonuçları ve çocukların durumuna ilişkin anlaşmaya varmış olması şarttır¹⁰. Her ne kadar madde metninde bu durumu işaret etmek amacı ile düzenleme ifadesi tercih edilmişse de anlaşmanın geçerliliği yazılı olmasına bağlı değildir¹¹. Aksine taraflarca sözlü olarak da anlaşmaya varılabilir¹². Önemli olan taraflar arasındaki sözlü anlaşmanın imzaları alınmak kaydı ile duruşma esnasında tutanağa geçirilmesi ve anlaşmanın boşanma hükmünde yer almasıdır¹³. Uygulamada ise taraflar çoğunlukla yazılı bir düzenlemeyi tercih etmekte ve bu düzenlemeyi dava dilekçesinin eki ile mahkemeye sunmaktadır. Anlaşmalı boşanma protokolü olarak adlandırılan bu düzenlemenin ya da taraflarca sözlü olarak varılan anlaşmanın hukuki niteliği tartışılmaktadır.

Bu konuda doktrinde ileri sürülen bir görüşe¹⁴ göre boşanmanın mali sonuçları ve çocukların durumuna ilişkin taraflarca kabul edilen düzenleme, taraflarca birlikte ileri sürülen talep niteliğindedir. Bu görüşe göre eşlerin birbirine karşı değil mahkemeye birlikte yönelttiği bir talep söz konusudur. Bu nedenle bu talebin dava dışı hukuki bir değeri mevcut değildir.

Doktrinde ileri sürülen çoğunluk görüşe göre ise burada bir sözleşme ilişkisi mevcuttur. TMK md 166/III hükmünde işaret edilen düzenlemenin sözleşme

¹⁰ TMK md 166/III'te işaret edilen anlaşmaya benzeyen bir başka düzenleme TMK md 184/V'de yer almaktadır. TMK md 184/V fıkrası uyarınca boşanma veya ayrılığın fer'i sonuçlarına ilişkin anlaşmalar, hakim tarafından onaylanmadıkça geçerli olmaz. Durum böyleyken TMK md 166/III hükmünde yer alan, boşanmanın mali sonuçları ve çocukların durumuna ilişkin düzenleme ile TMK md 184/V'de yer alan boşanmanın fer'i sonuçlarına ilişkin anlaşma birbirinden farklıdır. TMK md 166/III hükmünde işaret edilen *taraflarca kabul edilen düzenlemenin* mevcudiyeti anlaşma temeline dayalı boşanma davasının kabul edilmesi için zorunludur. TMK md 184/V'te işaret edilen anlaşma ise anlaşmalı boşanma davaları dışında kalan ve çekişmeli yargıda dava yolu ile görülen boşanma davalarında anlaşmaya varılması halinde bu anlaşmanın hakim tarafından onaylanmadıkça geçerli olmayacağını düzenlemektedir. Şu halde taraflar çekişmeli yargıda dava yolu ile görülen bir boşanma davasında da anlaşmaya varabilir. Hal böyleyken burada bir zorunluluk yoktur. Bu şekilde bir anlaşma yapılmamış olsa dahi hakim, gerekli incelemeleri takiben boşanma kararı verebilir. Halbuki anlaşma temeline dayalı boşanma davalarında taraflar arasında boşanmanın mali sonuçları ve çocukların durumuna ilişkin bir anlaşmanın bulunması zorunludur. Aksi halde anlaşma sağlanmadığından davanın reddi gerekmektedir. TMK md 166/III ve TMK md 184/V düzenlemelerinin farkı ve hukuki nitelikleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz Turhan Esener, 'Boşanmanın Fer'i Neticelerine Dair Mukaveleler' (1951) VIII (3-4) AÜHF 610, 620; Elçin Grassinger (n 2) 235, 236; Nevzat Özdemir, *Türk Hukukunda Anlaşmalı Boşanma* (İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2003) 190.

¹¹ Dural, Ögüz ve Gümüş (n 2) 125. ZPO Art 130 hükmü uyarınca sözleşmenin yazılı olması gerektiği yönünde: Alexandra Jungo, *Personen- und Familienrecht – Partnerschaftsgesetz Art. 1-456 ZGB – PartG, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht* (3. Baskı, Schulthess Juristische Medien AG, 2016) Art 111 N 6. PEFL 1:6 (2) düzenlemesinde de bu sözleşmenin yazılı şekilde yapılması gerektiği açıkça düzenlenmektedir.

¹² Taraflar arasındaki düzenleme duruşma esnasında ve hakimın desteği ile oluşturulmaktaysa burada tarafların olgun iradesinin ürünü olan bir anlaşmadan söz etmek uygun olmaz meğer ki tarafların daha önceden serbest ve olgun iradeleri ile sözlü olarak anlaştıkları hususlar tutanağa geçiriliyor olsun (Bu konuda bkz Roland Fankhauser, *Die Ehescheidung und die Ehetrennung / Erster Abschnitt: Die Scheidungsvoraussetzungen, FamKomm* (3. Baskı, Stämpfli Verlag AG, 2017) ZGB 111 N 11).

¹³ Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Kanun Numarası: 6100, Kabul Tarihi: 12.1.2011, RG 4.2.2011/27836. HMK md 154 (3) ç.

¹⁴ Esat Arsebük, *Medeni Hukuk II Aile Hukuku Kısım 1* (1940) 767.

niteliğinde olduğunu belirten bir grup yazar burada özel hukuka tabi bir sözleşme olduğunu belirtmektedir¹⁵. Bu sözleşmenin bazı farklılıklar haricinde sulh sözleşmesine benzediği de doktrinde ileri sürülmektedir¹⁶. Bununla birlikte taraflar arasındaki düzenlemenin kendine özgü bir aile hukuku sözleşmesi olduğu da doktrinde yer alan görüşler arasındadır¹⁷. Yargıtay kararları incelendiğindeyse taraflar arasındaki düzenlemenin özel hukuk sözleşmesi niteliğinde olduğu¹⁸, kendine özgü sözleşme niteliğinde olduğu¹⁹, sulh sözleşmesi niteliğinde olduğu²⁰ yönünde farklı kararlarının mevcut olduğu görülmektedir.

Taraflar arasında kabul edilen düzenlemenin hakim tarafından onaylanmasından sonraki niteliği hususunda da iki farklı temel görüş mevcuttur. İlk görüşe göre hakimin onayı ile birlikte düzenleme özel hukuk sözleşmesi niteliğini yitirerek artık boşanma kararının bir parçası olur²¹. İkinci görüşe göre ise hakimin onayı özel hukuk sözleşmesi niteliğinde olan düzenlemenin hukuki niteliğini değiştirmemektedir²².

Biz bu konuda, TMK md 166/III hükmünde yer alan boşanmanın mali sonuçları ile çocukların durumuna ilişkin taraflarca kabul edilecek düzenlemenin tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarını içermesi nedeni ile özel hukuk sözleşmesi niteliğinde olduğu yönündeki çoğunluk görüşe katılmaktayız. Gerçekten bu düzenleme ile taraflar boşanmanın mali sonuçlarına ilişkin hususlarda serbestçe karar vererek bu hususlara ilişkin uyuşmazlığı kendi aralarında yaptıkları anlaşma uyarınca çözmek istemektedir. Kanun koyucu da tarafların bu yöndeki iradesini dikkate almaktadır²³. Bu kapsamda taraflarca kabul edilen düzenlemelerin maddi hukuka ilişkin anlaşmalar olmasının yanı sıra niteliği itibari ile mahkeme içi sulh

¹⁵ Özdemir (n 10) 192; Elçin Grassinger (n 2) 235, 237; Yücel (n 2) 239, 244; Seçer (n 2) 259, 265. Haluk Nami Nomer, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Gözden Geçirilmiş, Genişletilmiş Ondördüncü Baskı, Beta, 2015) 55; Yücel (n 2) 239, 244. TMK md184/V hükmü açısından Kemal Oğuzman ve Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-1* (Güncellenip Genişletilmiş 17. Bası Vedat Kitapçılık, 2019) 178. Ayrıca bkz Turgut Akıntürk ve Derya Ateş, *Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku İkinci Cilt* (Yenilenmiş 21. Bası, Beta, 2019) 271. İsviçre hukukunda bu yönde: Jungo (n 11) Art 111 N 12.

¹⁶ Walter Bühler ve Karl Spühler, *Berner Kommentar, Die Ehescheidung, Art. 137-158 ZGB, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Familienrecht, Das Eherecht*, (3. Baskı, Stämpfli Verlag AG, 1980) Art 158 N 172; Esener (n 10) 610, 612-613; Mustafa Tolga Özer, *Medeni Hukukta Hata Kavramı* (On iki Levha, 2019) 324. Ayrıca bkz Özkan Cavit Hoşlan 'Anlaşmalı Boşanma Protokollerine İlişkin Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi' Medeni Hukuk Alanındaki Güncel Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumları, Cilt II: Aile Hukuku (On iki Levha, 2019) 203, 224.

¹⁷ Hande Ülkü Atmaca, *Türk Hukukunda Anlaşmalı Boşanma Protokolü* (Yeditepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2017) 74vd.

¹⁸ Yargıtay 3 HD, 19608/23901, 20.11.2012 (Kazancı İçtihat Bankası <www.kazanci.com.tr> Erişim Tarihi 12 Mayıs 2020).

¹⁹ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı, 2-1895/630, 30.5.2019 (Kazancı İçtihat Bankası <www.kazanci.com.tr> Erişim Tarihi 12 Mayıs 2020).

²⁰ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı, 2-1941/475, 18.4.2019 (Kazancı İçtihat Bankası <www.kazanci.com.tr> Erişim Tarihi 13 Mayıs 2020).

²¹ Bühler ve Spühler (n 16) Art 158 N 172; Esener (n 10) 610, 613.

²² Özer (n 16) 322.

²³ Özer (n 16) 321.

sözleşmesi karakterini haiz olduğu da değerlendirilebilecektir²⁴. Bu değerlendirmenin sonucunda anlaşmalı boşanma protokolünde yer alan yoksulluk nafakasının hata nedeniyle iptal edilip edilemeyeceği aşağıda ayrıca tartışılmaktadır²⁵.

Medeni Kanunumuz tarafların boşanmanın mali sonuçları ve çocuğun durumuna ilişkin anlaşmasını şart koşmakla birlikte bu anlaşmanın boşanma kararı verilmesi için yeterli olmadığını işaret etmektedir. Boşanma kararı verilmesi, taraflarca kabul edilen düzenlemenin hakim tarafından uygun görülmesine bağlıdır²⁶.

TMK md 166/III hükmünde taraflarca kabul edilen düzenlemenin hakim tarafından uygun bulunması şartına yer verildiğinden hakimin onayının sözleşmeye etkisi incelenmelidir. Kanaatimizce burada hakimin onayından önce tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanı ile kurulmuş bir sözleşme mevcuttur. Tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarının mevcudiyeti sözleşmenin kurulması için gerekli ve yeterlidir. Hakimin taraflarca kabul edilen düzenlemeyi uygun görmesi şeklinde tezahür eden resmi makamın fiili taraflar arasındaki sözleşmenin kurucu unsuru değil hüküm ifade etmesi için gerekli tamamlayıcı unsurdur²⁷. Bu kapsamda hakimin onayından önce de taraflar arasında kurulmuş bir sözleşme mevcuttur²⁸.

Esasen burada sözleşmenin hükümlerinin doğurmasının değil de boşanma kararının verilmesinin hakim tarafından sözleşmenin uygun görülmesine bağlı olduğu ve sözleşmenin kurulduğu andan itibaren hüküm ifade edeceği belirtilebilir. Ne var ki sözleşmenin içeriği olan çocukların durumu ve mali sonuçlar boşanmaya

²⁴ Bu yönde Bühler ve Spühler (n 16) Art 158 N 172; Özer (n 16) 324. Tarafların, nafaka ve tazminat gibi üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği içeriğinin sulh sözleşmesi niteliğinde olduğu yönünde Hoşlan (n 16) 203, 224. HMK md 313 (1): “*Sulh, görülmekte olan bir davada, tarafların aralarındaki uyuşmazlığı kısmen veya tamamen sona erdirmek amacıyla, mahkeme huzurunda yapmış oldukları bir sözleşmedir.*”

²⁵ Bkz aşağıda V, 4.

²⁶ TMK md 166/III, c 2.

²⁷ Kurucu unsur olduğu yönünde Elçin Grassinger (n 2) 236-237. Hakimin onayını tamamlayıcı unsur olarak arayan görüş için bkz Nomer (n 15) 55; Yücel (n 2) 239, 244; Hoşlan (n 16) 203, 224. TMK md 184/V hükmü açısından Oğuzman ve Öz (n 15) 178. Ayrıca bkz Akıntürk ve Ateş (n 15) 271. Tamamlayıcı unsur kavramı için bkz Nomer (n 15) 53-56; Oğuzman ve Öz (n 15) 177-181.

²⁸ 1 Şubat 2010 yürürlük tarihli değişiklik öncesinde ZGB Art 111/II hükmünde hakim tarafından anlaşmanın uygun olduğuna karar verilmesini takiben taraflara iki ay düşünme süresi tanınmaktaydı. Bu düşünme süresi bitiminde eşlerin boşanma iradelerinin devam etmesi ve anlaşmayı yazılı olarak onaylamaları halinde boşanmaya karar verilmekteydi. Düşünme süresinin düzenleniş amacından hareketle anlaşmadan her zaman serbestçe dönülebileceği ve anlaşmanın yazılı onay anına kadar tarafları bağlamadığı görüşü ileri sürülmekteydi (Doktrinde yer alan görüşler için bkz Jungo (n 11) Art 111, N 20. Ayrıca bkz BGE 135 III 193 E 2.2) Yeni düzenlemede taraflara anlaşmalı boşanma davalarında düşünme süreleri tanınmamıştır. Taraflar arasındaki sözleşmenin diğer sözleşmeler gibi kurulmasıyla birlikte bağlayıcı olduğu yönünde bkz Jungo (n 11) Art 111, N 21. Bu görüş Türk hukukunda da savunulmaktadır. Buna göre taraflar tek taraflı olarak sözleşmeden dönmemelidir ve hakimin sözleşmeyi onaylamasını engelleyememelidir. Bununla birlikte irade sakatlığı gibi hallerde tarafların hakimden sözleşmenin onaylanmamasını isteme hakkı olduğu belirtilmektedir (Bu yönde Esener (n 10) 615; Selahattin Sulhi Tekinay, *Türk Aile Hukuku* (7. Baskı, Filiz Kitabevi, 1990) 287; Özer (n 16) 324). Doktrinde ileri sürülen ve bizim de katıldığımız diğer görüş ise hakim onayına kadar sözleşmeden dönmeyen mümkün olduğu yönündedir. Hakimin sözleşmeyi uygun bulması şartının, tarafların sözleşme ile bağlı olmadığı anlamına gelmediği; ancak TMK md 166/III hükmünde yer alan ve tarafların serbest iradesinin esas alınacağına ilişkin düzenlemenin belirleyici olduğu belirtilmektedir. Gerçekten taraf iradelerinin serbestçe açıklanmış olması özel önemi haizdir (Hoşlan n 16). Bu koşul hakime tarafların iradesinin sakatlanmış olup olmadığına kanaat getirmenin yanı sıra tarafların, taraflarca kabul edilen düzenleme çerçevesinde boşanma iradesinin devam edip etmediğini inceleme ödevi de yüklemektedir. Aksi düşünüldüğünde hakimin onay koşulu anlamsız kalacaktır. Bu yönde Özdemir (n 10).

bağlı olan ve ancak boşanma kararı ile etkili hale gelecek sonuçlardır. Bu bağlamda ele alındığında da boşanma kararı verilmeden sözleşmenin hüküm doğurmayacağı (etkili hale gelmeyeceği) sonucuna varmak gerekir. Onayla birlikte taraflarca kabul edilen düzenleme mahkeme ilamının parçası haline gelirse de bu durum bu düzenlemenin özel hukuk sözleşmesi niteliğini etkilememektedir. Yasal temsilcinin sınırlı ehliyetsizin yaptığı işleme onay vermesinde olduğu gibi hakim tarafından verilen onay da sözleşmenin niteliğini değiştirmeyecektir²⁹.

Belirtmemiz gerekir ki, özel hukuk sözleşmesi niteliğinde olan bu düzenlemede taraflar yoksulluk nafakası hususunda sözleşme özgürlüğü çerçevesinde serbestçe uzlaşmaya varabilir. Ancak sözleşme özgürlüğünün sınırları mevcuttur. Tarafların sözleşme özgürlüğünün doğrudan sınırlaması niteliğinde olan TBK md 27 hükmünün yanı sıra Medeni Kanundaki genel ve çerçeve normlardan da sınırlama doğabilmektedir³⁰. TBK md 27 hükmüne ya da sınırlama getiren diğer amir hükümlere aykırı olması nedeni ile kesin hükümsüz olan bir sözleşme, hakim tarafından uygun görülse dahi geçersizliğini korur. Zira tamamlayıcı unsur olan resmi makamın fiili geçerlilik şartlarını taşımayan bir sözleşmeye hüküm kazandırma işlevine sahip değildir³¹. Bu yüzden ki taraflar arasında kabul edilen ve hakim tarafından uygun bulunan bazı düzenlemelerin hukuka aykırı olduğu iddiası ile sonradan dava açılması ile karşılaşılmaktadır. Tarafların mali durumlarının değişmesi gibi değişen şartlara uyulanması haricinde kalan ve aslında kesin hükümsüz bir sözleşmenin hakim tarafından gerekli inceleme yapılmaksızın tasdik edilmiş olması nedeni ile açılan davaların önüne geçilmesi mümkündür. Nitekim TMK md 166/III hükmünde hakime yüklenen bir ödev söz konusudur: Hakim, taraflar arasında kabul edilen düzenlemeyi, tarafların ve çocuğun menfaati açısından incelemeli ve gerekli görmesi halinde değişiklik yapmalıdır³². Bununla birlikte boşanma hukukundaki güncel eğilimin boşanmanın mali sonuçlarına yönelik anlaşmalar hususunda hakime sınırlı bir müdahale yetkisi tanımaktan yana olduğu belirtilmelidir³³. Gerçekten tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği mali sonuçları borçlar hukukuna hakim ilkeler doğrultusunda özgürce düzenlemeleri esastır³⁴. Çocukların durumu gibi kamu düzenini ilgilendirmesi sebebi ile serbestçe tasarrufa konu olmayan hususlarda ise hakimin müdahalesinin kapsamı daha geniş tutulmaktadır.

²⁹ Özer (n 16) 322. Tamamlayıcı unsurun gerçekleşmesi ile birlikte sözleşmenin başlangıçtan itibaren değil resmi makamın fiilinden itibaren hüküm ifade edeceği belirtilmelidir. Aynı yönde Hoşlan (n 16) 203, 224.

³⁰ Saibe Oktay Özdemir, "Sözleşme Özgürlüğü" (2019) 1 İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu: Yürürlük Kanunu Madde 1-82 337, 369.

³¹ Barış Demirsatan, 'Boşanmada Ev Hayvanlarının Hukuki Durumu' (2020) 24 (3) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 137, 146.

³² TMK md 166/III, c 2 ve c 3.

³³ Bu konuda bkz aşağıya V.

³⁴ Özer (n 16) 322.

III. Anlaşma Temeline Dayalı

Boşanma Davalarında Evlilik Birliğinin

Sarsıldığı Faraziyesi ve Bu Faraziyenin Yoksulluk Nafakası ile İlişkisi

TMK md 166/I hükmü ile evlilik birliğinin ortak hayatı sürdürmeleri kendilerinden beklenmeyecek derecede temelinden sarsılmış olması halinde eşlerden her birinin boşanma davası açabileceği düzenlenmektedir. Bu fıkra, evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına dayalı genel bir boşanma davası sebebi bulunmaktadır³⁵.

TMK md 166/III hükmünde ise en az bir yıl süren evliliklerde eşlerin birlikte başvurması ya da bir eşin diğerinin davasını kabul etmesi halinde evlilik birliğinin temelinden sarsılmış sayılacağı kabul edilmektedir³⁶. Bu fıkra, belirli koşulların meydana gelmesi halinde evlilik birliğinin sarsıldığı kabul edileceği düzenlenmektedir. Bu koşullar, evlilik birliğinin en az bir yıl sürmüş olması ve eşlerin ya birlikte başvurması ya da bir eşin açtığı davanın diğer eş tarafından kabul edilmesidir. Bu koşulların sağlanması ile artık evlilik birliğinin temelinden sarsıldığı kabul edildiğinden burada bir faraziye olduğu hususunda doktrinde görüş birliği mevcuttur³⁷. Hakim, eşlerin en az bir yıl süreden beri evli olması ve birlikte başvurması ya da bir eş tarafından açılan davanın diğer eş tarafından kabul edilmesi halinde evlilik birliğinin temelinden sarsıldığını kabul etmekle yükümlüdür.

Belirtmemiz gerekir ki, TMK md 166/III hükmünde yer alan bu faraziye hakimın kusur araştırması yapmasını engeller³⁸. Zira TMK md 166/III hükmünde yer alan düzenlemede evlilik birliğinin temelinden sarsılmış sayılması için taraflardan birinin kusurlu olması ya da her ikisinin kusursuz olması gibi bir koşul aranmamaktadır. Bu nedenle hakim, TMK md 166/III hükmü uyarınca açılan anlaşma temeline dayalı boşanma davalarında evlilik birliğinin temelinden sarsılıp sarsılmadığı hususunda taraflardan birinin kusurunun bulunup bulunmadığını araştırılmaz. Hatta eşler arasındaki evlilik birliği temelinden sarsılmamış olsa dahi TMK md 166/III'te yer

³⁵ Dural, Ögüz ve Gümüş (n 2) 118; Öztan (n 2) 678.

³⁶ Ortak talebe dayalı boşanma mehz ZGB Art 111-112 hükmünde düzenlenmektedir. ZGB Art 111 hükmünde tam anlaşmalı boşanma, ZGB Art 112 hükmünde ise kısmi anlaşmalı boşanmaya ilişkin düzenleme yer almaktadır. ZGB Art 111 hükmü ile eşlerin birlikte başvurarak boşanmanın sonuçlarına ve çocuklara ilişkin kapsamlı bir anlaşma ile gerekli belgeleri mahkemeye sunması halinde mahkemenin tarafları birlikte ve ayrı ayrı dinleyeceğini düzenlemektedir. Mahkeme, boşanma isteminin ve anlaşmanın tarafların serbest iradesinin ürünü olduğuna kanaat getirir ve çocuklara ilişkin düzenlemeyi onaylarsa boşanmaya karar verir (ZGB Art 111/II). Madde metninde ve ZPO Art 285 hükmünde açıkça ortak başvurudan söz edilmesine rağmen tarafların ortak boşanma iradesi mevcut olması kaydıyla ayrı ayrı başvurabileceği yönünde: Jungo (n 11) Art 111 N 10; Fankhauser (n 12) ZGB Art 111, N 9. ZGB Art 112 hükmünde düzenlenen kısmi anlaşmalı boşanma ise eşlerin boşanma hususunda anlaşmaya varmışken boşanmanın sonuçlarına ilişkin çözümü mahkemeye bırakması halini düzenlemektedir. Alman hukukunda da bir yıldır ayrı yaşamakta olan eşlerin birlikte başvurması ya da biri tarafından açılan davanın diğer eş tarafından kabul edilmesi halinde evlilik birliğinin sarsıldığı aksi ispatlanamaz şekilde kabul edilmektedir BGB § 1566 (1).

³⁷ Tekinay (n 28) 195; Akıntürk ve Ateş (n 15) 269; Dural, Ögüz ve Gümüş (n 2) 123; Öztan (n 2) 693; Yücel (n 2) 239, 243.

³⁸ Öztan (n 2) 693; Hoşlan (n 16) 203, 204.

alan koşulların gerçekleşmesi ile birlikte evlilik birliğinin temelinden sarsıldığı kabul edilir³⁹.

Çalışma konumuz yoksulluk nafakası ise TMK md 175 hükmünde düzenlenmektedir. Aşağıda ayrıntılarına yer verildiği üzere yoksulluk nafakası talep eden tarafın kusuru nafaka yükümlüsünün kusurundan daha ağır olmamalıdır⁴⁰. Bu kapsamda nafaka talep eden tarafın kusurunun nafaka yükümlüsünün kusurundan az olması halinde ya da her iki tarafın da kusuru olmadığı hallerde nafakaya hükmedilebilir. TMK md 175 hükmünden çekişmeli boşanma davalarında yoksulluk nafakası talep edilmişse tarafların kusur durumuna göre karar verileceği ve bu amaçla kusur araştırılması yapılacağı anlaşılmaktadır. TMK md 166/III hükmü kapsamında anlaşma temeline dayalı boşanma davalarında ise tarafların kusur durumu incelenmez. Bununla birlikte TMK md 166/III c 3 düzenlemesi hakim, taraflarca kabul edilen düzenlemede gerekli değişiklikleri yapabileceğini kabul etmektedir. Boşanmanın mali sonuçlarından olması nedeni ile taraflarca üzerinde anlaşmaya varılması gereken yoksulluk nafakası düzenlemesinde de hakim, tarafların menfaatinin gerektirmesi halinde gerekli değişiklikleri yapabilir. Şu halde hakim bu incelemeyi yapabilmesi için tarafların kusur durumunu araştırması mı gerekmektedir? Bu soruya olumsuz cevap vermek gerekir. Gerçekten TMK md 166/III hükmünde yer alan faraziye, evlilik birliğinin temelinden sarsılıp sarsılmadığı ve sarsıldıysa bunda eşlerin kusurlu olup olmadığını araştırmayı engeller. Anlaşma temeline dayalı boşanma davasında taraflar, eşlerden birine yoksulluk nafakası ödeneceği yönünde anlaşmaya varmışsa hakim, nafaka talep eden kişinin daha az kusurlu olup olmadığını inceleyemez. Bu kapsamda TMK md 166/III c 3 düzenlemesinde işaret edilen hakim müdahalesi kavramının kusur araştırmasını kapsayacağı şeklinde yorumu isabetli olmaz. Bununla birlikte hakim, tarafların menfaatini göz önünde bulundurarak yoksulluk nafakası düzenlemesine müdahale edebileceğinin kabulü, hakim bu denetimi yapabilmesi amacı ile araştırma yapmasını gerekli kılmaktadır. Bu kapsamda eşler tarafından dosyaya sunulan bilgi ve belgelere göre gerekirse resen araştırmasını sürdürerek eşler tarafından kabul edilen düzenlemenin hakkaniyetli olup olmadığını incelemelidir⁴¹.

³⁹ Hakim, taraflarca kabul edilen düzenlemeyi denetlemesi evlilik birliğinin sarsılıp sarsılmadığına kanaat getirme amacıyla değil anlaşmanın serbest irade ürünü olup olmadığını anlama amacına hizmet etmektedir. Fankhauser (n 12) ZGB Art 111, N 2-3. Karş Jungo (n 11) Art 111 N 1.

⁴⁰ TMK md 175. Bkz aşağı IV, B.

⁴¹ Özdemir (n 10) 218; Oktay Özdemir (n 2) 29, 38. ZGB Art 111 hükmünde tarafların bilgi ve belge getirme yükümlülüğü düzenlenmektedir. Getirilmesi gereken belgeler arasında bordro, ücret ve vergi beyannamesi, kira sözleşmesi, sigorta evrakları gibi belgeler yer almaktadır. Bununla birlikte mahkemenin bu belgeleri inceleme görevi sınırlıdır. Mahkeme, taraflarca getirilen evrakların hatalı olduğuna yönelik şüphe verici bir belirti olması halinde bunları inceleyebilir. Bu konuda bkz Fankhauser (n 12) ZGB 111 N 24-25; Jungo (n 11) Art 111 N 13.

IV. Yoksulluk Nafakasına İlişkin Genel Bilgiler

A. Yoksulluk Nafakasının Hukuki Niteliği

TMK md 185/III hükmü ile evlilik birliği esnasında eşlerin birbirine yardımcı olma yükümlülüğü düzenlenmektedir. Bu yükümlülük evlilik birliğinin çözülmesi ile sona ermektedir; ancak kanun koyucu bazı durumlarda eşler arasındaki yardım yükümlülüğünü devam ettirme yolunda tercihini kullanmaktadır⁴². Sosyal yardımlaşma amacı ile kusursuz ya da az kusurlu olan ve boşanma nedeniyle zarurete düşecek olan eşe yardım edilmesinde böyle bir durum mevcuttur⁴³.

TMK md 175 hükmünde düzenlenen yoksulluk nafakası, hukuki niteliği itibarı ile kanundan doğan bir yükümlülüktür⁴⁴. Burada kişinin iradesinden bağımsız olarak kaynağını kanundan alan bir yükümlülük söz konusudur⁴⁵. TMK md 166/III hükmünde işaret edilen anlaşmada taraflarca kabul edilen yoksulluk nafakası düzenlemesi de nafaka borcunun sözleşmeye dayandığı yorumunu yapmaya elverişli değildir. Zira burada borcun kaynağı taraflar arasındaki sözleşme değil kanuni koşulların somut durumda bir arada bulunmasıdır⁴⁶. Yine yoksulluk nafakasının tazminat niteliğinde olmadığı hususunda doktrinde görüş birliği mevcuttur⁴⁷. Keza yoksulluk nafakasına hükmedilmesinde nafaka yükümlüsünün kusurunun aranmayacağına ilişkin TMK md 175/II hükmü, nafakanın tazminat niteliğinde olmadığını açıkça göstermektedir. Yoksulluk nafakası ceza niteliğinde de değildir⁴⁸. Aksine evlilik birliğinin sona ermesine bağlı olarak eşler arasındaki yardım yükümlülüğünün sona ermesi neticesinde yoksulluğa düşecek tarafa yardım edilmesi amacını taşımaktadır. Nafaka alacağı ise aile hukukundan kaynaklanan ve kişiye bağlı bir haktır⁴⁹.

⁴² Azra Arkan Serim, 'Yoksulluk Nafakası' (2007) LXV (1) İÜHF 277, 285.

⁴³ Öztan (n 2) 833.

⁴⁴ Mecit Demir, *Türk Medeni Hukuk Öğreti ve Uygulamasında Yoksulluk Nafakası* (Seçkin Yayıncılık, 2018) 8.

⁴⁵ Bununla ifade edilen Türk Borçlar Kanununda açıkça düzenlenen borcun kaynaklarına dahil olmayıp bir kanun hükmü nedeniyle borcun doğmuş olmasıdır. Bu konuda bkz Oğuzman ve Öz (n 15) 36; Nomer (n 15) 29.

⁴⁶ Bühler ve Spühler (n 16) Art 158 N 172; Demir (n 44) 8; Emrah Kulaklı, 'Yoksulluk Nafakası ve Yoksulluk Nafakasının Süresi Bağlamında Bir Mukayeseli Hukuk İncelemesi' (2018) 5 (2) İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 237, 242. Aksi görüşte Hoşlan (n 16) 203, 247.

⁴⁷ Öztan (n 2) 833; Ceylan (n 4) 104; Ali Demirbaş, 'Güncel Tartışmalarla Yoksulluk Nafakası' (2018) 5 (2) İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 219, 226; Nafiye Yücedağ, 'Kadının Talep Ettiği Yoksulluk Nafakası' (2017) 6. Uluslararası Suç ve Ceza Film Festivali 509, 510; Abdülkerim Yıldırım 'Yoksulluk Nafakası ve Yoksulluk Nafakasında Süre Sorunu' (2016) 14 (157) 59, 62.

⁴⁸ Öztan (n 2) 833; Ceylan (n 4) 104; Demirbaş (n 47) 219, 226. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun bu yöndeki kararı için bkz 3-1513/1182, 14.11.2019 (Kazancı İçtihat Bankası <www.kazanci.com.tr> Erişim Tarihi 14 Kasım 2020).

⁴⁹ Dural, Ögüz ve Gümüş (n 2) 161; Öztan (n 2) 852; Ceylan (n 4) 105; Yücedağ (n 47) 509, 512. Ayrıca bkz Serap Helvacı *Kişilik İşlemi Hakları (Münhasıran Şahsa Bağlı Haklar)* (İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 1993) 22, 39vd.

B. Yoksulluk Nafakasının Şartlarına Genel Bakış ve Kavramın İnsan Onuru ile İlişkisi

Türk Medeni Kanunumuzda yoksulluk nafakası şu şekilde düzenlenmektedir: “Boşanma yüzünden yoksulluğa düşecek taraf, kusuru daha ağır olmamak koşuluyla geçimi için diğer taraftan malî gücü oranında süresiz olarak nafaka isteyebilir. Nafaka yükümlüsünün kusuru aranmaz.”

Türk Medeni Kanunumuzda yoksulluk nafakasına hükmedilebilmesi için gerekli bazı şartların gerçekleşmesi aranmaktadır. Bunlardan ilki nafakanın talep edilmesidir.

TMK md 175/I c 1 hükmünde boşanma yüzünden yoksulluğa düşecek tarafın nafaka isteyebileceği düzenlenerek yoksulluk nafakasının talebe bağlı olduğu hüküm altına alınmaktadır. EMK⁵⁰ md 144'ten farklı olarak her iki eş de maddede yer alan koşulların gerçekleşmesi ile birlikte yoksulluk nafakası talep edebilir; erkeğin yoksulluk nafakası talep edebilmesi için ilave bir koşul bulunmamaktadır⁵¹. Yoksulluk nafakasının talebe bağlı oluşu, taraflarca TMK md 166/III kapsamında kabul edilen düzenlemede nafaka hususunda sessiz kalınması ve nafakadan feragat edilmiş olması hallerinde önem taşır. Bu hususlara aşağıda ayrıca yer verilmektedir⁵².

TMK md 175/I ve II hükmü uyarınca yoksulluk nafakasına hükmedilebilmesinin ikinci koşulu, nafaka talep eden kişinin kusurunun nafaka yükümlüsünün kusurundan ağır olmaması ya da her iki tarafın kusursuz olmasıdır. Buna ilaveten eşlerin kusurunun eşit olması halinde de nafakaya hükmedilmesi gerektiği doktrinde ileri sürülmektedir⁵³.

Yoksulluk nafakasına hükmedilebilmesi için Türk Medeni Kanununda aranan bir diğer şart, yoksulluk nafakası talep eden kişinin boşanma nedeni ile yoksulluğa düşecek olmasıdır⁵⁴. TMK md 175 hükmünde yer alan bu ifadeden yoksulluğun boşanma nedeni ile oluşması, yoksulluk ile boşanma arasında uygun illiyet bağının mevcut olması gerektiği anlaşılmaktadır⁵⁵.

Doktrinde boşanma sonrasında çalışma imkanından mahrum olması ve mevcut malvarlığı ile geçimini sağlayamayacak durumda olması nedeniyle kendi geçimini sağlayamayacak duruma düşen tarafın, diğer taraftan yoksulluk nafakası talep

⁵⁰ Türk Kanunu Medenisi, Kanun Numarası: 743, Kabul Tarihi: 4.4.1926, RG: 4.4.1926/339.

⁵¹ EMK md 144/I: “Boşanma yüzünden yoksulluğa düşecek eş, kusuru daha ağır olmamak şartıyla geçimi için diğer eşten malî gücü oranında süresiz olarak nafaka isteyebilir. Ancak, erkeğin kadından yoksulluk nafakası isteyebilmesi için, kadının hali refahta bulunması gerekir.”

⁵² Bkz aşça V, 1 ve 4.

⁵³ Öztan (n 2) 838; Kürşad Yağcı ‘Yoksulluk Nafakasında Süresizlik Sorunu’ (2018) 76 (1) İstanbul Hukuk Mecmuası 323, 324; Kulaklı (n 46) 237, 245.

⁵⁴ Madde metninde boşanma yüzünden yoksulluğa düşecek taraf ifadesi yer almakla beraber TMK md 158/II hükmü gereği evliliğin butlan ile sona ermiş olması halinde de yoksulluk nafakasına hükmedilebilir. Bu yönde bkz Yağcı (n 53) 323, 324; Arkan (n 42) 277, 286; Yıldırım (n 47) 59, 64.

⁵⁵ Öztan (n 2) 842.

edebileceği belirtilmektedir⁵⁶. Bununla birlikte yoksulluğa düşme ifadesinin nafaka talep eden kişinin hiçbir işte çalışmıyor olması gerektiği şeklinde yorumlanmaması gerekliliği de haklı olarak ifade edilmektedir⁵⁷. Yargıtay kararları incelendiğinde de yoksulluğun yeme, giyinme, barınma, sağlık, ulaşım, kültür (eğitim) gibi bireyin maddi varlığını geliştirmek için zorunlu ve gerekli görülen harcamaları karşılayacak düzeyde geliri olmayanlar şeklinde tanımlandığı görülmektedir⁵⁸. Bununla birlikte nafaka talep eden tarafın asgari ücrete sahip olması yoksulluk nafakası bağlanmasını olanaksız kılan bir olgu olarak kabul edilmemektedir⁵⁹. Türk Medeni Kanununda yoksulluk kavramı tanımlanmadığından maddede yer alan kural içi boşluk nedeniyle hakim, somut uyuşmazlığın özellikleri, ülkenin ekonomik ve sosyal yapısına göre takdir yetkisini kullanarak yoksulluk şartının gerçekleşip gerçekleşmediği yönünde karar vermelidir⁶⁰.

Belirtmemiz gerekir ki yoksulluk nafakasının miktarının belirlenmesinde nafaka yükümlüsü tarafın mali gücü dikkate alınmalıdır⁶¹. Nafaka yükümlüsünün mali gücü yeterli değilse yoksulluk nafakasına hükmedilmemelidir⁶². Buna karşılık nafaka yükümlüsünün mali gücünün çok iyi olması diğer tarafa verilecek nafakanın aynı oranda yüksek olması sonucunu doğurmaz⁶³. Nafaka yükümlüsü ne kadar varlıklı olursa olsun esas olan nafaka talep eden kişinin boşanma nedeniyle düştüğü yoksulluğun, zaruret halinin giderilmesidir. Bu kapsamda hakim tarafından belirlenecek yoksulluk nafakasının, nafaka talep eden tarafın zorunlu geçim masraflarını ve onu yoksulluktan kurtaracak miktarı geçmemesi esastır⁶⁴. Zira yoksulluk nafakasının amacı, evlilik birliğinin devamı sırasındaki hayat standartlarının devam etmesi değil boşanma nedeni ile yoksulluğa düşecek tarafa verilecek katkı ile onun yeni hayat şartlarına uyum sağlamasını desteklemektir⁶⁵.

⁵⁶ Mustafa Şahin ‘Türk-İsviçre Medeni Kanunlarına Göre Evlilik Sonrası Katkının (Yoksulluk Nafakasının) Şartları (TMK m.175-ZGB m.125)’ (2017) XXI (3) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 75, 81; Arkan (n 42) 277, 289-290.

⁵⁷ Şahin (n 56) 75, 81. Ayrıca bkz Uzun (n 2) 37-43.

⁵⁸ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 2–656–688, 7.10.1998; Yargıtay 3 HD, 16747/174, 18.1.2016; Yargıtay 3 HD, 9825/13574, 7.9.2015 (Kazancı İçtihat Bankası <www.kazanci.com.tr> Erişim Tarihi 2 Ocak 2021).

⁵⁹ Yargıtay 3 HD, 9290/15148, 19.11.2014 (Kazancı İçtihat Bankası <www.kazanci.com.tr> Erişim Tarihi 12 Ocak 2021).

⁶⁰ Öztan (n 2) 835; Arkan (n 42) 277, 289.

⁶¹ Ingeborg Schwenzer ve Andrea Büchler, Dritte Abschnitt: Die Scheidungsfolgen/ Art. 125/I.-II., *FamKomm* (3. Baskı, Stämpfli Verlag, 2017) Art 125 N 1; Dieter Freiburghaus, *Personen- und Familienrecht- Partnerschaftsgesetz Art.1-456 ZGB, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht* (3. Baskı, Schultess Juristische Medien AG, 2016) Art 125, N 22; Dural, Ögüz ve Gümüş (n 2) 157; Uzun (n 2) 70vd; Demirbaş (n 47) 219, 225; Kulaklı (n 46) 237, 249; Demir (n 44) 48.

⁶² Schwenzer ve Büchler (n 61) Art 125 N 3; Demir (n 44) 48; Şahin (n 56) 75, 87; Gediz Kocabaş, ‘Evlilik Sonrası Dayanışma İlkesi ve Bu İlkenin Sınırı Olarak Clean Break İlkesi Doğrultusunda Yoksulluk Nafakasını Belirleyici Ölçütler’ (2013) 19 (1) 357, 371; Yıldırım (n 47) 59, 69.

⁶³ Dural, Ögüz ve Gümüş (n 2) 157; Şahin (n 56) 75, 87.

⁶⁴ Ömer Uğur Gençcan, *6100 sayılı HMK Hükümlerine Göre Boşanma, Tazminat ve Nafaka Hukuku* (2. Baskı, Yetkin, 2013) 1002, Haluk Burcuoğlu, ‘Boşanmada Kusur ve Yoksulluk Nafakası ile İlgili Gözlemler’ (2018) 4 (2) İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1, 6. Taraflarca kabul edilen düzenlemede nafaka talep eden lehine tazminat ödenmesi yönünde anlaşmaya varılmışsa ya da edinilen malların paylaşılması neticesinde kişinin yoksulluk durumunun önüne geçilmişse boşanma davasından sonra açtığı nafaka istemli davanın reddi mümkündür (Burcuoğlu (n 64) 1, 9-10; Arkan (n 42) 277, 290; Kulaklı (n 46) 237, 243. Ayrıca bkz Uzun (n 2) 49-57). Mal rejiminin tasfiyesi TMK md 166/III hükmünde ifade edilen düzenlemenin zorunlu unsuru değildir; ancak tarafların mal rejiminin tasfiyesine ilişkin anlaşması mümkündür.

⁶⁵ Şahin (n 56) 75, 87; Arkan (n 42) 277, 293. Karş Öztan (n 2) 839.

Bu nedenle nafaka talebinde bulunan tarafın zaruri geçim ihtiyaçlarından fazla nafakaya hükmedilmesi gerekmediği belirtilmektedir⁶⁶.

Burada, çoğunlukla mali gücü çok yüksek kişilerin oldukça yüksek miktarlarda yoksulluk nafakası ödemesi yönünde verilen kararlar veya tasdik edilen protokoller neticesinde yoksulluk nafakası kavramının ve sınırlarının bulanıklaştığını ifade etmek gerekmektedir. Yoksulluk nafakası kavramını medyanın sunuş şekli ile ele aldığımızda kavramın, düzenleniş amacına ters düşen iki farklı yüzü ile karşılaşmaktayız. Bunlardan ilki, nafaka talep eden kişinin yoksulluğa düşmesi şartının göz ardı edildiğidir. İkincisi ise nafaka talep eden tarafın zaruret halinin önüne geçilmesi amacından sapılarak nafaka yükümlüsünün mali gücü ne kadar iyiye o oranda nafakaya hükmedileceğidir. Bunun neticesinde evlilik birliğinin bir kere kurulmuş olması ile (özellikle) kadınların bir ömür boyu “rahat edeceği” ifade edilerek yoksulluk nafakasına yönelik köklü değişikliklerin yapılması gerektiği ifade edilmektedir. Halbuki Türk Medeni Kanunumuzda düzenlenen yoksulluk nafakasında amaç, evlilik birliği sona ermesine rağmen boşanma nedeniyle yoksulluğa düşecek tarafa yardım yükümlülüğünün belirli koşullar altında devamıdır. TMK md 175 hükmü ile, boşanma yüzünden yoksulluğa düşecek tarafın geçimi için diğer taraftan süresiz olarak nafaka isteyebileceği düzenlenerek yoksulluğa boşanma yüzünden düşülecek olması koşulu açıkça aranmaktadır⁶⁷. Eşlerden birinin yoksulluğuna kendi tembelliği, dolandırılması ya da iflası neden olmuşsa yoksulluk ile boşanma arasında illiyet bağının bulunmadığından nafaka isteminin reddi gerekir⁶⁸. Bununla birlikte eşlerden birinin yoksulluğa düşecek olması onun hayati, zorunlu giderlerini karşılayamayacak olmasını işaret etmektedir⁶⁹. Yoksa eşin evlilik birliğinin devam ettiği sürece sahip olduğu hayat standardına nazaran daha düşük bir mali güce sahip olması onun yoksulluğa düştüğü anlamını taşımamaktadır⁷⁰. Nitekim TMK md 175 ve mehaz ZGB Art 125 hükümlerinde yer alan yoksulluk nafakasının hukuki dayanağı evlilik değil evlilik sonrası dayanışmadır⁷¹.

Esasen TMK md 176/III hükmünde yer alan ve nafaka alacaklısının yoksulluğunun ortadan kalkması halinde nafakanın mahkeme kararıyla kaldırılacağını düzenleyen hüküm, nafakanın yoksulluk devam ettiği müddetçe söz konusu olacağını ifade etmektedir. Şu halde TMK md 175 hükmünde düzenlenen yoksulluk nafakası ile

⁶⁶ Arkan (n 42) 277, 293; Kulaklı (n 46) 237, 249.

⁶⁷ Kanun koyucunun amacının yoksulluğa düşecek olan eşin diğer eş tarafından şartları bulunduğu sürece ekonomik yönden desteklenmesi ve asgari yaşam gereksinimlerinin karşılanması olduğu yönünde bkz Anayasa Mahkemesi, 2011/136, 17.5.2012. RG Tarih ve Sayı: 26.6.2012, 28335.

⁶⁸ Öztan (n 2) 843; Arkan (n 42) 277, 290; Kulaklı (n 46) 237, 248. Eşin kendi kusuru nedeni ile yoksulluğa düşmüş olması halinde evlilik sonrası katkı talebinin kısmen ya da tamamen reddedilebileceği ZGB Art 125/III'te özel olarak düzenlenmektedir.

⁶⁹ Arkan (n 42) 277, 290; Eray Aksın Atar, ‘Nafakadan Feragat’ (2016) 22 (3) MÜHFHAD Cevdet Yavuz’a Armağan 251, 258.

⁷⁰ Arkan (n 42) 277, 290; Yücedağ (n 47) 509, 512. Karş Öztan (n 2) 839.

⁷¹ Schwenzer ve Büchler (n 61) Art 125 N 4.

boşanma nedeniyle yoksulluğa düşen tarafın yoksulluğu ortadan kalkıncaya dek insan onuruna yaraşır şekilde yaşaması amaçlanmaktadır⁷².

Bu konuda İsviçre Medeni Kanunu ve Alman Medeni Kanununun yoksulluk nafakası düzenlemelerine yer vermek uygun olacaktır.

Türk Medeni Kanunu md 175 hükmüne kaynaklık eden ZGB Art 125 hükmünde Evlilik sonrası katkı⁷³ başlığı ile Türk Medeni Kanununda yerini bulan yoksulluk nafakası düzenlenmektedir.

ZGB Art 125⁷⁴ ile eşlerden birinin kendi bakımını uygun koşullarda sağlamanın haklı olarak beklenemediği durumlarda diğer eşin hakkaniyete uygun katkıda bulunmakla yükümlü olduğu düzenlenmektedir. Hakimın, bir eş evlilik sonrası katkıda bulunulması ve bunun miktarı ile süresi yönünde karar verebilmesi için özellikle şu kriterleri⁷⁵ göz önünde bulundurması gerekmektedir:

1. Evlilik birliği süresince eşlerin görev dağılımı
2. Evlilik birliğinin devam ettiği süre⁷⁶
3. Evlilik sırasındaki hayat standardı⁷⁷
4. Eşlerin yaşı ve sağlığı
5. Eşlerin gelir ve malvarlığı
6. Eşler tarafından sağlanacak olan çocuğa ilişkin bakım yükümlülüğünün kapsamı ve süresi

⁷² TMK md 175 hükmünün insan onurunu koruyan bir düzenleme olduğu yönünde: Öztan (n 2) 833.

⁷³ Türk hukukunda nafaka yerine evlilik sonrası katkı teriminin kullanılmasının isabetli olacağı yönünde: Yağcı (n 53) 323, 324.

⁷⁴ İsviçre'de 1998'de kabul edilen ve 1.1.2000 tarihinde yürürlüğe giren Kanunla boşanma hukuku alanında köklü bir revizyon yapılmıştır. Bu revizyon öncesinde yoksulluk nafakası kurumu ZGB Art 152 ve 153'te düzenlenmekteydi.

⁷⁵ ZGB Art 125/II,1-8. ZGB Art 125 hükmünde yer alan kriterlerin revizyon öncesi İsviçre hukuk uygulamasında yerleşmiş kriterler olduğu yönünde Schwenzer ve Büchler (n 61) Art 125 N 1. Benzer kriterlere PEFL 2:4 hükmünde de yer verilmektedir. Bu kriterler ve açıklamaları için bkz Cristina Gonzalez Beilfuss, 'CEFL's Maintenance Principles: The Conditions For Maintenance' (2005) Common Core and Better Law in European Family Law 83, 91-95.

⁷⁶ İsviçre hukuk uygulamasında evlilik ne kadar uzun sürerse evlilik birliği içerisindeki görev dağılımının o kadar yerleşik hale geleceği (örneğin bir eşin sürekli ev işleri ile ilgilenmekle yükümlü olacağı) ve kişinin kendine yetme durumunun zayıflayacağı belirtilmektedir. Bu kapsamda nafakanın miktarı ve süresinin belirlenmesinde evlilik süresinin önemli bir kriter olduğu ifade edilmektedir. Uygulamada beş yıla kadar olan evlilikler kısa süreli, on yıldan fazla süren evlilikler ise uzun süreli evlilik olarak kabul edilmekte, beş ve on yıl arasında süren evliliklerde ise somut durumun göz önünde tutulacağı belirtilmektedir. Ivo Schwander, *OFK-Orell Füssli Kommentar* (Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, Orell Füssli Verlag AG, 2016) N 8.

⁷⁷ Bu bent uyarınca boşanma sonrasında evlilik birliği içerisindeki hayat standardını korumaya yetecek miktarda nafakaya hükmedilmesi gerektiği düşünülebilir de bu kriter madde metninde yer alan tüm kriterlerle birlikte değerlendirilmeye alınmaktadır. Çok uzun süren evliliklerde bu kriterin belirleyici olduğu görüşü mevcuttur. Zira bu tür uzun süreli evliliklerde evlilik süresince sahip olunan hayat standardının devam edeceğine yönelik haklı güvenin korunması gerektiği belirtilmektedir. Bununla birlikte eşlerin boşanma davasından önce uzun zamandır ayrı yaşıyor olmaları halinde (örneğin 10 yıl, BGE 130 III 537, 17.6.2004) zaten ortak bir hayat standardından bahsedilemeyeceği için bu kriterin etkisi siliğeşir. Bu yönde Schwenzer ve Büchler (n 61) Art 125 N 5-6. Evlilik sırasındaki hayat standardının evlilik sonrası katkının üst limiti olduğu yönünde: Freiburghaus (n 61) Art 125 N 6. Yazar; ancak tarafların bir yatırım yapma amacı ile birikim yapıyor oluşu nedeniyle gereken standardın altında yaşam sürmesi gibi istisnai hallerde katkı miktarının hayat standardının üstüne çıkabileceğini belirtmektedir (Freiburghaus (n 61) Art 125 N 8).

7. Eşlerin mesleki eğitimi ve istihdam olasılıkları ile iş hayatına yeniden dahil olması için gerekli muhtemel harcamalar
8. Yaşlılık aylığı, hayat sigortası ödemeleri, mesleki ya da özel veya resmi yardım sandığı ile birlikte bunların çıkış ödeneklerinin muhtemel paylaşımları dahil olmak üzere beklenen muhtemel gelirler

Bununla birlikte tarafların; aileye karşı yükümlülüklerini ağır biçimde ihmal etmesi, kendi kusuru neticesinde muhtaç duruma düşmüş olması ve katkı sağlayacak tarafa ya da ona yakın bir kişiye yönelik ağır suç işlemiş olması gibi hallerde⁷⁸ katkı talebinin kısmen ya da tamamen reddedilebileceği ZGB Art 125/III'te düzenlenmektedir.

Belirtmemiz gerekir ki, İsviçre Medeni Kanununda ZGB Art 122-125 hükümleri ile boşanmanın sonuçları arasında mesleki emeklilik konusu düzenlenmektedir⁷⁹. ZGB Art 125 hükmü ise eşin diğer eşe evlilik sonrası yapacağı katkıyı düzenlemektedir. Katkı ödemekle yükümlü kılınan tarafın borcunu ifa etmemesi halinde kantonların belirlediği yetkili kurumun katkı alacaklısına kural olarak karşılıksız yardımda bulunacağı ise ayrıca düzenlenmektedir⁸⁰. Bu düzenlemeler ile boşanma nedeniyle katkı talep edebilecek kişinin zaruret halinin esasen sosyal devlet anlayışı ile çözümlenmeye çalışıldığı ve ancak bu şekilde çözüme kavuşulamaması halinde ve şartları mevcutsa boşanılan eşin katkı yükümlüsü olduğu, bununla birlikte katkı borcunun ifa edilmemesi halinde yetkili kurumun yardım edeceği anlaşılmaktadır⁸¹.

Alman Medeni Kanununda ise Kişisel Sorumluluk İlkesi başlıklı BGB §1569 hükmü ile tarafların boşanmadan sonra kendi geçimlerini sağlamakla yükümlü olduğu açıkça düzenlenmektedir⁸². Bu kapsamda evlilik birliği içerisindeki dayanışma ilkesinin boşanma ile birlikte güçsüzleşerek yerini kişisel sorumluluğa bıraktığını ve ancak BGB §1570 ve devam eden maddelerde yer alan istisnai hallerde evlilik sonrası nafaka ödenmesine karar verileceği anlaşılmaktadır⁸³. İstisnai olarak belirtilen bu haller arasında yaşlılık (BGB §1571), hastalık veya düşkünlük (BGB

⁷⁸ ZGB Art 125/III'te belirtilen sebepler sınırlı sayıda sayılmamıştır. Örnekler için bkz Freiburghaus (n 61) Art 125 N 48.

⁷⁹ Şahin (n 56) 75, 83.

⁸⁰ ZGB Art 131.

⁸¹ Şahin (n 56) 75, 83.

⁸² Eşlerin evlilik birliğinin sona ermesinden sonra kendi geçimlerini sağlamakla yükümlü olduğu kişisel sorumluluk ilkesi *clean break* ilkesi olarak adlandırılmaktadır. Bu ilke ile evlilik birliği sona erdikten sonra taraflar arasındaki ekonomik ilişkiye en kısa süre içinde son verilmesi amaçlanmaktadır. Bu kavram hakkında ayrıntılı bilgi için bkz Kocabaş (n 62) 357, 364-368; Demirbaş (n 47) 219, 222; Şahin (n 56) 75, 91; Beilfuss (n 75) 83, 87. *Clean break* ilkesi; ancak kişinin kendi geçimini sağlamanın haklı olarak beklenemeyeceği durumlarda ve diğer eşin mali gücünün yeterli olması halinde hakkaniyete uygun bir katkıyı mümkün kılar (Freiburghaus (n 61) Art 125 N 3). Ne var ki günümüzde evlilik süresince evin düzeni ve çocuğun bakımı daha ziyade kadının sorumluluğundadır. Kadınların, evlilikle birlikte *dezavantajlı* konumunu sürdürdükçe kadına olan katkının devam etmesi gerektiği ileri sürülmekte, *clean break* ilkesinin daha ziyade kendi mali gücüne sahip ve çoğunlukla çocuksuz eşler açısından anlaşılır olduğu ifade edilmektedir. Bu konuda bkz Geoffrey Shannon 'Clean Break or Long-Term Payment of Maintenance' (2005) *Common Core and Better Law in European Family Law* 103, 105.

⁸³ BGB §1569. PEFL 2(2) hükmünde, nafaka talebinin koşullarının oluştuğu durumlar haricinde her eşin boşanmadan sonra kendi geçimini sağlamakla yükümlü olduğu düzenlenmektedir.

§1571) ortak çocuğun bakımının gerektirmesi (BGB §1570) gibi hakkaniyetin nafaka ödenmesini gerektiren haller sayılmaktadır.

Yukarıda aktarıldığı üzere BGB sistematığında, bir eşe diğeri tarafından evlilik sonrası katkıda bulunulmasının gerçekten “zaruri hallere” hasredildiği görülmektedir. Belirtmek gerekir ki, İsviçre Medeni Kanununda, Alman Medeni Kanununun aksine tarafların boşanmadan sonra kişisel sorumlu olduğuna yönelik açık bir hüküm bulunmamaktadır⁸⁴. Bununla birlikte ZGB Art 122-125 arasında yer alan hükümler ile ZGB Art 125 hükmünde 8 bent halinde sayılan kriterlerin dikkate alınması gerekliliği bu hukuk sisteminde de evlilik sonrası katkının çerçevesini çizmektedir. Bu çerçevede nafaka (katkı) alacaklısının gerçekten ihtiyaç içinde olan eş olduğu belirtilmelidir. Esasen Türk Medeni Kanunumuzda düzenlenen yoksulluk nafakası kavramı da benzer bir ihtiyacı işaret etmektedir. Gerçekten TMK md 175 hükmünde düzenlenen nafakanın; ancak boşanma yüzünden (boşanma ile uygun illiyet bağı içerisinde) yoksulluğa düşecek kişi tarafından ve geçiminin sağlanması amacı ile sınırlı olarak istenebileceği koşulu ZGB Art 125 ve BGB §1569 düzenlemelerine paralel bir anlayışı göstermektedir. Pek tabii ideal olan, İsviçre hukukunda olduğu gibi boşanma nedeniyle güç duruma düşen kişinin zaruret halinin sosyal devlet imkanları ile giderilmesidir. Devlet imkanları ile halen daha gerekli koruma sağlanamaması halinde ZGB Art 125 hükmünde yer alan kriterler dikkate alınarak boşanılan eşin nafaka yükümlüsü olarak kabulü en uygun olandır⁸⁵. Ne var ki pozitif hukukumuzda böyle bir düzenlemenin bulunmaması ve boşanılan eşin “süresiz”⁸⁶ olarak nafaka ödemekle yükümlü kılınması TMK md 175 hükmünün insan onuru kavramı ile yakın ilişkisini göz ardı etmeyi haklı kılmaz. TMK md 175 hükmündeki düzenleme ile boşanma yüzünden yoksulluğa düşen tarafın yoksulluğunun giderilmesi amaçlanmakta, kişinin insan onuruna yaraşır şekilde ve elverişli koşullarda yaşaması arzulanmaktadır.

V. Hakimın

Yoksulluk Nafakasına Müdahalesinin Sınırları

Anlaşma temeline dayalı boşanma davalarında taraflarca kabul edilen düzenlemeye hakimın müdahalesi konusu beraberinde şu soruyu getirmektedir: Taraflarca kabul

⁸⁴ ZGB Art 125 hükmünde evlilik birliği sonrası dayanışma ilkesi ve clean break ilkesinin bir arada olduğu yönünde Schwander (n 76) ZGB 125 N 1. Ayrıca bkz Freiburghaus (n 61) Art 125 N 1.

⁸⁵ Doktrinde Devletin, evlilik birliğinin sona ermesine bağlı mağduriyetleri giderme hususunda iki tür katkısı olabileceği ifade edilmektedir. Nafakanın ödenmesini adi bir borç olarak görmeyerek ödenmesini sağlayacak tedbirlere yer verilmesi ve nafaka ödenmediğinde nafaka yükümlüsüne rücu etmek kaydı ile Devlet tarafından ödeme yapılması böyledir. Bu kapsamda TMK md 198 hükmünde düzenlenen ve evlilik birliğini koruyan tedbirin nafaka hususunda tanınması düşünülebileceği ifade edilmektedir. Diğer bir tedbir ise nafaka borcunun ödenmesini tehlikeye düşüren hallerde nafaka yükümlüsünden teminat istenmesidir. Bununla birlikte Devletin nafaka alacaklısını koruma amaçlı alacağı en etkili tedbir sonradan nafaka yükümlüsüne rücu etmek kaydı ile ödenmemesi halinde nafaka borcunun Devlet tarafından ödenmesidir; ancak bu konuda verilen kanun telifi kabul edilmemiştir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz Oktay Özdemir (n 2) 29, 43-45; Demirbaş (n 47) 219, 232.

⁸⁶ Bu konudaki görüşlerimiz için bkz aşağıya V, 5.

edilen düzenlemeye müdahale edilebilir mi yoksa tarafların arzuları her zaman üstün mü tutulmalıdır? Bunu takip eden sorun ise müdahaleye cevaz verilen hukuk sistemlerinde müdahalenin sınırını belirlemede yatmaktadır.

Belirtmek gerekir ki hakimin müdahalesi konusunda neredeyse tüm hukuk sistemlerinde ikili bir ayırım yapılmakta ve çocuğun durumu ile mali sonuçlar ayrı ayrı değerlendirmeye alınmaktadır. Çoğu hukuk sisteminde hakim, çocuğun durumuna ilişkin düzenlemelere müdahale etme hususunda tam yetkilidir⁸⁷. Sadece çocuğa ilişkin düzenlemenin geçerli olup olmadığı değil içeriğinin de çocuğun yararını gözetip gözetmediği incelenmektedir. Bu bağlamda çocuğun durumuna ilişkin düzenlemenin mahkemeye yöneltilen bir öneri niteliğinde olduğu belirtilmektedir⁸⁸. Konumuz yoksulluk nafakası ve boşanmanın diğer mali sonuçlarına müdahale hususunda ise daha liberal bir yaklaşım olduğu belirtilmelidir. Mali sonuçlara yönelik düzenlemelere müdahaleyi dışlayan hukuk sistemlerini bir kenara bıraktığımızda hakimin müdahalesinde genel olarak iki farklı yöntem olduğu görülmektedir: Hakime tam müdahale yetkisinin verilmemesi ve düzenlemenin geçerli olup olmadığı gibi sözleşmesel incelemeye müsaade eden yöntem ve bunun karşısında hakimi, tarafların menfaatini göz önünde tutarak düzenlemenin hakkaniyetli olup olmadığı da dahil olmak üzere denetlemekle yükümlü kılan diğer yöntemden söz edilmesi mümkündür⁸⁹.

Avrupa Birliği Aile Hukuku Prensiplerini incelediğimizde de hakimin müdahalesinin kapsamının çocuklar ve mali sonuçlara ilişkin farklı olduğu görülmektedir. Çocuğun durumuna ilişkin düzenlemenin geçerli olup olmadığına ilaveten çocuğun menfaatlerine uygun olup olmadığı konusunda da hakime denetim ödevi verilmektedir⁹⁰. Buna karşılık mali sonuçlara ilişkin anlaşmaların ise geçersizlik yönünden denetleneceği düzenlenerek hakimin müdahalesi sınırlı tutulmaktadır⁹¹. Bununla birlikte geçersizlik kavramının içerik ve yorumu iç hukuka bırakılmakta ve hatta iç hukukta (geçersizlik denetimine ilaveten) hakkaniyet denetimi gibi daha kapsamlı bir denetim getirilebilmesinin mümkün olduğu ifade edilmektedir⁹². Avrupa Birliği Aile Hukuku alanını uyumlaştırarak en uygun prensipleri oluşturan PEFL düzenlemesi bağlayıcı değildir; ancak olması gereken hukuk açısından boşanmanın mali sonuçlarına müdahalenin sınırlı tutulması yönündeki tutumu önemlidir.

⁸⁷ Frederique Ferrand, 'Divorce and Spousal Agreements' (2005) *Common Core and Better Law in European Family Law* 71, 78; Roth (n 3) 51.

⁸⁸ Ferrand (n 87) 71, 78. Bkz BGB § 1697 a.

⁸⁹ Mali sonuçlara yönelik düzenlemelerde hakimin müdahalesini dışlayan hukuk sistemlerinden biri İsveç hukuk sistemidir (Ibid 71, 78).

⁹⁰ Roth (n 3) 51. PEFL 1:7 (1)'de eşlerin yaptıkları anlaşmanın; ancak çocuğun yararına olduğu sonucuna varılırsa onaylanacağı düzenlenmektedir.

⁹¹ PEFL 1:7(2).

⁹² Ferrand (n 87) 71, 79. Hakimin mali sonuçlara yönelik müdahale yetkisinin geniş tutulması halinde eşler arasında çok fazla uyumsuzlukla karşılaşılmasının mümkün olacağı ve bunun anlaşmalı boşanma davalarını olumsuz etkileyeceği yönünde: Roth (n 3) 51.

İsviçre hukukunda ZGB Art 111/II hükmünde hakimin boşanma ve boşanmanın sonuçları hususundaki anlaşmanın serbest ve dikkatlice düşünülmüş bir iradenin ürünü olduğuna ve çocuklara ilişkin düzenlemenin onaylanabilir olduğuna kanaat getirmesi halinde boşanma kararı vereceğini düzenlemektedir. Doktrinde de hakimin taraflar arasındaki düzenlemeyi denetlemesinin iki işlevi bulunduğu belirtilmektedir: Anlaşmanın, tarafların serbest ve olgun iradesinin ürünü olup olmadığına kanaat getirmek ve anlaşmanın uygulanabilir olup olmadığına karar vermek⁹³. Anlaşmanın uygulanabilir olup olmadığı hususunda anlaşmanın tamamlanmış olması, hükümlerin açık olması ve hakkaniyete açıkça aykırı bir düzenleme barındırmıyor olması belirleyicidir⁹⁴.

TMK md 166/III hükmünde ise hakimin, taraflarca kabul edilen düzenlemede tarafların ve çocukların menfaatini göz önünde bulundurarak gerekli değişiklikleri yapabileceği ifadesi ile hakimin kabul edilen düzenlemeye müdahalesinin kapsamı geniş tutulmaktadır. Gerçekten TMK md 175 hükmünde tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunamayacağı ve hakimin takdirine tabi olan çocuğun durumuna ilişkin konular ile tarafların serbest tasarrufuna tabi mali sonuçların denetimi hususunda ayrıma gidilmemiştir. Bununla birlikte hakimin, boşanmanın mali sonuçlarına yönelik denetim ödevinin ve takdir yetkisinin geniş yorumlanmaması yerinde olur. Gerçekten hakimin müdahale hususunda takdir yetkisinin varlığı, hakimin kendini tarafların yerine koyarak ve kendi takdirine göre sözleşme içeriğini belirlemesi anlamına gelmemektedir⁹⁵. Hakimin müdahalesi, taraflarca kabul edilen düzenlemeyi uygun görmemesi halinde taraf menfaatlerine uygun düşen öneriyi ortaya koymakla sınırlıdır⁹⁶. Bu kapsamda hakim düzenlemeyi neden uygun görmediğini ve değişiklik önerisinin gerekçelerini taraflara açıklamalıdır⁹⁷.

1. Tarafların Yoksulluk Nafakası Hususunda Sessiz Kalması

TMK md 166/III hükmünde belirtilen “taraflarca kabul edilen düzenlemede” tarafların yoksulluk nafakasına ilişkin hiçbir beyanının olmaması ya da tutanağa geçirilen sözlü anlaşmalarının yoksulluk nafakasına ilişkin bir düzenleme içermemesi ele alınması gereken ilk problemdir. Bu halde hakim yoksulluk nafakası hakkında; ancak talep edilmesi halinde karar verebileceği gerekçesiyle nafaka hususunda sessiz kalınan anlaşmayı uygun görebilir mi? Bu soruya olumsuz yanıt vermek gerekir. Zira

⁹³ Bu konuda bkz Fankhauser (n 12) ZGB 111, N 18; Jungo (n 11) Art 111 N 15.

⁹⁴ Jungo (n 11) Art 111 N 24.

⁹⁵ “Bu konuya ait anlaşma mahkemece uygun bulunmuyorsa hakimin görevi taraflardan gerekli gördüğü değişiklikleri yapmalarını istemek ancak onların kabulü halinde boşanmaya karar vermekten ibarettir. Mahkemenin kendisini tarafların yerine koyarak ve kendi takdirine göre maddi ve manevi tazminat ile yoksulluk nafakasına hükmetmesi mümkün olmayacağından manevi tazminat isteğinin reddi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve kanuna aykırıdır.” Yargıtay 2 HD, 10499/14491, 21.11.1991 (Lexpera <lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 10 Eylül 2020).

⁹⁶ Özdemir (n 10) 211.

⁹⁷ Ibid 211.

TMK md 166/III hükmü tarafların, boşanmanın mali sonuçları hususunda anlaşmış olmasını aramaktadır. Boşanmanın mali sonuçlarından olan yoksulluk nafakası hususunda anlaşmaya varılması da anlaşma temeline dayanan boşanma davalarında maddi şart haline getirilmiştir⁹⁸. Bu nedenle yoksulluk nafakasına ilişkin düzenleme barındırmayan sözlü veya yazılı anlaşmanın hakim tarafından uygun görülmeyle onaylanmaması gerekmektedir. Hakimin taraflara yoksulluk nafakası hususunda bir anlaşmaya varılması yönünde müdahalesi taraflarca kabul edilir ve taraflar yoksulluk nafakası yönünden anlaşmaya varırsa TMK md 166/III c 4 uyarınca boşanmaya hükmolunur. Tarafların hakim tarafından önerilen değişikliği kabul etmemesi halinde boşanmanın mali sonuçları yönünden anlaşmaya varılmadığı kabul edilir ki bu durumda anlaşma temeline dayalı açılan boşanma davasının reddi gerekmektedir⁹⁹. Bununla birlikte Yargıtay'ın tutumu tarafların anlaşamaması halinde anlaşmalı boşanma davasının çekişmeli davaya dönmesi ve taraflara delil ibrazı için süre verilmesi şeklindedir¹⁰⁰.

Bu başlık altında üzerinde durulması gereken diğer ihtimal, yoksulluk nafakası hususunda sessiz kalınmasına rağmen hakimin ihmali neticesinde uygun görülerek kesinleşen boşanma kararından sonra yoksulluk nafakasının talep edilip edilemeyeceğidir.

Bu konuda doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre anlaşma temeline dayalı boşanma davaları kesinleşen tarafların, boşanmanın mali sonuçları hususunda da anlaştığı kabul edilir ve kesinleşmeden sonra yoksulluk nafakası isteminin reddi gerekmektedir¹⁰¹.

Doktrinde ileri sürülen bizim de katıldığımız diğer görüş ise hakimin ihmeline bağlı olarak kesinleşen boşanma davalarından sonra tarafların yoksulluk nafakası

⁹⁸ Özdemir (n 10) 186; Öztan (n 2) 695.

⁹⁹ Bu yönde bkz Dural, Ögüz ve Gümüş (n 2) 125; Elçin Grassinger (n 2) 235, 237; Yücel (n 2) 239, 241.

¹⁰⁰ "Açıklanan nedenlerle mahkemece, tarafların boşanmanın mali sonuçları ve çocukların durumu hakkında düzenlemelere ilişkin olarak tarafların beyanlarının alınması, bu beyanların özgür iradeleri ile açıklandığı sonucuna varılırsa ve düzenleme uygun bulunur ise bu doğrultuda boşanma kararı verilmesi; düzenlemenin uygun bulunmaması hâlinde ise anlaşmada gerekli görülen değişikliğin yapılarak, değişiklik yapılan hususlarda madde hükmünün öngördüğü şekilde taraflara bir öneride bulunulması, öneri kabul edildiği takdirde buna göre karar verilmesi, kabul edilmediği ve taraflarca anlaşmaya varılarak mahkemenin de uygun bulacağı yeni bir düzenleme de yapılmadığı takdirde, davanın Türk Medeni Kanununun 166/1. maddesi uyarınca çekişmeli boşanma olarak sürdürülüp sonucu uyarınca karar verilmesi gerekir." Yargıtay Hukuk Genel Kurul Kararı, 2-2643/484, 18.4.2019. Benzer yönde kararlar için bkz Yargıtay 2 HD, 3974/4370, 5.10.2020, Yargıtay 2 HD 4548/7998, 3.7.2019, Yargıtay 8 HD, 9159/9855, 5.11.2019 (Kazancı İçtihat Bankası <www.kazanci.com.tr> Erişim Tarihi 24 Aralık 2020).

¹⁰¹ Özlem Kırbaş, *Türk Hukuku'nda Eşlerin Anlaşmasına Dayanan Boşanma: (MK.m.134/III)*, (İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 1994) 70. TMK md 166/III kapsamındaki protokoller açısından aynı yönde: Hoşlan (n 16) 203, 240. Yazar, TMK md 184/V hükmü kapsamında olan ve anlaşmalı boşanmanın aksine sulh amacı gütmeyen ve belirli bir zorunlu içeriği olmayan protokoller açısından ise sonradan dava açılabilceğini belirtmektedir (Ibid 203, 240).

talep edebileceği yönündedir¹⁰².

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun kararına konu bir olayda da taraflar boşanmanın diğer mali sonuçlarından olan maddi ve manevi tazminat hususunda sessiz kalmış, dava kesinleştikten sonra tazminat davası açılmıştır. Kurul, anlaşma temeline dayalı boşanma davalarında kusur araştırması yapılmadığı, sonradan açılan davada kusur araştırması yapılarak tazminat hakkında karar verilmesinin bozmayı gerektirdiği yönünde karar vermiştir. Kanaatimizce bu karar iki noktada hatalıdır: İlki, hakimın denetim ödevini yerine getirerek anlaşmaya müdahale etmiş olması gerekmesine rağmen ihmali neticesinde kesinleşen boşanma kararından sonra tarafların dava açamayacağını kabulünün hukuka aykırı oluşudur. İkincisi ise boşanmadan sonra açılan davada kusur araştırması yapılarak tazminat yönünde karar verilmesinde bir isabetsizlik olmamasıdır. Nitekim TMK md 166/III hükmünde yer alan faraziyenin kusur araştırmasını engellediği doğru olmakla beraber bu faraziye daha sonra açılacak davada kusur araştırması yapılmasını engeller nitelikte değildir.

2. Yoksulluk Nafakasına Yönelik Anlaşmanın Gelecek Yıllara İlişkin Düzenleme İçermemesi

Bu ihtimalde taraflarca kabul edilen düzenleme yoksulluk nafakasına ilişkin anlaşmayı içermektedir. Ne var ki taraflar nafakanın sonraki yıllarda değişim oranı hususunda sessiz kalmaktadır. Hakimın değişen şartlara uyarlanmasını sağlayacak bir artış oranı hususunda tarafların anlaşmasını araması aksi halde anlaşmayı uygun görmeyerek müdahale etmesi gerekli midir?

Hemen belirtmek gerekir ki, yoksulluk nafakası gibi yoksulluk nafakasının gelecek yıllarda ne miktarda ödeneceğinin karara bağlanması da talebe bağlıdır¹⁰³. Bununla birlikte taraflar nafakanın sonraki yıllardaki değişim oranına ilişkin bir düzenleme hususunda anlaşmaya varmışsa hakim bu düzenlemeyi TMK md 166/III c 3 uyarınca denetlemekle yükümlüdür. Zira burada esasen ihtiyari olan; ancak taraflarca görüşmelere taşınması nedeniyle subjektif esaslı unsur haline gelen artış oranı üzerinde hakimın denetleme ödevi mevcuttur. Bu kapsamda hakkaniyete aykırı olması nedeni ile tarafların menfaatine uygun düşmediği kanaatine ulaştığı anlaşmaları uygun görmeyerek değişiklik yapılması yönünde öneride bulunması gerekmektedir. Yargıtay Hukuk Genel Kurul kararına konu bir olayda da ifade edildiği üzere bir

¹⁰² Özdemir (n 10) 196; Seçer (n 2) 259, 270; Öztan (n 2) 697, 836; Uzun (n 2) 68; Ülkü Atmaca (n 17) 201. Bu yönde bir karar şöyledir: "Somut olayda, her ne kadar, davacı taraf, boşanma davası dava dilekçesinde, yoksulluk nafakası talep etmemiş ise de, doğmamış bulunan bir haktan feragat mümkün olmadığından, koşulları oluştuğu takdirde, davacının karşı taraftan yoksulluk nafakası talep etmesi mümkündür. Öyle ise mahkemece, bu ilke ve esaslar gözetilerek, davacının boşanma davası sırasında, açıkça yoksulluk nafakasından feragat ettiğini de belirtmemiş olması karşısında, tarafların ekonomik ve sosyal durumları ve hakkaniyet esasları gözetilerek, uygun bir nafakaya hükmedilmesi gerekirken, yanlıgılı değerlendirme sonucu yazılı şekilde hüküm tesisi bozmayı gerektirmiştir." Yargıtay 3 HD, 23009/1638, 5.02.2013 (Lexpera <lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 17 Ocak 2020).

¹⁰³ TMK md176/V hükmünde hakimın istem üzerine irat biçiminde ödenmesine karar verilen nafakanın gelecek yıllarda ne miktarda ödeneceğini karara bağlayabileceği düzenlenmektedir.

tarafın zenginleşmesine diğer tarafınsa fakirleşmesine neden olan artış oranının değiştirilmesi yönünde müdahalede bulunulması asıldır¹⁰⁴. Taraflar arasında kabul edilen düzenlemede nafakanın sonraki yıllarda değişmeyeceği kabul edilmişse bu defa bu kaydın TMK md 23 hükmüne aykırı olup olmadığı incelenmelidir¹⁰⁵. Bununla birlikte taraflarca yoksulluk nafakasının sonraki yıllara yönelik değişimi hususunda sessiz kalınmışsa bu durum TMK md 166/III hükmünde yer alan zorunlu unsurlar arasında sayılmadığından hakimin müdahale etme yükümlülüğü bulunmadığı kanaatindeyiz¹⁰⁶.

3. Yoksulluk Nafakası Düzenlemesinin Saklı Tutulması

Taraflar TMK md 166/III hükmü kapsamında açılan davada evlilik birliğinin sona ermesi ve çocukların durumuna ilişkin bir anlaşmaya varmış olup boşanmanın mali sonuçlarına ilişkin çözümü sonraya bırakabilir mi? Bu halde taraflar, çocuğun velayeti, iştirak nafakası ve velayetin bırakılmadığı eş ile kişisel ilişki kurulması gibi çocuğun durumunu ilgilendiren konularda anlaşmaya varmaktadır. Taraflar bu anlaşmanın uygun görülerek boşanmaya karar verilmesini arzularken yoksulluk nafakası veya tazminatı saklı tutarak bu hususların çözümünü boşanmadan sonraya bırakmayı amaçlamaktadır.

Kanaatimizce bu durumda anlaşma temeline dayalı boşanma davasının maddi şartının yerine gelmediğinden söz etmek gereklidir¹⁰⁷. TMK md 166/III hükmü doğrultusunda serbest iradeleri ile evlilik birliğinin sona ermesi hususunda anlaşmaya varan tarafların maddede belirtilen zorunlu unsurlar hususunda da anlaşmaya varması aranmaktadır. Gerçekten tarafların ancak boşanma ve boşanmanın sonuçları hususunda anlaşmaya varmış olmaları halinde TMK md 166/III hükmünde yer alan özel usulden faydalanmaları mümkündür. Nafaka yönünden anlaşmaya varamayan eşlerin TMK md 166/III hükmünde düzenlenen özel usulden faydalanması yerinde değildir¹⁰⁸. Bu kapsamda maddede yer alan zorunlu unsurlar hususunda anlaşmaya varamayıp bunun çözümünü sonraya bırakmaları halinde esasen taraflarca boşanmanın mali

¹⁰⁴ “Nafaka, nafaka yükümlüsünü cezalandırıcı bir nitelik taşımamalıdır. Taraflar arasında düzenlenen boşanma protokolünde kararlaştırılan iştirak nafakasının her yıl %20 oranında artırılmasına ilişkin hüküm; bir tarafın zenginleşmesine, diğer tarafın ise fakirleşmesine yol açacak niteliktedir. “Hâkim; insana, tabiata, gerçeğe, olağana sırt çevirmeden ve katı kalıplar içinde sıkışıp kalmadan uyumsuzlığa insan kokusu taşıyan bir çözüm getirmek zorunluluğundadır” (Yargıtay I.H.D. 31.12.1976 tarih ve 1976/9370 E- 13138 K. sayılı ilamı). Bu sebeple, dava tarihinden sonraki dönemler için yıllık artış oranının ÜFE-TEFE'ye göre belirlenmesi, 4721 Sayılı TMK'nın 4. maddesi gereğince hakkaniyete daha uygundur.” Yargıtay Hukuk Genel Kurul Kararı, 3-1513/1182, 14.11.2019 (Kazancı İçtihat Bankası <www.kazanci.com.tr> Erişim Tarihi 2 Ocak 2021). Karar iştirak nafakası yönünden verilmişse de hakimin çocukların durumuna ilaveten boşanmanın mali sonuçlarını da denetleme ödevi bulunduğundan yoksulluk nafakası yönünden de aynı sonuca ulaşılması mümkündür.

¹⁰⁵ Öztan (n 2) 851.

¹⁰⁶ Aksi görüş için bkz Hoşlan (n 16) 203, 250. Yazar, sonraki yıllara ilişkin artış içermeyen düzenlemenin onaylanmasının eksik incelemeye dayandığını belirtmekte, ÜFE oranında artışın sözleşmenin örtülü içeriğinde yer aldığı kabul edilmesi ve talepte bulunulmasına gerek olmaksızın bu artışın yıllık olarak kendiliğinden gerçekleşmesine izin verilmesi gerektiğini belirtmektedir (Ibid 203, 250).

¹⁰⁷ Aynı yönde Seçer (n 2) 259, 268.

¹⁰⁸ Bu tür uygulamaların Kanunun ruhu ve sistematığına aykırı olacağı yönünde: Gençcan (n 64) 709.

sonuçları hususunda varılan bir anlaşmadan söz etmek uygun olmaz. Burada tarafların yoksulluk nafakasının miktarı hakkında anlaşmaya varmamış olması ile nafakaya ilişkin sorunun çözümünün sonraya bırakılması arasında fark yoktur. Bu nedenle hakimin, yoksulluk nafakası talebinin saklı tutulduğu düzenlemeyi uygun bulmayarak tarafların nafaka hususunda anlaşmaya varmasını araması gerekmektedir. Yargıtay'ın da tarafların tazminat haklarını saklı tutması halinde TMK md 166/III hükmünde işaret edilen boşanmanın mali sonuçları hususunda anlaşmaya varılmadığı ve ihtilafın devam ettiğinden bahisle anlaşmalı boşanma kararı verilemeyeceği yönünde kararı mevcuttur¹⁰⁹. Karşı oy yazısından çıkarımda bulunabildiğimiz bir başka kararında ise boşanmanın mali sonuçlarını saklı tutan düzenlemenin uygun görülerek tasdik edilmiş olmasını bozma sebebi yapmadığı anlaşılmaktadır¹¹⁰.

Peki taraflar, yoksulluk nafakası hususundaki çözümü, karar vermesi amacı ile hakime bırakabilir mi? Diğer bir ifade ile boşanma konusunda serbest iradeleri ile anlaşmaya varan tarafların çocukların durumu ya da boşanmanın mali sonuçlarına ilişkin hususların çözümünü mahkemeye bırakması mümkün müdür?

Belirtmek gerekir ki yukarıdaki soruya İsviçre Medeni Kanununda yanıt verilmektedir. ZGB Art 112 hükmü ile tarafların ortak bir başvuru ile mahkmeden boşanma kararı verilmesini ve anlaşma sağlayamadıkları hususlarda mahkemenin karar vermesini isteyebileceği ifade edilmektedir. Kısmi anlaşmalı boşanmayı düzenleyen bu madde Türk Medeni Kanunumuza alınmamıştır. Durum böyleyken kısmi anlaşmalı boşanmanın Türk hukukunda da uygulanabilir bir kurum olduğu kanaatindeyiz. Zira bu ihtimalde taraflar boşanma yönünde anlaşmaya varmış; ancak boşanmanın mali sonucuna ilişkin çözümü hakime bırakmıştır. Hakimin çözümünün taraflarca kabul edilmesi halinde artık taraflarca kabul edilen bir anlaşma söz konusu olur. Aksi ihtimalde ise tarafların mali sonuçlar hususunda anlaşmaya varamadığı anlaşılır ki bu durumda TMK md 166/III uyarınca açılan davanın reddi gerekir. Esasen taraflarca davanın başında boşanmanın mali sonuçları hususunda anlaşmaya varılmış; ancak uygun görülmeyle yeni bir çözüm getirilmiş olması ihtimalinde de tarafların, hakim tarafından getirilen çözüm doğrultusunda bir anlaşmaya varması söz

¹⁰⁹ “Tarafların irade beyanları esas alınarak boşanmalarına karar verilebilmesi için, diğer şartların yanında boşanmanın mali sonuçları ile çocukların durumu hususunda tam olarak anlaşmış olmaları, hakimin de taraflarca kabul edilen düzenlemeyi uygun bulması şarttır. Tazminat haklarının saklı tutulması, bu husustaki ihtilafın devam ettiğini ve bu ihtilafın çözümünün ileriye bırakıldığını gösterir. Başka bir ifade ile “tazminat hakları saklı tutulmak” suretiyle anlaşmalı boşanma kararı verilemez. Bu husus nazara alınmadan “tazminat haklarının saklı tutulması” suretiyle Türk Medeni Kanununun 166/3 maddesi gereğince boşanma kararı verilmesi doğru bulunmamıştır. Taraflar boşanmanın mali sonuçları üzerinde anlaşamadıklarına göre, gösterdikleri deliller toplanarak davanın Türk Medeni Kanununun 166/1-2 maddesi çerçevesinde değerlendirilip, hasıl olacak neticesine göre karar verilmesi gerekirken, bu yön nazara alınmadan hüküm tesisi usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirmiştir.” Yargıtay 2 HD, 16344/269, 13.1.2015 (Kazancı İçtihat Bankası <www.kazanci.com.tr> Erişim Tarihi 25 Kasım 2020).

¹¹⁰ Karşı oy yazısının ilgili kısmı şöyledir: “Taraflar, aralarında düzenledikleri ve hakime sundukları 6.9.2007 tarihli protokolde “birbirlerindeki maddi ve manevi tazminat haklarını saklı tuttuklarını” belirtmişlerdir. Hakın saklı tutulması, bu konuda anlaşma sağlanmadığını, çekişmenin devam ettiğini ihtilafın ileriye atıldığını gösterir. Boşanmanın mali sonuçlarından olan maddi ve manevi tazminatla ilgili çekişme giderilmeden Türk Medeni Kanununun 166/3. maddesi gereğince boşanmaya hükmedilemez.” Yargıtay 2 HD, 19916/959, 28.1.2009 (Lexpera <lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 23 Aralık 2020).

konusudur. Bu ihtimal ile tarafların nafakaya yönelik çözümünü mahkemeye bırakması benzerdir. Bu kapsamda TMK md 166/III hükmünün kısmi anlaşma temeline dayalı boşanma davalarını dışlamadığı kanaatindeyiz¹¹¹.

4. Yoksulluk Nafakasından Feragat Edilmesi Meselesi

TMK md 166/III hükmünde ifade edilen taraflarca kabul edilen düzenlemede tarafların yoksulluk nafakasından feragat etmesi mümkündür.

Doktrinde TMK md 166/III hükmü uyarınca açılan davada yoksulluk nafakasından feragat edilmiş olması halinde usulüne uygun beyanın mevcut olduğu hallerde yoksulluk nafakasından feragatin geçerli olduğu belirtilmektedir¹¹². Buna ilaveten geçerli bir feragatin söz konusu olduğu hallerde tarafların daha sonra nafaka talep edemeyeceği yönünde görüş birliği bulunmaktadır¹¹³.

Yargıtay'ın bazı kararlarında feragat iradesinin açık olması gerekliliği aranmaktayken bazı kararlarında örtülü yapılan feragatin de geçerli olacağına karar verilmektedir. Gerçekten Yargıtay Hukuk Genel Kurul kararına konu bir olayda anlaşma temeline dayalı boşanma davasında açıkça yoksulluk nafakasından feragat edildiğine yönelik beyanda bulunulmasa da anlaşmalı boşanmanın kesinleşmesi ile istenebilecek tek nafakanın iştirak nafakası olduğu ifade edilmektedir¹¹⁴. Bununla birlikte son yıllarda geçerli bir feragatten söz edilebilmesi için yoksulluk nafakası isteminden açıkça vazgeçildiği yönünde bir dilekçe veya tutanağa aktarılmış usulüne uygun açık bir feragat beyanının aranması gerektiği yönünde isabetli kararlarının mevcut olduğu görülmektedir¹¹⁵. Yine, Yargıtay'ın nafaka isteminden feragat eden tarafın daha sonra nafaka talep edemeyeceği yönünde katı ve istikrarlı tutumu mevcuttur.

Belirtmemiz gerekir ki, hakimin müdahalesinin kapsamı, feragat iradesinin açık olup olmadığını denetlemekle sınırlı tutulmamalıdır. Burada esas sorun bazı durumlarda TMK md 23/I hükmü kapsamında geçersiz bir feragatin bulunması ihtimalidir. Şöyle ki; yoksulluk nafakasının insan onurunu korumayı amaçlayan yapısı göz önünde bulundurulduğunda bu düzenlemeyi içeren sözleşmelerin TMK

¹¹¹ Aynı yönde Özdemir (n 10) 224. Aksi görüşte Hoşlan (n 16) 203, 214.

¹¹² Atar (n 69) 251, 258.

¹¹³ Öztan (n 2) 837; Atar (n 69) 251, 259; Yücel (n 2) 239, 249; Demir (n 44) 71.

¹¹⁴ "Hukuk Genel Kurulu'nun çoğunluğunca, tarafların boşanma sırasında nihai olarak anlaşmalarını bildirdikleri ve nafaka isteğinden feragat edildiği, davacının bu beyanında açıkça yoksulluk nafakasından sözedilmemiş ise de kendisini bağlayacağı, anlaşmalı boşanmanın kesinleşmesi ile istenebilecek tek nafakanın çocuklar için iştirak nafakası olduğu, somut olayda, davacının boşanma yüzünden yoksulluğa düştüğünden bahisle nafaka isteyemeyeceği, yerel mahkeme kararının usul ve yasaya uygun olduğu benimsenmiş ve bu nedenle direnme kararının onanması gerekmiştir." Yargıtay Hukuk Genel Kurul Kararı, 836/306, 6.3.2013 (Lexpera <lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 12 Ocak 2021).

¹¹⁵ Yargıtay 3 HD, 14455/18101, 21.11.2011. Benzer yönde kararlar için bkz Yargıtay 3 HD, 1018/1738, 15.2.2016; Yargıtay 3 HD, 5574/13801, 21.10.2014; Yargıtay 3 HD, 18910/301, 19.1.2016 (Lexpera <lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 15 Ocak 2021).

md 23 hükmü denetimine tabi olması gerekliliği ortaya çıkmaktadır¹¹⁶. Boşanma nedeniyle yoksulluğa düşecek olan ve kendi geçimini sağlamasının haklı olarak beklenemeyeceği tarafın nafakadan feragat etmesi halinde bu feragatin geçerli olup olmadığı ayrıca irdelenmelidir. Özellikle diğer eşin mali gücünün yerinde olmasına rağmen boşanmaya karar verilebilmesi amacı ile nafakadan feragat eden; ancak boşanma yüzünden hayatını idame ettiremeyerek zarurete düşmüş olan eşin feragati TMK md 23/T'e aykırılık nedeni ile geçersiz olabilir. Bu konuda irade sakatlığı boyutuna varmayan durumlarda TMK md 23 hükmünün işlevi belirgindir. Hatta hakimin onaylamasından sonra irade sakatlığının oldukça istisnai hallerde iptale neden olacağı¹¹⁷ göz önünde bulundurulduğunda, feragatin geçerli olup olmadığı hususunda TMK md 23 hükmünün denetimsel işlevi ayrıca belirleyici olacaktır.

Bu bağlamda kanaatimiz nafakadan feragat edilmesi halinde hakimin, bu feragatin TMK md 23 hükmüne aykırı olup olmadığını incelemesi gerektiğidir. Taraflarca getirilen veya hakim tarafından resen incelemeye alınan bilgi ve belgeler neticesinde bir tarafın açıkça sömürülmesine neden olan veya onu insana yaraşır bir yaşam sürdürmekten mahrum kılan düzenlemenin tespit edilmesi halinde hakimin müdahalesi söz konusu olmalıdır. Öte yandan TMK 23 hükmüne aykırı olması nedeni ile kesin hükümsüz olan bir sözleşmenin hakim tarafından uygun görülmüş olması halinde dahi sözleşmenin geçersizliğini koruduğu belirtilmelidir. Bu nedenle Yargıtay'ın katı tutumunun aksine¹¹⁸ daha evvel nafakadan feragat eden kişinin nafaka istemli dava açması halinde hakimin irade sakatlığının mevcut olup olmadığına ilaveten feragatin TMK md 23 hükmü karşısında geçerli olup olmadığını da incelemesi gerekmektedir. Bu inceleme bağlamında sözleşme özgürlüğüne aykırı bir durumun mevcut olup olmadığını takdirinde sözleşmenin yapıldığı tarihe nazara

¹¹⁶ TMK md 23/1 hükmünün koruduğu değerler arasında kişinin özgür ve insan onuruna yakışır bir yaşam sürmesi amacı yer almaktadır. Bkz Oktay Özdemir (n 30) 337, 401.

¹¹⁷ Esasen hakimin onayından sonra tarafların irade sakatlığı nedeniyle düzenlemeyi nasıl iptal edeceği de tartışılmaya müsaittir. Gerçekten hakimin tarafları bizzat dinleyerek iradelerini serbestçe açıkladıklarına kanaat getirmesini öngören TMK md166/III hükmü, hakimin taraf iradelerinin irade sakatlığına uğramış olup olmadığını incelemesine hizmet eder. Hakimin tarafları bizzat dinleyerek irade sakatlığının mevcut olup olmadığı değerlendirmesinde bulunması nedeniyle daha sonradan tarafların irade sakatlığına başvurmalarının mümkün olmadığı belirtilmektedir (Özer (n 16) 323). Bununla birlikte yanılma durumunda taraflar dahi iradelerinin sakat olduğunu bilmediğinden hakimin de bu yönde değerlendirmede bulunamayacağı gerekçesi ile yanılma durumunda taraflara iptal hakkı tanınması gerektiği görüşü ileri sürülmektedir (Bkz Özer (n 16) 323. Karş Esener 610, 622). Daha evvel ifade ettiğimiz üzere hakimin onay şartı, sözleşmenin özel hukuk sözleşmesi niteliğini değiştirmez (bkz yuk II). Ne var ki hakimin uygun görerek tasdik ettiği ve hükmün bir parçası haline gelen düzenlemenin tek tarafı irade beyanıyla iptali mümkün değildir. Aksi düşünüldüğünde taraflardan birinin tek tarafı irade beyanıyla iptal hakkını kullandığını tespit edecek ilk derece mahkemesi ile bizatihi protokolü tasdik eden diğer ilk derece mahkemesi kararları arasında çelişki olur. Bu nedenle eşlerden birinin hataya düşmüş olması halinde bunun ancak istinaf veya temyiz sebebi oluşturabileceği belirtilmektedir. Bununla birlikte aynı zamanda sulh sözleşmesi karakteri taşıyan bu düzenlemelerde temel hatası durumunda iptalin sınırlanması gerektiği ifade edilmektedir. Zira taraflar bu düzenleme ile belirli bir riski üzerlerine alarak uyuşmazlığı çözüme erdirmek niyetindedir. Bu kapsamda taraflar arasındaki düzenleme ile çözüme kavuşturulmuş olan belirsiz veya tartışmalı noktalara ilişkin tarafların riski üzerine aldığı ve yanılma hükümlerine başvurmalarının mümkün olmadığı kabul edilmektedir. İstisnai olarak anlaşma yapılırken temel alınan ve kesin olarak kabul edilen bir hususta yanılmaya düşülümse iptalin mümkün olduğu belirtilmektedir (Bu görüşler ve konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz Özer (n 16) 326-330).

¹¹⁸ "İrade bozukluğu hallerinde, feragatin iptali istenebilir (HMK m. 311). Bunun haricinde feragat beyanından dönülemez. Hal böyle iken davalı-davacı kadının 15.04.2014 tarihli dilekçe ile talep ettiği yoksulluk nafakası talebinin feragat nedeniyle reddine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde kadın lehine yoksulluk nafakasına hükmedilmesi doğru görülmemiş ve bozmayı gerektirmiştir" Yargıtay 2 HD, 23479/4466, 18.4.2017 (Lexpera <lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 21 Aralık 2020).

alınarak karar verilmelidir. Bu yönde yapılan incelemede nafaka talep eden tarafın önceki feragatinin geçersiz olduğu sonucuna varılırsa ve şartları mevcutsa taraf lehine nafakaya hükmedilmelidir. Bununla birlikte nafakadan feragati geçersiz olan kişinin sonradan mali gücünde iyileşme olması halinde bu durum sözleşmeyi baştan itibaren geçerli hale getirmez. Ne var ki bu yeni davada nafakaya ilişkin yoksulluk şartının eksikliği nedeniyle istemin reddi gerekir.

5. Yoksulluk Nafakasının Belirli Bir Süreye İlişkin Verileceği Yönünde Düzenleme Yapılması

Taraflarca kabul edilen düzenlemede nafaka yükümlüsünün belirli bir süre için nafaka ödeyeceğinin kararlaştırılması halinde bu düzenleme hakim tarafından uygun görülerek onaylanabilir mi? Bu hususta TMK md 175 hükmünde yer alan "...diğer taraftan süresiz olarak nafaka isteyebilir" ifadesinin belirli süre için nafaka verilmesine cevaz verip vermediği tartışılmalıdır.

Belirli süre ile sınırlı olmak koşulu ile nafakaya hükmedilmesi, çoğunlukla çekişmeli boşanma davalarında nafakanın belirli bir süre için irat halinde ödenmesine karar verilmesi durumunda ihtilafa yol açar. Zira bu gibi hallerde nafaka talep eden taraf TMK md 175 hükmü uyarınca lehine süresiz nafakaya hükmedilmesini talep ederken nafaka yükümlüsü taraf nafakaya hükmedilmemesi ya da belirli süre için hükmedilmesi yönünde talepte bulunmaktadır. Bu kapsamda taraflar arasında nafakanın ödenme süresine ilişkin bir anlaşma bulunmadığı açıktır. Halbuki anlaşma temeline dayalı boşanma davalarında taraflar nafakanın belirli süre için ödenmesi hususunda anlaşmaya varmış olabilir. Bununla birlikte tarafların bu yöndeki anlaşmasını hakim in uygun görüp görmeyeceği tartışılmalıdır. Zira TMK md 175 hükmünde yer alan düzenleme belirli süreli nafaka verilmesini dışlamaktaysa tarafların kanunen düzenlenmiş bu hususa aykırı olarak anlaşma yapması mümkün olmadığından hakim tarafından bu düzenlemenin uygun görülmemesi gerekmektedir¹¹⁹. Bu nedenle hakim in belirli bir süre için nafaka verilmesi yönünde takdir yetkisi olup olmadığını incelemek gerekmektedir.

Belirtmemiz gerekir ki İsviçre Medeni Kanununda ve Alman Medeni Kanununda nafakanın (katkının) süresiz istenebileceğine yönelik bir düzenleme mevcut değildir. İsviçre hukukunda yoksulluk nafakasına karar verilecekse nafakanın miktarı ve süresi hususunda ZGB Art 125 hükmünde 8 bent halinde yer alan kriterler özellikle dikkate alınır. Bu kapsamda maddede yer alan kriterler göz önünde tutularak belirli bir süre için nafaka verilmesi yönünde karar verilmesi mümkündür¹²⁰. Alman hukukunda da BGB § 1570 ve devam eden hükümlerde yer alan istisnai koşulların varlığı halinde yoksulluk nafakasına hükmedilmektedir. Bununla birlikte her iki hukuk sisteminde de nafakanın süresi için öngörülmüş bir azami süre bulunmamaktadır.

¹¹⁹ Elçin Grassinger (n 2) 235, 236.

¹²⁰ Schwander (n 76) ZGB 125 N 5-6; Freiburghaus (n 61) Art 125 N 2.

TMK md 175 hükmünde ise yoksulluğa düşecek taraf (...) diğer taraftan mali gücü oranında süresiz olarak nafaka isteyebilir ifadesi mevcuttur. Bununla birlikte bu ifadenin belirli süre için nafaka verilmesi yönünde hakime takdir yetkisi verip vermediği konusunda görüş birliği bulunmamaktadır¹²¹.

TMK md 175 düzenlemesinde yer alan "...süresiz olarak..." ifadesinin Anayasa'ya aykırılığı iddiası Aile Mahkemesi sıfatıyla Kestel Asliye Hukuk Mahkemesi tarafından itiraz yolu ile Anayasa Mahkemesi önüne getirilmiştir. Başvuruda, TMK md 175 hükmünde nafakanın hangi hallerde verileceğinin açık olmadığı, nafakanın miktar ve süresinin tayininde evliliğin süresi, tarafların mali gücü gibi unsurların dikkate alınması gerekliliğinin yer almadığı ve bu hali ile boşanma neticesinde eşlerden birinin ömür boyu sürecek mali yükümlülük altına girdiği belirtilmiştir. Anayasa Mahkemesi kararında ise, süresiz ibaresinin kişinin ölüncüye kadar her zaman yoksulluk nafakası alacağı anlamına gelmediği ifade edilerek "süresiz olarak" ibaresine yer verilmesinin amacı, boşanmadan dolayı yoksulluğa düşecek olan eşin diğer eş tarafından, şartları bulunduğu sürece ekonomik yönden desteklenmesi ve asgari yaşam gereksinimlerinin karşılanması olduğu belirtilmiştir¹²². Oy çokluğu ile alınan kararda madde metninde yer alan süresiz ifadesinin Anayasa'ya aykırı olması nedeni ile iptali isteminin reddine karar verilmiştir¹²³.

Anayasa Mahkemesi, madde metninde yer alan süresiz ifadesinin hukuka aykırı olmadığı yönündeki kararına gerekçe olarak bu ifadenin ölüncüye kadar nafaka verilmesi anlamına gelmediğine, nafakanın ancak şartları bulunduğu sürece verileceğine yer vermiştir. Pek tabii Türk Medeni Kanununda nafakanın kaldırılması ya da indirilmesine neden olan bir durumun varlığı halinde nafaka yükümlülüğü kısmen ya da tamamen sona erer¹²⁴. Ne var ki karardan, böyle bir halin mevcut olmadığı ve yoksulluk nafakasının şartlarının devam ettiği durumda nafakanın belirli

¹²¹ Nafakanın süresiz olarak ödenmesinin talep edilmesi halinde hakimin süresiz olarak nafakaya hükmetmek zorunda olduğu görüşü için bkz Ahmet Cemal Ruhi, *Yargıtay İçtihatlarıyla Nafaka Hukuku* (3. Baskı, 2010) 46; Dural, Ögüz ve Gümüş (n 2) 159; Demir (n 44) 71. Nafakanın süresiz olarak talep edilmesi halinde hakimin takdir yetkisi olduğu ve belirli süre ile nafaka ödenmesi yönünde karar verebileceği görüşü için bkz Öztan (n 2) 841; Kocabaş (n 62) 357, 366; Yağcı (n 53) 323, 340; Yücedağ (n 47) 509, 525. Somut durumda yoksulluğun belli bir süre sonra ortadan kalkacağına açık olduğu hallerde süreli nafakanın mümkün olduğu aksi halde belirli süre ile sınırlandırmanın hakkaniyete aykırı olacağı yönünde Yıldırım (n 47) 59, 78. Nafaka alacaklısının belirli süre nafaka ödenmesini talep etmesi halinde hakimin taleple bağlı olduğu ve belirli süre için nafakaya hükmetmesi gerektiği yönünde Dural, Ögüz ve Gümüş (n 2) 158; Öztan (n 2) 845; Ceylan (n 4) 116; Yıldırım (n 47) 59, 78. Doktrinde ileri sürülen görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz Yağcı (n 53) 323, 339-345.

¹²² Anayasa Mahkemesi, 2011/136, 17.5.2012. RG Tarih ve Sayı: 26.6.2012, 28335.

¹²³ Anayasa Mahkemesi önüne bireysel başvuru yolu ile gelen bir olayda ise aleyhine süresiz olarak nafakaya hükmedilen ve süresiz nafaka nedeniyle maddi ve manevi varlığını koruma hakkının ihlal edildiğini iddia eden başvurucunun, yargılama süresince nafakanın süresiz oluşuna ilişkin şikayet ya da talepte bulunmadığı ve başvuru yollarını usulüne uygun tüketmediğinden bahisle başvurusunun kabul edilemez olduğuna karar verilmiştir. Anayasa Mahkemesi, Esat İnevi Başvurusu, Başvuru Numarası: 2015/11677, 8.7.2020. RG Tarih ve Sayı: 23/9/2020-31253.

¹²⁴ TMK md 176/III ve IV şöyledir: "*İrat biçiminde ödenmesine karar verilen maddi tazminat veya nafaka, alacaklı tarafın yeniden evlenmesi ya da taraflardan birinin ölümü hâlinde kendiliğinden kalkar; alacaklı tarafın evlenme olmaksızın fiilen evliymiş gibi yaşaması, yoksulluğunun ortadan kalkması ya da haysiyetsiz hayat sürmesi hâlinde mahkeme kararıyla kaldırılır.*"
Tarafların mali durumlarının değişmesi veya hakkaniyetin gerektirdiği hâllerde iradın artırılması veya azaltılmasına karar verilebilir."

sürelî olarak verilmesinin mümkün olmadığı, başka bir ifade ile nafaka borçlusunun nafaka ödeme yükümlülüğünün ölüm ile sona ereceği anlaşılmaktadır. Ancak bu durumun çoğu zaman adaletli olmayan sonuçlar yaratacağı açıktır.

Belirtmemiz gerekir ki Türk Kanunu Medenisinde 3444 sayılı Kanun¹²⁵ ile yapılan değişiklik neticesinde nafakanın bir yıl süre için talep edilebileceğini öngören düzenleme, nafakanın süresiz olarak verilebileceği yönünde değiştirilmiş ve süresizliğe ilişkin bu düzenleme Türk Medeni Kanununa aynen aktarılmıştır¹²⁶. Kanun koyucunun yaptığı bu değişikliğin bilinçli bir değişiklik olduğunu belirten Yargıtay, bu değişiklik neticesinde belirli bir süre için öngörülen nafaka düzenlemesinin kanuna açık bir aykırılık oluşturduğu görüşündedir¹²⁷. Yukarıda belirttiğimiz Anayasa Mahkemesi kararından da TMK md 176 hükmünde yer alan koşulların oluşmadığı hallerde nafakanın süresiz olması gerektiği dolaylı olarak anlaşılmaktadır. Bu kapsamda İsviçre ve Alman hukukundan farklı olarak Türk hukuku uygulamasında belirli süre ile sınırlı olarak nafakaya hükmedilmesinin TMK md 175 hükmüne aykırı olacağı benimsenmektedir. Biz bu konuda TMK md 175 hükmünde yer alan ifadenin lafzı ve amacının belirli süre için nafakaya hükmedilmesini dışlamadığı ve bu konuda hakimin takdir yetkisi olduğu görüşüne katılmaktayız¹²⁸. Gerçekten TMK md 175 hükmünde yer alan diğer taraftan malî gücü oranında süresiz olarak nafaka isteyebilir şeklindeki ifade nafaka talep eden kişinin süresiz nafaka isteyebileceğini işaret ederken hakime süresiz nafakaya hükmetmesi yönünde bir ödev yüklememektedir. Diğer bir ifade ile pozitif hukukumuzda nafakanın belirli süre için verilmesi mümkündür¹²⁹. Ancak şartları oluşmuşsa hakim pek tabii nafaka yükümlüsünü süre ile sınırlı olmaksızın nafaka ödemekle yükümlü kılabilir.

Esasen birçok durumda hakimin süresiz nafakaya karar vermesi hakkaniyete aykırılık oluşturabilir. Bununla birlikte, istisnai bazı durumlarda nafakanın belirli süre için ödeneceğine karar verilmesi de adil olmayabilir. Bu nedenle hakimin nafakayı belirli bir zaman için sınırlayabileceği ve istisnai olarak süresiz nafakaya hükmedilebileceğini öngören PEFL 2:8 düzenlemesinin yerinde olduğu kanaatindeyiz¹³⁰. Bununla birlikte pozitif hukukun da belirli süre ile sınırlı olarak nafakaya karar verilmesine engel bir düzenleme içermediğinden bahisle süreye ilişkin

¹²⁵ 743 Sayılı Türk Kanunu Medenisinin Bazı Maddelerinin ve 818 Sayılı Borçlar Kanununun 49 uncu Maddesinin Değiştirilmesine Dair Kanun, Kanun Numarası: 3444, Kabul Tarihi: 4.5.1988, RG 12.5.1988/19812.

¹²⁶ Türk Kanunu Medenisinin 144. maddesi 4.5.1988 tarihli 3444 sayılı Kanun ile değiştirilmeden önce yoksulluk nafakasının bir yıl süre için talep edilebileceği düzenlenmekteydi. 3444 sayılı Kanunun 6. maddesi ile yapılan değişiklik neticesinde EMK md 144 hükmü ile nafakanın süresiz olarak talep edilebileceği hüküm altına alınmıştır. Nafakanın süresiz olarak talep edilebilir olduğuna yönelik düzenleme Türk Medeni Kanununa aynen aktarılmıştır.

¹²⁷ Yargıtay 2 HD, 8859/14407, 12.12.2017 (Lexpera <lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 12 Ocak 2021).

¹²⁸ Bu görüş ve ayrıntıları için bkz Yağcı (n 53) 323, 346. Madde metninin lafzi yorum ile değerlendirilmesi halinde 1 yıl süren evlilik ile 50 yıl süren evlilik arasında nafaka yönünden farklılık görünmeyeceği hakkında bkz Şahin (n 56) 75,94.

¹²⁹ Yağcı (n 53) 323, 346; Yücedağ (n 47) 509, 525.

¹³⁰ Belirlenen sürenin bitiminde yoksulluk nafakası koşullarının devam etmesi halinde tekrar nafakaya hükmedilebileceği yönünde: Beilfuss (n 75) 83, 99.

bir kanun değişikliğinin uygun olmayacağını düşünmekteyiz. Zira belirli bir süre nafaka verilmesi ya da nafakanın azami süresine¹³¹ yönelik düzenleme getirilmesi, istisnai durumlarda nafakanın süresiz olarak verilmesini engeller niteliktedir. Esasen mevcut düzenleme ile belirli süreli nafakaya hükmedilebileceğinin kabulü ve süre tayininde ZGB Art 125 hükmünde yer alan kriterlerin dikkate alınması uygun olur¹³². Nafakanın miktarına ilişkin halihazırda dikkate alınan bu kriterlerin nafakanın süresi için de göz önünde tutulmasının önünde kanuni bir engel bulunmamaktadır.

Yukarıda ifade ettiğimiz üzere TMK md 175 hükmü, nafakanın süresiz olarak verilmesine yönelik emredici bir düzenleme niteliğinde değildir. Bu sebeple, taraflarca kabul edilen düzenlemede belirli süre için kabul edilen nafaka düzenlemesi hakimın müdahalesinin kapsamı dışında kabul edilmelidir.

6. Hakimın Yoksulluk Nafakası Miktarına Müdahalesi

Hakimin, taraflarca kabul edilen nafaka miktarının taraf menfaatlerine aykırı olduğuna kanaat getirmesi halinde müdahalesi mümkündür. Ne var ki burada hakimın denetleme ödevini yerine getirirken tarafların serbest iradesine üstünlük tanınması ve ancak açıkça hakkaniyete aykırı durumlarda müdahale etmesi uygun olur. Nitekim yukarıda da ifade ettiğimiz üzere çocuğun durumuna ilişkin düzenlemelerin aksine mali sonuçlara ilişkin düzenlemelerin denetlenmesinde daha liberal bir anlayış hakimdir¹³³. Tarafların sözleşme serbestisinin üstün tutulması gerekliliği, hakimın nafaka miktarı hususunda müdahalesinin kapsamını sınırlamaktadır; bununla birlikte bu ifadeden hakimın mali sonuçlara ilişkin anlaşmayı sadece irade sakatlığının mevcut olup olmadığı yönünden denetleyeceği sonucuna varılmamalıdır. TMK md 175 hükmünde hakime mali sonuçlar bakımından da taraf menfaatlerini gözetme ödevi yüklenmektedir. Bu kapsamda nafaka yükümlüsünün mali gücünün çok yukarısında nafaka ödemesine yönelik anlaşma kayıtlarına¹³⁴ ya da nafaka yükümlüsünün mali gücü yerinde olmakla birlikte nafaka alacaklısını yoksulluktan kurtarmayacak kadar düşük oranda belirlenen yoksulluk nafakası kayıtlarına müdahalesi hakkaniyete

¹³¹ Kanun değişikliği ile nafakanın süresine yönelik bir azami süre getirilmesi gerektiği yönünde: Ruhi (n 121) 46; Yıldırım (n 47) 59, 83; Kulaklı (n 46) 237, 263. Boşandığı eşinden azami süreye kadar nafaka alan kişinin yoksulluğunun devam ettiği durumlarda mali desteğin sosyal devlet anlayışı gereği Devlet tarafından karşılanması gerektiği yönünde: Kulaklı (n 46) 237, 263.

¹³² Yağcı (n 53) 323, 348.

¹³³ Bkz yuk V.

¹³⁴ Çok yüksek nafaka verilmesi gibi nafaka yükümlüsünün ekonomik olarak mahvına neden olabilecek kayıtlar yükümlünün kişilik hakkına aykırılık teşkil edebilir. Çok yüksek tazminat verilmesi yönünde aynı sonuca varan görüş için bkz Hoşlan (n 16) 203, 237.

uygun olacaktır¹³⁵. Burada da esas olan hakimin sözleşmenin neden taraf menfaatine aykırı olduğunu açıklayarak sözleşme önerisini sunmasıdır. Yoksa hakim, kendi kanaatine göre uygun olan nafaka miktarı yönünde anlaşılması hususunda tarafları zorlayamaz¹³⁶.

VI. Sonuç

Türk Medeni Kanunumuzun 166/III fıkrası ile uygulamada anlaşmalı boşanma olarak adlandırılan boşanma sebebi düzenlenmektedir. Bu hüküm kapsamında eşlerin boşanmasına karar verilebilmesi için taraflarca kabul edilecek bir düzenlemenin mevcudiyeti gerekmektedir. Bununla birlikte taraflarca kabul edilen düzenleme eşler hakkında boşanma kararı verilmesi için yeterli değildir. Bu düzenlemenin hakim tarafından uygun bulunması gerekmektedir.

TMK md 166/III hükmünde hakimin, tarafların ve çocukların menfaatini gözeterek taraflarca kabul edilen düzenlemede gerekli değişiklikleri yapabileceği düzenlenmektedir. Buradan anlaşılması gereken husus hakimin, uygun görmediği düzenlemelere yönelik taraflara öneride bulunmasıdır. Hakim tarafından yapılan öneri eşler tarafından kabul edilirse boşanma kararı verilir. Aksi halde tarafların anlaşamadığı gerekçesi ile anlaşma temeline dayalı açılan boşanma davasının reddi gerekmektedir. Yargıtay'ın tutumu tarafların anlaşamaması halinde davanın evlilik birliğinin sarsılmasına dayalı (TMK md 166/I) boşanma davası olarak devam edilmesidir.

Hakimin yoksulluk nafakasına yönelik müdahalesinin kapsamı ve sınırlarını belirlemek açısından taraflarca kabul edilen düzenlemenin hukuki niteliğinin tayini önem arz etmektedir. Kanaatimiz, taraflarca kabul edilen düzenlemenin özel hukuk sözleşmesi olduğudur. Hakimin bu düzenlemeyi uygun bulma koşulu ise esasen sözleşmenin kurucu değil tamamlayıcı unsurudur. Sözleşme hakim tarafından onaylandıktan sonra da özel hukuk sözleşmesi niteliğini korumaktadır. Hakimin onayı ile sözleşmenin, mahkeme ilamının bir parçası olması da bu sonucu değiştirmemektedir. Maddi hukuka ilişkin sözleşme niteliğinde olan bu düzenlemelerin mahkeme içi sulh sözleşmesi karakteri taşıdığı sonucuna ulaşılmaktadır.

TMK md 166/III hükmünde hakimin, taraf menfaatlerini dikkate alarak düzenlemede değişiklik yapabileceği düzenlenmektedir. Madde metninde çocukların

¹³⁵ Aynı yönde Ülkü Atmaca (n 17) 205. Nafaka miktarının taraf menfaatlerine uygun olup olmadığının belirlenmesi amacı ile ZGB Art 125 hükmüne paralel olarak tarafların bilgi ve belge getirme yükümlüğünün kabulü uygun olur. Zira tarafların mali ve ekonomik durumları bilinmeden tayin edilen nafaka miktarının hakkaniyetli olup olmadığı anlaşılabilir. *“İşte hakimin zorunlu ve çok önemli böyle bir görevi yerine getirebilmesi için, taraflarca hazırlanacak ayrıntılı anlaşmanın (yani) mali projenin mahkemeye sunulması veya tutanağa geçirilmiş olması kaçınılmazdır. Çünkü; eşlerin eksiksiz tüm malvarlıkları bilinmedikçe, taşınır ve taşınmaz malların ayrıntılı bir dökümü yapılmadıkça tarafların tekliflerinin ne ölçüde adil ve hakkaniyete uygun olduğunun belirlenmesi mümkün değildir.”* Yargıtay 2 HD, 10499/14491, 21.11.1991 (Lexpera <lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 10 Eylül 2020).

¹³⁶ Yargıtay 2 HD, 10499/14491, 21.11.1991 (Lexpera <lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 10 Eylül 2020).

durumuna ve boşanmanın mali sonuçlarına yönelik bir ayırım yapılmamakta ve hakimın denetim ödevinin kapsamı geniş tutulmaktadır. Bununla birlikte boşanma hukukuna ilişkin güncel yeni düzenlemeler ve olması gereken hukuk anlamında yaratılan prensiplerde ikili bir ayırım olduğu görülmektedir: Hakimın, çocuğun durumuna ilişkin düzenlemelere müdahalesinde takdir yetkisi geniş tutulurken boşanmanın mali sonuçlarına yönelik düzenlemelerde tarafların sözleşme özgürlüğü üstün tutulmaktadır. Avrupa Birliği Aile Hukukunu uyumlaştırma amacı ile ortaya konan prensipler de bu temel ayırım üzerine kurulmaktadır. Hakimın, çocuğun durumuna yönelik düzenlemeyi geçerlilik ve çocuğun yararına denetlemesi gerekliliği düzenlenirken mali sonuçların (en azından) geçerliliğine yönelik denetim ödevi işaret edilmektedir (PEFL 1:7 (1) ve (2)).

TMK md 166/III hükmünde bir ayırım yapılmamış olsa da tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyeceği konulardan olan çocuğun durumuna ilişkin düzenlemeler konusunda hakimın müdahale yetkisinin kapsamı geniş değerlendirilmelidir. Ne var ki aynı sonuca boşanmanın mali sonuçları açısından varılamaz. Bu konularda tarafların sözleşme özgürlüğü çerçevesinde serbestçe aldıkları karara uyulması esastır. Bununla birlikte tarafların sözleşme özgürlüğünün sınırları mevcuttur ve bu sınırlar hakimın yoksulluk nafakasına yönelik müdahalesinin kapsamını belirlemektedir.

Hakim, yoksulluk nafakasına yönelik anlaşmada taraf iradelerinin sıhhatli olup olmadığını denetlemelidir. TMK md 166/III hükmünde yer alan ve hakimın tarafları bizzat dinleyeceğini düzenleyen hüküm, hakimın boşanma ve boşanmanın sonuçlarına yönelik anlaşmanın serbest irade ürünü olup olmadığını incelemesini işaret eder. Tarafların serbest iradesinin ürünü olmayan anlaşmaların uygun görülmemesi ve anlaşma temeline dayalı açılan davanın reddi gereklidir.

Hakimin müdahalesi, bazen eksikliklerin tamamlanması yönünde öneri getirmek şeklinde olabilir. Tarafların yoksulluk nafakası yönünde sessiz kalması (düzenlemede yoksulluk nafakasına hiç yer verilmemiş olması) böyledir. Boşanmanın mali sonuçlarından olan yoksulluk nafakasına ilişkin anlaşmanın boşanmanın maddi şartı olması nedeniyle hakimın bu eksikliği tamamlaması gerekmektedir. Aynı durum tarafların yoksulluk nafakasını saklı tutmuş olması halinde de geçerlidir. Zira bu ihtimalde de taraflar, yoksulluk nafakasına ilişkin bir anlaşmaya varamamış ve nafakanın çözümünü boşanma davasından sonraya bırakmıştır. Nafaka hususunda bir anlaşmaya varılamamış olması nedeniyle hakimın bunu re'sen dikkate alması ve maddi şartın yerine getirilmesi amacı ile gerekli değişikliğin yapılması yönünde öneride bulunması gerekmektedir.

Tarafların, belirli bir miktar nafaka ödenmesi yönünde anlaşması; ancak nafakanın sonraki yıllardaki değişimine yönelik düzenleme yapmamış olması halinde kanaatimiz bu hali ile sözleşmenin onaylanabilir olduğu yönündedir. Nitekim TMK md 176/V

hükmü uyarınca talebe bağlı olan bu husus, taraflarca kabul edilen düzenlemenin zorunlu unsurlarından değildir. Hakim; sadece düzenlemenin zorunlu olan unsurları (boşanmanın mali sonuçları ve çocuğun durumu) ile esasen ihtiyari olan; ancak taraflarca düzenlemeye dahil edilerek sübjektif esaslı unsur haline gelen unsurları denetlemekle yükümlüdür.

Tarafların nafakanın belirli süre ödeneceği yönünde anlaşması da mümkündür. Pozitif hukukumuzda nafakanın belirli süre için ödeneceği yönündeki anlaşmaların yasaklanmadığı; hatta çekişmeli boşanma davalarında taraflardan birinin süresiz olarak nafaka talep etmesi halinde dahi hakimin belirli süre nafakaya hükmetme yönünde takdir yetkisinin mevcut olduğu yönündeki görüş benimsenmektedir.

Taraflardan birinin yoksulluk nafakasından feragat etmesi halinde geçersizliğin sadece feragat iradesi yönünden değil TMK 23/I yönünden de yapılması gerekmektedir. Zira kişinin insan onuruna uygun ve elverişli şartlarda yaşamasını amaçlayan yoksulluk nafakasından feragati bazı durumlarda TMK md 23/I hükmüne aykırı olması nedeni ile geçersiz olabilir. Buna rağmen hakim tarafından uygun görülmesi de düzenlemeyi geçerli hale getirmez zira tamamlayıcı unsur olan hakim onayı geçerlilik şartlarını taşımayan bir sözleşmeye hüküm kazandırma işlevine sahip değildir. Bu kapsamda daha evvel feragat mevcut olmasına rağmen nafakanın sonradan talep edilmesi halinde taraflarca kabul edilen düzenlemenin TMK md 23 hükmü kapsamında geçerlilik denetiminin yapılması gerekmektedir.

Son olarak tarafların çok yüksek nafaka miktarı yönünde anlaşması halinde hakimin nafaka yükümlüsünün kişilik hakkına aykırı bir durum olup olmadığını incelemesi gerekmektedir. Aksine yükümlünün mali gücü yeterliyken nafaka alacaklısını yoksulluktan kurtarmayacak derecede az nafaka ödenmesi de TMK md 23 hükmüne aykırı olduğu müddetçe uygun bulunmamalıdır.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

Grant Support: The author declared that this study has received no financial support.

Bibliyografya/Bibliography

- Akıntürk T ve Ateş D, Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku İkinci Cilt (Yenilenmiş 21. Bası, Beta, 2019).
- Arkan Serim A, 'Yoksulluk Nafakası' (2007) LXV (1) İÜHFMD 277-302.
- Arsebük E, Medeni Hukuk II Aile Hukuku Kısım 1 (1940).
- Atar E A, 'Nafakadan Feragat' (2016) 22 (3) MÜHFHAD Cevdet Yavuz'a Armağan 251-267.
- Bauermann P, Grundlagen und Ausgestaltung im deutschen Unterhaltsrecht und in den Prinzipien der Commission on European Family Law (CEFL) (Stämpfli Verlag AG, 2013).
- Beilfuss C G, 'CEFL's Maintenance Principles: The Conditions For Maintenance' (2005) Common Core and Better Law in European Family Law 83-103.
- Burcuoğlu H, 'Boşanmada Kusur ve Yoksulluk Nafakası ile İlgili Gözlemler' (2018) 4 (2) İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1-12.
- Bühler W ve Spühler K, Berner Kommentar, Die Ehescheidung, Art. 137-158 ZGB, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Familienrecht, Das Eherecht, (3. Baskı, Stämpfli Verlag AG, 1980).
- Ceylan E, Türk ve İsviçre Hukukunda Boşanmanın Hukuki Sonuçları (Galatasaray Üniversitesi Yayınları, 2006).
- Demir M, Türk Medeni Hukuk Öğreti ve Uygulamasında Yoksulluk Nafakası (Seçkin Yayıncılık, 2018).
- Demirbaş A, 'Güncel Tartışmalarla Yoksulluk Nafakası' (2018) 5 (2) İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 219-236.
- Dural M, Ögüz T ve Gümüş M A, Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku (Gözden Geçirilmiş 15. Bası Filiz Kitabevi, 2020).
- Demirsatan B, 'Boşanmada Ev Hayvanlarının Hukuki Durumu' (2020) 24(3) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 137-161.
- Elçin Grassinger G, 'Boşanma Davasında Eşlerin Boşanmanın Tali Sonuçlarına İlişkin Konularda Anlaşma Yapmaları ve Konu ile İlgili İsviçre Federal Mahkemesi Kararı' (1997) LV (3) İHFMD 235-242.
- Esener T, 'Boşanmanın Fer'i Neticelerine Dair Mukaveleler' (1951) VIII (3-4) AÜHFMD 610-628.
- Fankhauser R, Die Ehescheidung und die Ehetrennung / Erster Abschnitt: Die Scheidungsvoraussetzungen, FamKomm (3. Baskı, Stämpfli Verlag AG, 2017).
- Ferrand F, 'Divorce and Spousal Agreements' (2005) Common Core and Better Law in European Family Law 71-83.
- Freiburghaus D, Personen -und Familienrecht- Partnerschaftsgesetz Art.1-456 ZGB, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht (3. Baskı, Schulthess Juristische Medien AG, 2016).
- Gençcan Ö U, 6100 sayılı HMK Hükümlerine Göre Boşanma, Tazminat ve Nafaka Hukuku (2. Baskı, Yetkin, 2013).
- Helvacı S, Kişilik İşlemi Hakları (Münhasıran Şahsa Bağlı Haklar) (İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Doktora Tezi, 1993).
- Hoşlan Ö C, 'Anlaşmalı Boşanma Protokollerine İlişkin Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi' Medeni Hukuk Alanındaki Güncel Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumları, Cilt II: Aile Hukuku (On iki Levha, 2019) 203-285.
- Jungo A, Personen- und Familienrecht – Partnerschaftsgesetz Art. 1-456 ZGB – PartG, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht (3. Baskı, Schulthess Juristische Medien AG, 2016).

- Kırbaş Ö, Türk Hukuku'nda Eşlerin Anlaşmasına Dayanan Boşanma: (MK.m.134/III), (İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 1994).
- Kocabaş G, 'Evlilik Sonrası Dayanışma İlkesi ve Bu İlkenin Sınırı Olarak Clean Break İlkesi Doğrultusunda Yoksulluk Nafakasını Belirleyici Ölçütler' (2013) 19 (1) 357-392.
- Kulaklı E, 'Yoksulluk Nafakası ve Yoksulluk Nafakasının Süresi Bağlamında Bir Mukayeseli Hukuk İncelemesi' (2018) 5 (2) İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 237-268.
- Nomer H N, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (Gözden Geçirilmiş, Genişletilmiş Ondördüncü Baskı, Beta, 2015).
- Oğuzman M K ve Öz T, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-1 (Güncellenip Genişletilmiş 17. Bası Vedat Kitapçılık, 2019).
- Oktaç Özdemir S, "Sözleşme Özgürlüğü" (2019) 1 İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu: Yürürlük Kanunu Madde 1-82, 337-441.
- Oktaç Özdemir S, 'Türk Hukukunda Boşanma Sisteminde Revizyon İhtiyacı' (2015) 35 (1) MHB 29-46.
- Özdemir N, Türk Hukukunda Anlaşmalı Boşanma (İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2003).
- Özer M T, Medeni Hukukta Hata Kavramı (On iki Levha, 2019).
- Özkan B, Aile Hukuku (6. Bası, Turhan Kitabevi, 2015).
- Roth M, 'Future Divorce Law- Two Types of Divorce' (2005) Common Core and Better Law in European Family Law 41-58.
- Ruhi A C, Yargıtay İçtihatlarıyla Nafaka Hukuku (3. Baskı, 2010).
- Schwander I, ZGB 125, OFK-Orell Füssli Kommentar (Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, Orell Füssli Verlag AG, 2016).
- Schwenzer I ve Büchler A, Dritte Abschnitt: Die Scheidungsfolgen/ Art. 125/I.-II., FamKomm (3. Baskı, Stämpfli Verlag, 2017).
- Seçer Ö, 'Anlaşmalı Boşanmada Eşlerin Yaptıkları Anlaşma' (2016) 7 (2) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi) 259-286.
- Shannon G, 'Clean Break or Long-Term Payment of Maintenance' (2005) Common Core and Better Law in European Family Law 103-119.
- Şahin M, 'Türk-İsviçre Medeni Kanunlarına Göre Evlilik Sonrası Katkının (Yoksulluk Nafakasının) Şartları (TMK m.175-ZGB m.125)' (2017) XXI (3) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 75-107.
- Şıpka Ş, 'Avrupa Birliği Aile Hukuku ve CEFL (Avrupa Birliği Aile Hukuku Komisyonu, Prensipleri, Amaçları ve Yapılan Çalışmalar)' (2006) 10 (2) 163-172.
- Tekinay S S, Türk Aile Hukuku (7. Baskı, Filiz Kitabevi, 1990).
- Uzun M, Yargıtay Kararları Kapsamında Yoksulluk Nafakası (Vedat Kitapçılık, 2013).
- Ülkü Atmaca H, Türk Hukukunda Anlaşmalı Boşanma Protokolü (Yeditepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2017).
- Yağcı K, 'Yoksulluk Nafakasında Süresizlik Sorunu' (2018) 76 (1) İstanbul Hukuk Mecmuası 323-358.
- Yıldırım A, 'Yoksulluk Nafakası ve Yoksulluk Nafakasında Süre Sorunu' (2016) 14 (157) 59-89.
- Yücedağ N, 'Kadının Talep Ettiği Yoksulluk Nafakası' (2017) 6. Uluslararası Suç ve Ceza Film Festivali 509-529.
- Yücel S, 'Yargıtay Kararları Işığında Anlaşmalı Boşanma Davası Sonrasında Nafaka ve Tazminat Talepleri' (2018) 4 (1) 239-257.



İstanbul Hukuk Mecmuası

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Başvuru: 04.02.2021
Revizyon Talebi: 04.02.2021
Son Revizyon: 09.02.2021
Kabul: 01.08.2021

Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Yapılması ve Yenilenmesinde Objektif Neden Koşulunun Değerlendirilmesi

Canan Ünal Adınır^{*}

Öz

İş sözleşmeleri belirli veya belirsiz süreli olarak yapılabilmeyle birlikte hukukumuzda belirsiz süreli iş sözleşmesi kural, belirli süreli iş sözleşmesi ise istisnadır. İş Kanunu m. 11/1 hükmü uyarınca belirli süreli iş sözleşmesi, belirli süreli işlerde veya belli bir işin tamamlanması veya belirli bir olgunun ortaya çıkması gibi objektif nedene bağlı olarak yapılabilir. Diğer iş kanunlarında benzer bir düzenlemeye yer verilmemiş olup bunun da sonucunda belirli süreli iş sözleşmesinin yapılması bakımından en katı kanun İş Kanunu m. 11 hükmü doktrinelere konu olmuştur. Aynı madde hükmünün 2 ve 3. fıkralarında ise, belirli süreli iş sözleşmesinin yenilenmesi objektif neden koşuluna bağlanmıştır. Benzer bir düzenlemeye ise Türk Borçlar Kanunu m. 430 hükmünde yer verilmiştir. Dolayısıyla belirli süreli iş sözleşmesinin ilk defa yapılmasından farklı olarak yenilenmesinde iş kanunları arasında önemli bir farklılık bulunmamaktadır. Bu makalede, objektif nedenin ne anlama geldiği ve koşulun yerindeliği tartışılacaktır. Bu bağlamda, İş Kanunu m. 11 hükmü ile belirli süreli iş sözleşmelerinin ilk defa yapılmasında aranan objektif neden koşuluna yönelik doktrindeki tartışmalar ve kanun çalışmaları değerlendirilecek olup objektif neden koşulu için nasıl bir istisna getirilebileceği ve de getirilmemesi gerektiği açıklanacaktır. Ardından da belirli süreli iş sözleşmelerinin yenilenmesinde aranan objektif neden koşulu incelenecektir. Bu çerçevede objektif neden koşuluna ilave olarak belirli süreli iş sözleşmelerinin yenilenmesinde kötüye kullanmaları engellemek için “süre sınırı” ve “sayı sınırı”nın hukukumuz açısından uygulaması değerlendirilecektir.

Anahtar Kelimeler

Belirli süreli iş sözleşmesi, Objektif neden, İş Kanunu m. 11, Türk Borçlar Kanunu, Deniz İş Kanunu, Basın İş Kanunu, Zincirleme süreli iş sözleşmesi, Yenilenme, Süre sınırı, Sayı sınırı

Determination of the Objective Reason Condition in the Conclusion and Renewal of Fixed Term Employment Contracts

Abstract

An employment contract may be executed for a fixed or indefinite term. An indefinite-term employment contract is the rule of thumb, whereas a fixed-term contract is an exception. According to Article 11 of the Employment Code No 4857, a fixed-term contract may be signed when it is based on an objective reason, such as fixed-term work, the completion of a certain job, or the emergence of a relevant fact. There is no similar provision in other employment codes, which is why concluding a fixed-term employment contract with a worker covered by the Employment Code is more difficult than terminating workers excluded from the said code. This strict structure to conclude a fixed-term employment contract of the Employment Code has been criticized by the doctrine. According to Article 11, paragraphs 2 and 3, of the Employment Code and Article 430 of the Obligation Code No. 6098, to renew a fixed-term employment contract with all workers, an objective reason is required. This article explains what “objective reason” means and if such a condition is suitable and evaluates the debates in the doctrine and legal studies regarding the objective reason condition in the conclusion of fixed-term employment contracts, regulated in Article 11 of the Employment Code. Further, the author discusses whether an exception should be introduced into the objective cause condition. This article next examines the objective

* **Sorumlu Yazar:** Canan Ünal Adınır (Dr. Öğr. Üyesi), Marmara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye. E-posta: canan.unal@marmara.edu.tr ORCID: 0000-0003-3783-5637

Atf: Unal Adınır C, “Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Yapılması ve Yenilenmesinde Objektif Neden Koşulunun Değerlendirilmesi” (2021) 79(3) İstanbul Hukuk Mecmuası 797. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2021.79.3.2041>



reason condition for the renewal of fixed-term employment contracts. In this framework, in addition to the objective reason condition, the application of a “time limit” and a “number limit” will be evaluated to prevent abuse in the renewal of employment contracts by using successive fixed-term employment agreements.

Keywords

Fixed-term employment contract, Objective reason, Employment Code No. 4857, Obligation Code No. 6098, Maritime Employment Code, Press Employment Code, Successive employment contract, Renewal, Maximum total duration, Maximum number of renewals

Extended Summary

An employment contract may be executed for fixed or indefinite terms. An indefinite-term employment contract is the rule of thumb, whereas a fixed-term contract is an exception. This article, firstly, determines whether the objective reason condition is required to conclude and renew a fixed-term employment contract. Secondly, it explains “objective reason” and the consequences when there is no objective reason. This article concludes with a criticism of the provisions based on an objective reason to terminate and renew a fixed-term employment contract and some suggestions going forward.

The only code that requires the objective reason condition to conclude a fixed-term contract is Employment Code No. 4857 (hereafter “EC”). This code applies to all workers irrespective of their job, excluding the exceptions listed in Article 4. The EC provisions shall not be applied to such exceptions and workers who are covered by other special employment codes. Article 11 of EC is, therefore, applicable only to conclude (and renew) a fixed-term contract with workers covered by the EC.

Article 11 of the EC is as follows:

The written employment contract between the employer and the worker is called a fixed-term contract when it is based on an objective reason, such as fixed-term work, the completion of a certain job, or the emergence of a fact.

Accordingly, an employment contract that is not based on an objective reason will be considered an indefinite-term employment contract. Whether the lack of objective reason is considered automatically by the judge or can be put forward by the employer is a hot topic of debate. According to the majority and the latest judgments of the Court of Appeal, only the worker can put the lack of objective reason forward. This upholds Article 11’s intent to protect workers by preventing the abuse of the employer’s rights.

There are no similar provisions in other employment codes requiring an objective reason to conclude a fixed-term contract. For this reason, the EC is seen as the strictest code and is criticized by the doctrine.

As a result of such debates, lawmakers introduced a modification to the law during the Turkish Grand National Assembly on November 5, 2020. A proposed modification of Article 11 included a provision that excepted workers in a certain age group from the condition of objective reason in the conclusion and renewal of a fixed-term employment contract. Such a provision is contrary to the prohibition of age discrimination; this is almost certainly why the provision have not been enacted.

In the author's opinion, exceptions regarding the objective reason condition can be foreseen by considering a balance between workers' protection and the need for flexibility of enterprises in the conclusion of a fixed-term employment contract. This being said, however, changes in the law should not bring about new legal problems.

Paragraphs 2 and 3 of Article 11 are as follows:

Unless there is a compelling reason, successive fixed-term employment contracts are not allowed. Otherwise, that employment contract is considered from the very beginning to be a contract for an indefinite term. A successive employment contract basing on a compelling reason maintains its status for a fixed term.

Here, the "compelling reason" is considered the same as the "objective reason" in paragraph 1 of Article 11. Accordingly, if there is a fixed-term contract and the objective reason subsists or a new objective reason arises, it is possible to renew the employment contract for a fixed term.

A similar provision appears in the Turkish Obligation Code No. 6098 (hereafter "OC"). Paragraph 2 of Article 430 of the OC is as follows: "If a fixed-term contract is continued implicitly after the end of its term, it turns into an indefinite-term contract. If there is a compelling reason, successive fixed-term employment contracts are allowed." This provision is applicable not only to employment relations under the OC but also to those under the Maritime Employment Code No. 854 (hereafter "Maritime EC") and the Press Employment Code No. 5953 (hereafter "Press EC"). This is because the EC is the general employment code and applies in the case of legal gaps that may exist in specific codes, including the Maritime EC and the Press EC.

While a fixed-term employment contract may be successively executed, there is no limit to the number of times and the length for which such a contract may be renewed. The doctrine and the judgments of the Court of Appeal suggest determining a limit on how many times and for how long an employment contract may be renewed. In the author's opinion, the best way forward is to add a paragraph to Article 11 of the EC and to Article 430 of the OC to set this limit. However, the legal instruments for the prohibition of abuse of the right and protection purpose of the articles prevent the contract from being renewed forever. Judges may make decisions by considering

such instruments. For example, taking into consideration paragraph 3 of Article 430 of the OC, it should be accepted that fixed-term contracts with a total duration of more than 10 years.

Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Yapılması ve Yenilenmesinde Objektif Neden Koşulunun Değerlendirilmesi

Giriş

Belirli süreli iş sözleşmeleri, iş hukukunun tarihsel gelişimi incelendiğinde, başlangıçta sözleşme serbestisi ilkesinin doğal bir sonucu olarak değerlendirilmiş ve herhangi bir sınırlamaya tabi olmaksızın kabul edilmiştir. 1960'lı yıllardan itibaren ise, hukuk sistemlerinde işçinin korunması amacı ile, belirli süreli iş sözleşmelerinin sınırlandırılması eğilimi ortaya çıkmıştır. Ancak daha sonra küreselleşme ile birlikte artan rekabet koşullarına karşı koyabilmeleri için işletmelerin de gözetilmesi gerekliliği hasıl olmuştur. Bunun da sonucunda ülkemiz de dâhil gelişmiş hukuk sistemlerinde belirli süreli iş sözleşmesinin kurulması ve yenilenmesinde işçilerin korunması ile işletmelerin esneklik ihtiyacı arasında hassas bir denge oluşturulma çabası gözlenmektedir.

Hukumumuzda, belirli süreli iş sözleşmelerinin yapılması ve yenilenmesi için “objektif neden” koşuluna yer verilmekte olup bu koşul ile sözleşme serbestisi sınırlanmaktadır. Sınırlamanın nasıl öngörüldüğü ise, hassas dengenin sağlanması bakımından kritik bir öneme sahiptir.

Bu çalışma ile iş kanunlarında belirli süreli iş sözleşmesinin yapılmasında ve yenilenmesinde objektif neden koşulu açıklanacağı gibi bu koşulun esnekleşme ihtiyacı sonucu nasıl düzenlenmesi ve düzenlenmemesi gerektiği de incelenecektir. Çalışmanın yapılmasındaki temel motivasyon kaynağı, kamuoyunda “Torba Kanun Teklifi” olarak adlandırılan ve belirli süreli iş sözleşmesinin yapılmasında ve yenilenmesinde objektif neden koşulu bakımından istisnalar öngören İşsizlik Sigortası Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Teklifi'dir¹. İş yaşamında önemli tartışmalara sebep olan Torba Kanun Teklifi, yeni koronavirüs (Covid-19) pandemisinin yoğun şekilde tüm yaşamımıza tesir ettiği günlerde pandemi nedeniyle başta hizmetler sektörü olmak üzere işgücü arzında ve istihdamda yaşanan kayıpların giderilmesine katkı da sağlayacağı ifade edilerek² TBMM gündemine taşınmıştı³. Torba Kanun Teklifi'nde, belirli süreli iş sözleşmesinin yapılması ve yenilenmesi için aranan objektif neden koşuluna “*işçinin yirmibeş yaşını doldurmamış veya elli ve daha yukarı yaşta olması kaydıyla*” istisna getirilmekte; yani bu kişiler ile objektif neden olmaksızın belirli süreli iş sözleşmesi yapılmasına ve sözleşmenin

¹ Tam metne erişim için bkz < <https://www2.tbmm.gov.tr/d27/2/2-3147.pdf> > Erişim Tarihi 5 Kasım 2020.

² Bkz Plan ve Bütçe Komisyonu raporu, 28 < <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem27/yil01/ss239.pdf> > Erişim Tarihi 15 Aralık 2020.

³ 16 Ekim 2020 tarihinde TBMM Başkanlığına iletilen 2/3147 esas nolu 5 Kasım 2020 tarihi itibarıyla TBMM gündemine taşınmıştır. Bkz < https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tasari_teklif_sd.onerge_bilgileri?kanunlar_sira_no=280687 > Erişim Tarihi 5 Kasım 2020.

yenilenmesine imkan sağlanmaktaydı⁴. Torba Kanun Teklifi'nde yer bulan bu düzenleme, kamuoyunda ciddi şekilde eleştirilmiş⁵ ve bu eleştiriler doğrultusunda kanunlaşma aşamasında yer almamıştır⁶. Ancak, belirli süreli iş sözleşmesinin yapılması ve yenilenmesinde kanuni değişiklik ihtiyacı hâlen mevcuttur. Dolayısıyla, bahsi geçen tartışmalı kanun teklifi isabetli olarak kanunlaşmasa da bu çalışmayı yapmak yönündeki akademik hevesimiz sona ermemiştir.

Bu heves ve arzu ile, çalışmamızda öncelikle belirli süreli iş sözleşmesinde “objektif neden” koşulu sözleşmenin ilk defa yapılması ve yenilenmesi bakımından iş kanunlarında yer verilen farklılıklara dikkat çekilerek anlatılacaktır. Ardından, “objektif neden” kavramı, örneklerle açıklanacaktır. Daha sonra, belirli süreli iş sözleşmesinin yapılması ve yenilenmesinde objektif nedenin bulunmamasının sonuçları irdelenecektir. En nihayetinde ise, mevcut düzenlemeye ilişkin görüş ve önerilerimize yer verilecektir. Bunu yaparken, Torba Kanun Teklifi ile öngörülen ancak kanunlaşmayan objektif nedene ilişkin istisna getiren düzenleme analiz edileceği gibi objektif neden koşulu dışında belirli süreli iş sözleşmesinin yenilenmesinde karşılaştırmalı hukukta rastlanan diğer koruma mekanizmaları olan süre ve sayı sınırlamaları da değerlendirilecektir.

I. Belirli Süreli İş Sözleşmesinde Objektif Neden Koşulu

1. İş Kanunu Kapsamındaki İş İlişkilerinde

a. İş sözleşmesinin ilk defa yapılmasında

4857 sayılı İş Kanunu m. 9 hükmü ile iş sözleşmesinin taraflarına kanuni sınırlamalar içinde kalmak kaydıyla iş sözleşmesi türünü ve çalışma biçimlerini belirleme serbestisi tanınmıştır. Ancak ardından 11. madde ile, İş Kanunu kapsamındaki⁷

⁴ Torba Kanun Teklifi'nde, 28. madde ile İş Kanunu'nun (Kanun Numarası: 4857, Kabul Tarihi: 22.05.2003, RG 10.06.2003/25134) 11. maddesine eklenmesi öngörülen fıkra şu şekilde idi: “Belirli süreli iş sözleşmesi, işçinin yirmibeş yaşını doldurmamış veya elli ve daha yukarı yaşta olma koşulunu sağlaması kaydıyla birinci ve ikinci fıkradaki koşullar aranmadan yazılı şekilde yapılabilir. Yirmibeş yaşını doldurmamış işçiler ile yapılacak belirli süreli iş sözleşmelerinin süresi işçinin yirmi beş yaşını doldurduğu tarihi geçmez. Bu fıkra uyarınca bir defada veya yenilenerek yapılan belirli süreli iş sözleşmelerinin toplam süresi iki yılı geçemez.”.

⁵ Üç işçi konfederasyonu (TÜRK-İŞ, HAK-İŞ ve DİSK), Torba Kanun Teklifi'nin çalışma hayatına ilişkin düzenlemelerine karşı yazılı olarak ortak açıklamada bulunmuştur. Ortak açıklamaya göre, “25 yaş altı ve 50 yaş üstü çalışanların hiçbir şartta bağlı olmaksızın belirli süreli iş sözleşmesi ile (geçici işçi olarak) istihdam edilmesi sonucunda kıdem ve ihbar tazminatı gibi haklardan yararlanamamaları büyük haksızlıkların ortaya çıkmasına neden olacaktır. Yaşa bağlı olarak getirilecek bu düzenleme çalışanlar arasında ayırma yol açacaktır. Çalışma düzeni ve sosyal adaletin bozulmasına neden olacaktır. Ülkemizde belirsiz süreli iş sözleşmesi esasına dayalı olarak düzenlenen iş hukuku düzeninin alt üst olmasına yol açacaktır. Ayrıca yaşa bağlı olarak getirilen bu ayırım Anayasamızın eşitlik ilkesine de aykırıdır.”. Açıklamanın tam metni için ş.< <http://www.turkis.org.tr/TURK-IS--HAK-IS-VE-DISK-TEN-ORTAK-ACIKLAMA-d455751> > Erişim Tarihi 15 Aralık 2020; Torba Kanun Teklifi'ne ilişkin gazete haberi için bkz/Deutsche Welle Türkiye, ‘Torba Yasa Tartışması: Kıdem Tazminatı ve Emeklilik Hakkı Tehlikede’ (01.11.2020) < <https://www.dw.com/tr/torba-yasa-tartismasi-kidem-tazminatı-ve-emeklilik-hakkı-tehlikede/a-55455034> > Erişim Tarihi 15 Aralık 2020.

⁶ Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılması ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun, 7256, Kabul Tarihi: 11.11.2020, RG 17.11.2020/31307.

⁷ İş Kanunu kapsamındaki iş ilişkilerinde İş Kanunu m. 11 hükmünün özel hüküm olması sebebiyle, genel kanun olan TBK'nin 430. maddesi uygulanmayacaktır, Hamdi Mollamahmutoglu, Muhittin Astarlı ve Ulaş Baysal, *İş Hukuku Ders Kitabı Cilt 1: Bireysel İş Hukuku*, (4. Basi, Lykeion 2020) 126; Yargıtay 22 HD 34697/9344, 09.07.2020; Yargıtay 9 HD 16506/6610, 29.06.2020.

iş ilişkilerinde sözleşme türünü belirleme serbestisi, önemli sınırlamalara tabi kılınmıştır⁸. Söz konusu maddenin 1. fıkrasında “*İş ilişkisinin bir süreye bağlı olarak yapılmadığı halde sözleşme belirsiz süreli sayılır. Belirli süreli işlerde veya belli bir işin tamamlanması veya belirli bir olgunun ortaya çıkması gibi objektif koşullara bağlı olarak işveren ile işçi arasında yazılı şekilde yapılan iş sözleşmesi belirli süreli iş sözleşmesidir.*” şeklinde bir düzenlemeye yer verilmiştir.

Bu düzenleme ile hukukumuzda belirsiz süreli iş sözleşmesi esas olarak belirlenirken ancak objektif nedenlerden birinin varlığı hâlinde belirli süreli iş sözleşmesinin yapılmasına cevaz verilmiştir⁹.

b. Belirli süreli iş sözleşmesinin yenilenmesinde

İş Kanunu m. 11 hükmünün 2. fıkrasında, belirli süreli iş sözleşmesinin yenilenmesinde, başka ifadelerle üst üste yapılması veya zincirleme yapılmasında, sözleşmenin belirli süreli olma niteliğini koruyabilmesi için “esaslı neden” koşulunun mevcudiyeti aranmıştır. Söz konusu fıkraya göre; “*Belirli süreli iş sözleşmesi, esaslı bir neden olmadıkça, birden fazla üst üste (zincirleme) yapılamaz. Aksi hâlde iş sözleşmesi başlangıçtan itibaren belirsiz süreli kabul edilir.*”. Kanun metninde “esaslı neden” koşuluna yer verilmiş olmakla birlikte bu koşulun aynı maddenin 1. fıkrasında belirli süreli iş sözleşmesinin hukuka uygun olarak bağitlanabilmesi için aranan “objektif nedenler” ile özdeş kabul edilmektedir¹⁰.

⁸ Bu sınırlama, sözleşme özgürlüğünün özüne dokunmadığı ve özgürlüğün kullanılmasını olanaksız kılmadığı için Anayasaya aykırılık oluşturmaz, Öner Eyrenci, Savaş Taşkent ve Devrim Ulucan, *Bireysel İş Hukuku* (10. Bası, Beta 2020), 71.

⁹ Nuri Çelik, Nursen Caniklioğlu ve Talat Canbolat, *İş Hukuku Dersleri* (33. Bası, Beta 2020) 192-193; Süzek (n 9) 239; Eyrenci, Taşkent ve Ulucan (n 8) 71; Talat Canbolat, ‘Mevzuatta Öngörülen Bazı İş Sözleşmesi Türlerinin 4857 sayılı İş Kanununun Belirli Süreli İş Sözleşmesine İlişkin Esasları Yönünden Değerlendirilmesi’ (2007) 4 (13) Legal İHSGHD 187, 194; Ali Güzel, Ercüment Özkaraca ve Deniz Ugan, ‘Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Belirli Süreli İş Sözleşmesi: Yapılma ve Yenilenme Koşulları’ iç Süleyman Başterzi (ed) *Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan C. 1* (Beta 2011) 475, 561; Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu, *Türk İş Hukuku’nda Belirli Süreli İş Sözleşmesi* (1. Bası, Vedat 2012) 159; doktrinde azınlık görüşü tarafından İş Kanunu m. 11 hükmünde yer alan “objektif koşul” ile kastedilenin maddenin dayanağı olan Avrupa Birliği Direktifi ile aranan “objektif neden”den farklılaştığı; dolayısıyla belirli süreli iş sözleşmesinin ilk kez yapılmasında objektif neden aranmasına gerek olmadığı savunulmaktadır. Azınlık görüşü için bkz Savaş Taşkent, ‘Belirli Süreli İş Sözleşmelerinde “Esaslı Neden” Sorunu’ (2011) 24 Sicil Dergisi 19, 28; Başak Güneş ve Faruk Barış Mutlay, ‘Yeni Borçlar Kanununun ‘Genel Hizmet Sözleşmesi’ne İlişkin Hükümlerinin İş Kanunu ve 818 Sayılı Kanunla Karşılaştırılarak Değerlendirilmesi’ (2011) 30 (3) Çalışma ve Toplum Dergisi 231, 241.

¹⁰ Çelik, Caniklioğlu ve Canbolat (n 9) 200; Süzek (n 9) 249; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal (n 7) 130; Ünal Narnanhoğlu, ‘Belirli Süreli İş Sözleşmesini Sona Erdiren Olgular ve İşlemler’ (2012) 9 (35) Legal İHSGHD 3, 11; Gülsevil Alpagut, ‘4857 Sayılı Yasa Çerçevesinde Belirli Süreli Hizmet Sözleşmesi’ (2004) 43 Mercek Dergisi 73, 85; Canbolat (n 9) 194; Mikdat Güler, ‘Belirli Süreli İş Sözleşmesi’ (2005) 2 (5) Legal İHSGHD 27, 41-42; Süleyman Başterzi, ‘Avrupa Birliği Konseyinin 99/70 Sayılı Yönergesi Işığında Belirli Süreli İş Sözleşmesi Yapma Koşulları ve 4857 Sayılı İş Kanununun Öngördüğü Sistem’ (2006) İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Millî Komitesi 30. Yıl Armağanı, 119, 133; Süleyman Başterzi, ‘Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Yapılmasına İlişkin Objektif Nedenlerin Tespitinde Menfaatler Dengesi İçinin Haklı Menfaati’ (2013) 15 (Özel Sayı) DEÜHFD 423, 424; Güzel, Özkaraca ve Ugan (n 9) 558; Bozkurt Gümrükçüoğlu, *Belirli Süreli İş Sözleşmesi* (n 9) 160, 161, 267; H Hadi Sümer, *İş Hukuku Uygulamaları* (7. Bası, Seçkin 2019) 174; H Hadi Sümer, ‘Özel Öğretim Kurumu Öğretmenlerinin İş Sözleşmelerinin Hukuki Niteliği’ (2016) 15 (1-1) İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 407, 433; Fatih Uşan ve Canan Erdoğan, *İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku* (1. Bası, Seçkin 2020), 86; Tankut Centel, *Introduction to Turkish Labour Law* (1 st edn, Springer 2017) 72; Güven ve Aydın (n 10) 106; Yusuf Yiğit, ‘Belirli Süreli İş Sözleşmesi Yapma Serbestisi ve Bu Serbestinin Sınırları’ (2012) 14 (2) DEÜHFD 101, 129; benzer yönde, Eyrenci, Taşkent ve Ulucan (n 8) 74; aksi yönde, Taşkent (n 9) 25. Nitekim madde gerekçesinde de “esaslı neden”, “objektif neden” ile aynı anlamda olarak ifade edilmiştir; “... belirli süreli hizmet akitlerinin esaslı (objektif) bir neden olmadıkça üst üste yapımlarının önlenmesi de gerekmektedir.”

2. Türk Borçlar Kanunu Kapsamındaki İş İlişkilerinde

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun¹¹ (TBK) 393. maddesinde, iş sözleşmesi tanımlanırken işçinin belirli veya belirli olmayan süreyle iş görmeyi üstlendiği sözleşme olduğuna değinilmiş; ancak belirli süreli iş sözleşmesi yapılması için objektif neden koşulu öngörülmemiştir.

Ayrıca belirli süreli iş sözleşmesinin sona ermesini düzenleyen TBK m. 430 hükmünde de *belirli süreli sözleşmenin, süresinin bitiminden sonra örtülü olarak sürdürülmesi halinde, belirsiz süreli sözleşmeye dönüştüğüne; ancak, esaslı bir sebebin varlığı hâlinde, üst üste belirli süreli hizmet sözleşmesi kurulabileceğine* yer verilmiştir. Bu düzenlemeden de belirli süreli iş sözleşmesinin kurulmasına ilişkin objektif neden arandığı anlamı çıkmamaktadır. Aksine her iki madde birlikte değerlendirildiğinde belirli süreli iş sözleşmesinin yenilenmesinde objektif nedeni arayan kanun koyucunun sözleşmesinin ilk defa yapılmasında sustuğu görülecektir¹².

Nitekim, TBK m. 430 hükmünün gerekçesinde de düzenleme bakımından İş Kanunu'nun 11. maddesinin 2. ve 3. fıkrasından yararlanıldığı ifade edilmiştir¹³. Bu fıkralar, belirli süreli iş sözleşmesinin yenilenmesine ilişkin olup belirli süreli iş sözleşmesinin ilk defa yapılmasına ilişkin sınırlamaları içeren 1. fıkra, gerekçede de belirtilmemiştir. Dolayısıyla, TBK'ye tabi iş ilişkileri bakımından sözleşme taraflarının sözleşme türünü belirleme serbestisi olduğu sonucuna ulaşılmaktadır¹⁴.

Belirli süreli iş sözleşmesinin yenilenmesinde ise, sözleşmenin ilk defa yapılmasından farklı olarak, kanunun açık hükmü gereği objektif neden aranmaktadır¹⁵. Madde gerekçesinde de belirtildiği üzere; *“Aynı fıkranın son cümlesinde ise, 4857 sayılı İş Kanununun 11 inci maddesinin ikinci ve son fıkralarından yararlanılmıştır. Böylece, esaslı bir sebep olmadıkça, aynı işçi ile belirli süreli hizmet sözleşmesinin üst üste yapılması durumunda bu sözleşmeler belirsiz süreli sözleşmeye dönüşecek, işçi bu tür sözleşmelerin koşullarından ve bu arada feshe karşı korunmaya ilişkin yasal hükümlerden yararlanacaktır. Buna karşılık, belirli süreli sözleşmelerin zincirleme*

¹¹ Kabul Tarihi: 11.01.2011, RG 04.02.2011/27836.

¹² TBK m. 430 hükmü, İş Kanunu kapsamındaki iş sözleşmeleri bakımından uygulama bulmayacaktır. Zira, İş Kanunu m. 11 hükmü, özel hükümdür. Bkz Polat Soyer, ‘Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin ‘Yeni’ Türk Borçlar Kanunu Hükümleri ve İş Hukuku Bakımından Önemi’ (2011) 22 Sicil Dergisi 12, 13; Narmanlıoğlu (n 10) 11; Nurşen Caniklioğlu, ‘Türk Borçlar Kanununun Hizmet Sözleşmesinin Kurulmasına, Tarafların Hak ve Borçlarına İlişkin Hükümlerinin Genel Bir Değerlendirilmesi’ (2012) Çalışma Hayatı Açısından Yeni Borçlar Kanunu ve Ticaret Kanunu Semineri, 20-21 Eylül 2011, Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu, 78, 85; Gülsevil Alpagut, ‘Türk Borçlar Kanununun Hizmet Sözleşmesinin Devri, Sona Ermesi, Rekabet Yasağı, Cezaî Şart ve İbranameye İlişkin Hükümleri’ (2011) 8 (31) Legal İHSGHD 913, 929-930; Kübra Doğan Yenisey, ‘Hizmet Sözleşmesi’ iç Murat İnceoğlu (ed) *Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu* (On İki Levha 2012) 297, 326; Başterzi, ‘Objektif Neden’ (n 10) 433.

¹³ Polat Soyer, ‘6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Yer Alan ‘Genel Hizmet Sözleşmesi’ne İlişkin ‘Bazı’ Hükümlerin İş Hukuku Açısından Önemi’ (2012) İş Hukukunda Güncel Sorunlar 2, 25 Mayıs 2012, 1, 11.

¹⁴ Soyer, ‘6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’ (n 13) 11; Doğan Yenisey, ‘Hizmet Sözleşmesi’ (n 12) 301; aynı yönde, Taşkent (n 9) 20; Güneş ve Mutlay, (n 9) 240; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal (n 7) 126.

¹⁵ Kanunda yer verilen “esaslı sebep” ifadesinin İş Kanunu’na paralel olarak değerlendirilmesi gerektiği yönünde, Caniklioğlu, ‘Türk Borçlar Kanunu’ (n 12) 84; Alpagut, ‘Türk Borçlar Kanunu’ (n 12) 929.

yapılmasında esaslı bir sebep varsa, belirli süreli sözleşme olma özellikleri varlığını sürdürecektir.”.

3. Basın İş Kanunu Kapsamındaki İş İlişkilerinde

5953 sayılı Basın İş Kanunu'nda¹⁶ (BİK) belirli süreli iş sözleşmesinin yapılması ve yenilenmesinde herhangi bir sınırlandırmaya yer verilmemiştir. TBK'nin BİK bakımından genel kanun olması sebebiyle özel kanunda yer alan bu konudaki boşluğun TBK m. 430 hükmü uygulanarak doldurulması gerekecektir. TBK m. 430 hükmü dikkate alındığında ise, BİK kapsamında yer alan, gazetecilerle belirli süreli iş sözleşmesinin ilk defa yapılmasında objektif neden aranmadığı sonucuna ulaşılrken¹⁷; sözleşmenin yenilenmesi objektif nedenin varlığına bağlı olacaktır¹⁸.

4. Deniz İş Kanunu Kapsamındaki İş İlişkilerinde

854 sayılı Deniz İş Kanunu'nda¹⁹ (DİK) belirli süreli iş sözleşmesinin ilk defa yapılmasında herhangi bir sınırlandırmaya yer verilmemiştir. Hatta kanunun 7. maddesinde, iş sözleşmesinin belirli süre veya sefer için yahut süresiz olarak yapılabileceği belirtilmiştir. Dolayısıyla; DİK kapsamında yer alan gemiadamları ile ilk defa belirli süreli iş sözleşmesi yapılmasında objektif neden aranmamaktadır²⁰. Yargıtay'ın da kararları bu yöndedir²¹.

Deniz İş Kanunu'nda, belirli bir süre için yapılmış olan iş sözleşmesinin sonunda gemiadamı, işveren veya işveren vekilinin muvafakatiyle işe devam ederse iş sözleşmesinin aynı süre için uzatılmış sayılacağı belirtilmiştir (m. 8). DİK kapsamında belirli süreli iş sözleşmesinin yenilenmesi bakımından doktrinde TBK m. 430 hükmünün uygulanıp uygulanmayacağına ilişkin farklı görüşler mevcuttur. Bazı yazarlar, DİK m. 8 hükmünün özel bir düzenleme olması sebebiyle TBK m. 430 hükmünün uygulanmayacağını savunurken²² bazı yazarlar ise uygulanacağını ileri sürmektedirler²³. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin yerleşmiş içtihatlarında ise TBK m.

¹⁶ Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun, Kabul Tarihi: 03.06.1952, RG 20.06.1952/8140.

¹⁷ Caniklioğlu, 'Türk Borçlar Kanunu' (n 12) 84; Alpagut, 'Türk Borçlar Kanunu' (n 12) 930; Ercan Akyiğit, *Bireysel İş Hukuku Dersleri* (1. Bası, Seçkin 2020) 120; krş Doğan Yenisey, 'Hizmet Sözleşmesi' (n 12) 326.

¹⁸ Caniklioğlu, 'Türk Borçlar Kanunu' (n 12) 84; Alpagut, 'Türk Borçlar Kanunu' (n 12) 930; Doğan Yenisey, 'Hizmet Sözleşmesi' (n 12) 326; Akyiğit (n 17) 120; aynı yönde, Soyer, 'Hizmet Sözleşmesi' (n 12) 13; Narmanlioğlu, (n 10) 11.

¹⁹ Kabul Tarihi: 20.04.1967, RG 29.04.1967/12586.

²⁰ Caniklioğlu, 'Türk Borçlar Kanunu' (n 12) 84; Alpagut, 'Türk Borçlar Kanunu' (n 12) 930; krş Doğan Yenisey, 'Hizmet Sözleşmesi' (n 12) 326.

²¹ Yargıtay 9 HD, 9036/8163, 09.05.2017; Yargıtay 9 HD, 22725/5978, 14.03.2016; Yargıtay 9 HD, 10445/6930, 17.02.2015; Yargıtay 9 HD, 1962/36536, 02.12.2014; Yargıtay 9 HD, 1963/36537, 02.12.2014; Yargıtay 22 HD, 28100/29667, 30.10.2014; Yargıtay 9 HD, 7792/12652, 29.04.2013; Yargıtay 9 HD, 3655/12648, 29.04.2013; ayrıca İstanbul BAM 28 HD, 3191/164, 13.02.2020; İzmir BAM 15 HD, 1891/638, 30.04.2018.

²² Soyer, 'Hizmet Sözleşmesi' (n 12) 13; Narmanlioğlu, (n 10) 11; Doğan Yenisey, 'Hizmet Sözleşmesi' (n 12) 326.

²³ Caniklioğlu, 'Türk Borçlar Kanunu' (n 12) 84; Alpagut, 'Türk Borçlar Kanunu' (n 12) 930; DİK'de boşluk olduğunun kabulü hâlinde TBK m. 430/2 hükmü gereği sözleşmenin yenilenmesinde objektif neden aranacağı yönünde, Akyiğit (n 17) 120.

430 hükmü dikkate alınmakta ve Deniz İş Kanunu kapsamındaki iş sözleşmelerinin yenilenmesinde “objektif ve esaslı bir neden” aranmaktadır²⁴. Nitekim 2019 yılında verdiği kararlarda Özel Daire açıkça “*Borçlar Kanunu genel kanun olduğundan, gemi adamı ile belirli süre için yapılan iş sözleşmelerinin yenilenmesinde esaslı nedenin varlığı aranmalıdır.*” ifadelerine yer vermiştir²⁵.

5. İş Kanunlarında Öngörülen Esasların Mukayesesi

Belirli süreli iş sözleşmesinin ilk defa yapılmasında ve yenilenmesinde, farklı kanunlarda farklı esaslar öngörülmüş olup bu esaslar yukarıda detaylı olarak açıklanmıştır. Kanunlara ilişkin mukayeseli bir değerlendirme yapıldığında; belirli süreli iş sözleşmesi yapılması için aranan koşulların en katı olduğu kanunun İş Kanunu olduğu sonucuna ulaşılmaktadır. Zira; belirli süreli iş sözleşmesinin yapılmasında objektif neden koşuluna sadece İş Kanunu m. 11 hükmünde yer verilmiştir. Ne BİK ile TBK kapsamındaki işçiler bakımından uygulama bulan TBK m. 430 hükmünde ne de Deniz İş Kanunu’nda belirli süreli iş sözleşmesinin ilk defa yapılmasında objektif neden koşulu aranmaktadır.

Belirli süreli iş sözleşmesinin yenilenmesi bakımından ise, İş Kanunu m. 11 hükmüne benzer esaslar öngören TBK m. 430 hükmü, objektif neden koşuluna yer vermektedir. DİK kapsamındaki işçiler ile belirli süreli iş sözleşmesinin yenilenmesi bakımından ise doktrinde aksi görüşlere rağmen Yargıtay TBK m. 430 hükmünü dikkate alarak objektif neden koşulu aramaktadır. Dolayısıyla, DİK kapsamındaki işçiler ile BİK ve TBK kapsamındaki işçiler belirli süreli iş sözleşmesinin yenilenmesinde İş Kanunu kapsamındaki işçiler gibi objektif neden koşuluna tabidir.

II. Objektif Neden Kavramı

1. Genel Olarak

Objektif neden, Türk iş hukuku doktrininde belirsiz süreli iş sözleşmesinin kural, belirli süreli iş sözleşmesinin ise istisna olduğu yönündeki ilkedен ayrılmayı haklı kılabilecek durumlar olarak tanımlanmıştır²⁶.

İş kanunlarında ise objektif nedene ilişkin bir tanım bulunmamaktadır. Yine İş Kanunu m. 11 hükmünün kaynağı olan Uluslararası Çalışma Örgütü’nün (ILO) 158

²⁴ Yargıtay 9 HD, 3339/13024, 11.06.2019; Yargıtay 9 HD, 22725/5978, 14.03.2016; ayrıca bkz Yargıtay 9 HD, 1962/36536, 02.12.2014; Yargıtay 9 HD, 1963/36537, 02.12.2014; Yargıtay 9 HD, 7792/12652, 29.04.2013; Yargıtay 9 HD, 3655/12648, 29.04.2013; ayrıca bkz İstanbul BAM 28 HD, 3191/164, 13.02.2020.

²⁵ Yargıtay 9 HD, 3339/13024, 11.06.2019; Yargıtay 9 HD, 906/10082, 07.05.2019.

²⁶ Başterzi, ‘Objektif Neden’ (n 10) 427.

sayılı Sözleşmesi²⁷ ile Avrupa Konseyi'nin 1999/70 sayılı Direktifi ile yürürlüğe konulan Belirli Süreli İş Sözleşmeleri Hakkında Çerçeve Antlaşma'da²⁸ da objektif neden kavramına ilişkin bir tanımlama yapılmamıştır. Ancak Avrupa Birliği hukukunun Avrupa Birliği ülkelerinde aynı şekilde yorumlanması ve uygulanmasını sağlamakla görevli yargı organı olan Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) tarafından *Adeneler* kararı ile objektif neden kavramına ilişkin önemli açıklamalar yapılmıştır. Söz konusu karara göre, "...objektif neden kavramı, Çerçeve Antlaşma'nın 5/1 (1) maddesi anlamında belirli bir faaliyeti niteleyen ve bu bağlamda zincirleme belirli süreli iş sözleşmelerine başvurulmasını haklı kılabilecek kesin ve somut koşullar biçiminde anlaşılmalıdır. Bu koşullar, bu sözleşmelerle ifa edilmesi amaçlanan işlerin özel niteliğinden ve bu işlerin doğasında var olan özelliklerinden veya gerektiğinde üye bir devletin elde etmeyi amaçladığı meşru bir sosyal politika hedefinden kaynaklanabilir."²⁹

İş Kanunu'nda objektif neden kavramı tanımlanmasa da 11. madde ile belirli süreli iş sözleşmesi tanımlanırken sözleşmeyi sürelendirme imkânı veren objektif nedenleri belirlemeye yarayan genel ölçütler soyut bir yaklaşımla sayılmıştır³⁰. İş Kanunu m. 11 hükmüne göre, "*Belirli süreli işlerde veya belli bir işin tamamlanması veya belirli bir olgunun ortaya çıkması gibi objektif koşullara bağlı olarak işveren ile işçi arasında yazılı şekilde yapılan iş sözleşmesi belirli süreli iş sözleşmesidir.*". Görüldüğü üzere, iş sözleşmesini sürelendirme imkânı veren, yani belirli süreli iş sözleşmesi yapılmasına imkân veren objektif nedenler; "belirli süreli işler", "belli bir işin tamamlanması" ve "belirli bir olgunun ortaya çıkması" şeklinde örneksene usulüyle sayılmıştır. Madde hükmünde "gibi" ifadesine yer verilerek sayılan durumlar dışında da objektif nedenlerin varlığına işaret edilmiştir³¹.

Soyut bir yaklaşımla ve örneksene usulüyle sayılan objektif nedenlerin içi doktrin ve yargı tarafından doldurulmaktadır³². Doktrin tarafından bir iş sözleşmesinin sürelendirilmesine imkân verecek objektif nedenin tespitinde, tarafların meşru

²⁷ Uluslararası Çalışma Örgütü'nün İş Sözleşmesinin Feshine İlişkin 158 sayılı Sözleşmesi için bkz https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C158 (Erişim tarihi: 22.01.2021).

²⁸ Avrupa Konseyi'nin 1999/70 sayılı Direktifi ve eki Belirli Süreli İş Sözleşmeleri Hakkında Çerçeve Antlaşma için bkz <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:31999L0070&from=EN> (Erişim tarihi: 05.11.2020).

²⁹ C-212/04 *Konstantinos Adeneler ve Diğerleri- Ellinikos Organismos Galaktos (ELOG)* [2006], ABAD I-06057, para. 69-70; karara ilişkin ayrıca bkz Ali Güzel ve Emre Ertan, 'Avrupa Birliği Hukukunda ve Özellikle Avrupa Toplulukları Adalet Divanı (ATAD) Kararlarında Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Yapılması ve Yenilenme Koşulları' (2008) 5 (18) *Legal İşSGHD* 395, 409; Bozkurt Gümrükçüoğlu, *Belirli Süreli İş Sözleşmesi* (n 9) 161-162.

³⁰ Başterzi, 'Objektif Neden' (n 10) 424; Süleyman Başterzi, 'İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtayın 2009 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi' (2011) Yargıtayın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2009, 1, 61-62; Bozkurt Gümrükçüoğlu, *Belirli Süreli İş Sözleşmesi* (n 9) 159.

³¹ Kanun hükmünde sayılan objektif nedenlerin tahdidi olmadığı yönünde, Yargıtay 22 HD, 15766/17747, 14.06.2016; ayrıca YİBGK, 10/1, 08.03.2019.

³² Başterzi, 'Objektif Neden' (n 10) 425; Başterzi, 'Avrupa Birliği Konseyi' (n 10) 133.

menfaatleri arasındaki sosyal dengenin gözetilmesi gerektiği ifade edilmektedir³³. Objektif nedenin mevcudiyeti için, geçicilik unsuru bulunmalıdır; yani, somut olayın özellikleri dikkate alındığında geçici bir süre için işçi ihtiyacının objektif olarak ortaya çıkması hâlinde sürelendirme imkânı veren objektif nedenin varlığından bahsedilebilecektir³⁴. Aşağıda, İş Kanunu m. 11 hükmünde sayılan objektif nedenler doktrin ve yargı kararlarından örneklerle açıklanacaktır. Ayrıca kanunda sayılmamasına rağmen objektif neden olarak kabul edilen benzer durumlar da izah edileceği gibi başka kanunlardan kaynaklanan belirli süreli iş sözleşmeleri de kısaca anlatılacaktır.

2. İşin Belirli Süreli Olması

İş Kanunu m. 11 hükmü uyarınca belirli süreli iş sözleşmesi yapılmasına imkân veren objektif nedenlerden ilki, “işin belirli süreli olması”dır. Bu ifade ile kastedilen, işin niteliği itibarıyla sözleşme yapıldığı sırada sözleşme konusu işin ne kadar süreceğinin taraflarca öngörülebilir olmasıdır³⁵.

Bir serginin veya konferansın ya da bir sportif organizasyonun düzenlenmesinde işin ne kadar süreceği bilindiğinden, bu işlerde çalıştırılmak üzere işçi alınması hâli belirli süreli iş sözleşmesinin işin belirli süreli olması sebebiyle yapıldığı hâllerdendir³⁶. Aynı şekilde, bir mevsim veya kampanya dönemi için yapılan iş sözleşmeleri³⁷ de, sürenin sonu öngörülebildiğinden belirli süreli olarak kurulabilir. Örneğin yaz (turistik) mevsiminde açık olan veya bütün yıl açık olmakla beraber bu dönemde iş yoğunluğu artışı olan bir otelde salt yaz mevsimi için işe alınan işçilerle

³³ Gülsevil Alpagut, *Belirli Süreli Hizmet Sözleşmesi* (1. Bası, Mavi 1998) 74-75; Başterzi, ‘Avrupa Birliği Konseyi’ (n 10) 135; Başterzi, ‘Objektif Neden’ (n 10) 426; Bozkurt Gümrükçüoğlu, *Belirli Süreli İş Sözleşmesi* (n 9) 160; Asiye Şahin Emir, ‘Belirli Süreli İş Sözleşmesine İlişkin Sınırlamalar ve Esneklik Olanakları Avrupa Birliği Örnekleriyle’ (2016) 18 (1) DEÜHFD 113, 124.

³⁴ Geçicilik unsuru için bkz Ömer Ekmekçi ve Esra Yiğit, *Bireysel İş Hukuku Dersleri* (1. Bası, On İki Levha 2020) 37; Bozkurt Gümrükçüoğlu, *Belirli Süreli İş Sözleşmesi* (n 9) 160; ayrıca bkz Güzel, Özkaraca ve Ugan (n 9) 561.

³⁵ Süzek (n 9) 241; Eyrenci, Taşkent ve Ulucan (n 8) 72; Devrim Ulucan, ‘4857 Sayılı Kanuna Göre İş Sözleşmesi Türleri’ (2003) Yeni İş Yasası, 25-29 Haziran 2003, Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayi İşyerleri Sendikası Yayını, 35, 42; Alpagut, ‘4857 Sayılı Yasa’ (n 10) 78; Canbolat (n 9) 195; Güler (n 10) 42; Güzel, Özkaraca ve Ugan (n 9) 536; Bozkurt Gümrükçüoğlu, *Belirli Süreli İş Sözleşmesi* (n 9) 184; Sümer, *İş Hukuku Uygulamaları* (n 10) 46; Sümer, ‘Özel Öğretim Kurumu Öğretmenleri’ (n 10) 425; Centel, (n 10) 72; Yiğit (n 10) 134; Şahin Emir (n 33) 125-126; YİBGK, 10/1, 08.03.2019; kanun hükmünde “belirli süreli işlerde” ifadesi yerine “niteliği gereği belirli süreli işlerde” ifadesine yer verilmesi yönündeki öneri için bkz Süzek (n 9) 240-241.

³⁶ YİBGK, 10/1, 08.03.2019; Süzek (n 9) 241; Canbolat (n 9) 187, 195; fuar organizasyonunda üretilen ürünlerin tanıtımı işinin süresi de bilinebilir olduğundan belirli süreli iş sözleşmesi yapılabileceği yönünde, Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal (n 7) 129.

³⁷ Doktrinde mevsimlik ve kampanya işlerini diğer objektif neden olan “bir olgunun ortaya çıkması” koşulu altında da incelemiş; mevsim ve kampanya döneminde iş gücü ihtiyacının artması olgusuna bağlı olarak belirli süreli iş sözleşmesi yapılabileceği savunulmuştur. Bkz Çelik, Caniklioğlu ve Canbolat (n 9) 194-195; Yiğit (n 10) 140; ayrıca bkz Aydın Başbuğ ve Mehtap Yücel Bodur, *İş Hukuku* (5. Bası, Beta 2018) 121. Mevsimlik ve kampanya işlerini diğer objektif neden olan “belirli bir işin tamamlanması” koşulu altında da inceleyenler olmuştur. Bkz Akyiğit (n 17) 117; Güven ve Aydın (n 10) 103. Mevsim ve kampanya işlerinde iş sözleşmesinin süreli olarak yapılabilmesi için objektif neden hakkında detaylı bilgi için bkz Alpagut, *Belirli Süreli* (n 33) 105-108.

belirli süreli sözleşme yapılabilir³⁸. Nitekim Yargıtay da tek bir mevsim için belirli süreli iş sözleşmesi yapılabileceğini belirtmektedir³⁹.

3. Belirli Bir İşin Tamamlanması

İş Kanunu m. 11 hükmü uyarınca belirli süreli iş sözleşmesi yapılmasına imkân veren ikinci objektif neden, “belirli bir işin tamamlanması”dır. Bununla kastedilen, işçi ile zaman içinde devam edip giden bir iş için değil de tamamlanması ile sona erecek bir işte çalıştırılmak üzere belirli süreli iş sözleşmesi kurulmasıdır⁴⁰. Belirli bir işin tamamlanması ile kastedilen yarım kalan bir işin tamamlanması olabileceği gibi, henüz başlanmamış bir işin tamamlanması da olabilir⁴¹.

Bina yapımının bitirilmesi⁴², viyadük-otoyol inşaatının bitirilmesi⁴³, bilgisayar donanımının kurulması⁴⁴, makinenin montajı⁴⁵, sıva ve mozaik işlerinin tamamlanması⁴⁶, projenin bitirilmesi⁴⁷, bahçe düzenlenmesinin gerçekleştirilmesi⁴⁸, fuar ya da festivalin bitirilmesi⁴⁹ için belirli süreli sözleşme yapılması belirli bir işin tamamlanması objektif nedenine dayalı sürelendirme örnekleridir.

³⁸ YİBGK, 10/1, 08.03.2019; Süzek (n 9) 241; Canbolat (n 9) 195-196; ayrıca bkz Güler (n 10) 43; Güven ve Aydın (n 10) 103.

³⁹ “Mevsimlik iş sözleşmeleri 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 11. maddesindeki hükümlere uygun olarak, belirli süreli olarak yapılabileceği gibi belirsiz süreli olarak da kurulabilir. Tek bir mevsim için yapılmış belirli süreli iş sözleşmesi, mevsimin bitimi ile kendiliğinden sona erer ve bu durumda işçi ihbar ve kıdem tazminatına hak kazanamaz. Buna karşılık, işçi ile işveren arasında mevsimlik bir işte belirli süreli iş sözleşmesi yapılmış ve izlenen yıllarda da zincirleme mevsimlik iş sözleşmeleriyle çalışılmışsa, değinilen maddenin son fıkrası uyarınca iş sözleşmesi belirsiz süreli nitelik kazanacaktır.” Yargıtay 9 HD, 1298/5240, 10.06.2020; Yargıtay 22 HD, 25992/22676, 09.12.2019.

⁴⁰ YİBGK, 10/1, 08.03.2019; Yargıtay 7 HD, 16480/23889, 01.12.2015.

⁴¹ YİBGK, 10/1, 08.03.2019; Eyrenci, Taşkent ve Ulucan (n 8) 72; Ulucan, ‘4857 Sayılı Kanun’ (n 35) 42; Sümer, *İş Hukuku Uygulamaları* (n 10) 46; Bozkurt Gümrükçüoğlu, *Belirli Süreli İş Sözleşmesi* (n 9) 213; Güler (n 10) 42; Şahin Emir (n 33) 127.

⁴² YİBGK, 10/1, 08.03.2019; Süzek (n 9) 241; Çelik, Caniklioğlu ve Canbolat (n 9) 193; Güzel, Özkaraca ve Ugan (n 9) 539; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal (n 7) 129; Eyrenci, Taşkent ve Ulucan (n 8) 72; Bozkurt Gümrükçüoğlu, *Belirli Süreli İş Sözleşmesi* (n 9) 213; E Tuncay Senyen Kaplan, ‘Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Haksız Feshinin Hüküm ve Sonuçları’ (2016) 36 Sicil Dergisi 17, 19; Centel (n 10) 72; Güven ve Aydın (n 10) 103; Yiğit (n 10) 121.

⁴³ Akyiğit (n 17) 117; ayrıca Güven ve Aydın (n 10) 103.

⁴⁴ YİBGK, 10/1, 08.03.2019; Süzek (n 9) 241; Canbolat (n 9) 195-196.

⁴⁵ Çelik, Caniklioğlu ve Canbolat (n 9) 193; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal (n 7) 129; Canbolat (n 9) 195.

⁴⁶ Çelik, Caniklioğlu ve Canbolat (n 9) 193.

⁴⁷ YİBGK, 10/1, 08.03.2019; Süzek (n 9) 241; Çelik, Caniklioğlu ve Canbolat (n 9) 193-194 Canbolat (n 9) 195; Başterzi, ‘Avrupa Birliği Konseyi’ (n 10) 134; Güzel, Özkaraca ve Ugan (n 9) 539; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal (n 7) 129; Senyen Kaplan (n 42) 19; Centel (n 10) 72; Yiğit (n 10) 137; ayrıca Akyiğit (n 17) 117.

Nitekim Yargıtay da işçinin sadece işverenin bir projesinde çalıştırılması kaydıyla işe alınması durumunda projeye bağlı olarak iş sözleşmesinin de belirli süreli yapılmasının mümkün olduğu yönünde kararlar vermektedir. Yargıtay 22 HD, 16097/18567, 21.06.2016. Yine başka bir kararında da AVM projesi bazında belirli süreli iş sözleşmesi başlıklı iş sözleşmesi imzalayarak aynı tarihte davalı işverenler nezdinde inşaat mühendisi olarak çalışmaya başladığı, taraflar arasındaki sözleşmenin projenin tamamlanması ile sona ereceğinin kararlaştırıldığı bir sözleşmede, sözleşme süresinin 22 ay olduğunun belirtilmesine rağmen projede kesin hesap ve hakedişler ile ilgili çalışmaların devam ediyor olması nedeni ile zeyilnameler düzenlenerek en son 30.11.2011 olarak sözleşmenin sona erme tarihinin değiştirildiği ve davacının iş akdinin proje bitim tarihi itibarı ile 30.11.2011 tarihinde sona erdirildiğinin görüldüğü bir olayda da proje kapsamında işçinin belirli süreli iş sözleşmesi ile çalıştığı sonucuna ulaşılmıştır. Yargıtay 22 HD, 25587/24390, 24.12.2019.

Ayrıca Yargıtay, belirli süreli iş sözleşmelerinin yenilenmesi bakımından da projenin tamamlanmasını objektif bir neden olarak değerlendirmiştir. İşçinin proje bazlı olarak belirli süreli iş sözleşmesi ile çalıştığı sonucuna ulaştığı kararda, her ne kadar ard arda belirli süreli iş sözleşmeleri yapılmış olsa da projenin niteliği gereği belirli bir süre devam etmesi için esaslı neden mevcut olduğundan belirli iş sözleşmesinin yenilenmesi mümkün olacağı kanaatine ulaşılmıştır. Yargıtay 22 HD, 7348/21243, 14.11.2019.

⁴⁸ YİBGK, 10/1, 08.03.2019; Süzek (n 9) 241.

⁴⁹ Eyrenci, Taşkent ve Ulucan (n 8) 72; Ulucan, ‘4857 Sayılı Kanun’ (n 35) 42; Güven ve Aydın (n 10) 103.

4. Belirli Bir Olgunun Ortaya Çıkması

İş Kanunu m. 11 hükmü uyarınca belirli süreli iş sözleşmesi yapılmasına imkân veren bir diğer objektif neden, “belirli bir olgunun ortaya çıkması”dır. Bu ifade, genel ve soyut olup birçok hâlde belirli bir olgunun ortaya çıktığı kabul edilebilir. Ancak ortaya çıkan olgunun İş Kanunu m. 11 hükmü kapsamında objektif neden oluşturması için belirli süreli iş sözleşmesi yapılmasını haklı kılacak bir nedenin olması gerekmektedir⁵⁰. Örneğin, işçinin belirli bir yaşa gelmesi olgusu sözleşmenin sürelendirmesini haklı kılamaz⁵¹.

İşyerinde, işletmenin normal faaliyetine dâhil olmayan veya sürekli devam etmekte olan mutad durumun dışında ortaya çıkan bir olgu, geçici olarak iş gücü ihtiyacına neden olduğu takdirde belirli süreli iş sözleşmesi yapılabilecektir. Hastalık, hamilelik veya herhangi başka bir durum nedeniyle izinli olan ve iş sözleşmesi askıya alınan işçinin yerine, bir süre için başka bir işçiyle belirli süreli sözleşme yapılması bu bağlamda verilen örneklerdir⁵². Yine geçici bir süreyle işletme kapasitesinin üstünde, olağan durum olarak nitelendirilemeyecek ölçüde iş yoğunluğunun artması veya acil bir sipariş işinin ortaya çıkması da belirli süreli iş sözleşmesi yapılmasına imkân vermektedir⁵³.

5. Objektif Neden Kabul Edilen Benzer Durumlar

Yukarıda da belirtildiği üzere, İş Kanunu m. 11 hükmünün lafzında objektif nedenler sayıldıktan sonra, “*gibi*” ifadesine yer verilmesi ile, benzer hâllerde de belirli süreli iş sözleşmesi yapılması mümkün olmaktadır⁵⁴.

Doktrinde, işin ve işyerinin nitelikleri dikkate alınarak sahne sanatları ile ilgili bir işlerle meşgul olan kişilerle yapılan iş sözleşmeleri bu kapsamda görülmektedir⁵⁵. Yargıtay da teknik adam (antrenör) ile sezonluk olarak yapılan iş sözleşmelerinde objektif nedenin mevcut olduğunu kabul etmektedir⁵⁶.

⁵⁰ YİBGK, 10/1, 08.03.2019; Başterzi, ‘Avrupa Birliği Konseyi’ (n 10) 134-135; Bozkurt Gümrükçüoğlu, *Belirli Süreli İş Sözleşmesi* (n 9) 213-214.

⁵¹ Başterzi, ‘İş İlişkisinin Kurulması’ (n 30) 63; Başterzi, ‘Avrupa Birliği Konseyi’ (n 10) 134.

⁵² YİBGK, 10/1, 08.03.2019; Süzek (n 9) 242; Çelik, Caniklioğlu ve Canbolat (n 9) 194; Canbolat (n 9) 195; Sümer, *İş Hukuku Uygulamaları* (n 10) 46; Güler (n 10) 44; Güzel, Özkaraca ve Ugan (n 9) 540; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal (n 7) 129; Centel (n 10) 72; Akyiğit (n 17) 118.

⁵³ Süzek (n 9) 242; Çelik, Caniklioğlu ve Canbolat (n 9) 194; Eyrenci, Taşkent ve Ulucan (n 8) 73; Ulucan, ‘4857 Sayılı Kanun’ (n 35) 42; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal (n 7) 129; Alpagut, ‘4857 Sayılı Yasa’ (n 10) 80; Başterzi, ‘İş İlişkisinin Kurulması’ (n 30) 63; Güzel, Özkaraca ve Ugan (n 9) 540; Sümer, *İş Hukuku Uygulamaları* (n 10) 46; Bozkurt Gümrükçüoğlu, *Belirli Süreli İş Sözleşmesi* (n 9) 215; Senyen Kaplan (n 42) 19; Centel (n 10) 72; Güven ve Aydın (n 10) 103; Yiğit (n 10) 139; ayrıca Akyiğit (n 17) 118.

⁵⁴ YİBGK, 10/1, 08.03.2019.

⁵⁵ Süzek (n 9) 241; Alpagut, ‘4857 Sayılı Yasa’ (n 10) 81; Başterzi, ‘Avrupa Birliği Konseyi’ (n 10) 168 vd; Güzel, Özkaraca ve Ugan (n 9) 541; Yiğit (n 10) 141. Doktrinde, profesyonel sporcularla belirli süreli iş sözleşmesi yapılması da benzer gerekçelerle kabul edildiği ifade edilmekle birlikte profesyonel futbolcuların İş Kanunu kapsamı dışında kalmaları (m. 4/1, g) ve TBK’ye tabi olmaları sonucunda iş sözleşmelerinin ilk defa yapılmasında objektif neden aranmayacaktır. Krş Başterzi, ‘Avrupa Birliği Konseyi’ (n 10) 170 vd; Güzel, Özkaraca ve Ugan (n 9) 541.

⁵⁶ Yargıtay 9 HD, 26411/490, 04.06.2018; Yargıtay 9 HD, 16505/6610, 29.06.2020.

İstihdam politikaları sonucunda geliştirilen programlarda işçi çalıştırırken de belirli süreli iş sözleşmesi yapılması haklı görülmektedir. Örneğin Aktif İşgücü Hizmetleri Yönetmeliği⁵⁷ m. 40 hükmü gereği, Türkiye İş Kurumu'nun düzenlediği meslek edindirme, geliştirme ve değiştirme eğitimlerine ilişkin kurslara katılan kursiyerlere belli süre istihdam imkânı yaratılması zorunludur. Bu zorunluluk, Kurum'un hizmet aldığı yüklenicilere ait olup belirli süre için söz konusudur⁵⁸. Bunun sonucunda da, istihdam edilen kursiyerler ile yapılan iş sözleşmelerinin sürelendirilmesi haklı kabul edilmektedir⁵⁹.

6. Diğer Kanunlardan Kaynaklanan Belirli Süreli İş Sözleşmeleri

İş Kanunu m. 11 hükmü dışında, özel kanunlarda belirli süreli iş sözleşmesi yapılmasına imkân veren düzenlemeler bulunmaktadır. Sözleşmenin belirli süreli yapılması gerektiğinin kanun tarafından öngörüldüğü durumlarda objektif koşulun gerçekleştiği kabul edilmekte⁶⁰; ayrıca objektif neden bulunması aranmamaktadır⁶¹.

Belirli süreli iş sözleşmesi yapılmasına imkân veren kanunlardan biri, 5580 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu'dur⁶². Bu Kanun kapsamındaki kurumlarda çalışan öğretmen, yönetici, uzman öğretici ve usta öğretici ile işveren arasında yapılan iş sözleşmesinin “en az bir takvim yılı süreli” olarak yapılması öngörülmüştür (m. 9)⁶³. Süreye ilişkin bu ifade, Yargıtay daireleri arasında farklı kararların ortaya çıkmasına sebep olmuştur. Esasını iş sözleşmesinin asgari süreli mi yoksa belirli süreli mi olduğu oluşturan karar farklılıkları sonucunda, içtihadı birleştirme yoluna gidilmiştir. Yargıtay İçtihatları Birleştirme Genel Kurulu'nun 23.02.2018 tarihinde verdiği karar⁶⁴ ile kanun hükmü gereği yapılan iş sözleşmelerinin niteliğinin belirli süreli iş sözleşmesi olduğu ve ne kadar yenilenirse yenilensin bu niteliğin korunacağı açıklığa

⁵⁷ RG 12.03.2013/28585.

⁵⁸ Yönetmeliğin 40. maddesine göre; “Kursiyerlerin en az yüzde ellisi, kurs sınav sonucunun açıklandığı tarihten itibaren en geç otuz gün içinde işe başlatılmak şartı ile yüz yirmi günden az olmamak üzere en az fulli kurs günü kadar istihdam edilir (f. 1). İstihdam yükümlülüğünün yerine getirilmesi yüklenicinin sorumluluğundadır (f. 3).”

⁵⁹ Aktif İşgücü Hizmetleri Yönetmeliğinin yürürlükten kaldırdığı Türkiye İş Kurumu İşgücü Uyum Hizmetleri Yönetmeliği (RG 31.12.2008/27097, 6. Mük.) hakkında aynı yönde değerlendirmeler için bkz Başterzi, ‘Avrupa Birliği Konseyi’ (n 10) 150-151; Bozkurt Gümrükçüoğlu, *Belirli Süreli İş Sözleşmesi* (n 9) 230.

⁶⁰ YİBGK, 10/1, 08.03.2019; Sümer, ‘Özel Öğretim Kurumu Öğretmenleri’ (n 10) 429; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal (n 7) 130, Centel (n 10) 72.

⁶¹ YİBGK, 10/1, 08.03.2019; Süzek (n 9) 244; Alpagut, ‘4857 Sayılı Yasa’ (n 10) 84; Güler (n 10) 45.

⁶² Kabul Tarihi: 08.02.2007, RG 14.02.2007/26434. 5580 sayılı Kanun ile objektif neden öngörülmesinin yasal düzenlememiz ve yargı kararlarımızla oluşturulan sistemin bütünlüğü ile uyumsuz olduğu ve bunun yanında yasal düzenlemenin temel dayanağı olan Avrupa Birliği Direktifi, Çerçeve Antlaşma ve ABAD kararlarına aykırılık teşkil ettiği; dolayısıyla bu kanundaki düzenlemelerin yürürlükten kaldırılması gerektiği yönünde, Güzel, Özkaraca ve Ugan (n 9) 540.

⁶³ Sözleşmenin niteliğine ilişkin ilişkin doktrindeki değerlendirmeler için bkz Tankut Centel, ‘Özel Okul Öğretmeniyle Sözleşme Yapılması’ (2007) 6 Sicil Dergisi 22, 23; Sümer, ‘Özel Öğretim Kurumu Öğretmenleri’ (n 10) 435-436; Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu, ‘5580 Sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu Kapsamında Yapılan Zincirleme İş Sözleşmesinin Sona Ermesinde Kudem Tazminatı’ (2016) 74 (Özel Sayı) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası (Prof. Dr. Fevzi Şahlanan’a Armağan) 223, 232 vd; Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu ve Beste Gemicici Filiz, ‘Yargıtay Kararları Işığında Özel Okul Öğretmenleri ile Yapılacak İş Sözleşmelerinin Türüne İlişkin Bir Değerlendirme’ (2016) 15 (1-2) İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 369, 370-401.

⁶⁴ YİBGK, 1/2, 23.02.2018.

kavuşturulmuştur. Karar metninde; “5580 Sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu kapsamında çalışanların iş sözleşmelerinin üst üste yenilense dahi bu yenilenmenin yasadan kaynaklandığı ve sözleşmenin belirli süreli iş sözleşmesi olma özelliğini koruduğuna” yer verilmiştir.

Belirtelim ki, belirli süreli iş sözleşmesi yapılmasına imkân veren düzenlemenin 5580 sayılı Kanun’da bulunması, kanun kapsamında olan öğretmen, yönetici, uzman öğretici ve usta öğreticinin işçi niteliğini değiştirmez. Aksine 5580 sayılı Kanun m. 9 hükmünde de açıkça belirtildiği üzere, kurumlarda çalışan öğretmen, yönetici, uzman öğretici ve usta öğretmenler özlük hakları yönünden İş Kanunu’na tabidirler.

Yargıtay 22. Hukuk Dairesi de 2020 yılında verdiği bir kararda⁶⁵, somut olaydaki uyuşmazlığın bulunduğu dönemde 5580 sayılı Kanun kapsamında olan etüt merkezinde iş sözleşmesi ile çalışan öğretmenin açtığı davada şu değerlendirmeleri yapmıştır: “Somut uyuşmazlıkta, sözleşmenin belirli süreli olarak yapılması kanuni düzenlemenin bir gereğidir. Aynı şekilde sözleşmenin yenilenmesi, sözleşmeyi belirsiz süreli hale getirmez. Bu tür sözleşmelerde, İş Kanunu’nun 11/3 maddesindeki esaslı nedenin kendiliğinden mevcut olduğu kabul edilmelidir.”.

III. Belirli Süreli İş Sözleşmesinde Objektif Neden Bulunmamasının Sonuçları

1. İş Sözleşmesinin İlk Defa Yapılmasında

İş Kanunu’nun 11. maddesinin ilk fıkrasında belirli süreli iş sözleşmesinde objektif neden koşuluna açıkça yer verilmesine rağmen ne bu fıkrada ne de başka bir yerde, objektif neden bulunmamasına rağmen yapılan belirli süreli iş sözleşmelerine uygulanacak yaptırıma ilişkin bir açıklık bulunmaktadır⁶⁶.

Yargıtay içtihatlarında ve doktrinde hâkim görüş tarafından objektif neden yokken yapılan belirli süreli iş sözleşmeleri, belirsiz süreli iş sözleşmesi olarak

⁶⁵ Yargıtay 22 HD, 30164/6705, 15.06.2020.

⁶⁶ Doktrinde Ekonomi ve Bozkurt Gümrükçüoğlu tarafından belirli süreli iş sözleşmesinin yenilenmesine ilişkin İş Kanunu m. 11/2 hükmündeki açık hüküm gibi, belirli süreli iş sözleşmesinin ilk defa kurulmasında da objektif koşulun bulunmamasının bu sözleşmeyi belirsiz süreli iş sözleşmesine dönüştüreceğinin açıkça düzenlenmesi gerektiği savunulmuştur, Münir Ekonomi, ‘4857 Sayılı Kanun Hükümlerine Göre Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Hukuka Uygunluğu (I) Kavram Süre ve Yenileme’ (2006) 3 (9) Legal İHSGHD 15, 19; Bozkurt Gümrükçüoğlu, *Belirli Süreli İş Sözleşmesi* (n 9) 266. Alp de, yaptırıma ilişkin açık bir düzenleme yapılması gerektiğini savunmakla birlikte, yazara göre yasal değişiklik ile sözleşmenin belirsiz süreli iş sözleşmesine dönüştüğünün sadece işçi tarafından ileri sürülebileceği öngörülmedir, Alp, Mustafa: “İş İlişkinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtayın 2013 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi”, *Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2013*, İstanbul, 2015, 184; Mustafa Alp, ‘Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Yargıtay Tarafından Resen Belirsiz Süreli İş Sözleşmesinde Dönüştürülmesi’ iç Kübra Doğan Yenisey (ed), *Prof. Dr. Savaş Taşkent’e Armağan* (On İki Levha 2019) 477, 492.

kabul edilmektedir⁶⁷. Ancak bu durumun işveren tarafından ileri sürülmesi ile hâkim tarafından resen dikkate alınıp alınmayacağı konusu önemli tartışmalara neden olmuştur.

Öncelikle Yargıtay'ın içtihatlarının gelişimi incelenecek olursa⁶⁸; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi ve Hukuk Genel Kurulu kararları ile 22. Hukuk Dairesi'nin kıyasen eski tarihli kararlarında⁶⁹; objektif neden bulunmamasına rağmen sürelendirilen iş sözleşmeleri, belirsiz süreli iş sözleşmesi olarak kabul edilmiş ve bu nedenle işçinin bakiye süre ücreti istemeyeceğine hükmedilmiş olduğu görülecektir. Yargıtay'ın söz edilen içtihatlarında belirli süreli olarak kurulan iş sözleşmelerinde objektif neden bulunmaması hâlinde mahkemenin resen sözleşmeyi belirsiz süreli iş sözleşmesi olarak nitelendirmesi gerektiğine karar verilmekte idi.

Yüksek Mahkemenin bu kararları, doktrin tarafından eleştirilmiştir⁷⁰. Belirli süreli iş sözleşmesinin ilk defa yapılmasında objektif nedenin bulunmasını gerekli kılan İş Kanunu m. 11/1 hükmünün “işçiyi” koruma amacını taşıdığından yola çıkan yazarlar, bu korumadan sadece işçinin yararlanabileceğini, yani objektif nedenin yokluğunda iş sözleşmesinin belirsiz süreli olduğunu sadece işçinin ileri sürebileceğini savunmaktadırlar⁷¹. Bahsedilen görüş sahiplerine göre; işverenin bu

⁶⁷ Yargıtay 7 HD, 804/7233, 28.03.2016; Yargıtay 22 HD, 19958/24680, 13.11.2017; Bozkurt Gümrükçüoğlu, *Belirli Süreli İş Sözleşmesi* (n 9) 266; Doğan Yenisey K, *İş Hukukunun Emredici Yapısı* (1. Bası, Beta 2014) 313; Sümer, *İş Hukuku Uygulamaları* (n 10) 49; Güler (n 10) 48; benzer yönde, Ekonomi, ‘4857 Sayılı Kanun’ (n 66), 20. Belirtelim ki, yukarıda değinilen belirli süreli iş sözleşmesinin ilk defa yapılmasında kanun gereği objektif neden aranmadığını savunan azınlık görüşü sahiplerince bu görüş ile tutarlı olarak belirsiz süreli iş sözleşmesine dönüşme yaptırımının uygulanamayacağı ileri sürülmüştür, Taşkent (n 9) 20.

⁶⁸ Yargıtay içtihatlarının gelişimine ilişkin kapsamlı bir inceleme için bkz Alp, ‘Belirli Süreli’ (n. 66) 477 vd.

⁶⁹ Yargıtay 22 HD, 34840/9084, 05.03.2015; Yargıtay 9 HD, 7189/11509, 07.04.2014; Yargıtay 9 HD, 26037/18826, 22.10.2018; Yargıtay HGK, 9-2514/13; 18.01.2017. Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu'nun önüne gelen ve karara konu olan uyuşmazlık, davacı işçi ile davalı işveren arasında yapılan iş sözleşmesinin başlangıçtan itibaren belirli süreli iş sözleşmesinin unsurlarını taşıyıp taşımadığı, bu bağlamda sözleşmenin belirli süreli iş sözleşmesi mi yoksa belirsiz süreli iş sözleşmesi mi olduğu, varılacak sonuca göre davacının bakiye süre yönünden ücret alacağı talebinde bulunup bulunamayacağı noktasında toplanmaktadır. Karar metninde direnme kararı veren mahkemenin gerekçesinin taraflar arasındaki sözleşmenin belirli süreli iş sözleşmesi olarak yapıldığı, her iki tarafın da sözleşmenin imzalanması sırasında iradelerinin hataya uğradığını iddia etmediği, gerek yargılama aşamasında gerekse temyiz dilekçesinde sözleşmenin belirsiz süreli olduğuna dair herhangi bir iddia ve beyanda bulunulmadığı, işveren tarafından dahi iddia edilmeyen bir hususun işçi lehine yorum ilkesine ters düşecek şekilde değerlendirilerek, yanlar arasındaki sözleşmenin belirsiz süreli iş sözleşmesi olarak kabul edilemeyeceği olduğu belirtilmiştir. HGK ise, taraflar arasındaki iş ilişkisi objektif koşullara bağlı bulunmadığından sözleşmenin başlangıçtan itibaren belirsiz süreli sayılması gerektiği ve belirsiz süreli iş sözleşmesinde ise bakiye süre ücreti gerçekleştirileceği şeklinde hüküm vermiştir.

⁷⁰ Doğan Yenisey, *İş Hukukunun Emredici Yapısı* (n 67) 376-377; Süzek (n 9) 246-247; Başterzi, ‘İş İlişkinin Kurulması’ (n 30) 80; Başterzi, ‘Objektif Neden’ (n 10) 443 vd; Can Tuncay, ‘İş İlişkinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtayın 2011 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi’ (2013) Yargıtayın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2011, 1, 46; Alp, Değerlendirme, 182 vd; Alp, ‘Belirli Süreli’ (n. 66) 488-489; Bozkurt Gümrükçüoğlu, *Belirli Süreli İş Sözleşmesi* (n 9) 266; Mahmut Kabakçı, ‘Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Geçersizliğinin İşçi ve İşveren Açısından Farklı Değerlendirilmesi Gereği’ (2014) 72 (2) İÜHFD (Prof. Dr. Berin Ergin’e Armağan) 123, 123 vd; Gaye Baycık, ‘İş İlişkinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtayın 2016 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi’ (2018) Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2016, 7, 161 vd; Ekmeççi ve Yiğit (n 34) 39.

⁷¹ Doğan Yenisey, *İş Hukukunun Emredici Yapısı* (n 67) 376-377; Süzek (n 9) 247; Tuncay, ‘İş İlişkinin Kurulması’ (n 70) 46-47; Alp, ‘Belirli Süreli’ (n. 66) 488; Bozkurt Gümrükçüoğlu, *Belirli Süreli İş Sözleşmesi* (n 9) 266; Baycık, ‘İş İlişkinin Kurulması’ (n 70) 162-163.

korumadan faydalanması dürüstlük kuralı ile bağdaşmayacağı⁷² gibi objektif nedenin yokluğunun hâkim tarafından resen dikkate alınması da kanun koyucunun amacı ile ters düşmektedir⁷³.

Yargıtay 22. Hukuk Dairesi isabetli olarak, hükmün amacına aykırı olan bu içtihadı terk etmiştir. Özel Daire, 2017 yılında verdiği kararda⁷⁴, belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçilerin belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçilere göre daha az koruma altında olduğu düşüncesinden hareket etmiştir. Bu düşünce uyarınca, iş sözleşmesinin belirsiz süreli olmasının asıl, belirli süreli olmasının ise istisna olarak düzenlendiğini ve bu yaklaşımın işçinin korunması amacına matuf olduğunu belirten Özel Daire, davalı işverence objektif neden yokluğunun ve dolayısıyla sözleşmenin belirsiz süreli olduğunun ileri sürülmesi hâlinde işçinin korunması amacını taşıyan düzenlemenin aksine sonuç doğacağına işaret etmiştir. Kararda bu şekilde bir uygulamanın kanunun amacına aykırı olacağı gibi hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olduğu belirtilmektedir. Yüksek Mahkeme kararda işverence iş sözleşmesinin belirsiz süreli olduğuna dair bir savunma yapılmadığına da değindikten sonra işçiyi korumaya yönelik düzenlemenin işveren lehine değerlendirilemeyeceğini vurgulamış ve mahkemece objektif neden bulunmadığı, iş sözleşmesinin belirli süreli olmadığından bahisle davaya konu bakiye süre ücreti talebinin reddinin isabetli olmadığı sonucuna ulaşmıştır. Söz konusu kararda Özel Daire içtihat değişikliğini “*Her ne kadar Dairemizce, benzer nitelikli davalarda, aksine kararlar verilmiş ise de, konunun yeniden değerlendirilmesi neticesinde, anılan içtihadın değiştirilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır.*” şeklindeki ifade ile açıkça ifade etmiştir.

Yargıtay 22. Hukuk Dairesi 2019 tarihli başka bir kararında⁷⁵ da benzer yönde değerlendirmelerde bulunmuş ve sözleşmenin belirsiz süreli olduğunu ileri sürme hakkının sadece işçiyi ait olduğu sonucuna ulaşmıştır. Söz konusu karara göre, “*İş Kanununun 11. maddesinde öngörülen hükmün işçiyi koruma amacıyla düzenlendiği dikkate alınarak, objektif şartlar bulunmadığı halde belirli süreli olarak yapılmış olan iş sözleşmesinin, belirsiz süreli olduğunun işveren tarafından ileri sürülmesinin Türk Medeni Kanunu’nun 2. maddesi uyarınca hakkın kötüye kullanımını teşkil ettiği, İş Kanunu’nun 11. maddesine dayanarak sözleşmenin belirsiz süreli olduğunu ileri sürme hakkının sadece işçiyi ait olması gerektiği anlaşılmıştır. Öte yandan, normun sosyal koruma amacı göz önünde bulundurulduğunda, işçinin bakiye süre*

⁷² Doğan Yenisey, *İş Hukukunun Emredici Yapısı* (n 67) 376-377; Süzek (n 9) 246; Başterzi, ‘İş İlişkisinin Kurulması’ (n 30) 80; Başterzi, ‘Objektif Neden’ (n 10) 443-444; Tuncay, ‘İş İlişkisinin Kurulması’ (n 70) 46; Alp, Değerlendirme, 183; Alp, ‘Belirli Süreli’ (n. 66) 488-489; Kabakçı, (n 70) 140-141; Bozkurt Gümrükçüoğlu, *Belirli Süreli İş Sözleşmesi* (n 9) 266; Baycık, ‘İş İlişkisinin Kurulması’ (n 70) 162-163 Ekmekçi ve Yigit (n 34) 39.

⁷³ Doğan Yenisey, *İş Hukukunun Emredici Yapısı* (n 67) 376-377; Tuncay, ‘İş İlişkisinin Kurulması’ (n 70) 46-47; Alp, Değerlendirme, 182; Alp, ‘Belirli Süreli’ (n. 66) 491-492; Baycık, ‘İş İlişkisinin Kurulması’ (n 70) hâkimin objektif nedeni resen araştırmasının hak arama özgürlüğünü de ihlal edebileceği yönünde, Başterzi, ‘Objektif Neden’ (n 10) 447, 449.

⁷⁴ Yargıtay 22 HD, 20653/30350, 21.12.2017; içtihat değişikliğini isabetli bulan görüş için bkz Alp, ‘Belirli Süreli’ (n. 66) 499.

⁷⁵ Yargıtay 22 HD, 9582/9316, 22.04.2019; benzer kararlar için bkz Yargıtay 22 HD, 29143/2773, 18.02.2020; Yargıtay 22 HD, 34697/9344, 09.07.2020.

ücreti tutarı tazminat veya cezai şart talebi ile açtığı bir davada, mahkemece objektif nedenin bulunmadığının resen gözetilerek sözleşmenin belirsiz süreli olduğunun kabulü de yerinde değildir.”⁷⁶.

Yargıtay 22. Hukuk Dairesi'nin kapatılmasının⁷⁷ ardından iş hukuku uyuşmazlıklarında görevli tek daire hâline gelen 9. Hukuk Dairesi tarafından verilen kararda da aynı doğrultuda tespitlere yer verilmiştir⁷⁸.

Belirli süreli olarak yapılan iş sözleşmelerinde objektif nedenin bulunmaması, sözleşmede süreden önce haksız feshe bağlanan bir cezai şartın belirlenmiş olması hâlinde ayrıca önem kazanmaktadır. Bu durumda cezai şartın akıbeti, Yargıtay'ın daireleri arasında içtihat farklılıklarına yol açmış olup konu hakkında içtihadı birleştirme kararı verilmesi gerekmiştir⁷⁹. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu'nun 2019 yılında verdiği karara göre, objektif nedenin bulunmaması yüzünden belirsiz süreli olarak kabul edilen iş sözleşmelerinde “süreden önce haksız feshe bağlı cezai şart” hükmünün yer alması hâlinde, bu hüküm belirlenen süre ile sınırlı olarak geçerlidir⁸⁰.

2. Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Yenilenmesinde

a. İş Kanunu kapsamındaki iş ilişkilerinde

İş Kanunu'nun 11. maddesinin 2. fıkrasında belirli süreli iş sözleşmesinin esaslı bir neden olmadıkça, birden fazla üst üste (zincirleme) yapılamayacağı belirtildikten sonra *aksi hâlde iş sözleşmesi başlangıçtan itibaren belirsiz süreli kabul edileceğine* yer verilmiştir. Bu düzenleme uyarınca; belirli süreli iş sözleşmesinin yenilenmesinde ikinci ya da daha sonraki sözleşmenin yapılması sırasında objektif nedenin bulunmaması hâlinde, iş sözleşmesi başlangıçtan itibaren belirsiz süreli iş sözleşmesine dönüşecektir⁸¹.

⁷⁶ Aynı yönde, Yargıtay 22 HD, 36844/7827, 25.06.2020; Yargıtay'ın bu yöndeki kararları doktrinde isabetli bulunmuştur. Bkz Ekmekeçi ve Yiğit (n 34) 39.

⁷⁷ 07.07.2020 tarihli ve 173 sayılı Yargıtay Birinci Başkanlık Kurulu Kararı ile 22. Hukuk Dairesi'nin 02.09.2020 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere kapatılmasına karar verilmiştir. RG 08.07.2020/31179.

⁷⁸ Yargıtay 9 HD, 22178/7846, 15.09.2020.

⁷⁹ Sümer, *İş Hukuku Uygulamaları* (n 10) 180-181; İrem Yayvak Namlı, *İş Hukuku'nda Cezai Şart* (1. Bası, On İki Levha 2019) 398 vd; Hakan Keser, 'Objektif Sebep Olmaksızın Yapılan Belirli Süreli İş Sözleşmesinde Düzenlenmiş Cezai Şartın Geçerliliğinin Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu Kararı Kapsamında Değerlendirilmesi' (2020) 43 Sicil Dergisi 30, 40 vd.

⁸⁰ YİBGK 08.03.2019, E. 2017/10, K. 2019/1, RG 18.07.2019/30835; kararı isabetli bulan değerlendirmeler için bkz Yayvak Namlı (n 79) 409-410; Keser (n 79) 45 vd, özellikle 50-51.

⁸¹ Nitekim Yargıtay 9. Hukuk Dairesi de 11.03.2020 tarihli kararında taraflar arasındaki iş sözleşmesinin 18.11.2013 tarihinde bir yıl süreli olarak imzalandığı, bu sözleşmenin süresi dolmadan 30.01.2014 tarihinde hiçbir objektif ve esaslı bir neden gösterilmeksizin 18.11.2014-17.11.2017 tarihlerini kapsayacak şekilde ikinci kez sözleşme imzalandığı somut olayda, İş Kanunu m. 11/2 hükmü gereği iş sözleşmesinin başlangıçtan itibaren belirsiz süreli hâle geldiğini belirtmiştir. Mahkemece, iş sözleşmesinin belirsiz süreli olduğunun kabulüyle davacının bakiye süre ücreti talebinin reddi gerekirken yanlışlı değerlendirme ile talebin kabulüne karar verilmesi hatalı bulunmuştur. Yargıtay 9 HD, 16212/4115, 11.03.2020.

Belirtelim ki, maddenin lafzı açık olup belirli süreli iş sözleşmesi yenilenmesinde objektif neden bulunmadığı takdirde, sözleşmenin ilk defa yapıldığında ve/veya sözleşmeler zincirinde önceki yenilemelerde objektif nedenin varlığı sonucu değiştirmeyecektir⁸².

b. Türk Borçlar Kanunu kapsamındaki iş ilişkilerinde

Belirli süreli iş sözleşmesinde sözleşmesinin sona ermesini düzenleyen TBK m. 430 hükmünün 2. fıkrasında göre, “*Belirli süreli sözleşme, süresinin bitiminden sonra örtülü olarak sürdürülüyorsa, belirsiz süreli sözleşmeye dönüşür. Ancak, esaslı bir sebebin varlığı hâlinde, üst üste belirli süreli hizmet sözleşmesi kurulabilir.*”.

Görüldüğü üzere, TBK’de belirli süreli iş sözleşmesinin yenilenmesi sırasında objektif nedenin bulunmaması hâli, İş Kanunu m. 11 hükmü ile benzer düzenlenmiş; iş sözleşmesinin başlangıçtan itibaren belirsiz süreli iş sözleşmesine dönüşmesi sonucuna bağlanmıştır.

Ayrıca aynı fıkra da süresi dolan sözleşme ilişkisinin devam ettirilmesi durumunda sözleşmenin belirsiz süreli iş sözleşmesine dönüşeceği belirtilmiştir. Bu yaklaşımın olağan bir sonucuna aynı maddenin 3. fıkrasında yer verilmiştir⁸³. Söz konusu fıkra ya göre, “*Sözleşmenin fesih bildiri miyle sona ereceği kararlaştırılmış ve iki taraf da fesih bildiriminde bulunmamışsa, sözleşme belirsiz süreli sözleşmeye dönüşür.*”⁸⁴.

c. Basın İş Kanunu kapsamındaki iş ilişkilerinde

Basın İş Kanunu kapsamındaki iş ilişkileri bakımından belirli süreli iş sözleşmesinin yapılmasında ve yenilenmesinde kanunda özel bir düzenleme bulunmaması sebebiyle, yukarıdaki başlıkta TBK kapsamındaki iş ilişkileri bakımından açıklanan esaslar, gazeteciler bakımından da uygulanacaktır.

d. Deniz İş Kanunu kapsamındaki iş ilişkilerinde

Deniz İş Kanunu kapsamındaki iş ilişkileri bakımından belirli süreli iş sözleşmesinin yapılmasında m. 7 hükmü ile objektif neden aranmamıştır. Belirli süreli iş sözleşmesinin yenilenmesinde ise TBK m. 430 hükmü dikkate alınmakta ve objektif neden aranmıştır. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi tarafından sefer kaydı objektif neden olarak ifade edilmektedir⁸⁵. Aynı Daire çeşitli kararlarında, birden fazla yenilenen iş sözleşmesinin, sürenin sefere bağlanmadığı, daha önce de sözleşme

⁸² Alpagut, ‘4857 Sayılı Yasa’ (n 10) 85; Bozkurt Gümrükçüoğlu, *Belirli Süreli İş Sözleşmesi* (n 9) 268.

⁸³ Doğan Yenisey, ‘Hizmet Sözleşmesi’ (n 12) 326.

⁸⁴ Bu fıkranın mülga 818 sayılı Borçlar Kanunundaki çeviri hatasının devamı olduğu ve belirli süreli iş sözleşmesinin fesih bildiri mi ile sona ermesinin kararlaştırılması sözleşmenin “belirli süreli” olması ile bağdaşmayacağından hareketle fesih bildiri mi ile kastedilenin sözleşmenin yenilenmeyeceğine ilişkin ihbar olduğu yönünde açıklamalar için bkz. Soyer, ‘Hizmet Sözleşmesi’ (n 12) 13; Doğan Yenisey, ‘Hizmet Sözleşmesi’ (n 12) 326.

⁸⁵ Yargıtay 9 HD, 22725/5978, 14.03.2016.

sürelerinden önce sözleşmenin bittiği, çalışma süresi dikkate alındığında TBK m. 430 hükmü gereği belirsiz süreli iş sözleşmesine dönüştüğü sonucuna ulaşmıştır⁸⁶.

IV. İş Kanunu m. 11 Hükmüne İlişkin Görüş ve Önerilerimiz

1. Mevaz Düzenlemeler Işığında Değerlendirme

Her ne kadar Avrupa Birliği Direktifleri ülkemiz bakımından bağlayıcı olmasa da İş Kanunu'nun yapılması nedenlerinden biri, Türkiye'nin Avrupa Birliği'ne üyelik süreci ve Avrupa Birliği müktesebatına uyumdur. Nitekim İş Kanunu'nun genel gerekçesine göre, “Ülkemizin onayladığı uluslararası çalışma sözleşmelerinin gereğini yerine getirme çabalarını sürdürürken Avrupa sosyal normlarına da uyum sağlanması gereği ortaya çıkmıştır... Ancak, AB'ne tam üyelik sürecinde Türk mevzuatında henüz bulunmayan, buna karşılık AB ülkelerini kendiliğinden bağlayan normların da Türk iş hukukuna kazandırılması gerekmektedir.”

Bu yaklaşıma uygun olarak belirli süreli iş sözleşmelerine ilişkin esasların yer aldığı İş Kanunu m. 11 hükmünün gerekçesinde de, bu düzenlemenin kaynağının Avrupa Konseyi'nin 1999/70 sayılı Direktifi ile yürürlüğe konulan Belirli Süreli İş Sözleşmeleri Hakkında Çerçeve Antlaşma ile Uluslararası Çalışma Örgütü'nün 158 sayılı Sözleşmesi olduğu belirtilmiştir.

Mevaz düzenleme olan Çerçeve Antlaşma, ulusal, sektörel ve dönemsel durumların dikkate alınması gerektiğini kabul ederek belirli süreli iş sözleşmeleri ile ilgili genel ilkeleri ve asgari gereklilikleri belirlemektedir (Giriş kısmı).

İş Kanunu m. 11 hükmünün diğer dayanağı olan 158 sayılı ILO Sözleşmesi ise, iş güvencesine ilişkin olup Sözleşme'de belirli süreli veya belirli bir işin tamamlanmasına yönelik işlerde çalışan işçilerin, sözleşmenin uygulama alanının dışında bırakılabileceği belirtilmiştir. Ancak diğer taraftan, Sözleşme'nin 2. maddesi ile taraf ülkelere işverenlerin işçileri iş güvencesi hükümlerinin dışında bırakma amacıyla belirli süreli iş sözleşmesi yaparak belirli süreli iş sözleşmesi yapma hakkını kötüye kullanmalarını önleyici gerekli tedbirlerin alınması yükümlülüğü yüklenmiştir⁸⁷.

Belirtmek gerekir ki, Çerçeve Antlaşma ile, ilk defa yapılan belirli süreli iş sözleşmelerinin objektif nedene dayanma zorunluluğu bulunmamakta olup norm koyucunun bu yaklaşımının arkasında işsizliği azaltma, işgücünün istihdama geçişini kolaylaştırma çabalarına engel olmamak niyeti olduğu ifade edilmektedir⁸⁸.

⁸⁶ Yargıtay 9 HD, 3339/13024, 11.06.2019; Yargıtay 9 HD, 906/10082, 07.05.2019; Yargıtay 9 HD, 1962/36536, 02.12.2014; Yargıtay 9 HD, 1963/36537, 02.12.2014; Yargıtay 9 HD, 7792/12652, 29.04.2013; benzer yönde, Yargıtay 9 HD, 3655/12648, 29.04.2013; benzer yönde bkz ayrıca İstanbul BAM 28 HD, 3191/164, 13.02.2020.

⁸⁷ Açıklamalar için bkz Bozkurt Gümrükçüoğlu, *Belirli Süreli İş Sözleşmesi* (n 9) 157.

⁸⁸ Güzel, Özkaraca ve Ugan (n 9) 487; Caniklioğlu, ‘Türk Borçlar Kanunu’ (n 12) 168.

İş Kanunu m. 11 hükmü, AB müktesebatı ile Birlik üyesi ülkelerdeki yasal düzenlemeler ile kıyaslandığında ise, belirli süreli iş sözleşmelerin ilk defa yapılmasında öngörülen esasların üye ülkelere nazaran daha katı olduğu sonucuna ulaşılmaktadır⁸⁹. Gerçekten birçok Birlik üyesi ülkede, meşru sosyal politika hedeflerine ulaşılması amacıyla belirli süreli iş sözleşmesinin ilk defa yapılmasının objektif neden koşulundan bağışık tutulduğu hâller mevcuttur⁹⁰.

İş Kanunu m. 11 hükmü, belirli süreli iş sözleşmesinin yenilenmesinde de objektif neden koşulunu ararken madde gerekçesinde, bunun *Avrupa Birliği müktesebatının da bir gereği olduğu* ifade edilmektedir. Gerçekten gerekçede, *belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçilerin sosyal yönden, daha fazla korunduklarının bir gerçek olduğu ifade edildikten sonra bazı işkolları, meslekler ve işler için belirli süreli sözleşmelerin karakteristik bir anlam taşıması ve bu tür sözleşmelerin işletme ve işyeri gereklerinden olmakla beraber, belirli süreli iş sözleşmelerinin kötüye kullanılmasının engellenmesi ve bunların “objektif temellere” dayandırılmasının Avrupa Birliği müktesebatının da bir gereği olduğu belirtilmiştir*. Bu açıdan da belirli süreli iş sözleşmeleri için, belirli süreli iş sözleşmelerinin objektif bir neden olmadıkça üst üste yapılmalarının önlenmesi de gerektiği vurgulanmıştır.

Belirtmek gerekir ki, Çerçeve Antlaşma ile belirli süreli iş sözleşmelerinin yenilenmesini önlemek amacıyla üye ülkeler için öngörülen seçenek önlemlerden biri olarak objektif neden koşuluna yer verilmiştir. Gerçekten Çerçeve Antlaşma'nın 5. maddesine göre, kötüye kullanmaları önleyici mevzuata sahip olmayan üye devletler, sosyal taraflara danışılmak kaydıyla ulusal yasalarında, toplu iş sözleşmesine ya da uygulamaya uygun olarak, belirli süreli iş sözleşmesinin zincirleme yapılarak kötüye kullanılmasını engellemek amacıyla üç önlemden birini, ikisini ya da üçünü öngörebileceklerdir. Bahsedilen ve seçenek olarak öngörülen üç önlem ise; (a) *belirli süreli iş sözleşmelerin yenilenebilmesi için “objektif neden”in bulunması*; (b) *birbirini takip eden belirli süreli iş sözleşmesinin “azami bir süre”ye bağlanması ve (c) birbirini takip eden belirli süreli iş sözleşmesinin “azami sayı”sının belirlenmesidir*⁹¹.

⁸⁹ Başterzi, ‘Avrupa Birliği Konseyi’ (n 10) 185; ayrıca bkz Bozkurt Gümrükçüoğlu, *Belirli Süreli İş Sözleşmesi* (n 9) 171.

⁹⁰ Başterzi, ‘Objektif Neden’ (n 10) 434; AB hukuku için bkz Güzel ve Ertan, (n 29) 400 vd; Başterzi, ‘Avrupa Birliği Konseyi’ (n 10) 182-183; Bozkurt Gümrükçüoğlu, *Belirli Süreli İş Sözleşmesi* (n 9) 134; Markus Sädevirta, *A Comparative Study of the Regulation Governing the Use of Fixed-Term Contracts in Three EU Member States* (1st edn, Unigrafia 2013) 13 vd; Alman hukuku için bkz Güzel, Özkaraca ve Ugan (n 9) 508 vd; Bozkurt Gümrükçüoğlu, *Belirli Süreli İş Sözleşmesi* (n 9) 142 vd; Fransız Hukuku için bkz Güzel, Özkaraca ve Ugan (n 9) 491 vd; Sädevirta, (n 9) 253 vd.

⁹¹ Aynı maddeye göre ayrıca “*Üye devletler bunu yaparken, belirli iş kollarının ve/veya işçi gruplarının ihtiyaçlarını dikkate almalıdırlar. Üye devletler ayrıca, sosyal taraflara danışarak belirli süreli iş sözleşmelerinin hangi koşullarda zincirleme olduğunu ve belirsiz süreli kabul edilebileceğini de belirleyebileceklerdir.*” Çerçeve Antlaşma'ya ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz Başterzi, ‘Avrupa Birliği Konseyi’ (n 10) 182-183; Güzel, Özkaraca ve Ugan (n 9) 540-550; Bozkurt Gümrükçüoğlu, *Belirli Süreli İş Sözleşmesi* (n 9) 135-136; Mustafa Uğur Aksoy, ‘Alman Kısmi Süreli Çalışma ve Belirli Süreli İş Sözleşmeleri Hakkında Yasa ve Çevirisi’ (2014) 20(Özel Sayı) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (Prof. Dr. Ali Rıza Okur’a Armağan) 1215, 1218-1219; Sudabeh Kamanabrou, ‘Successful Rules on Successive Fixed-Term Contracts?’ (2017) 33 (2) International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations 221, 223 vd; Avrupa Birliği üyesi ülkelerde belirli süreli iş sözleşmelerinin yenilenmesinde Çerçeve Sözleşmenin açıklanan hükmü dikkate alınmış olmakla birlikte hükmün seçenek sunması ülkeden ülkeye değişen düzenleme şekillerine sebep olmuştur. Bkz ibid 226, 229 vd.

Görülebileceği üzere, Türk kanun koyucu belirli süreli iş sözleşmesinin yenilenmesinde Çerçeve Antlaşma ile uyumlu olarak *bir* önlemi benimsemiştir. Ancak, bu önlem Çerçeve Antlaşmaya uyum için yegâne yöntem olmadığı gibi en etkin yöntem de değildir.

Dolayısıyla, İş Kanunu m. 11 hükmü, mehz düzenlemelere uygun olmakla birlikte aşağıda detaylı olarak açıklanacağı üzere belirli süreli iş sözleşmesinin yapılması ve yenilenmesi bakımından uygulamada ortaya çıkan sorunları çözmekte yeterli olmamıştır. Biz de İş Kanunu m. 11 hükmü ile belirli süreli iş sözleşmesinin yapılması ve yenilenmesi için öngörülen esasları doktrin görüşleri ve yargı kararlarına da değinerek ayrı ayrı değerlendireceğiz ve uygulamadaki sorunların çözülmesine yönelik önerilerde bulunmaya çalışacağız.

2. İş Kanunu Kapsamında Belirli Süreli İş Sözleşmesinin İlk Defa Yapılmasına İlişkin Esasların Değerlendirilmesi

a. Doktrindeki görüşler

İş Kanunu m. 11/1 hükmü ile, belirli süreli iş sözleşmelerinin yapılmasında objektif neden aranması, işçiler bakımından önemli bir koruma sağlamakla birlikte belirli süreli iş sözleşmesinin uygulamasını son derece sınırlı kılmaktadır.

Bu düzenleme ile işçilerin korunmasına kıyasla işletmelerin esneklik ihtiyaçlarının yeterince gözetilmemiş olması doktrinde eleştirilmektedir⁹². *Soyer*, iş sözleşmesinin süreye bağlanmasını sadece hukuki bir sorun olarak görmemek gerektiğini belirtirken; belirli süreli iş sözleşmelerini istihdam yaratan bir sosyal politika aracı olduğunu vurgulamaktadır⁹³.

⁹² Alpogut, '4857 Sayılı Yasa' (n 10) 73; Gülsevil Alpogut, 'AB'nde Güvenceli Esneklik ve Türkiye'deki Yasal Düzenlemeler' (2008) 1 TİSK Akademi 6, 23-24; *Soyer*, '6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu' (n 13) 12; Sützek (n 9) 240; Başterzi, 'Objektif Neden' (n 10) 432; G Burcu Yıldız, 'Güvenceli Esneklik ve 4857 Sayılı İş Kanunu', iç Süleyman Başterzi (ed) *Prof. Dr. Sarper Sützek'e Armağan C. I* (Beta 2011) 203, 209; Bozkurt Gümrükçüoğlu, *Belirli Süreli İş Sözleşmesi* (n 9) 170; Şahin Emir (n 33) 131, 148; İş Kanunu ve TBK kapsamındaki belirli süreli iş sözleşmeleri bakımından ilk defa sözleşmenin yapılmasında objektif nedenin aranmadığı yönünde azınlık görüşünün sahibi olan *Taşkent* ise maddelerin çağdaş anlayış ve gelişmeler uygun olduğunu ve "esneklik" içerdiğini ifade etmektedir. Yazar, aksine görüşün esnekliği ortadan kaldıran zorlama bir yorum olduğunu savunurken işçinin yararına sonuç doğurmayacağını, aksine istihdamın engellenmesi nedeniyle işçinin zarar göreceğini belirtmektedir, *Taşkent* (n 9) 29.

Mevcut düzenleme ile belirli süreli iş sözleşmesinin ilk defa yapılmasında objektif nedenin aranmasını isabetli bulan görüş için ise bkz Güzel ve Ertan, (n 29) 398; ayrıca Güzel, Özkaraca ve Ugan (n 9) 487-488. Güzel ve Ertan, yapılan araştırmaların sanılanın aksine belirli süreli iş sözleşmelerinin istihdam açısından beklenen faydayı sağlayamadığını ve dolayısıyla belirli süreli iş sözleşmesinin iş hukukunda esneklik iddiasıyla yaygınlaştırılması gereken görüşe ihtiyatla yaklaşılması gerektiğini savunmaktadır. Zira, yazarlarca belirli süreli iş sözleşmeleri, daha yüksek bir personel dalgalanmasına yol açmakta, işçilerin mesleki gelişimini engellemekte ve işçilerin daha düşük ücretlerle çalışması sonucunu doğurmaktadır. Bunların da bir taraftan uzun dönemde işverenin rekabet gücünü azaltmasına zemin hazırladığı; diğer taraftan ise işçinin sürekli işyeri ve iş değiştirmesinin kariyerini olumsuz şekilde etkilediği ifade edilmektedir. Bkz Güzel ve Ertan, (n 29) 398.

⁹³ Yazar, belirli süreli iş sözleşmelerinin bu yönü dikkate alınarak düzenlendiğinde ise sözleşme süresi hakkında en çok iki yıl gibi bir azami süre konması gerektiğini savunmaktadır. *Soyer*, '6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu' (n 13) 12.

Benzer bir yaklaşımla, istihdamı teşvik amacıyla kanun değişikliği ile objektif neden koşulu bakımından bazı istisnalar getirilmesini öneren yazarlar da mevcuttur⁹⁴.

Alpagut, küreselleşme ile birlikte belirli süreli iş sözleşmesinin sınırlandırılması yönündeki eğilimin yön değiştirdiği; istihdamın artırılması ve işsizlere belirli süreli de olsa çalışma imkânı sağlanması amacıyla bu tür sözleşmelerin kurulması imkânının Avrupa Birliği'nin ve üye ülkelerin gündeminde olduğuna işaret etmiştir⁹⁵. İş Kanunu m. 11/1 hükmünün esneklik düşüncesiyle bağdaşmadığını savunan yazar, maddenin bilim kurulu taslağındaki hâlinde ise Avrupa hukukundaki eğilime uygun bir şekilde belirli süreli iş sözleşmesinin ilk kez yapılmasında objektif neden koşuluna yer verilmemiş olduğuna işaret etmiş; Meclis'te verilen önerge sonucu madde metninin bugünkü hâline getirilmesini eleştirmiştir⁹⁶. Yazar, bu bakış açısıyla kanun hükmünün değiştirilmesi ve ilk defa çalışma yaşamına giren işçiler, Türkiye İş Kurumu'nda işsiz olarak kayıtlı olan kişiler, yeni faaliyete başlayan işverenler ya da faaliyet alanını genişleten işverenlerle ilk kez yapılacak belirli süreli iş sözleşmelerinde objektif neden koşuluna istisna getirilmesi gerektiğini ileri sürmüştür⁹⁷.

İş Kanunu m. 11/1 hükmünü katı olması nedeniyle eleştiren bir diğer yazar *Caniklioğlu*, söz konusu maddenin tekrar düzenlenmesi gerektiğini savunmaktadır. Yazar, belirli süreli iş sözleşmelerinin ilk defa yapılmasında objektif nedenin aranmaması gerektiğini; bu sayede ülkemizdeki genç işsizliğin belirli bir ölçüde engellenmesinin sağlanabileceğini ifade ederken TBK ile de uyum sağlanmış olacağına dikkat çekmektedir. Ancak yazar bu biçimde yapılabilecek belirli süreli iş sözleşmelerine üst sınır getirilmesinin de şart olduğunu vurgulamaktadır. Yazar ayrıca, yeni kurulan işyerleri bakımından da objektif neden koşuluna bir istisna öngörülebileceğini de belirtmektedir⁹⁸.

Bozkurt Gümrükçüoğlu da belirli süreli iş sözleşmesinin ilk defa yapılması bakımından daha esnek bir düzenlemenin getirilmesi gerekliliğini vurgulamakla birlikte, getirilecek düzenlemenin kötüye kullanılması olasılığına da işaret etmektedir. Bu çerçevede yazar, Alman Hukuku'ndan hareketle, belirli bir yaşın üzerinde olan ve belirli bir süreden beri işsiz olan işçilerle belirli süreli iş sözleşmesi yapma imkânı getirilmesini önerirken yapılacak kanuni değişikliğin yaş ayırıcılığına yol açmaması gerektiğinin de altını çizmektedir. Bu bakımdan da emeklilik yaşına yakın ve işsiz işçiler bakımından belirli süreli iş sözleşmesinin yapılmasında objektif neden

⁹⁴ Alpagut, '4857 Sayılı Yasa' (n 10) 78; Nurşen Caniklioğlu, 'İş Kanununun 10. Yılında Belirli Süreli İş Sözleşmesi ile Kısmi Süreli İş Sözleşmesi ve Uygulamada Yaşanan Sorunlar' (2016) 10. Yılında 4857 Sayılı İş Kanunu (Uygulama Sorunları ve Çözüm Önerileri) Sempozyumu, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi-Çelik İş Sendikası, 168; Alpagut, 'Güvenceli Esneklik' (n 92) 22-24; Süzek (n 9) 240; Yıldız (n 92) 211; Bozkurt Gümrükçüoğlu, *Belirli Süreli İş Sözleşmesi* (n 9) 170; Şahin Emir (n 33) 131, 148.

⁹⁵ Alpagut, 'Güvenceli Esneklik' (n 92) 22.

⁹⁶ ibid 23-24.

⁹⁷ ibid 22; Alpagut, '4857 Sayılı Yasa' (n 10) 78.

⁹⁸ Caniklioğlu, 'İş Kanununun 10. Yılı' (n 94) 168.

aranmamasının yerinde olacağını ifade etmiştir. Yazar ayrıca, yeni kurulan işletmeler bakımından belirli bir süreyle sınırlı olarak objektif neden aranmaksızın belirli süreli iş sözleşmesi yapılması imkânı yönünde kanun değişikliğini de önermektedir⁹⁹.

Şahin Emir de, kanunda değişiklik yapılarak Alman hukukunda olduğu gibi belirli yaşın üzerinde olan ve belirli bir süre işsiz olan kişilerle ilk defa yapılacak olan belirli süreli iş sözleşmelerinde objektif neden koşulunun aranmayabileceğini savunmuştur. Yazar ayrıca ilk defa iş hayatına giren işçiler, yeni faaliyete başlayan işverenler ya da emekliliğine kısa bir süre kalan kişilerle objektif koşullara bağlı olmadan belirli süreli iş sözleşmesi yapılmasına imkân tanınabileceğini ileri sürmüştür¹⁰⁰.

b. Torba Kanun Teklifi'nin değerlendirilmesi

Doktrinde savunulan İş Kanunu m. 11/1 hükmü ile belirli süreli iş sözleşmesinin yapılmasında objektif neden koşuluna yönelik yukarıda izah edilen görüşler, yasama organı tarafından da dikkate alınmıştır. Belirli yaş grubundaki işçiler ile belirli süreli iş sözleşmelerinin yapılmasını (ve de yenilenmesini) objektif neden koşulundan bağımsız tutan bir kanun teklifi, 5 Kasım 2020 tarihi itibarıyla TBMM'nin gündemine taşınmıştır ancak *kanunlaşmamıştır*.

Söz konusu teklif, TBMM'ye gönderildiği hâlinde, İş Kanunu'nun 11. maddesine fıkra ilave etmekte idi. Madde gerekçesinde 25 yaşını doldurmayan veya 50 ve üzeri yaşta olan işçilerin istihdam piyasasına girişlerinin daha kolay hâle getirilmesi amacını taşıdığı ifade edilen¹⁰¹ fıkraya göre, “*Belirli süreli iş sözleşmesi, işçinin yirmibeş yaşını doldurmamış veya elli ve daha yukarı yaşta olma koşulunu sağlaması kaydıyla birinci ve ikinci fıkradaki koşullar aranmadan yazılı şekilde yapılabilir. Yirmibeş yaşını doldurmamış işçiler ile yapılacak belirli süreli iş sözleşmelerinin süresi işçinin yirmi beş yaşını doldurduğu tarihi geçmez. Bu fıkra uyarınca bir defada veya yenilenerek yapılan belirli süreli iş sözleşmelerinin toplam süresi iki yılı geçemez.*”

Belirtelim ki, Torba Kanun Teklifi ile benzer esasları benimseyen bir düzenleme, Alman Kısmi Süreli ve Belirli Süreli İş Sözleşmeleri Hakkında Kanunu'nda yer almakta idi. Kanun'un § 14 hükmünde, belirli süreli iş sözleşmesinin ilk defa yapılmasında objektif neden koşuluna yer verilirken maddenin 3. fıkrası ile “52 yaşından büyük olan işçiler” istisna tutulmuştu; yani “52 yaşından büyük olan

⁹⁹ Bozkurt Gümrükçüoğlu, *Belirli Süreli İş Sözleşmesi* (n 9) 170.

¹⁰⁰ Şahin Emir (n 33) 131, 148.

¹⁰¹ Madde gerekçesine göre; “*Belirli süreli işlerde veya belli bir işin tamamlanması veya belirli bir olgunun ortaya çıkması gibi objektif koşullara bağlı olarak işveren ile işçi arasında yazılı şekilde yapılan iş sözleşmeleri belirli süreli iş sözleşmesi olarak tanımlanmakta ve belirli süreli iş sözleşmesi esaslı bir neden olmadıkça, birden fazla üst üste (zincirleme) yapılamamaktadır. Madde ile yirmibeş yaşını doldurmayan veya elli ve üzeri yaşta olan işçilerle yapılacak belirli süreli iş sözleşmelerinin şartları yeniden düzenlenerek mevcut sınırlamalara tabi olmaksızın belirli iş sözleşmesi yapılabilmesi, işçinin aynı işverenin işyerinde belirli süreli iş sözleşmesi ile çalıştırılabileceği azami süre sınırı belirlenmesi ve bu kapsama girenlerin istihdam piyasasına girişlerinin daha kolay hâle getirilmesi amaçlanmaktadır.*”

işçiler” ile objektif neden olmaksızın belirli süreli iş sözleşmesi yapılmasına imkân verilmişti.

Alman Kısmi Süreli ve Belirli Süreli İş Sözleşmeleri Hakkında Kanunu § 14/3 hükmü, ön karar usulü ile Avrupa Birliği Adalet Divanı tarafından incelenmiştir. Divan tarafından *Mangold* kararı¹⁰² ile kanun hükmünün İş ve Meslekte Eşit İşlem Direktifi’nde¹⁰³ yasaklanan yaş ayırimcılığı yasağına aykırı olduğu tespit edilmiştir.

Mangold kararında inceleme konusu olan söz konusu kanun hükmü uyarınca, 52 yaşından büyük işçiler ile belirli süreli iş sözleşmesi yapılması daha kolay olacak ve bunun sonucunda da 52 yaşından büyük işçiler, daha genç işçilere nazaran az korumaya tabi olacaklardır. Dolayısıyla bu hükmün uygulanması ile, 52 yaşından büyük işçiler aleyhine yaş temelinde davranış farklılığı ortaya çıkmaktadır. Ancak Divan’ın da değindiği üzere bu durum, otomatikman yaş ayırimcılığı yasağının ihlali olarak değerlendirilmemiştir. Zira, yaş temelinde davranış farklılıklarının haklı kılınması hukuken mümkündür. Nitekim İş ve Meslekte Eşit İşlem Direktifi de istihdamda yaş ayırimcılığını yasaklarken bu yasağı mutlak olarak düzenlememiş ve yaş temelinde davranış farklılıklarının haklı kılınmasına ilişkin ayrı bir maddeye yer vermiştir. Direktif’in 6. maddesine göre, üye devletler ulusal hukuklarında, özellikle istihdam politikaları, iş piyasası ve mesleki eğitimi kapsayan meşru bir amaca ulaşmak için yaşa dayalı farklı uygulama yapılmasının ayırimcilik yaratmayacağına dair düzenleme yapabilirler. Ancak bunun için meşru amaca ulaşmak için kullanılan araçların uygun ve gerekli olması; yani ölçülülük ilkesine uygun olması gerekmektedir¹⁰⁴.

Dolayısıyla, Divan Alman Kısmi Süreli ve Belirli Süreli İş Sözleşmeleri Hakkında Kanun § 14/3 hükmünün yaş ayırimcılığı oluşturup oluşturmadığını tespitinde, yaş temelinde davranış farklılıklarına imkân veren bu kanun hükmünün amacının “*meşru bir amaç*” olup olmadığı ile incelemesine başlamıştır. Divan’a göre, 52 yaşından büyük olan işçi grubunun belirli süreli iş sözleşmeleri için öngörülen korumadan istisna kılınması ile amaçlanan “*işsiz yaşlı işçilerin iş piyasasına entegrasyonu*”, meşru bir amaçtır.

Direktif’in 6. maddesine göre yaş temelinde davranış farklılıklarına sebep olan bu hükmün yaş ayırimcılığı oluşturmaması için amacın meşru olması tek başına yeterli olmayıp bunun yanında kanun hükmünün (aracın) bu amacı sağlamak için ölçülü olması gerekmektedir. Divan da incelemesine ölçülülük testi ile devam etmiştir. Bunun için de öncelikle “uygunluk” testi yapmıştır; söz konusu kanun hükmünün

¹⁰² C-144/04 *Mangold v. Rüdiger Helm* [2005] ABAD I-09981.

¹⁰³ 27 Kasım 2000 tarihli ve 2000/78/EC sayılı Direktif, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32000L0078> (Erişim tarihi: 13.01.2021).

¹⁰⁴ Direktif uyarınca yaş temelinde davranış farklılıkların haklı kılınmasına ve bu bağlamda Divan tarafından uygulanan ölçülülük testine ilişkin detaylı açıklamalar için bkz Canan Ünal, *İş Hukukunda Yaş Ayırimcılığı* (1. Bası, On İki Levha 2018) 196 vd.; Divan’ın genel olarak ölçülülük testine ilişkin detaylı açıklamalar için bkz Deniz Ugan Çatalkaya, *İş Hukukunda Ölçülülük İlkesi* (1. Bası, Beta 2019) 94 vd.

(aracın) 52 yaşın üstündeki işçilerin işlerini kaybetmesini de kolaylaştıracak nitelikte olması dolayısıyla yaşlı işçilerin iş piyasasına entegrasyonu amacını sağlamakta uygun bir araç olmadığını tespit etmiştir. Yani kanun hükmü, “uygunluk” testini geçememiştir.

Divan ardından, “gereklilik” testi ile devam etmiş; ancak kanun hükmünün (aracın) amacı sağlamakta gerekli de olmadığı sonucuna ulaşarak bu testi de geçemediğini tespit etmiştir. Zira, Divan’ın belirttiği üzere, 52 yaşından büyük olan işçi grubunun belirli süreli iş sözleşmeleri için öngörülen korumadan istisna kılınması, en az ayırımıcılığa yol değildir; dolayısıyla amacı sağlamak için gerekli olmayıp bu araç ile gerekli olanın ötesine geçilmiştir. Tüm bu değerlendirmelerin sonucu, Alman Kısmi Süreli ve Belirli Süreli İş Sözleşmeleri Hakkında Kanun § 14/III hükmü meşru bir amaca dayansa da hükmün bu amacı sağlamaya uygun ve gerekli olmadığını tespit eden Divan, hükmün yaş ayırımıcılığı yasağına aykırı olduğu sonucuna ulaşmıştır¹⁰⁵.

Avrupa’da yaş ayırımıcılığının keşfedilmesi ve ele alınmasında önemli bir yere sahip olan¹⁰⁶ *Mangold* kararının ardından Alman kanun koyucu yaş ayırımıcılığı yasağına aykırı kanun hükmünü, Yaşlıların İstihdam Edilme Olanaklarının İyileştirilmesi Hakkında Yasa ile 01.05.2007 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere değiştirmiştir¹⁰⁷. Yeni düzenleme 52 yaşını doldurmuş kişiler ile objektif neden olmaksızın belirli süreli iş sözleşmesi yapılabilmesi için birtakım ek şartlar aranmıştır. Buna göre yeni düzenleme ile 52 yaşını doldurmuş kişilerin iş sözleşmesinin başlangıç tarihinden önce en az 4 ay süreyle Sosyal Güvenlik Kanunu uyarınca işsiz sayılıp transfer kısıtlı çalışma ödeneği almış olması veya kamu tarafından finanse edilen bir istihdam tedbirinde yer almış olması aranmaktadır. Öte yandan bu koşulların varlığı hâlinde de objektif neden olmaksızın 52 yaşını doldurmuş kişilerle sınırsız olarak değil, en fazla 5 yıl süre ile belirli süreli iş sözleşmesi yapılabilmesine imkân verilmiştir¹⁰⁸.

Mangold kararı ve kararın Alman mevzuatına tesiri bizim açımızdan da yol gösterici niteliktedir. Yaş ayırımıcılığı yasağının uluslararası hukuktan kaynaklanan temel ilke ve temel hak olması¹⁰⁹, hukukumuz bakımından da Avrupa Birliği üyesi ülkeler ile benzer esaslara tabi olması sonucunu doğurmuştur¹¹⁰. Ayrıca önemine uygun olarak

¹⁰⁵ C-144/04 *Mangold v. Rüdiger Helm* [2005] ABAD I-09981, para. 65; açıklamalar için bkz Ünal (n 104) 240-241.

¹⁰⁶ Sebastian Krebber, ‘The Social Rights Approach of the European Court of Justice to Enforce European Employment Law’ (2006) 27 (3) *Comparative Labor Law & Policy Journal*, 377, 402; Ünal (n 104) 2.

¹⁰⁷ Alman kanun koyucu ayrıca Birlik hukukunun ve özellikle *Mangold* kararının etkisiyle 2006 yılında Genel Eşit İşlem Kanunu’nu (*Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz*) yürürlüğe koymuştur.

¹⁰⁸ Kanun hükmü için bkz https://www.gesetze-im-internet.de/tzbfg/_14.html (Erişim tarihi: 07.11.2020); ayrıca bkz Güzel, Özkaraca ve Ugan (n 9) 514.

¹⁰⁹ Bkz Kübra Doğan Yenisey, ‘İşverenin Sözleşmenin Feshinde Eşit Davranma Borcuna İlişkin İki Yargıtay Kararının Düşündürdükleri’ (2006) 2 *Sicil Dergisi* 60, 61; Ünal (n 104) 59, benzer yönde, Sibel İnceoğlu, ‘Türk Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik ve Ayırımıcılık Yasağı’ (2006) 11 (4) *Çalışma ve Toplum Dergisi* 45, 48; C-43/75 *Gabrielle Defrenne v. Sabena II* [1976] ABAD 00455, para. 12; Krebber, (n 106) 398.

¹¹⁰ Yaş ayırımıcılığı yasağının temel hak niteliğinin sonuçları için bkz Ünal (n 104) 147 vd.

hukukumuzda anayasal bir buyruk ile de yasaklanan yaş ayrımcılığına¹¹¹ ilişkin sınırlamalar ancak kanunla ve ölçülülük ilkesine uygun olarak yapılabilecektir. Nitekim Anayasa m. 13 hükmü ile, temel hak ve özgürlüklerin ancak kanunla sınırlandırılabilmesi ve bu sınırlamaların ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı düzenlenmiştir. Bu anayasal buyruğun muhatabı olan yasama organı, kanun yaparken ölçülülük ilkesine riayet etmek zorundadır¹¹². Dolayısıyla, hukukumuzda da kanun hükümlerinin yaş ayrımcılığı yasağına aykırı olmaması ve ölçülülük ilkesine uygun olması gereği, kanun yapımında, Birlik Hukuku ile benzer esasların dikkate alınmasını gerekli kılmaktadır¹¹³.

Bu açıklamaların ışığında; Torba Kanun Teklifi'nde İş Kanunu m. 11 hükmüne ilave öngören fıkra incelendiğinde ise, bu düzenlemenin kanunlaşmamasının isabetli olduğu sonucuna ulaşılmaktadır. Zira, madde gerekçesinde yer alan amaç, 25 yaşını doldurmayan veya 50 ve üzeri yaşta olan işçilerin istihdam piyasasına girişlerinin daha kolay hâle getirilmesi olup bu amaç, meşru olarak değerlendirilebilecek olsa da söz konusu fıkra hükmü, bu amacı sağlamak için ölçülü değildir. Aksine, bu düzenleme 25 yaşını doldurmayan ve/veya 50 ve üzeri yaştaki işçilerin istihdam piyasasına girişlerini kolaylaştırmasının yanında işlerini kaybetmelerini yani istihdam piyasasından çıkışlarını da kolaylaştıracaktır. Dolayısıyla Torba Kanun Teklifi'ndeki düzenleme, gerekçede belirtilen amacı sağlamaya uygun bir araç değildir. Yine bu düzenleme, 25 yaşını doldurmayan ve/veya 50 ve üzeri yaştaki işçilerin istihdam piyasasına girişlerini kolaylaştırma amacını sağlamak için gerekli de değildir. Zira, bu amacı sağlamak için daha az ayrımcı yollar mevcuttur. Oysa söz konusu düzenleme kanunlaşsa idi gerekli olanın ötesine geçilmiş olacaktı.

c. Görüşümüz ve Önerilerimiz

İş Kanunu m. 11/1 hükmü ile, belirli süreli iş sözleşmelerinin yapılmasında objektif neden aranması, işçiler bakımından önemli bir koruma sağlamakla birlikte uluslararası rekabet ve piyasa koşullarına karşı esneklik ihtiyacı olan işletmeler aleyhine bir dengesizlik yaratmaktadır. Dolayısıyla, kanunda bir değişiklik yapılması gerektiği yönündeki görüşü biz de paylaşılmaktayız.

Ancak açıktır ki, yapılacak kanun değişikliğinin de yeni hukuki sorunları beraberinde getirmemesi gerekmektedir. Yasama organı, öncelikle işçinin korunması ihtiyacı ile işletmeler bakımından esnekleşme ihtiyacı arasındaki hassas dengeyi

¹¹¹ Anayasa m. 10/1 hükmüne göre “Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetmeksizin kanun önünde eşittir.”. Bu fıkroda “ve benzeri” ifadesine yer verilerek örneksime yoluyla sayılan ayrımcılık temellerinden biri de “yaş”tır. Detaylı açıklamalar için bkz ibid 40-41 ve dn. 145, 88 vd.

¹¹² Ölçülülük ilkesinin yasama organını yönlendirici bir işlevi olduğu yönünde, Yüksel Metin, *Ölçülülük İlkesi, Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi* (1. Bası, Seçkin 2002) 249; ölçülülük ilkesinin temel hak ve özgürlüklerin pratik uyumunun sağlanması işlevi için bkz Ugan Çatalkaya (n 104) 36-40.

¹¹³ Benzer yönde değerlendirmeler için bkz Güzel ve Ertan, (n 29) 415.

gözetmelidir. Ayrıca bunun yanında, Torba Kanun Teklifi'ndeki gibi yaş ayırmacılığı yasağına aykırılık oluşturacak değişiklikler de yapılmamalıdır.

Bu bağlamda, İş Kanunu m. 11 hükmünde yer alan belirli süreli iş sözleşmesinin ilk defa yapılmasında objektif neden koşuluna istisnalar öngörülebilir. Ancak, yapılacak kanuni değişiklik ile, yaş ayırmacılığı yasağı dikkate alınarak, salt yaş grupları bakımından bir istisna getirilmemelidir. Bunun yerine *belirli bir yaşın üstünde* olan işçiler ile ancak *bir süredir işsiz olmaları hâlinde* belirli süreli iş sözleşmesinin yapılmasında, objektif neden aranmaması düşünülebilir. Zira, bu yönde bir düzenleme, zaten işsiz olan kişilerin istihdam piyasasına girişlerini kolaylaştırma amacı sağlamak için “uygun” ve “gerekli”; yani “ölçülü” olabilecektir. Dolayısıyla, bu yönde bir kanun hükmü, yaş ayırmacılığı yasağına aykırılık da oluşturmayabilecektir¹¹⁴.

Dikkat çekelim ki, belirli süreli iş sözleşmesinin yapılmasına ilişkin objektif neden koşulundan belirli bir yaşın altında olan işçilerin istisna tutulması, belirli bir süre işsiz olma koşuluna bağlansa da yaş ayırmacılığı oluşturur. Gerçekten, bu yönde bir düzenleme ile 25 yaşı doldurmamış bu kişilerin istihdam piyasasına girişleri kolaylaşabilecek olsa da genç işsizliği ile mücadele için daha az ayırmacı yöntemler mevcuttur.

Aksinin kabulünde ise gençler, belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışmaları hâlinde sağlanan korumadan mahrum kalacaklar ve genç işçiler ile işletmeler arasındaki denge işçiler aleyhine telafisi güç şekilde bozulacaktır. Bu durumda işletmelerin 25 yaşından küçükler ile kuracakları belirli süreli iş sözleşmesinin, adeta deneme süreli iş sözleşmelerine dönüşmesi olasıdır. İş ilişkisinin devamında olmasa da sözleşme süresinin sonunda tazminatsız ve bildirimsiz olarak sözleşmeler sona erecektir. Dolayısıyla belirli süreli iş sözleşmesinin yapılmasına ilişkin objektif neden koşulundan belirli bir yaşın altında olan işçilerin istisna tutulması ilave olarak işsiz olmaları koşuluyla da yaş ayırmacılığı yasağına aykırılık oluşturacaktır.

Ayrıca bu durum 25 yaşından küçük işçilerin kıdemleri ne kadar artarsa artsın iş güvencesinin kapsamına da girememeleri sonucunu doğuracaktır. Oysa İş Kanunu m. 11 hükmünün mehzaz düzenlemelerinden biri olan 158 sayılı ILO Sözleşmesi ile taraf ülkelere işverenlerin iş güvencesi hükümlerinin dışında bırakmak amacıyla belirli süreli iş sözleşmesi yapma hakkını kötüye kullanmalarını önleyici gerekli tedbirlerin alınması yükümlülüğünü yüklemiştir. 25 yaşından küçük işçileri iş güvencesi kapsamından dışlayıcı bu düzenleme, söz edilen ILO sözleşmesine aykırılık oluşturacaktır.

¹¹⁴ Alman hukukunda Divan'ın *Mangold* kararından sonra benzer yönde görüş için bkz Wolfgang Däubler, und Martin Bertzsch (Hrsg), *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz: Handkommentar* (Nomos 2013) §10, Rn. 31.

3. İş Kanunu Kapsamında Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Yenilenmesi İlişkin Esasların Değerlendirilmesi

a. Doktrindeki görüşler ve Yargıtay kararları

İş Kanunu'nun m. 11 hükmünün 2. ve 3. fıkraları ile belirli süreli iş sözleşmelerinin objektif neden olmadıkça birden fazla üst üste yapılamayacağı düzenlenmekle birlikte objektif nedenin bulunması hâlinde sözleşmenin kaç defa yenilenebileceği veya sözleşmenin toplam süresine ilişkin bir sınırlama bulunmamaktadır. Kanun hükmü bu yönüyle uygulamada belirsizliklere de sebep olduğu için doktrin tarafından eleştirilmektedir¹¹⁵.

Alpagut bu madde uyarınca işverenin işletmenin iş gücü ihtiyacını devamlı olarak belirli süreli iş sözleşmeleri ile karşılama ihtimaline dikkat çekerken belirli süreli iş sözleşmesinin yenilenmesine ilişkin sınırlama getirilmesi gerektiğini ileri sürmektedir¹¹⁶.

Güzel, Özkaraca ve Ugan da objektif nedenin bulunması hâlinde belirli süreli iş sözleşmelerinin sınırsız olarak yenilenebileceğine işaret etmekte ve bu durumun hukukumuzda belirli süreli iş sözleşmelerinin yenilenmesi bakımından belirsizlik yarattığını ileri sürmektedirler¹¹⁷. Yazarlar bu belirsizliği ortadan kaldırmak için, kanunda değişiklik yapılmasını ve objektif neden bulunsa dahi belirli süreli iş sözleşmelerinin *en fazla üç yıl gibi azami bir süre* için sınırlandırılmasını önermektedirler¹¹⁸.

Başterzi de kanun değişikliği ile azami süre ve sayı sınırı öngörülmesi gerektiğini savunmakla birlikte mevcut düzenleme uygulanırken de objektif nedenin varlığı devam ettiği sürece sınırsız sayıda belirli süreli iş sözleşmesi yapılamayacağını belirtmektedir. Yazar, aksinin kabulünün kanunun amacına ve dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edeceğini ifade etmektedir¹¹⁹.

Bozkurt Gümrükçüoğlu, kanun ile belirli süreli iş sözleşmelerinin yenilenmesinde bir sınır getirilmemesinin uygulamada sıkıntı doğurabileceğini belirtmekle birlikte, süre ve sayı sınırlaması getirilmesinin de gerçekten belirli süreli iş sözleşmesi yapılması ihtiyacının olduğu durumlarda sorun oluşturabileceğine dikkat çekmektedir.

¹¹⁵ Alpagut, '4857 Sayılı Yasa' (n 10) 86; Ali Güzel, 'Bireysel İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi' (2007) Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2005, 11, 32; Süzek (n 9) 250; Başterzi, 'İş İlişkisinin Kurulması' (n 30) 73; Güzel, Özkaraca ve Ugan (n 9) 558; Bozkurt Gümrükçüoğlu, *Belirli Süreli İş Sözleşmesi* (n 9) 175; ayrıca bkz Yıldız (n 92) 211; aksi yönde, Güler (n 10) 51. *Güler*, belirli süreli iş sözleşmesinin sayı bakımından sınırlandırılmamasının bir sorun oluşturmadığını savunmakta ve sözleşmenin devamlı olarak yenilenmesinde hakkın kötüye kullanılmasına dayanılmayacak olsa da yenilenmenin sürekli olarak aynı nedene dayanması veya nedenin devamlılık arz etmesi gibi durumlarda artık objektif nedenin varlığından bahsedilemeyeceğini ifade etmektedir.

¹¹⁶ Alpagut, '4857 Sayılı Yasa' (n 10) 86.

¹¹⁷ Güzel, Özkaraca ve Ugan (n 9) 559-560.

¹¹⁸ Güzel, Özkaraca ve Ugan (n 9) 560, 562.

¹¹⁹ Başterzi, 'İş İlişkisinin Kurulması' (n 30) 73.

Yazar yine de süre bakımından sınır getirilmesi hâlinde görüşünü ortaya koymuştur. Yazara göre, bu sürenin belirlenmesinde, TBK m. 430/3 hükmünde yer alan ve belirli süreli iş sözleşmesinin işçi tarafından süreli fesih yoluyla sona erdirilebileceğinin kabul edildiği sınır olan 10 yıl esas alınabilir. Ancak yazar, 10 yılın uzun olduğunu da belirterek TBK m. 430/3 hükmünde yer alan bu sürenin Alman Hukukunda olduğu gibi 5 yıla düşürülebileceği veya İş Kanunu'nda yapılacak bu yönde özel bir düzenleme ile 5 yıllık süre öngörülebileceğini ileri sürmektedir. Böylece belirli süreli iş sözleşmelerinin yenilenmesi de 5 yıllık azami süreye bağlanabilecektir¹²⁰.

Belirtelim ki, Yargıtay da çeşitli kararlarında kanun ile belirli süreli iş sözleşmesi için azami süre sınırı öngörülmesini önermiş ve bu şekilde uygulamanın rahatlayacağını belirtmiştir¹²¹. Hatta 2005 yılında verdiği bir kararda, Yüksek Mahkeme, üst üste yapılan belirli süreli iş sözleşmeleri bakımından süre sınırı uygulamıştır. Söz konusu kararda, İş Hukukunda esas olanın belirsiz süreli iş sözleşmesi olduğu ve dosya içerisinde belirtilen objektif nedenlerin davacının yaptığı işle uyum göstermediği belirtildikten sonra şu açıklamalara yer verilmiştir: “*Özel Kanunlar haricinde altı yıl gibi bir süre de ardarda yapılan belirli süreli iş sözleşmeleri 4857 sayılı Kanunun 11. maddesi amacı dışına çıkacağından işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesinin çalıştığı kabul edilmelidir.*”¹²². Karar doktrinde isabetli bulunsa¹²³ da belirli süreli iş sözleşmelerinin yenilenmesinde 6 yıllık sürenin her uyumsuzlukta azami süre olarak değerlendirilmemesi gerektiğine de dikkat çekilmektedir¹²⁴.

Görüldüğü üzere, Yargıtay da kararlarında belirli süreli iş sözleşmelerinin üst üste yenilenmek suretiyle amacına aykırı olarak uzun süre devam etmesinin ve kötüye kullanılmasının önüne geçme çabasıdır¹²⁵. Bununla birlikte hem yargının hem doktrinin ortak görüşünün konunun yasama organı tarafından çözülmesi gerektiği yönünde olduğu anlaşılmaktadır.

b. Torba Kanun Teklifi'nin değerlendirilmesi

Torba Kanun Teklifi, belirli süreli iş sözleşmesinin yapılması yanında yenilenmesinde de objektif neden koşuluna yaş ile bağlantılı istisnalar getirmekte idi. Yukarıda belirli süreli iş sözleşmesinin ilk defa yapılmasında Teklif hükmüne ilişkin eleştirilerimiz¹²⁶

¹²⁰ Ayrıca yazar, uygulamadaki sorunlar için başka bir çözüm önerisinde de bulunmaktadır. Yazara göre, belirli süreli iş sözleşmesinin yenilenmesine esas teşkil eden objektif nedenin belirlenmesinde, süre ve sayı arttıkça başlangıçta kabul edilen objektif nedene göre daha güçlü bir neden aranmalıdır. Bozkurt Gümrükçüoğlu, *Belirli Süreli İş Sözleşmesi* (n 9) 170, 176-177.

¹²¹ Örnek kararlar için bkz Yargıtay 22 HD, 21722/25696, 25.09.2014; Yargıtay 9 HD, 32823/33161, 22.09.2011; Yargıtay 9 HD, 3392/23, 24.01.2011; Yargıtay 9 HD, 20382/20662, 28.06.2010; Yargıtay 9 HD, 942211563, 21.04.2009.

¹²² Yargıtay 9 HD, 12170/15792, 05.05.2005.

¹²³ Güzel, ‘Bireysel İş İlişkisi’ (n 115) 31-33; Güzel, Özkaraca ve Ugan (n 9) 559; ayrıca Bozkurt Gümrükçüoğlu, *Belirli Süreli İş Sözleşmesi* (n 9) 176.

¹²⁴ Bozkurt Gümrükçüoğlu, *Belirli Süreli İş Sözleşmesi* (n 9) 176.

¹²⁵ Güzel, Özkaraca ve Ugan (n 9) 562.

¹²⁶ Bkz yukarıda IV, 2, b.

sözleşmenin yenilenmesi için de geçerlidir. Bu yönde bir düzenleme de yaş ayırmacılığı yasağına aykırılık teşkil edecektir.

c. Görüşümüz ve Önerilerimiz

Belirli süreli iş sözleşmesinin yenilenmesinde objektif neden koşulunu arayan İş Kanunu m. 11/2 hükmü, süre ve sayı sınırlaması içermediği için eleştirilmiştir. Ancak bu düzenlemenin dayanağı olan Çerçeve Antlaşma ile uyumsuz olduğu sonucuna ulaşılmamalıdır¹²⁷. Aksine, yukarıda da izah edildiği üzere¹²⁸, Çerçeve Antlaşma m. 5 hükmü esnek bir madde olup üye ülkelere, belirli süreli iş sözleşmesinin yenilenmesi bakımından seçenek önlemler sunmaktadır. Üye ülkeler, *objektif neden koşulu*, *süre sınırlaması* ve *sayı sınırlaması*ndan birini, ikisini ya da tamamını iktibas edebilir. Dolayısıyla, uyum için sunulan seçenek önlemlerden biri olan *objektif neden koşuluna* yer veren İş Kanunu m. 11 hükmü, Çerçeve Antlaşma ile uyumludur.

Öte yandan belirli süreli iş sözleşmesinin yenilenmesinde ulusal hukukta benimsenen seçenekler arttıkça işçilerin çok daha iyi bir korumaya sahip olduğu da düşünülmemelidir. Nitekim, Avrupa Birliği üyesi ülkelerin mevzuatlarına ilişkin yapılan karşılaştırmalı bir çalışmada, öngörülen sistemler arasında ciddi farklılıklar beklenmesine rağmen çoğu ülkenin Çerçeve Antlaşmaya uyumda başarılı olduğu tespit edilmiştir^{129,130}.

Gerçekten bu çalışma ile, belirli süreli iş sözleşmesinin yenilenmesinde, hukukumuzda olduğu gibi sadece objektif neden koşuluna yer veren ülkeler olan Avusturya, Finlandiya ve Danimarka¹³¹ ile iki koşulun benimsendiği ülke mevzuatları arasında uyum anlamında ciddi bir farklılık olmadığı tespit edilmiştir. İki koşul benimseyen ülkelerin farklı tercihleri de bu sonucu değiştirmemiştir. Örneğin; Fransa ve Lüksemburg hukuku, objektif neden ve azami sayı sınırlaması¹³²; İspanya hukuku, objektif neden ve azami süre sınırlaması¹³³; Hollanda ve İtalya hukuku ise, azami süre ve azami sayı sınırlaması öngörmektedir¹³⁴. Ancak, bu ülkelerin ne birbirlerinden ne de diğer ülke mevzuatlarından uyum anlamında ciddi bir farklılıkları bulunmaktadır.

¹²⁷ Benzer yönde, Başterzi, 'İş İlişkisinin Kurulması' (n 30) 71.

¹²⁸ Bkz yukarıda IV, 1.

¹²⁹ Yazara göre, belirli süreli iş sözleşmesinin yenilenerek kötüye kullanılmasını önleme seviyesi genel itibariyle düşüktür. Ancak bunun sebebi, Çerçeve Antlaşma ile belirlenen koşullardan daha azının ulusal mevzuatta benimsenmesi değil, Çerçeve Antlaşma ile korumanın sadece kendi öngördüğü düzenlemeler kapsamında sağlanmasına imkân verilmesidir. Kamanabrou, (n 91) 239.

¹³⁰ İncelenen AB ülke kanunları arasında tek iktibas sorunu, azami sayı ve azami süre sınırını birbirinin alternatifi koşul olarak benimseyen Birleşik Krallık, İrlanda ve Malta kanunlarında tespit edilmiştir. Bu ülkelerin kanunlarında üst üste yapılan belirli süreli iş sözleşmelerinin azami sayısı belirlenmiş olup azami süresi her üç ülke mevzuatında da dört yıldır. *ibid* 232, 239.

¹³¹ *ibid* 231.

¹³² *ibid* 229.

¹³³ *ibid* 230.

¹³⁴ *ibid* 230-231.

Aynı çalışmada, belirli süreli iş sözleşmesinin yenilenmesinde Çerçeve Antlaşma'da yer alan üç koşulu da benimseyen ülkelerin uyum bakımından daha iyi olduğuna ilişkin bir sonuca da ulaşılmamıştır. Almanya, Polonya ve Belçika kanunları bu kapsamda incelenmiştir. Bu ülkelerde birbirini takip eden belirli süreli iş sözleşmeleri için azami süre ve azami sayı sınırı koşulu kümülatif olarak aranırken “objektif neden” koşulu ise bunların alternatifi olarak düzenlenmiştir. Bununla kastedilen, işveren iş sözleşmesinin yenilenmesinde objektif nedene dayandığı takdirde azami bir süreye ve azami bir sayı sınırı koşulu aranmamakta; ancak objektif neden bulunmuyorsa süre ve sayı sınırlaması aranmaktadır¹³⁵.

Görüldüğü üzere, hukukumuz bakımından İş Kanunu m. 11 hükmü dayanak düzenlemesi olan Çerçeve Antlaşma ile uyumlu olduğu gibi, uyum bakımından Avrupa Birliği üyesi ülkelerden geride de değildir. Ancak bu durum, uygulamada belirsizliklerin ortaya çıkmasına ve kanun hükmüne haklı eleştirilerin yöneltmesine engel olamamıştır. Gerçekten de İş Kanunu m. 11 hükmünün lafzında belirli süreli iş sözleşmesinin ne kadar süre ve sayıda yenilenebileceğine ilişkin bir netliğin olmaması uygulamada belirli süreli iş sözleşmesini yenileme ihtiyacı içinde olan taraflar için öngörülemezlik yaratmaktadır. Kanaatimizce de bu durumun kanun değişikliği ile giderilmesi en doğru çözüm olacaktır. Hatta bu değişikliğin sadece İş Kanunu m. 11 hükmünde değil, bunun yanında diğer iş kanunları bakımından da uygulama bulan TBK hükmü için de öngörülmesi isabetli olacaktır.

Belirtelim ki, kanun değişikliği olmasa da hukukumuzda belirli süreli iş sözleşmesinin ilelebet yenilenmesini engelleyen mekanizmalar bulunmaktadır. Gerek hakkın kötüye kullanılması yasağı gerekse de kanun hükmünün amacı, belirli süreli iş sözleşmesinin yenilenmesi bakımından bir sınır getirmektedir. Hâkimin önüne gelen uyuşmazlıklarda, somut olayın özellikleri çerçevesinde, bunları da gözeterек sonuca ulaşması gerektiği kanaatindeyiz. Belirtelim ki, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 2005 yılında verdiği karar önemli olmakla birlikte münferit kalmıştır¹³⁶.

Alman Federal İş Mahkemesi'nin belirli süreli iş sözleşmesinin yenilenmesinde hakkın kötüye kullanılmasının ne zaman ortaya çıkacağına ilişkin detaylı değerlendirmeler yaptığı 2016 yılında verdiği karar¹³⁷ bu sebeple dikkate değerdir. Öncelikle hatırlatalım ki, Alman Kısmi Süreli ve Belirli Süreli İş Sözleşmeleri Hakkında Kanun § 14 hükmüne göre, birbirini takip eden belirli süreli iş sözleşmeleri için azami süre iki yıl olup azami sayı ise üçtür. Yukarıda da belirtildiği üzere, kümülatif olarak benimsenen azami süre ve azami sayı sınırı koşulların alternatifi, objektif nedenin mevcudiyetidir. Dolayısıyla, Alman hukukunda da objektif nedene dayalı olarak belirli süreli iş sözleşmesinin yenilenmesinde kanun ile azami süre ve

¹³⁵ ibid 231.

¹³⁶ Yargıtay 9 HD, 12170/15792, 05.05.2005; karara ilişkin açıklamalar için bkz yukarıda IV, 3, a.

¹³⁷ BAG, 7 AZR 135/15, 26.10.2016.

azami sayı sınırı uygulanmadığından işverenin hakkını kötüye kullanması yine de söz konusu olabilmektedir.

Federal İş Mahkemesi'nin söz edilen karardaki değerlendirmeleri de işverenin objektif nedene dayalı olarak belirli süreli iş sözleşmesini yenilemesinde, kötüye kullanmanın ne zaman ortaya çıkacağına ilişkindir. Kararda, Federal İş Mahkemesi, belirli süreli iş sözleşmesinin yenilenerek kötüye kullanıldığıнын kabulü için üç aşamalı bir inceleme yapmıştır. İlk aşamada; aşağıdaki üç durumdan birinin varlığı tespit edilirse hakkın kötüye kullanıldığı kabul edilmekte ve ancak işverenin kötüye kullanma şüphesini geçersiz kılan özel durumunu ortaya koyması hâlinde belirli süreli iş sözleşmesinin yenilenmesine izin verilebilmektedir. Bu durumlar:

- i. İş ilişkisinin toplamda 10 yılı geçmiş olması,
- ii. Belirli süreli iş sözleşmesinin 15'ten fazla yapılmış olması,
- iii. İş ilişkisinin 8 yılı geçmiş ve bu sürede 12'den fazla belirli süreli iş sözleşmesi yapılmış olmasıdır.

İlk aşamada bu durumlar tespit edilmediği takdirde ise, ikinci aşamaya geçilmektedir. Bu yeni aşamada, aşağıda yazılı üç duruma ilişkin tespit yapılmaktadır. Bunlardan birinin gerçekleşmesi hâlinde kapsamlı bir kötüye kullanım kontrolünün yapılacağına işaret edilmekte ve işçinin kötüye kullanımı ispatlaması gerekmektedir. Bu durumlar:

- i. İş ilişkisinin toplamda 8 yılı geçmiş olması,
- ii. Belirli süreli iş sözleşmesinin 12'den fazla yapılmış olması,
- iii. İş ilişkisinin toplamda 6 yılı geçmiş ve bu sürede 9'dan fazla belirli süreli iş sözleşmesi yapılmış olmasıdır.

Bu durumlar tespit edilemediği takdirde ise, üçüncü aşamaya geçilmekte ve Federal İş Mahkemesi belirli süreli iş sözleşmelerinin yenilenmesine icazet vermektedir. Ancak incelenen kararda kötüye kullanmanın belirlenmesinde dikkate alınacak başka kriterlere de yer verilmiştir. Yüksek Mahkemeye göre bu kriterler şunlardır:

- Aynı işyerinde benzer işleri yapan belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçilerin olması,
- Belirli süreli iş sözleşmesinde belirlenen sürenin işverenin meşru yararının olmaksızın tekrar tekrar iş için tahmin edilen sürenin altında kalması,
- Belirsiz süreli iş sözleşmesi ihtimali varken devam eden belirli süreli iş sözleşmeleri,
- Belirli süreli iş ilişkilerinin birbirini takiben kesintisiz olarak sürekliliğidir.

Hukukumuz bakımından değerlendirmeye devam edecek olursak İş Kanunu m. 11 hükmünde yapılacak değişikliğin belirli süreli iş sözleşmesinin yenilenmesinde objektif neden yanında süre ve sayı bakımından bir sınırlama yapılması doktrin ve Yargıtay tarafından ifade edilen uygulamadaki belirsizliklerin giderilmesi için en isabetli yol olduğunu tekrarlamak isteriz. Ancak mevcut düzenlemenin uygulanmasında da Federal İş Mahkemesi'nin anlatılan kararında olduğu gibi yargının uygulamaya yol gösterici ve hakkın kötüye kullanılması yasağını somutlaştıran kararlar vermesi beklentilerimiz arasındadır.

Bu çerçevede, yargı tarafından belirli süreli iş sözleşmesinin yenilenmesi bakımından TBK m. 430/3 hükmü dikkate alınması düşülebilir. Bu maddede yer verilen ve belirli süreli iş sözleşmesinin işçi tarafından süreli fesih yoluyla sona erdirilebileceğinin kabul edildiği sınır olan 10 yıllık sürenin aşılması ile, belirli süreli iş sözleşmesinin yenilenmesinde hakkın kötüye kullandığı sonucuna ulaşılabilir¹³⁸. Aksini yani kötüye kullanma şüphesini geçersiz kılan özel durumunu işveren ispatladığı takdirde belirli süreli iş sözleşmesinin yenilenmesine izin verilebilir.

Sonuç

Türk hukukunda iş kanunları belirli süreli iş sözleşmesinin ilk defa yapılmasında ve yenilenmesinde farklı esaslar öngörmüştür. Belirli süreli iş sözleşmesinin ilk defa yapılması için aranan koşulların en katı olduğu kanun, 4857 sayılı İş Kanunu olup m. 11 hükmü ile sözleşmenin sürelendirilmesi “objektif neden” koşulunun varlığına bağlanmıştır. Bu koşula ilişkin tartışmalar ise, kanunun yapılış aşamasından bu yana, aralıksız devam etmektedir.

Kanaatimizce de, belirli süreli iş sözleşmesinin yapılmasında işçinin korunması ve işletmelerin esnekleşme ihtiyacı arasında denge gözetilerek objektif neden koşuluna ilişkin istisnalar öngörülebilir. Ancak kanun değişikliğinin yeni hukuki sorunları beraberinde getirmemesi gerekmektedir.

Oysa 5 Kasım 2020 tarihi itibarıyla TBMM gündemine taşınan Torba Kanun Teklifi'ndeki belirli süreli iş sözleşmesinin yapılmasında ve yenilenmesinde belirli yaş grubundaki işçileri objektif neden koşulundan istisna kılan bir hükme yer vermekte idi. Bu hüküm, yaş ayrımcılığı yasağına aykırılık teşkil etmekte olup kanunlaşmamış olması isabetli olmuştur.

Belirli süreli iş sözleşmesinin yenilenmesi bakımından ise ilk defa yapılmasından farklı olarak, 4857 sayılı İş Kanunu ile diğer iş kanunlarında benzer esaslar benimsenmiştir. Gerçekten de, DİK kapsamındaki işçiler ile BİK ve TBK kapsamındaki

¹³⁸ Görüşümüz, kanundan kaynaklanan belirli süreli iş sözleşmeler dışındaki belirli iş sözleşmelerinin yenilenmesine ilişkindir.

işçiler, belirli süreli iş sözleşmesinin yenilenmesinde İş Kanunu kapsamındaki işçiler gibi “objektif neden” koşuluna tabidir.

Doktrin ve yargı tarafından belirli süreli iş sözleşmesinin yenilenmesi aranan objektif neden koşulu dışında da koşullar öngörülmesi önerilmiştir. Gerçekten de kanun hükmünün belirli süreli iş sözleşmesinin ne kadar ve sayıda yenilenebileceğine ilişkin bir netlik içermemesi uygulamada belirsizliklere sebep olmaktadır. Kanaatimizce kanunda yapılacak bir değişiklik ile belirli süreli iş sözleşmelerinin yenilenmesinde süre ve sayı sınırı getirilmesi, en isabetli çözüm olacaktır. Ancak bu değişikliğin sadece 4857 sayılı İş Kanunu değil, bunun yanında diğer iş kanunları bakımından da uygulama bulan TBK hükmü için de öngörülmesi daha isabetli olacaktır.

Bununla birlikte, mevcut düzenlemenin uygulanmasında da belirli süreli iş sözleşmesinin yenilenerek ilelebet sürmesini engelleyici mekanizmalar mevcut olup hakkın kötüye kullanılması yasağı ve normun amacı dikkate alınarak yargı tarafında sınırlamalar getirebileceğini düşünmekteyiz. Bu bağlamda TBK m. 430/3 hükmü dikkate alınarak toplam süresi 10 yılı aşan belirli süreli iş sözleşmelerinin hakkın kötüye kullanılması teşkil edeceği kabul edilebilir. Bu veya benzeri yönde değerlendirmeler ile uygulamada ortaya çıkan belirsizliklerin giderilmesi için yargının konuyu somutlaştıran kararlar vermesi beklentilerimiz arasındadır.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

Grant Support: The author declared that this study has received no financial support.

Bibliyografya/Bibliography

- Aksoy MU, 'Alman Kısmi Süreli Çalışma ve Belirli Süreli İş Sözleşmeleri Hakkında Yasa ve Çevirisi' (2014) 20(Özel Sayı) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (Prof. Dr. Ali Rıza Okur'a Armağan) 1215-1236.
- Akyiğit E, *Bireysel İş Hukuku Dersleri* (1. Bası, Seçkin 2020).
- Alp M, 'Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Yargıtay Tarafından Resen Belirsiz Süreli İş Sözleşmesinde Dönüştürülmesi' iç KD Yenisey (ed), *Prof. Dr. Savaş Taşkent'e Armağan* (On İki Levha 2019) 477-502.
- Alp M, 'İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtayın 2013 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi' (2015) Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2013 sayfa aralığı (Değerlendirme).
- Alpagut G, '4857 Sayılı Yasa Çerçevesinde Belirli Süreli Hizmet Sözleşmesi' (2004) 43 Mercek Dergisi 73-92.
- Alpagut G, 'AB'nde Güvenceli Esneklik ve Türkiye'deki Yasal Düzenlemeler' (2008) 1 TİSK Akademi 6-37.
- Alpagut G, 'Türk Borçlar Kanununun Hizmet Sözleşmesinin Devri, Sona Ermesi, Rekabet Yasağı, Cezai Şart ve İbranameye İlişkin Hükümleri' (2011) 8 (31) Legal İHSGHD 913-960.
- Alpagut G, *Belirli Süreli Hizmet Sözleşmesi* (1. Bası, Mavi 1998).
- Başbuğ A ve Yücel Bodur M, *İş Hukuku* (5. Bası, Beta 2018).
- Başterzi S, 'Avrupa Birliği Konseyinin 99/70 Sayılı Yönergesi Işığında Belirli Süreli İş Sözleşmesi Yapma Koşulları ve 4857 Sayılı İş Kanununun Öngördüğü Sistem' (2006) İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 30. Yıl Armağanı, 119-190.
- Başterzi S, 'Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Yapılmasına İlişkin Objektif Nedenlerin Tespitinde Menfaatler Dengesi İşçinin Haklı Menfaati' (2013) 15 (Özel Sayı) DEÜHFD 423-450.
- Başterzi S, 'İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtayın 2009 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi' (2011) Yargıtayın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2009, 1-134.
- Baycık G, 'İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtayın 2016 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi' (2018) Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2016, 7-356
- Bozkurt Gümrükçüoğlu Y, *Türk İş Hukuku'nda Belirli Süreli İş Sözleşmesi* (1. Bası, Vedat 2012).
- Bozkurt Gümrükçüoğlu Y ve Gemici Filiz B, 'Yargıtay Kararları Işığında Özel Okul Öğretmenleri ile Yapılacak İş Sözleşmelerinin Türüne İlişkin Bir Değerlendirme' (2016) 15 (1-2) İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 369-401.
- Bozkurt Gümrükçüoğlu Y, '5580 Sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu Kapsamında Yapılan Zincirleme İş Sözleşmesinin Sona Ermesinde Kıdem Tazminatı' (2016) 74 (Özel Sayı) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası (Prof. Dr. Fevzi Şahlanan'a Armağan) 223-249.
- Canbolat T, 'Mevzuatta Öngörülen Bazı İş Sözleşmesi Türlerinin 4857 sayılı İş Kanununun Belirli Süreli İş Sözleşmesine İlişkin Esasları Yönünden Değerlendirilmesi' (2007) 4 (13) Legal İHSGHD 187-220.
- Caniklioğlu N, 'İş Kanununun 10. Yılında Belirli Süreli İş Sözleşmesi ile Kısmi Süreli İş Sözleşmesi ve Uygulamada Yaşanan Sorunlar' (2016) 10. Yılında 4857 Sayılı İş Kanunu (Uygulama Sorunları ve Çözüm Önerileri) Sempozyumu, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi-Çelik İş Sendikası.

- Caniklioğlu N, 'Türk Borçlar Kanununun Hizmet Sözleşmesinin Kurulmasına, Tarafların Hak ve Borçlarına İlişkin Hükümlerinin Genel Bir Değerlendirilmesi' (2012) Çalışma Hayatı Açısından Yeni Borçlar Kanunu ve Ticaret Kanunu Semineri, 20-21 Eylül 2011, Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu, 78-109.
- Centel T, *Introduction to Turkish Labour Law* (1 st edn, Springer 2017).
- Centel T, 'Özel Okul Öğretmeniyle Sözleşme Yapılması' (2007) 6 Sicil Dergisi 22-26.
- Çelik N, Caniklioğlu N ve Canbolat T, *İş Hukuku Dersleri* (33. Bası, Beta 2020).
- Däubler W und Bertzbach M (Hrsg), *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz: Handkommentar* (Nomos 2013).
- Deutsche Welle Türkiye, 'Torba Yasa Tartışması: Kıdem Tazminatı ve Emeklilik Hakkı Tehlikede' (01.11.2020) < <https://www.dw.com/tr/torba-yasa-tartismasi-kidem-tazminatı-ve-emeklilik-hakkı-tehlikede/a-55455034> > Erişim Tarihi 15 Aralık 2020.
- Doğan Yenisey K, 'Hizmet Sözleşmesi' iç Murat İnceoğlu (ed) *Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu* (On İki Levha, 2012) 297-336.
- Doğan Yenisey K, 'İşverenin Sözleşmenin Feshinde Eşit Davranma Borcuna İlişkin İki Yargıtay Kararının Düşündürdükleri' (2006) 2 Sicil Dergisi 60-65.
- Doğan Yenisey K, *İş Hukukunun Emredici Yapısı* (1. Bası, Beta 2014).
- Ekmekçi Ö ve Yiğit E, *Bireysel İş Hukuku Dersleri* (1. Bası, On İki Levha 2020).
- Ekonomi M, '4857 Sayılı Kanun Hükümlerine Göre Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Hukuka Uygunluğu (I) Kavram Süre ve Yenileme' (2006) 3 (9) Legal İHSGHD 15-32.
- Eyrenci Ö, Taşkent S ve Ulucan D, *Bireysel İş Hukuku* (10. Bası, Beta 2020).
- Güler M, 'Belirli Süreli İş Sözleşmesi' (2005) 2 (5) Legal İHSGHD 27-82.
- Güneş B ve Mutlay FB, 'Yeni Borçlar Kanununun 'Genel Hizmet Sözleşmesi'ne İlişkin Hükümlerinin İş Kanunu ve 818 Sayılı Kanunla Karşılaştırılarak Değerlendirilmesi' (2011) 30 (3) Çalışma ve Toplum Dergisi 231-288.
- Güven E ve Aydın U, *Bireysel İş Hukuku* (6. Bası, Nisan 2020).
- Güzel A, 'Bireysel İş İlişkinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi' (2007) Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2005, 11-74.
- Güzel A ve Ertan E, 'Avrupa Birliği Hukukunda ve Özellikle Avrupa Toplulukları Adalet Divanı (ATAD) Kararlarında Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Yapılması ve Yenilenme Koşulları' (2008) 5 (18) Legal İHSGHD 395-416.
- Güzel A, Özkaraca E ve Ugan D, 'Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Belirli Süreli İş Sözleşmesi: Yapılma ve Yenilenme Koşulları' iç Süleyman Başterzi (ed) *Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan C. 1* (Beta 2011) 475-566.
- İnceoğlu S, 'Türk Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı' (2006) 11 (4) Çalışma ve Toplum Dergisi 45-62.
- Kabakçı M, 'Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Geçersizliğinin İşçi ve İşveren Açısından Farklı Değerlendirilmesi Gereği' (2014) 72 (2) İÜHFD (Prof. Dr. Berin Ergin'e Armağan) 123-141.
- Kamanabrou S, 'Successful Rules on Successive Fixed-Term Contracts?' (2017) 33 (2) International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations 221-240.
- Keser H, 'Objektif Sebep Olmaksızın Yapılan Belirli Süreli İş Sözleşmesinde Düzenlenmiş Cezai Şartın Geçerliliğinin Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu Kararı Kapsamında Değerlendirilmesi' (2020) 43 Sicil Dergisi 30-52.

- Kreber S, 'The Social Rights Approach of the European Court of Justice to Enforce European Employment Law' (2006) 27 (3) Comparative Labor Law & Policy Journal, 377-403.
- Metin Y, *Ölçülülük İlkesi, Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi* (1. Bası, Seçkin 2002).
- Mollamahmutoğlu H, Astarlı M ve Baysal U, *İş Hukuku Ders Kitabı Cilt 1: Bireysel İş Hukuku*, (4. Bası, Lykeion 2020).
- Narmanlıoğlu Ü, 'Belirli Süreli İş Sözleşmesini Sona Erdiren Olgular ve İşlemler' (2012) 9 (35) Legal İHSGHD 3-24.
- Sädevirta M, *A Comparative Study of the Regulation Governing the Use of Fixed-Term Contracts in Three EU Member States* (1st edn, Unigrafia 2013).
- Senyen Kaplan ET, 'Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Haksız Feshinin Hüküm ve Sonuçları' (2016) 36 Sicil Dergisi 17-32.
- Soyer P, '6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Yer Alan 'Genel Hizmet Sözleşmesi'ne İlişkin 'Bazı' Hükümlerin İş Hukuku Açısından Önemi' (2012) İş Hukukunda Güncel Sorunlar 2, 25 Mayıs 2012, 1-52.
- Soyer P, 'Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin 'Yeni' Türk Borçlar Kanunu Hükümleri ve İş Hukuku Bakımından Önemi' (2011) 22 Sicil Dergisi 12-21.
- Sümer HH, 'Özel Öğretim Kurumu Öğretmenlerinin İş Sözleşmelerinin Hukuki Niteliği' (2016) 15 (1-1) İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 407-441.
- Sümer HH, *İş Hukuku Uygulamaları* (7. Bası, Seçkin 2019).
- Süzek S, *İş Hukuku* (20. Bası, Beta 2020).
- Şahin Emir A, 'Belirli Süreli İş Sözleşmesine İlişkin Sınırlamalar ve Esneklik Olanakları Avrupa Birliği Örnekleriyle' (2016) 18 (1) DEÜHFD 113-153.
- Taşkent S, 'Belirli Süreli İş Sözleşmelerinde "Esaslı Neden" Sorunu' (2011) 24 Sicil Dergisi 19-30.
- Tuncay C, 'İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtayın 2011 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi' (2013) Yargıtayın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2011, 1-98.
- Ugan Çatalkaya D, *İş Hukukunda Ölçülülük İlkesi* (1. Bası, Beta 2019).
- Ulucan D, '4857 Sayılı Kanunu Göre İş Sözleşmesi Türleri' (2003) Yeni İş Yasası, 25-29 Haziran 2003, Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayi İşyerleri Sendikası Yayını, 35-65.
- Uşan F ve Erdoğan C, *İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku* (1. Bası, Seçkin 2020).
- Ünal C, *İş Hukukunda Yaş Ayrımcılığı* (1. Bası, On İki Levha 2018).
- Yayvak Namlı İ, *İş Hukuku'nda Cezai Şart* (1. Bası, On İki Levha 2019).
- Yıldız GB, 'Güvenceli Esneklik ve 4857 Sayılı İş Kanunu', iç Süleyman Başterzi (ed) *Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan C. 1* (Beta 2011) 203-231.
- Yiğit Y, 'Belirli Süreli İş Sözleşmesi Yapma Serbestisi ve Bu Serbestinin Sınırları' (2012) 14 (2) DEÜHFD 101-166.



İstanbul Hukuk Mecmuası

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Başvuru: 04.11.2020
Revizyon Talebi: 06.04.2021
Son Revizyon: 15.04.2021
Kabul: 25.06.2021

Demiryolu ile Seyahat Eden Yolcuların Haklarına Dair Yönetmelik'in Uygulama Alanı ve Yönetmelik Uyarınca Demiryolu Tren İşletmecisinin Sorumluluğu

Gülfer Meriç*

Öz

8 Mart 2019 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanan Demiryolu ile Seyahat Eden Yolcuların Haklarına Dair Yönetmelik, adı sebebiyle yalnızca demiryolu ile seyahat eden yolcuların haklarını düzenlediği izlenimi yaratmaktadır. Ancak yolcu haklarının yanı sıra yolcuların ve demiryolu tren işletmecisinin yükümlülükleri ile demiryolu tren işletmecisinin sorumluluğunu düzenleyen oldukça kapsamlı bir düzenlemedir. Bu çalışmada Yönetmelik'in hangi haller bakımından uygulama alanı bulacağı ve yürürlükte olan diğer mevzuatla, özellikle Osmanlı İmparatorluğu döneminden beri yürürlükte bulunan Rumeli Demiryolları İşletme Nizamnamesi ve Türk Ticaret Kanunu'nun Taşıma Hukukuna ilişkin hükümleri ile ilişkisi ele alınmıştır. Yargıtay'ın 1872 tarihli Nizamname'yi uygulamadığı, yerine TTK hükümlerini uyguladığı tespit edilmiştir. Bu kapsamda Nizamname'yi açıkça yürürlükten kaldıran bir kanunun kabul edilmesi ihtiyacı vurgulanmıştır. Ardından demiryolu tren işletmecisinin yükümlülükleri ve bu çerçevede ortaya çıkan sorumluluğu incelenmiştir. Demiryolu tren işletmecisinin sorumluluğu kapsamında demiryolu tren işletmecisinin yolcunun ölümü ve yaralanmasından doğan sorumluluğuna ilişkin şartlar, bu sorumluluktan kurtulma halleri ve sorumluluğun sınırlandırılması esasları ile bagaj ve eşyanın hasara ya da ziyaa uğramasından sorumluluk ve bu sorumluluktan kurtulmaya ilişkin haller değerlendirilmiştir. Yönetmelik ile öngörülen tüm bu esaslar, yolcu ve eşya taşımaya ilişkin ulusal ve uluslararası düzenlemeler ile karşılaştırılmıştır. İsmi itibarıyla yolcu taşımalarını düzenlemek üzere öngörülmüş olan bu Yönetmelik ile demiryolu ile eşya taşımalarının düzenlenmesinin yanı sıra demiryolu işletmecisinin sorumluluğu, sorumluluğunun sınırı, ödeyeceği tazminat ve zorunlu sigorta gibi önemli hususların da düzenlendiği tespit edilmiştir. Tüm bu incelemeler ışığında demiryolu ile seyahat eden yolcuların haklarının ayrı bir yönetmelik ile demiryolu tren işletmecilerinin hakları, yükümlülükleri ve sorumluluklarının ise ayrı bir kanun ile düzenlenmesinin daha yerinde olacağı sonucuna varılmıştır.

Anahtar Kelimeler

Demiryolu Taşıma, Taşıma Hukuku, Yolcu Taşıma, Eşya Taşıma, Yolcu Hakları, Taşıyıcının Sorumluluğu, Sorumluluğun Sınırlandırılması

Scope of Application and Railway Operators' Liability Pursuant to Bylaw Regarding Rail Passengers' Rights

Abstract

The Bylaw Regarding Rail Passengers' Rights, published in the Official Gazette on March 8, 2019, gives the impression that only the rights of rail passengers are regulated. However, it in fact quite comprehensively regulates the obligations of both rail passengers and railway train operators in addition to the operators' liability and rail passengers' rights. This study contains discussions first of the scope of application of the Bylaw and its relation with the other legislation in force, especially the Rumeli Railways Operating Regulation, which is in force since the period of the Ottoman Empire, and the provisions of the Turkish Commercial Code regarding transportation law is discussed. In this context, the need to adopt a law that explicitly repeals Rumeli Railways Operating Regulation is emphasized. The obligations of the railway

* **Sorumlu Yazar:** Gülfer Meriç (Dr. Öğr. Üyesi), Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Deniz Ticareti Hukuku, Sigorta Hukuku, Taşıma Hukuku, İstanbul, Türkiye. E-posta: gulfer.meric@ozyegin.edu.tr ORCID: 0000-0003-1320-278X

Atf: Meric G, "Demiryolu ile Seyahat Eden Yolcuların Haklarına Dair Yönetmelik'in Uygulama Alanı ve Yönetmelik Uyarınca Demiryolu Tren İşletmecisinin Sorumluluğu" (2021) 79(3) İstanbul Hukuk Mecmuası 837. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2021.79.3.3521>



train operator and the liability arising from these obligations are also examined. Within the scope of a railway train operator's responsibility, the conditions regarding the operator's liability are addressed including liability arising from passenger death and injury, release from liability and principles of limitation of liability, and liability for damage or loss of baggage or goods. All these principles stipulated by the Bylaw are compared with national and international regulations on carriage of passengers and goods.

Keywords

Carriage By Railway, Transport Law, Passenger Transport, Carriage of Goods, Passenger Rights, Carrier's Liability, Limitation of Liability

Extended Summary

Turkey's Bylaw Regarding Rail Passengers' Rights aims to regulate the rights and obligations of passengers traveling by rail before, during, and after accidents and incidents that affect them and the obligations and liability of railway train operators. First it is necessary to determine the scope of application of the Bylaw. Turkey is party to international conventions regarding railways, and if a case bears foreign elements, the relevant international convention applies exclusively. This Bylaw also applies in cases where there is no foreign element as well as where the applicable law is Turkish law.

Rumeli Railways Operating Regulation dated May 18, 1872, is already in force in Turkey; this regulation was adopted during the Ottoman Empire and is still in effect today because no legal provision has abolished it to date. However, the fourth book of the Turkish Commercial Code (TCC) regulates transport law, and TCC art. 852 stipulates that special provisions for rail carriage are reserved. Accordingly, these special regulations regarding railway transportation apply first. However, because the provisions of the Bylaw Regarding Rail Passengers' Rights and the Rumeli Railways Operating Regulation are more specific than the provisions of the TCC, the Rumeli Regulation applies first, and if there is a legal gap, the TCC provisions under "Transportation Works" then apply.

According to the rail passenger transport contract, the most basic obligation of the railway train operator is to safely deliver passengers and baggage to their destinations; the Bylaw regulates the liability for the breach of this obligation. According to Article 19 of the Bylaw, the operator is liable for accidents that cause death or any bodily harm to passengers during boarding or getting off the train or while on the train. The operator is also held liable for loss of or damage to baggage and goods during transport, on the train, at the station, or outside the station while under its custody and supervision. A train operator can be relieved of liability in cases when damage occurs due to force majeure, the fault of the complainant, or the fault of a third party. Train operators must also deliver passengers to their destinations on time and are held liable for cancellations, delays and missing connections.

The Bylaw regulates other obligations of the railway train operator. Paragraph 5 of Article 19 states that the railway train operator is liable for the general health conditions of the train; this includes providing clean food, water, and toilets. Additionally, the operator must keep passengers informed of any changes in travel status as well as protecting all personal data regarding passengers, baggage, and the goods.

The principle of freedom of contract applies in our law; therefore, the parties to the contract of carriage are free to determine contractual matters. However, the passenger is the more protected party in a contract of carriage. For this reason, the last paragraph of Bylaw Article 5 stipulates that passengers' rights cannot be restricted or abolished by the contract.

Another important point to consider in relation to the Bylaw is that the courts appoint experts to investigate the causes of accidents in compensation lawsuits, and most of the train accidents is caused by the "operational fault" of the rail carriers. However, the Bylaw does not acknowledge any concept of operational fault. The fact that legislators did not address such an important issue, currently the subject of such controversy in the judiciary, reveals the inadequacy of the provisions of the Bylaw.

As noted earlier, the Bylaw regulates important issues related to the liability of the railway train operator, limitation of liability, compensation to be paid and compulsory insurance. Such important matters should be regulated by laws, not by bylaws. The reason is that pursuant to Article 48 of the Turkish Constitution, everyone has the freedom to contract in any field they wish freedom to make contracts is one of the fundamental rights and freedoms stipulated by the Constitution. According to Article 13 of the Constitution, fundamental rights and freedoms can only be restricted by law. In one example conflict, the Bylaw mandates that rail operators carry insurance, but compulsory insurance limits the freedom of contract, therefore it shall only be provided by law. This means that the Bylaw violates the Constitution. Considering this and the reasons, it would have been more appropriate for these provisions to be regulated not under a bylaw but within the framework of a law regulating rail transport.

Demiryolu İle Seyahat Eden Yolcuların Haklarına Dair Yönetmelik'in Uygulama Alanı Ve Yönetmelik Uyarınca Demiryolu Tren İşletmecisinin Sorumluluğu

I. Genel Olarak

Demiryolu ile Seyahat Eden Yolcuların Haklarına Dair Yönetmelik Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığı tarafından öngörülmüş ve 8 Mart 2019 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanmış olup 10/7/2018 tarihli ve 30474 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesininin 478 inci maddesinin birinci fıkrasının (c) bendine dayanılarak hazırlanmıştır. Söz konusu hüküm incelendiğinde, Yönetmelik'in kabulünün ardından değişmiş olduğu ve Denizcilik Genel Müdürlüğü'nün görev ve yetkilerini düzenleyen ilgisiz bir hüküm olduğu görülmektedir¹. İlgili hüküm değişmemiş olsaydı da kanaatimizce Demiryolu Düzenleme Genel Müdürlüğü'nün yetki ve görevlerini belirleyen kanun hükmünün, bu Yönetmelik'e dayanak teşkil etmesi isabetsizdir.

Yönetmelik, demiryolu ile seyahat eden yolcuların seyahat öncesinde, esnasında, sonrasında ve kendilerini etkileyen kaza ve olaylarda sahip olacakları hak ve yükümlülükleri, bu hakların geçerli olduğu durumları ve yolculara hizmet sunan kuruluşların yerine getirmesi gereken yükümlülüklerin belirlenmesi ve denetlenmesi ile ilgili usul ve esasları düzenlemeyi amaçlamaktadır.

II. Yönetmelik'in Uygulama Alanı

Demiryolu ile Seyahat Eden Yolcuların Haklarına Dair Yönetmelik'in hangi hallerde uygulama alanı bulacağını belirlemek gerekmektedir. Öncelikle demiryolu ile yolcu ve eşya taşınmasına ilişkin Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası sözleşmeler

¹ Yönetmelik'e dayanak olarak gösterilen kanun hükmü değişikliğe uğramadan önce şu şekildedir: "(1) Demiryolu Düzenleme Genel Müdürlüğü'nün görev ve yetkileri şunlardır: c) Demiryolu ulaştırması alanında hizmet üreteler ile hizmetten yararlananların hak, yükümlülük ve sorumluluklarını belirlemek"

bulunmaktadır². Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 1. maddesinin 2. fıkrası uyarınca yabancılık unsuru taşıyan haller bakımından Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası sözleşmeler saklı tutulmuştur. Dolayısıyla yabancılık unsuru taşıyan haller bakımından bu milletlerarası sözleşmeler öncelikle uygulama alanı bulacaktır³. Bu Yönetmelik ise yabancılık unsuru bulunmayan ya da Türk hukukunun uygulama alanı bulduğu haller bakımından uygulanacaktır.

Türkiye'de halihazırda yürürlükte bulunan ve ülke içinde yapılan yolcu, bagaj ve eşya taşımacılığını düzenleyen 18.05.1872 tarihli Rumeli Demiryolları İşletme Nizamnamesi⁴ bulunmaktadır. Bu Nizamname, tarihinden de görüleceği üzere Osmanlı İmparatorluğu döneminde kabul edilmiş olup, şimdiye kadar ilga edilmesini sağlayan herhangi bir kanun hükmü bulunmadığından günümüzde de yürürlüktedir⁵.

Diğer taraftan Türk Ticaret Kanunu'nun dördüncü kitabı "Taşıma İşleri" başlığını taşımakta olup Taşıma Hukuku'na hasredilmiştir. TTK m. 852 uyarınca deniz, demir⁶ ve hava yoluyla taşıma ile posta idaresine ilişkin özel hükümler saklı tutulmuştur.

² Demiryolu taşımacılığına ilişkin ilk milletlerarası sözleşme 14.10.1890 tarihinde Bern'de kabul edilen Demiryoluyla Eşya Taşımaları Hakkındaki Milletlerarası Sözleşme'dir. Bu Sözleşme, 01.01.1893 tarihinde yürürlüğe girmiştir. (Sabih Arkan, 'Demiryolu İşletmesinin Eşya Taşımalarından Doğan Sorumluluğu', *Sorumluluk ve Sigorta Hukuku Bakımından II. Taşımacılık Sempozyumu-Bildiriler – Tartışmalar*, (Sigorta Hukuku Türk Derneği 1985) 48-49. ("Demiryolu İşletmesi"). 1980 yılında düzenlenen konferansta demiryoluyla yapılan uluslararası taşımalara ilişkin tüm milletlerarası sözleşmeler, günümüzde Sözleşme'nin Fransızca adının kısaltması olan COTIF olarak anılan tek bir sözleşme altında toplanmıştır. Bu Sözleşme'nin ilk kısmında uluslararası demiryolu taşımacılığı örgütü olan OTIF'in yapısı ve görevleri ele alınmaktadır. Sözleşme'nin A ekinde ise (CIV) demiryoluyla uluslararası yolcu ve bagaj taşımacılığı düzenlenmektedir. Sözleşme'nin B ekinde ise (CIM) demiryoluyla uluslararası eşya taşımacılığına ilişkin kurallar getirilmektedir. Türkiye bu Sözleşme'yi uygun bulma kanununu 21.03.1985 tarihinde kabul etmiş olup, Sözleşme Türkiye bakımından 01.05.1985 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Arkan, Demiryolu İşletmesi, s. 49-50; Muharrem Gençtürk, *Uluslararası Eşya Taşıma Hukuku: Genel Kavramlar, Gecikmeden Doğan Sorumluluk* (Vedat Kitapçılık 2006) 4. Uluslararası demiryolu taşımacılığının düzenlenmesinin tarihsel gelişimi hakkında bkz. Sabih Arkan, *Demiryoluyla Yapılan Uluslararası Eşya Taşımaları* (Olgaç Matbaası 1987), 5 vd. ("Demiryoluyla Eşya Taşımaları"). COTIF ve Ekleri 1999 yılında Vilnius'ta kabul edilen Vilnius Protokolü ile değiştirilmiştir. Nuray Ekşi, *Demiryoluyla Uluslararası Eşya Taşıma (CIM 1999)* (Beta 2020) 12-13. Türkiye, 1999 tarihli Protokolü 2005/9709 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile onaylamıştır. İlgili Bakanlar Kurulu kararı 24.12.2005 tarihli ve 26033 sayılı Mükerrer Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

³ Uluslararası demiryolu taşımalarına uygulanacak hukuk hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Cemal Şanlı, 'Uluslararası Kara ve Demiryolu Taşıma Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk', (1989) Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, C. 9, Sa. 1, 47-53.

⁴ "Nizamname" kelimesi "tüzük" anlamına gelmektedir. Ancak söz konusu Nizamname 1937 yılında kabul edilen bir kanun ile değiştirilmiş, bu suretle Nizamname'ye kanun vasfı verilmiştir. Anayasa Mahkemesi de verdiği kararlarda Osmanlı İmparatorluğu zamanında kabul edilen nizamnamelerin kanun hükmünde olduğuna hükmetmiştir. (Hakan Karan, 'TBMM Adalet Komisyonu'nun Taşıma Hukukuna Katmayı Başardığı İki Temel Sorun: Taşıma İşleri Komisyonculuğu Sözleşmesi ile Ulusal Demiryolu Taşıma Sözleşmesine Uygulanacak Hukuk', *Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XXVI*, (2013 Bankacılık Enstitüsü Yayınları) 173-174 ("Demiryolu"); 6.7.1965 tarihli E. 1965/16, K. 1965/041 sayılı; 3.5.1966 tarihli E. 1966/4, K. 1966/25 sayılı; 3.6.1976 tarihli, E. 1976/31, K. 1976/30 sayılı AYM Kararları.)

⁵ Sabih Arkan, *Demiryolu İşletmesi* (n 1) 48; Karan, Demiryolu (n 3) 177; Burak Adıgüzel, *Taşıma Hukuku*, (2018, Adalet Yayınevi) 11 ("Taşıma Hukuku"); Ayşe Erol, *Türk Sorumluluk Hukukuna Göre Demiryolu İşletenin Sözleşme Dışı Sorumluluğu*, (2019 Yetkin Yayınları) 39. Bu husus HGK 15.02.1967 tarihli, E. 966/T-311, K. 114 sayılı kararı ile de tasdik edilmiştir. (BATİDER, C. 4, S. 3., 1968, s. 566). Bununla beraber Yargıtay'ın söz konusu Nizamname'yi uyguladığı bir uyumsuzluğa ilişkin karara ulaşamamıştır. Karan'a göre bunun sebebi Nizamname hükümlerinin günümüzde yapılan demiryoluyla taşıma sözleşmelerine uygulanmasının imkansız olmasından ziyade, TCDD vekillerinin uyumsuzluğu çözmek üzere Nizamname'ye başvurmaması ve hakimlerin de böyle bir düzenlenmenin varlığından bihaber olmasıdır. (Karan, Demiryolu (n 3) 179.) Eriş ise gerekcede COTIF/CIM-CIV'e atıf yapılması sebebiyle Rumeli Demiryolları İşletme Nizamnamesi'nin hükümlerinin uygulanmasının artık söz konusu olmayacağını ileri sürmektedir. (Gönen Eriş, *Açıklamalı-Gerekçeli-İçtihatlı Türk Ticaret Kanununa Göre Taşıma Hukuku*, (2015 Seçkin Yayıncılık) 169.)

⁶ TTK m. 852'de yer alan ve hükmün uygulama alanına demir yolu taşımasının da dahil edilmesini sağlayan "demir" ifadesi, Tasarı'ya Alt Komisyon tarafından sonradan eklenmiştir ve söz konusu ekleme Adalet Komisyonu tarafından kabul edilmiştir. (Eriş, (n 4) 168.)

Buna göre demiryolu taşıması bakımından öncelikle özel düzenlemeler uygulama alanı bulacaktır. Demiryolu ile Seyahat Eden Yolcuların Haklarına Dair Yönetmelik ile Rumeli Demiryolları İşletme Nizamnamesi, demiryolu taşıma sözleşmesini, bu sözleşme kapsamında tarafların haklarını ve borçlarını düzenlemektedir. Türk Ticaret Kanunu'nun Taşıma Hukuku'na hasredilen kitabında ise taşıma sözleşmesi düzenlenmektedir. Bu itibarla Nizamname ile Yönetmelik hükümleri, TTK hükümlerine göre daha özel nitelikte olduğundan uyumsuzluklara öncelikle Nizamname ve Yönetmelik hükümlerinin uygulanması gerekmektedir. Burada kanuni bir boşluk olduğu takdirde Türk Ticaret Kanunu'nun "Taşıma İşleri" başlıklı Dördüncü Kitabı'nda yer alan hükümlerin uygulama alanı bulması gerekmektedir⁷. Ancak Nizamname ile Yönetmelik birçok husus bakımından çelişki içerisindedir. Nizamname'nin kanun hükmünde olduğu ve yönetmeliklerin kanuna aykırı olamayacağı göz önünde bulundurulduğunda, bu çelişki işin içinden çıkılmaz bir hal almaktadır. İlk çözüm Yönetmelik'in Nizamname'ye aykırı olan hükümlerinin geçersiz sayılmasıdır. İkinci ve kanaatimizce daha isabetli olan çözüm ise Yönetmelik ile düzenlenen bu hususları açıkça düzenleyen ve Nizamname'yi yürürlükten kaldıran yeni bir kanun kabul edilmesi olacaktır.

Yönetmelik'in ulusal demiryolu taşımaları bakımından uygulama alanı bulacağı tespit edildiğine göre uygulama alanına ilişkin diğer şartları belirlemek üzere öncelikle 2. maddesini ele almak gerekmektedir. Buna göre Yönetmelik hükümlerinin, ulusal demiryolu altyapı ağı üzerinde bir seyahat belgesi ile hizmet alan yolcuları ve onlara hizmet veren demiryolu tren işletmecilerini, acenteleri, gar ve istasyon işletmecilerini kapsadığı öngörülmektedir.

A. Uygulama Alanına İlişkin Coğrafi Şartlar

Ulusal demiryolu altyapı ağı, Yönetmelik'te yer verilen kavramlara ilişkin tanımları içeren 4. maddenin (ee) bendi uyarınca, Türkiye sınırları içerisinde bulunan il ve ilçe merkezleri ve diğer yerleşim yerleri ile limanlar, hava meydanları, organize sanayi bölgeleri, lojistik ve yük merkezlerini birbirine bağlayan, kamuya veya şirketlere ait bütünlüklü demiryolu altyapısı ağı olarak tanımlanmaktadır.

B. Yolcu

Yönetmelik, bu tür demiryolu ağı üzerinde seyahat belgesi ile hizmet alan yolcuları kapsamaktadır. Yönetmelik'in 4. maddesinin (y) ve (ff) bendi uyarınca seyahat belgesi ile hizmet alan yolcu; talep edilen yolculuk için belirlenen şartlarda geçerli olan, kâğıt ve/veya elektronik olarak ilgili mevzuat uyarınca düzenlenen ve kaydedilen; ücreti, geçerlilik şartları ve özel koşulları olan bir veya birden çok yolculuk sağlayan

⁷ Eriş, (n 4) 119; Karan, Demiryolu (n 3) 175.

bilet ile hizmet alan ve bu Yönetmelik kapsamında demiryolu ile seyahat eden ve kendileriyle bir taşıma sözleşmesi yapılan, görevliler haricinde trende bulunan kişiler olarak ifade edilmektedir. Dolayısıyla geçerli bir taşıma sözleşmesinin söz konusu olması da Yönetmelik hükümlerinin uygulama alanı bulması için aranan şartlardandır.

C. Taşıma Sözleşmesi

Yönetmelik'in 5. maddesine göre demiryolu tren işletmecisi veya acente, seyahatten önce yolcu veya gönderici⁸ ile bir taşıma sözleşmesi yapar ve taşıma sözleşmesiyle, yolcuyla, el bagajını, bagajı, araç ve eşyayı varış yerine götürmeyi, bagaj ve eşyayı varış yerinde yolcuyla teslim etmeyi taahhüt eder. Taşıma sözleşmesi ise Yönetmelik'in 4. maddesinin (bb) bendi uyarınca, "Taşımacılık hizmeti için demiryolu tren işletmecisi veya acente ile yolcu veya gönderici arasında, ücretli ya da ücretsiz olarak yapılan taşımacılığa ilişkin sözleşme" olarak tanımlanmaktadır⁹. Taşıma sözleşmesinin geçerliliği herhangi bir şekilde tabi kılınmamıştır. Bununla beraber bilet adı verilen seyahat belgesinin düzenlenmesi ispat vasıtası niteliğindedir¹⁰.

Taşıma sözleşmesini incelerken öncelikle bu sözleşmenin taraflarını ele almak gerekmektedir. Taşıma sözleşmesinin taraflarından biri yolcudur. Bu kavram yukarıda açıklanmıştır. Demiryolu tren işletmecisi ve acente ise taşıma sözleşmesinin taraflarından diğerini teşkil etmektedir. Taşıma sözleşmesinin taşımayı taahhüt eden tarafı Türk Ticaret Kanunu hükümleri çerçevesinde taşıyıcı sıfatını haiz iken, ayrıca "işleten" olarak da nitelendirilmektedir¹¹. Bu noktada sorumluluğun da süjesi olan demiryolu tren işletmecisini açıklamak gerekmektedir.

1. Demiryolu Tren İşletmecisi

Demiryolu tren işletmecisi, ulusal demiryolu altyapı ağı üzerinde yük ve/veya yolcu taşımacılığı yapmak üzere Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığı tarafından

⁸ Gönderici kavramı, Yönetmelik'in m. 4 f. 1 (s) bendi uyarınca, "Eşyayı teslim eden, alıcısı belirleyen ve bagaj taşıma belgesini imzalayan kişi" olarak tanımlanmaktadır.

⁹ TTK m. 850 uyarınca, "Taşıyıcı, taşıma sözleşmesiyle eşyayı varma yerine götürmeyi ve orada gönderilene teslim etmeyi veya yolcuyla varma yerine ulaştırmayı; buna karşılık, eşya taşımada gönderen ve yolcu taşımada yolcu, taşıyıcıya, taşıma ücretini ödemeyi borçlanır." Buna göre TTK uyarınca ücret, taşıma sözleşmesinin esaslı unsurlarından birini teşkil etmektedir. Öte yandan Yönetmelik, taşıma sözleşmesine ilişkin olarak öngördüğü tanımla hem ücretli hem de ücretsiz taşımaları kapsamaktadır. Bu itibarla Yönetmelik'in ücretsiz taşımalar bakımından da uygulama alanı bulduğunu söylemek mümkündür.

¹⁰ Yargıtay 11. HD tarafından verilen 13.11.1980 tarihli ve 4423/5256 sayılı kararda "Yasalarımızda taşıma sözleşmesinin geçerliliği açısından herhangi bir biçime bağlılık öngörülmemiştir. Yolcu bileti, taşıma sözleşmesinin varlığı konusunda önemli bir kanıttır." şeklinde hüküm kurulmuştur. Dolayısıyla Yargıtay da bunu teyit etmektedir. Aynı yönde bkz. Yargıtay 11 H.D., 09.06.1995 tarihli ve 1995/4830 sayılı karar.

¹¹ Çelik Ahmet Çelik, *Karayoluyla Yolcu Taşıma*, (2. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2019) 543; Erol, (n 4) 50. İşleten kavramı Borçlar Kanunu ve Karayolları Trafik Kanunu'nda da yer almaktadır. Burada düzenlenen işleten kavramının demiryolu bakımından kıyasen uygulanmasına dair değerlendirmeler için bkz. Erol, (n 4) 51-64.

yetkilendirilmiş¹² kamu tüzel kişileri ve şirketler şeklinde tanımlanmaktadır. Ülkemizde demiryolu ile eşya ve yolcu taşımacılığı Türkiye Cumhuriyeti Devlet Demiryolları (TCDD) tarafından tekel olarak icra edilmekteydi¹³. Bu hususta Türkiye Demiryolu Ulaştırmasının Serbestleştirilmesi Hakkında Kanun¹⁴ kabul edilmiştir. Kanun'un 1. maddesinin ilk fıkrasının (c) bendine göre bu Kanun'un amacı Türkiye Cumhuriyeti Devlet Demiryolları Taşımacılık Anonim Şirketi adıyla demiryolu tren işletmecisi olarak bir şirket kurulmasını sağlamaktır. Dolayısıyla Yönetmelik kapsamında geçen "demiryolu tren işletmecisi", TCDD Taşımacılık A.Ş.'dir¹⁵ 16. Bu çerçevede TCDD Taşımacılık A.Ş. özel hukuk hükümlerine tabi olan ticari bir işletme olarak kabul edilecektir ve TTK, bu Yönetmelik ve benzeri mevzuat, TCDD Taşımacılık A.Ş. bakımından uygulama alanı bulacaktır¹⁷. Ayrıca yolcuların ve yüklerle ilgili kişilerin TCDD Taşımacılık A.Ş.'ye karşı açacakları davalarda asliye ticaret mahkemeleri görevlidir¹⁸.

2. Acente

Yönetmelik uyarınca taşıma sözleşmesinin tanımlanırken sözleşmenin tarafının demiryolu tren işletmecisinin yanı sıra acente de olabileceği öngörülmektedir. Halbuki TTK ile de düzenlenen acente, bağımsız tacir yardımcısı niteliğinde olup

¹² Bu hususta 19.08.2016 tarihli ve 29806 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmış Demiryolu İşletmeciliği Yetkilendirme Yönetmeliği bulunmaktadır. Bu Yönetmelik, ulusal demiryolu altyapı ağı üzerinde yapılan her türlü demiryolu taşımacılık faaliyetlerinde düzenin sağlanması; demiryolu altyapı işletmecileri, demiryolu tren işletmecileri ile demiryolu taşımacılığı alanında acente, komisyoncu, gar veya istasyon işletmecisi faaliyetinde bulunanların hizmet esasları, mali yeterlik, mesleki yeterlik ve mesleki saygınlık şartlarının belirlenmesi; bu faaliyetlerde bulunanların hakları, yetkileri, yükümlülükleri ve sorumluluklarının tespit edilmesi, yetkilendirilmesi ve denetlenmesi ile ilgili usul ve esasları düzenlemektedir. Yetki belgesi türleri ilgili yönetmeliğin 6. maddesinde sayılmaktadır. Yetki belgesi almanın ya da yenilemenin genel şartları m. 10, özel şartları m. 11, gerekli belgeler ise m. 12 ile öngörülmektedir. Demiryolu tren işletmecileri ayrıca bir kaza meydana gelmesi halinde sorumluluğunu karşılayabilmek üzere sigorta bedeli olay başı 20 milyon TL'den az olmayacak şekilde sigorta yaptırmak zorunda tutulmuşlardır. Bu Yönetmelik çerçevesinde Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığı'ndan yetki belgesi alan şirketler TCDD Taşımacılık A.Ş., Körfez Ulaştırma A.Ş., Omsan Lojistik A.Ş. ile İzban Banliyö Taşımacılık Sistemi Ticaret A.Ş. şeklinde sıralanabilir. Ekşi, (n 1) 11.

¹³ Çelik, (n 9) 509. TCDD'nin ulusal demiryolu altyapı ağı üzerindeki demiryolu trafiğini tekel olarak yönetmek görevi, 01.05.2013 tarihli ve 28634 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 6461 sayılı "Türkiye Demiryolu Ulaştırmasının Serbestleştirilmesi Hakkında Kanun"un 3. maddesinin 2. fıkrası ile öngörülmektedir. TCDD demiryolu trafiğini tekel olarak yönetmekle görevlendirilmiştir. Bununla beraber TCDD Taşımacılık A.Ş. demiryolu tren işletmecisi sıfatıyla da taşımacılık hizmeti sunmaktadır. Avrupa ülkelerinde demiryolu taşımacılığının devlet tekelinden çıkarılması yönündeki eğilimden Türkiye de etkilenmiştir ve hatta 2013 yılında kabul edilen Türkiye Demiryolu Ulaştırmasının Serbestleştirilmesi Hakkında Kanun üzerine demiryoluyla yolcu ve yük taşıma özel sektöre açılmıştır. Bu çerçevede 2017 yılında Tüpraş İştiraki Körfez Ulaştırma A.Ş., 2018 yılında ise Oyak İştiraki olan Omsan Lojistik A.Ş. demiryolu tren işletmecisi olarak taşımacılık faaliyetlerine başlamıştır. Bu şirketlerin yanı sıra İzban Banliyö Taşımacılığı Sistemi Ticaret A.Ş. de taşımacılık yapabilmek üzere yetki belgesi edinmiştir. Ekşi, (n 1) 4-8.

¹⁴ 24.04.2013 tarihinde kabul edilen 6461 sayılı bu Kanun, 01.05.2013 tarihli ve 28634 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

¹⁵ Türkiye Demiryolları Ulaştırmasının Serbestleştirilmesi Hakkında Kanun'un 4. maddesinin 2. fıkrasına göre TCDD Taşımacılık A.Ş., 233 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'ye tabidir.

¹⁶ Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığı Demiryolu Düzenleme Genel Müdürlüğü, 10.05.2019 tarihinde 2019/6 sayılı bir Genelge yayımlamıştır. Bu genelge ile, "6461 sayılı Kanun kapsamında TCDD İşletmesi Genel Müdürlüğü 'demiryolu altyapı işletmecisi' olarak yapılandırılmış, 'TCDD Taşımacılık Anonim Şirketi' adıyla demiryolu tren işletmecisi olarak bir şirket kurulmuştur." şeklinde ilan edilmiştir.

¹⁷ Çelik, (n 9) 510-511.

¹⁸ Çelik, (n 9) 511. Yargıtay da, kişiler ile TCDD arasındaki uyumsuzluğun mutlak ticari işlerden olan taşıma sözleşmesinden kaynaklandığını, TCDD'nin tacir olarak kabul edildiğini ve bu itibarla da asliye ticaret mahkemelerinin görevli olduğuna hükmetmektedir. (Yargıtay 11. HD. 06.01.2014, E.17564/K.65; Eriş, (n 4) 199; Yargıtay 11. HD. 16.05.2013, E. 6498/K.10122; Eriş, (n 4) 211.)

sözleşmenin tarafı olmamaktadır. Acente, sözleşmenin taraflarından birini temsilen hareket etmektedir. Acentenin sözleşmenin tarafı olarak öngörülmesine ilişkin Yönetmelik düzenlemesi hatalı ve isabetsizdir.

Acente kavramı Yönetmelik'in m. 4 / 1 (a) bendi ile tanımlanmaktadır. Buna göre acente, demiryolu taşımacılığı alanında; ticari mümessil, ticari vekil, satış memuru veya müstahdem gibi bağımlı bir sıfatı olmaksızın bir sözleşmeye dayanarak belirli bir yer veya bölge içinde daimi surette bir veya birden fazla demiryolu tren işletmecisini ilgilendiren sözleşmelerde aracılık etmeyi ve onlar adına taşıma sözleşmesi yapmayı meslek edinen ve Bakanlıkça yetki belgesi verilen gerçek kişileri, kamu tüzel kişilerini ve şirketleri ifade etmektedir. Buna göre acente taşıma sözleşmesi yapılmasına aracılık edebileceği gibi taşıma sözleşmesini demiryolu tren işletmecisi adına da kurabilmektedir. Burada önemli olan bu kimselerin bu işi meslek edinmiş olması ve Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığı tarafından yetkilendirilmiş olmalarıdır¹⁹.

3. Seyahat Belgesi

Demiryolu tren işletmecisi taşıma sözleşmesine binaen bir seyahat belgesi veya bagaj taşıma belgesi düzenler. Yolcunun, seyahat ettiği sefere ilişkin geçerli bir bileti olmalıdır. Bilet kavramı da seyahat belgesini ifade etmektedir. Bu tür bir seyahat belgesi, aksi kanıtlanıncaya kadar taşıma sözleşmesinin imzalandığının ispatı niteliğindedir.

Yönetmelik'te yolcu seyahat belgesinde veya bagaj taşıma belgesinde asgari olarak yer alması gereken bilgiler demiryolu tren işletmecisi veya yetkili acentelerin ticaret unvanı, adresi, vergi numarası ve yolcunun bu sözleşmeden doğan haklarının bilinmesine imkân veren açıklama şeklinde öngörülmektedir. Seyahat belgeleri yolcu adına düzenlenmiş olabileceği gibi isme düzenlenmemiş de olabilir²⁰. Seyahat belgesi üzerindeki yolcuya ait kişisel bilgilerin doğru olup olmadığının kontrolünün sorumluluğu yolcuya aittir.

Yönetmelik ile demiryolu seyahat belgesinin de elektronik ortamda düzenlenmesine imkan tanınmıştır. Ancak bu tür seyahat belgelerinin de mutlaka yukarıda sayılan şartları taşıması gerekmektedir.

¹⁹ Acentelerin Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığı tarafından yetkilendirilmesi Demiryolu İşletmeciliği Yetkilendirme Yönetmeliği ile düzenlenmektedir. Bu Yönetmelik'in 6. maddesinin 6. fıkrasına göre acentelerin DE yetki belgesi alması gerekmektedir. Bu belge ticari amaçla yolcu veya yük taşımacılığı alanında acente hizmeti verecek gerçek kişilere, kamu tüzel kişilerine ve şirketlere verilir. DE yetki belgesi sahibi acenteler aynı zamanda tren işletmecisi değil ise kendi nam ve hesabına taşıma yapamaz. DE yetki belgesi, faaliyetin şekline göre DE1 ve DE2 yetki belgesi olmak üzere ikiye ayrılır. Bunlardan ilki yolcu taşımacılığı alanında acentelik yapacaklara, ikincisi ise yük taşımacılığı alanında acentelik yapacaklara verilir.

²⁰ İsmi düzenlenmiş seyahat belgesinde yolcunun; adı, soyadı, engelli ise engelli olduğuna dair belge numarası, iletişim bilgisi, kalkış ve varış yeri, koltuk numarası, hareket tarihi ve saati, taşıma ücreti, biletin seri ve müteselsil sıra numarası ve düzenleme tarihi bulunur. Koltuk numarası ise koltuğun isme yönelik düzenlendiği seyahat belgelerinde bulunur. Seyahat belgesinin isme düzenlenmiş olması halinde yolcunun seyahat edeceği trene binebilmesi için kimlik ibraz etmesi gerekir. İsmi düzenlenmemiş seyahat belgelerinin başkasına devredilmesine olanak tanınmıştır, ancak bunun için seyahatin başlamış olması şartı aranmaktadır.

4. Emredici Nitelik

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 48. maddesine göre herkes dilediği alanda sözleşme hürriyetine sahiptir. Ayrıca Türk Borçlar Kanunu'nun 26. maddesine göre taraflar, bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler. Bu hükümlere binaen hukukumuzda sözleşme serbestisi prensibi geçerlidir. Dolayısıyla taşıma sözleşmesinin tarafları sözleşmeye ilişkin hususları belirlemek açısından serbesttir. Ancak kanun koyucu taşıma sözleşmesinin daha korunmaya muhtaç tarafı olan yolcuyu korumayı amaçlamaktadır. Bu sebeple Yönetmelik'in 5. maddesinin son fıkrasında yolcuların Yönetmelik ile öngörülen haklarının kısıtlanamayacağı ve ortadan kaldırılamayacağı hüküm altına alınmıştır. Başka bir deyişle taşıma sözleşmesi ile öngörülen sorumsuzluk anlaşmaları, yolcuların bu Yönetmelik ile belirlenen asgari hakları ihlal edildiği ölçüde geçersiz olacaktır²¹. Bu durum, bu Yönetmelik'te demiryolu ile seyahat eden yolcuların haklarının emredici bir şekilde düzenlendiğini göstermektedir. Bununla beraber bu emredici nitelik tek taraflı bir şekilde düzenlenmiştir. Zira yolculara Yönetmelik ile öngörülen haklardan daha fazla hak veya haklar sunulması mümkün iken bu hakların kısıtlanması yahut ortadan kaldırılması yasaklanmıştır.

III. Uygulama Alanından Hariç Bırakılan Haller

Ulusal demiryolu altyapı ağından bağımsız olan şehir içi raylı toplu taşıma hizmetleri ile belli bir işletmenin veya kurumun dâhili yolcu taşıma ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla kurulmuş demiryolu altyapıları üzerinde hizmet alan ve hizmet verenler, Yönetmelik'in 2. maddesinin 2. fıkrası uyarınca uygulama alanından hariç bırakılmıştır. Uygulama alanında hariç bırakılan şehir içi raylı toplu taşıma hizmetlerine ilişkin olarak Yönetmelik ile bir tanım getirilmiştir. Buna göre şehir içi raylı toplu taşıma hizmetleri, ulusal demiryolu altyapı ağına bağlı olmayan bir şehir merkezi veya şehirleşmiş bölge, il ve civar bölgeleri arasındaki ulaşım ihtiyaçlarının karşılanması için sunulan metro, tramvay, banliyö ve benzeri raylı sistemleri ile verilen demiryolu taşıma hizmetlerini ifade etmektedir.

Bununla beraber Yönetmelik hükümlerinin, ulusal demiryolu altyapı ağından bağımsız olan altyapılar üzerinde, turistik, tarihi, eğlence, müze sergilemesi, gösteri ve benzeri amaçlarla hizmet alanları ile hizmet verenleri ve ulusal demiryolu altyapı ağında yapılan banliyö taşımacılık hizmetlerini kapsamadığı da hüküm altına alınmıştır. Banliyö taşımacılık hizmetleri de Yönetmelik uyarınca ulusal demiryolu altyapı ağına bağlı olan bir şehir merkezi veya şehirleşmiş bölge, il ve civar bölgeleri arasında metro, hafif raylı ve benzeri sistemlerle yapılan yolcu taşımacılığı şeklinde tanımlanmıştır.

²¹ Benzer bir düzenleme TTK m. 853 ile öngörülmüştür. Bu hükme göre taşıyıcı, taşıma işini deniz, demir ve havayolu taşıyıcısına gördükleri takdirde de TTK ile kendisine yüklenen sorumluluğun hafifletilmesi yahut kaldırılması isteyemeyecektir. Aynı şekilde TTK m. 854'e göre, kanunun, taşıyıcıya ve faaliyetleri Devlet iznine bağlı taşıma işletmelerine yüklediği sorumlulukların, önceden hafifletilmesi veya kaldırılması sonucunu doğuran tüm sözleşme hükümleri geçersiz olacaktır.

IV. Demiryolu Tren İşletmecisinin Yükümlülükleri

A. Yolcuyu ve Bagajı Sağ ve Sağlıklı Olarak Zamanında Ulaştırma Yükümlülüğü

Demiryolu ile yolcu taşıma sözleşmesi uyarınca demiryolu tren işletmecisinin en temel borcu yolcuyu ve bagajı sağ ve sağlıklı olarak varma yerine güvenle ulaştırmasıdır. Bu borca aykırılıktan sorumluluk Yönetmelik ile düzenleme alanı bulmaktadır. Yönetmelik'in 19. maddesine göre demiryolu tren işletmecisi, yolcunun trene binış veya trenden iniş esnasında veya trende bulunduğu sırada ölümüne veya herhangi bir bedensel zarara uğramasına neden olan kazalardan; bagajın veya eşyanın, taşıma esnasında, trende, istasyonda veya istasyon dışında muhafaza ve nezareti altında bulunduğu süre içerisinde kayıp veya zarara uğramasından sorumlu tutulmaktadır²². Bu sorumluluk aşağıda daha detaylı olarak ele alınacaktır.

B. Hijyen Sağlama Yükümlülüğü

Yönetmelik'in 19. maddesinin 5. fıkrasına göre demiryolu tren işletmecisi, genel sağlık şartlarından, temiz gıda ve su sunumundan, trende bulunan tuvaletlerin, koltukların bagaj bölümlerinin temizliğinden ve uygun hijyen sağlanmasından sorumludur.

C. Acil Durumlara İlişkin Yükümlülükler

Demiryolu tren işletmecisi yolcu trenlerinde acil durumlarda ihtiyaç duyulabilecek ilk yardım müdahalesine yönelik düzenleme yapmakla yükümlü tutulmuştur. Sağlık Bakanlığı Acil Sağlık Hizmetleri Genel Müdürlüğüne belirlenen gerekli tıbbi malzemeyi trende bulundurmak zorundadır. Bir rahatsızlık anında 112 komuta kontrol merkezine haber verilir. Ayrıca demiryolu tren işletmecisi, bir ihbar veya şüphe halinde en yakın kolluk kuvvetlerine bildirimde bulunur.

D. Bilgilendirme Yükümlülüğü

Yönetmelik'in 7. maddesi uyarınca demiryolu tren işletmecisinin, yolculara seyahat öncesinde ve seyahat esnasında bazı bilgileri görsel ve/veya işitsel olarak

²² Benzer bir sorumluluk hali 20.082016 tarihli Demiryolu İşletmeciliği Yetkilendirme Yönetmeliği'nin 27. maddesi ile de öngörülmektedir. Bu hükme göre yolcu taşımacılığına ilişkin yetki belgesini haiz olan tren işletmecileri, duraklamalar da dahil olmak üzere kalkış noktasında trene binış anından varış noktasında trenden iniş anına kadar olan seyahati süresince kendi kusurundan kaynaklanabilecek bir kaza sonucu yolcuların ve trende görevli bulunan çalışanların yaralanması ve ölümünden sorumlu tutulmaktadır.

engelli yolculara da uygun bir şekilde sunması gerekmektedir²³. Bilgilendirme yükümlüsü demiryolu tren işletmecisi ile acentedir. Bilgilendirme yükümlülüğünün muhatabı ise yolcudur.

Demiryolu tren işletmecisinin genel sorumluluklarını düzenleyen 19. maddenin 3. fıkrasında ise demiryolu tren işletmecisinin kusuru dışında meydana gelen olaylar sonucunda oluşan ölüm ve yaralanmalarla ilgili olarak demiryolu tren işletmecilerinin, mağdurların üçüncü şahıslara karşı tazminat taleplerini sürdürebilmeleri için gerekli bilgi ve belgelerin paylaşımını sağlamakla yükümlü olduğu öngörülmüştür. Dikkat edilmesi gereken nokta, burada kanun koyucunun “kaza” kavramı yerine “olay” kavramını tercih etmesidir. Kanaatimizce kanun koyucu bu hükümde kaza yerine olay kavramını iradi olarak kullanmıştır. Zira kaza sonucu meydana gelen zararlardan demiryolu tren işletmecisi sorumlu tutulmaktadır. Ancak ilgili hükümde demiryolu tren işletmecisinin kusuru dışında meydana gelen olaylardan söz edilmektedir. Başka bir deyişle demiryolu tren işletmecisinin sorumluluktan kurtulduğu haller, “kaza” olarak değil, “olay” olarak anılmıştır²⁴. Bu tür durumlarda da demiryolu tren işletmecisi mağdurların sorumlu diğer şahıslara başvurarak tazminata kavuşabilmeleri amacıyla gerekli bilgi ve belgeleri sağlamakla yükümlü tutulmaktadır.

Ayrıca demiryolu tren işletmecisi, işletmeciliğe başlamadan önce sürekli faal olacak bir internet sitesi kurmak, bu sitelere erişim adresini Bakanlığa bildirmek, kurulacak sitede geçerli hat, güzergâh, ücret ve zaman tarifeleri, acente ile kendilerine ait iletişim ve benzeri bilgilere yer vermek, bu bilgilerden herhangi birisinin değişmesi halinde ise en geç 24 saat içinde değişen bilgileri güncellemekle yükümlüdür.

Demiryolu tren işletmecisi yolcuları, bu Yönetmelik ile belirlenen hak, sorumluluk ve yükümlülüklerini içeren “Yolcu Hakları Bildirimi”ni hazırlayarak bilgilendirmeli; bunları resmi internet sitesinde yayımlamalı ve basılı olarak yolcuların rahatlıkla erişebileceği şekilde kendilerine sunmalıdır²⁵.

²³ Bu bilgilendirme yükümlülüğünün kapsamı Yönetmelik uyarınca oldukça geniş tutulmuştur. Buna göre, demiryolu tren işletmecileri ya da acenteler, seyahat öncesinde yolculara taşıma sözleşmesinin genel şartları, bilet satış, iptal ve iade ile ilgili prosedürler, yolculuğun süresi ve güzergâhı, trende engelli ve/veya hareket kabiliyeti kısıtlı kişilere yönelik araç-gereç ve imkânların bulunup bulunmadığı, bulunuyorsa bunlara erişim şartları, evcil hayvanların taşınmasına ait şartlar, araç taşımacılığı olup olmadığı ve erişim şartları, trende birinci, ikinci sınıf, kuşet, yataklı vagon gibi imkânların bulunup bulunmadığı, hizmetleri aksatıcı veya gecikmeye meydan veren herhangi bir faaliyetin olup olmadığı, seyahat esnasındaki sunulacak hizmetler, kayıp el bagajı, bagaj ve eşya taşımasıyla ilgili prosedürler ve şikâyetlerin nasıl iletileceği ile ilgili prosedürler hakkında bilgi vermekle yükümlüdür. Yolculuk esnasında ise trendeki hizmetler, sonraki istasyon, gecikmeler, ana aktarma hizmetleri, emniyet ve güvenlikle ilgili hususlar hakkında bilgi verilmesi gerekmektedir.

²⁴ Zira olay kavramı Yönetmelik’in 4. maddesinin (u) bendine göre, “istenmeyen, beklenmedik, demiryolu sisteminin işleyişini ve/veya emniyetini etkileyen, kaza tanımı dışında kalan durumlar” şeklinde tanımlanmaktadır. Başka bir deyişle kaza kavramının unsurlarını içermekle birlikte, yani istenmeyen ve beklenmedik olmakla beraber kaza olarak nitelendirilemeyecek haller “olay” olarak ifade edilecektir. Kaza kavramıyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. V. A. 1. a. Kaza başlıklı bölüm.

²⁵ Havayolu ile Seyahat Eden Yolcuların Haklarına Dair Yönetmelik’te de çok benzer bir hüküm yer almaktadır. Yönetmelik’in 15. Maddesine göre yolcuyla uçağa kabul etmeyen, uçuşu iptal eden ya da tehir eden hava taşıma işletmesi, yolcuları haklarına ilişkin bilgilendirmelidir. Yolcunun uçağa Kabul edilmemesi ve uçuşun iptali halinde bu bilgilendirme yazılı olarak yapılmalıdır. En az iki saatlik tehir durumunda ise yolcular yazılı olarak bilgilendirilebileceği gibi sözlü veya elektronik olarak da bilgilendirilebilir.

E. Kişisel Verilerin Korunması

Yönetmelik'in 23. maddesi uyarınca demiryolu tren işletmecisi, kişisel verilerin korunmasına ilişkin ilgili mevzuat hükümlerine uyarak güvenlik politikasının belirlenmesinden, kişisel verilere sadece yetkili kişiler tarafından erişilebilmesi ve kişisel verilerin tutulduğu sistemlerin güvenliğinin sağlanmasından, buna yönelik uygun teknik ve idari tedbirlerin alınmasından sorumludur. Aynı şekilde yolcu, bagaj ve eşyalara ait kişisel verilerin gizliliği ve güvenliğinin de sağlanması gerekmektedir. Sonuç itibariyle demiryolu tren işletmecisi, faaliyeti esnasında gerçekleştirilen her türlü işlemi 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanununa göre yapmakla yükümlü kılınmıştır.

V. Demiryolu Tren İşletmecisinin Sorumluluğu

A. Yolcunun Kaza Sonucunda Ölümü, Bedensel Zarara Uğraması Halinde Sorumluluk

Demiryoluyla yolcu taşıma sözleşmesi uyarınca demiryolu tren işletmecisinin yolcuyla sağ ve salim olarak ulaştırma borcu bulunmaktadır. Bu borca aykırılık durumunda sorumluluğu gündeme gelecektir. Demiryolu tren işletmecilerinin yolcuların ölümü ya da yaralanmasından doğan sorumluluğu öncelikle 19. maddenin 2. fıkrasının (a) bendinde "Demiryolu tren işletmecisi yolcunun trene binış veya trenden iniş esnasında veya trende bulunduğu sırada ölümüne veya herhangi bir bedensel zarara uğramasına neden olan kazalardan sorumludur" şeklinde düzenlenmiştir. Ardından 24. maddenin 1. fıkrasında "Demiryolu tren işletmecisi, yolcunun trene binerken, trenden inerken veya trende bulunduğu sırada demiryolu sistemi ile ilgili bir kaza nedeni ile ölmesinden veya yaralanmasından ve bunlara bağlı fiziki ve ruhsal bütünlüğüne gelebilecek her türlü zarardan sorumludur." hükmü sevk edilmiştir. Görüldüğü üzere 19. madde ile öngörülen sorumluluğa ilişkin esaslar, 24. madde ile tekrar edilmiştir.

1. Sorumluluğun Şartları

a. Kaza

Sorumluluğun gündeme gelebilmesi için öncelikle bir kazanın meydana gelmesi gerekmektedir. Kaza kavramı ise 2. maddenin (t) bendine göre maddi hasar, ölüm, yaralanma gibi zararlı sonuçları olan, istenmeyen, beklenmedik, ani ve kasıtsız bir

olay veya olaylar zincirini ifade etmektedir²⁶.

Her iki maddeye göre demiryolu tren işletmecisi yolcunun trene binerken, trenden inerken ve trende bulunduğu esnada meydana gelen kaza sonucu ölmesinden ya da yaralanmasından sorumludur. Ancak 24. madde kazanın “demiryolu sistemi ile ilgili” bir kaza olması gerektiğini de öngörmektedir. Kanımızca kazanın demiryolu sistemi ile ilgili bir nedenden kaynaklanması şartı 19. madde ile öngörülen esaslarla çelişmektedir. Diğer taraftan yolcuların “iniş, binış ve araçtayken” geçirdiği kazalardan sorumluluk havayolu ile taşımalar bakımından Varşova Sözleşmesi ve Montreal Sözleşmesi ile öngörülmektedir²⁷. 1929 tarihinde kabul edilen Varşova Sözleşmesi, 1999 yılında Montreal Sözleşmesi’nin kabul edilmesine kadar geçen sürede havayolu işletmecilerinin yolcunun iniş, binış sırasında ya da hava aracındayken geçirdiği kazalardan sorumluluğu düzenlenmektedir. Her iki Sözleşme de dünya çapında genel kabul görmüş milletlerarası sözleşmelerdir²⁸. Her iki Sözleşme bakımından da yolcuyu zarara uğratan kazanın “havayolu sistemi ile ilgili bir neden”den kaynaklanmasına ilişkin bir şart yer almamaktadır²⁹. Bu çerçevede ilgili şartın m. 19 ile düzenlenmediği de göz önünde bulundurulduğunda kanaatimizce kaza demiryolu ile ilgili bir sistemden kaynaklanmasa dahi demiryolu tren işletmecisini sorumlu tutmak mümkündür.

²⁶ 19.11.2015 tarih ve 29537 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Demiryolu Emniyet Yönetmeliği uyarınca da “kaza” kavramı aynı şekilde tanımlanmıştır. Aynı Yönetmelik’te ayrıca “ciddi kaza” kavramının tanımına da yer verilmiştir. Buna göre ciddi kaza, tren çarpışması, trenin yoldan çıkması veya benzeri bir olay neticesinde en az bir kişinin ölümü ya da beş veya daha fazla kişinin ağır yaralanması ile sonuçlanan ya da araçlarda, yolda, diğer tesislerde ve/veya çevrede inceleme sonucu en az altı milyon TL ağır hasara yol açan kazaları, emniyet yönetimini ya da emniyet kurallarını açıkça etkileyen benzer kazaları ifade etmektedir. Konuyla ilgili bir de 14.11.2019 tarihli ve 30948 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Demiryolu Kazalarını ve Olaylarını Araştırma ve İnceleme Yönetmeliği bulunmaktadır. Bu yönetmelik uyarınca “kaza” kavramı yine aynı şekilde tanımlanmıştır. Ancak bunun yanı sıra bir de “ciddi kaza” kavramı, “En az bir kişinin ölümü veya en az beş kişinin ağır yaralanması ile sonuçlanan ya da araçlarda, yolda, diğer tesislerde veya çevrede meydana getirdiği zararların toplamı en az iki milyon Euro karşılığı TL olan kazalar” şeklinde tanımlanmıştır. Görüldüğü üzere ciddi kaza kavramı, adı geçen iki yönetmelik uyarınca farklı şekilde tanımlanmıştır. Ancak bu tanımların Demiryolu ile Seyahat Eden Yolcuların Haklarına Dair Yönetmelik bakımından herhangi bir etkisi bulunmamaktadır. Zira çalışmamızın konusunu oluşturan Yönetmelik uyarınca, demiryolu tren işletmecisinin sorumlu tutulması için ciddi bir kazanın değil, bir kazanın meydana gelmesi gerekli ve yeterlidir.

²⁷ 1929 tarihli “Uluslararası Hava Taşımalarına İlişkin Bazı Kuralların Birleştirilmesi Hakkında Sözleşme” (Varşova Sözleşmesi) ve onu tadil eden protokol ve sözleşmeler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Tuba Birinci Uzun, *Uluslararası Hava Taşımalarında Taşıyıcının Sorumluluğu*, (2. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2015) 21 vd.; Banu Bozkurt-Bozabalı, *Havayoluyla Yolcu Taşıma Sözleşmelerinde Taşıyanın Ölüm ve Cismani Zarardan Doğan Hukuki Sorumluluğu*, (Seçkin Yayıncılık 2013) 49 vd. 1999 tarihli “Uluslararası Hava Taşımalarına İlişkin Bazı Kuralların Birleştirilmesi Hakkında Sözleşme” (Montreal Sözleşmesi) hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Birinci-Uzun, (n 23) 30 vd.; Bozkurt-Bozabalı, (n 23) 76 vd. Varşova Sözleşmesi yolcu taşımalarını düzenleyen ilk milletlerarası sözleşmedir, ve dünya çapında genel kabul gördüğü için Varşova Sözleşmesi ile öngörülen ilkeler sonrada başka milletlerarası sözleşmeler ve ulusal düzenlemeler tarafından benimsenmiştir.

²⁸ ICAO’nun internet sitesinden edinilen bilgiye göre Varşova Sözleşmesi’ne 16.03.2020 tarihi itibarıyla 152 Taraf Devlet bulunmaktadır. https://www.icao.int/secretariat/legal/List%20of%20Parties/WC-HP_EN.pdf Montreal Sözleşmesi’ne ise 24.09.2020 tarihi itibarıyla 137 Taraf Devlet bulunmaktadır. https://www.icao.int/secretariat/legal/List%20of%20Parties/Mtl99_EN.pdf

²⁹ Varşova ve Montreal Sözleşmeleri’nde böyle bir şart yer almamaktadır ancak havacılığın karakteristik risklerinden kaynaklanan kazalardan havayolu taşıyıcısının sorumlu olup olmayacağı mahkemeler tarafından değerlendirme konusu yapılmış ve mahkemeler taşıyıcıların havacılığın karakteristik risklerinden kaynaklanan kazalardan sorumlu olacağına karar vermiştir. İlgili örnekler ve ayrıntılı bilgi için bkz. Birinci-Uzun, (n 23) 62-64; Bozkurt-Bozabalı, (n 23) 133-135; İlyas Gölçüklü, *Hava Hukuku*, (On İki Levha Yayıncılık 2018) 85-86.

b. Kazanın Trene Binerken, Trenden İnerken ya da Trendeyken Meydana Gelmesi

Demiryolu tren işletmecisinin yolcunun ölümü ya da bedensel zarara uğramasına sebep olan kaza bakımından sorumluluğunun doğması için kazanın yolcu trenden inerken, trene binerken ya da yolcunun trende olduğu esnada meydana gelmesi gerekmektedir. Bu kapsamda yolcunun trende olduğu anın tayini bakımından herhangi bir sorun yoktur. Ancak yolcunun trene binerken ve trenden inerken zarar görmesi bakımından demiryolu işletmecisinin sorumluluğunun ne zaman başlayıp hangi ana kadar devam edeceğini belirlemek gerekmektedir.

Yolcuların trene binmeden önce garda veya istasyonda meydana gelen olaylar sonucu ölmesi ya da yaralanması durumunda demiryolu tren işletmecisinin sorumlu tutulup tutulamayacağı, demiryolu tren işletmecisinin sorumluluğunun hangi andan itibaren başladığı önem arz etmektedir. Yargıtay 4. HD. tarafından verilen 29.01.2003 tarihli kararda gar ve istasyon gibi yerlerde terör saldırısı sonucu kişilerin ölümü ve yaralanması hali bakımından taşıyıcının taşıdığı kişi ve eşya ile ilgili gerekli önlemleri alması ve taşıdığı yolcuların güvenliğini sağlamak için kişileri ve eşyaları denetimden geçirmesi gerektiği bu itibarla da teröristlerin bomba veya silah yüklü olarak trene binmesinin önlenmesine ilişkin denetimin demiryolu işletmesinin yüksek özen borcu çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiği hüküm altına alınmıştır³⁰.

Yolcular trenden indikten sonra demiryolu tren işletmesinin sorumluluğunun hangi ana kadar devam edeceğinin de belirlenmesi gerekmektedir. Yolcuların trenden inmelerinin ardından güvenli bir alana çıkmalarına kadar yolcu olma sıfatlarının devam ettiği kabul edilmektedir³¹. Bu yönde verilen bir Yargıtay kararında, yolcunun trenden inerek istasyonu geçtiği sırada diğer yönden gelen trenin altında kalarak hayatını kaybettiği olayda, yolcuların trenden inip emniyetli bir alana çıkışlarına kadar yolcu niteliklerinin devam ettiği öngörülmüştür³².

Karayolu Taşıma Kanunu'nun 17. maddesi uyarınca şehirlerarası ve uluslararası yolcu taşımacıları; duraklamalar dahil olmak üzere yolcunun kalkış noktasından, varış noktasına kadar geçecek süre içinde meydana gelecek bir kaza nedeniyle yolcunun ölümü, yaralanması ya da eşyasının zarara uğramasından dolayı sorumludur. Bu itibarla Karayolu Taşıma Kanunu bakımından sorumluluk yolcunun kalkış noktasından varış noktasına kadar geçecek süre içinde meydana gelen kaza sonucu ortaya çıkmaktadır. Yönetmelik'te ise sorumluluk; kazanın trene binerken, trende ya da trenden inerken meydana gelmesi sonucu doğacaktır. Burada Karayolu Taşıma Kanunu'ndan ziyade Varşova Sözleşmesi ile Montreal Sözleşmesi'ne benzer bir yaklaşım benimsendiği gözlenmektedir. Zira Varşova Sözleşmesi'nin ve Montreal

³⁰ Yargıtay 4. HD. 2002/10635 E. 2003/94 K. (Çelik, (n 9) 551)

³¹ Çelik, (n 9) 551-552.

³² 11. HD. 21.01.1986, 6200-38. (Çelik, (n 9) 551-552.)

Sözleşmesi'nin 17. maddeleri uyarınca yolcunun ölümü ya da yaralanmasına sebebiyet veren kazanın yolcunun hava aracına binerken, hava aracı içerisindeyken ya da hava aracından inerken meydana gelmiş olması haline havayolu taşıyıcısı zarardan sorumlu tutulmaktadır. Yönetmelik de sorumluluk bakımından çok benzer esaslar öngörmektedir. Dolayısıyla Varşova Sözleşmesi ve Montreal Sözleşmesi bakımından sorumluluğun hangi anda başlayıp hangi ana kadar devam ettiğini belirlemek kanaatimizce Yönetmelik ile öngörülen sorumluluk rejimi bakımından da yol gösterici olacaktır. Varşova ve Montreal Sözleşmeleri bakımından yolcu hava aracına binme iradesini ortaya koyduğu takdirde biniş işlemleri başlamış kabul edilmektedir³³. Bu çerçevede mahkemeler tarafından getirilen bir başka kıstas ise yolcunun taşıyıcının talimatlarıyla ve taşıyıcının hakimiyeti altında biniş işlemlerini yerine getirip getirmediğine ilişkindir³⁴. Havayolu taşıması bakımından doktrin ve mahkeme kararları ile belirlenen bu iki kıstas, kanaatimizce demiryolu taşımacılığı bakımından da uygulanabilir niteliktedir. Sonuç olarak Yönetmelik uyarınca demiryolu tren işletmecisinin sorumluluğunun yolcunun trene binme iradesi çerçevesinde hareket ederek, demiryolu tren işletmecisinin talimatları doğrultusunda demiryolu tren işletmecisinin hakimiyeti altına girdiği andan başladığının kabul edilmesi makul ve hakkaniyetli bir çözüm teşkil edecektir.

Yolcunun trenden iniş işlemlerinin ne zaman tamamlanmış kabul edileceğini belirlemek üzere yol göstermesi için Varşova Sözleşmesi ile Montreal Sözleşmesi'nin uygulaması değerlendirildiğinde; havayolu taşıyıcısının bagajı yolcuya teslim etmesiyle sözleşmeden doğan edimini tamamen ifa etmiş sayılacağı biniş işlemlerinin de bu noktada tamamlandığı kabul edilmektedir³⁵. Ancak yolcunun bagajı alma anına kadar ortaya çıkması muhtemel kazalar bakımından yine de yolcunun faaliyetinin ve kaza anında bulunduğu yerin de değerlendirilmesi gereği anlayışı benimsenmektedir. Yönetmelik bakımından da yine benzer bir yorum getirilmesi mümkündür. Demiryolu tren işletmecisi bagajı yolcuya teslim ettiği ana kadar sorumlu tutulacaktır; ancak o ana kadar meydana gelen zararlar bakımından yolcunun zararın meydana geldiği anda nerede olduğu ne yaptığı gibi hususların da göz önünde bulundurulması gerekmektedir³⁶. Öte yandan yukarıda atıf yaptığımız

³³ Bunun için de havayolu taşıma bakımından yolcunun check-in işlemini yaptırarak biniş kartını alması gerekmektedir. (Bülent Sözer, 'Havayolu ile Yapılan Milletlerarası Taşımalarda Yolcunun Ölümü veya Yaralanması Sonucundan Doğan Zararlardan Taşıyanın Sorumluluğu', (1978) BATİDER C. IX, S. 3 781-782 ("Havayolu"); Bülent Sözer, 'Havayolu ile Yapılan Uluslararası Taşımalarda Taşıyanın Sorumluluğunu Düzenleyen Varşova/La Haye Sisteminin Tadiline İlişkin 1999 Montreal Sözleşmesi', (2001) BATİDER, C. XXI, S. 1, 177; Birinci-Uzun, (n 23) 67-68. Günümüzde biletler çoğunlukla elektronik ortamda düzenlenmeye başlamıştır. Elektronik biletler bakımından ise yolcunun kimlik belgesini ibraz ederek bagajını teslim etmesiyle havayolu taşıyıcısının sorumluluğunun başladığı kabul edilmektedir. (Birinci-Uzun, (n 23) 68.) Aynı şekilde bir çözüm demiryolu taşıması bakımından da kabul edilebilir. Zira Yönetmelik seyahat belgesinin elektronik ortamda düzenlenmesine vevaz vermektedir. Demiryolu ile yolcu taşınması bakımından yine elektronik ortamda düzenlenen bu bilet ile kimliğin demiryolu tren işletmecisinin istihdam ettiği kişilere gösterilmesiyle demiryolu tren işletmecisinin sorumluluğunun başlayacağını kabul etmek kanaatimizce isabetli olacaktır.

³⁴ Sözer, Havayolu (n 29) 782-783; Sözer, Montreal (n 29) 178; Hüseyin Ülgen, *Hava Taşıma Sözleşmesi* (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları 1987) 166; Birinci-Uzun, (n 23) 68-69.

³⁵ Birinci-Uzun, (n 23) 73.

³⁶ Birinci-Uzun, (n 23) 73.

Yargıtay kararında yolcular bagajını aldıktan sonra güvenli bir alana çıkana kadar demiryolu tren işletmecisinin sorumluluğunun devam ettiği öngörülmüştür. Sonuç olarak tüm ilgili hususlar değerlendirildiğinde, kanaatimizce demiryolu tren işletmecisinin yolcuya bagajını teslim etmesinin akabinde yolcunun güvenli bir alana çıkmasına kadar sorumluluğunun devam ettiğini kabul etmek gerekmektedir.

c. Yolcunun Ölümü veya Bedensel Zarara Uğraması

Yönetmelik'in 19. maddesine göre demiryolu tren işletmecisi yolcunun ölümü veya bedensel zarara uğramasından sorumlu tutulmaktadır. 24. maddeye göre ise demiryolu tren işletmecisi yolcunun ölmesinden veya yaralanmasından ve bunlara bağlı fiziki ve ruhsal bütünlüğüne gelebilecek her türlü zarardan sorumludur³⁷.

d. Zarar ile Kaza Arasında Nedensellik Bağı

Demiryolu tren işletmecisinin ilgili zarardan tutulabilmesi için zarar ile kaza arasında nedensellik bağının bulunması gerekmektedir. Zira hukukun genel bir prensibi olarak hukuka aykırı eylem ile ortaya çıkan zarar arasında ancak nedensellik bağının bulunduğu durumlarda zarar tazmin edilebilir ve bu itibarla da nedensellik bağı, sorumluluğun kurucu unsurunu teşkil etmektedir³⁸. Türk haksız fiil hukukunda uygun nedensellik bağı teorisi baskın olarak kabul edilmektedir³⁹. Buna göre bir sebebin zararın meydana gelmesine etkisi hayatın olağan akışına ve hayat deneyimlerine uygun olduğu takdirde zarar ile kaza arasında uygun nedensellik bağının bulunduğunu söylemek mümkündür⁴⁰.

2. Müteselsil Sorumluluk

TBK m. 61'e göre, "Birden çok kişi birlikte bir zarara sebebiyet verdikleri veya aynı zarardan çeşitli sebeplerden dolayı sorumlu oldukları takdirde haklarında müteselsil sorumluluğa ilişkin hükümler uygulanır." Taşıma bazen tek bir taşıyıcı tarafından ifa edilmeyip birden fazla taşıyıcı tarafından ifa edilebilir. Böyle bir taşımanın söz konusu olabilmesi için taşımanın mutlaka aktarmalı olması gerekmektedir. Zira Yönetmelik'in 28. maddesi, "tek bir seyahat belgesine veya aktarmalı bilete

³⁷ Ölüm halinde ödenecek tazminat Yönetmelik'in 25. maddesi ile, yaralanma halinde tazminat ise Yönetmelik'in 26. maddesi ile düzenlenmektedir. Bu hükümler çerçevesinde tazminat miktarları ise genel hükümler uyarınca belirlenecektir. TBK m. 53 uyarınca ölüm halinde talep edilebilecek zarar kalemleri sınırlı olmamak kaydıyla sayılmıştır. Buna göre ölüm halinde, cenaze masrafları, ölümün hemen gerçekleşmediği durumlarda tedavi giderleri ile çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan zararlar ile destekten yoksun kalma tazminatı talep edilebilir. TBK m. 54 uyarınca ise bedensel zararlar; tedavi masrafları, kazanç kaybı, çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan zararlar ile ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan zararlar şeklinde sayılmıştır. Bunların yanı sıra bedensel zarar yahut ölümün gerçekleşmesi halinde TBK m. 56 uyarınca hakim manevi tazminat ödenmesine karar verebilecektir.

³⁸ Haluk Tandoğan, *Türk Mes'uliyet Hukuku (Akdi ve Akit Dışı Mes'uliyet)* (Vedat Kitapçılık 2010) 71; Başak Baysal, *Haksız Fiil Hukuku* (On İki Levha Yayıncılık 2019) 192.

³⁹ Baysal, (n 34) 197 vd.

⁴⁰ Baysal, (n 34) 206.

konu olan bir taşımacılık hizmeti müteakip taşımacılar tarafından yapıldığında” ifadesini içermektedir. Aktarmalı bilet kavramı ise 4. maddenin (b) bendinde, “Bir veya birden fazla demiryolu tren işletmecisi tarafından sunulan ardışık demiryolu taşımacılık hizmetinde bir taşıma sözleşmesi karşılığı verilen bilet veya biletler” şeklinde tanımlanmaktadır. İşte bu iki hal bakımından da müteakip taşıma söz konusu olduğu takdirde, taşıma sözleşmesine göre kazanın meydana geldiği esnada taşımayı fiilen ifa eden müteakip taşıyıcılar, yolcuların ölümünden veya yaralanmalarından demiryolu tren işletmecisi ile müteselsil olarak sorumlu tutulacaktır. Bu itibarla zarar gören yolcu ya da yolcunun yakınları tazminat talebini aldıkları bilete adı görünen demiryolu tren işletmecisine karşı yöneltebilecekleri gibi taşımayı bizzat ifa eden taşıyıcıya karşı da yöneltebilecektir.

Diğer taraftan 28. maddenin 2. fıkrasında demiryolu araçlarının feribotla taşınması hali de göz önünde bulundurularak bu duruma ilişkin bir hüküm sevk edilmiştir. Söz konusu hükümde demiryolu araçları feribotla taşındığında da yolcuların demiryolu aracına binerken, araçtan inerken ya da araçtayken meydana gelen kaza sonucu ölümü, yaralanması, yolcunun el bagajının, üzerinde ve yanında bulundurduğu eşyaların ve yolcunun beraberindeki evcil hayvan ile araçların kısmen veya tamamen zıyaa yahut hasara uğraması halinde, yolcuların ölmeleri ve yaralanmaları halinde sorumluluk ile ilgili hükümler uygulanır denmektedir. Bu hüküm ifade açısından çelişkili ve anlaşılması zor bir hükümdür. Kanun koyucu esas itibarıyla demiryolu araçlarının feribotla taşınması halinde de demiryolu tren işletmecinin sorumluluğunun aynı şekilde doğacağını hüküm altına almaktadır.

Bazen demiryolu tren seferleri arıza gibi sebeplerle geçici olarak kesintiye uğrayabilir. Böyle bir durumda yolcuların başka bir taşıma aracına aktarılması gündeme gelebilecektir. Yönetmelik’in 28. maddesinin 3. fıkrası bu durumu düzenlemektedir. Buna göre demiryolu tren işletmecisinin bu tür kesintiler nedeniyle yolcuların başka bir araçla taşınırken zarar görmesi halinde de sorumlu tutulacağı öngörülmektedir.

3. Demiryolu Tren İşletmecisinin Yolcunun Ölümü veya Bedensel Zarara Uğramasına İlişkin Sorumluluktan Kurtulması

Demiryolu tren işletmecisinin yolcunun ölümü ve yaralanması halindeki sorumluluktan kurtulmasına ilişkin haller Yönetmelik’in 24. maddesinin 2. fıkrası ile düzenlenmektedir. Buna göre zararın mücbir sebep, zarar görenin kusuru nedeniyle meydana gelmesi, zararın üçüncü bir kişinin kusuru nedeniyle meydana gelmesi hallerinde demiryolu tren işletmecisi sorumluluktan kurtulabilecektir. Bu üç hal esas itibarıyla zarar ile kaza arasındaki nedensellik bağına kesmektedir.

a. Mücbir Sebep

Mücbir sebep öngörülemez, önlenemez nitelikte meydana gelen, olağanüstü bir olay olarak nitelendirilmektedir⁴¹. Demiryolu işletmeciliği bakımından değerlendirildiğinde heyelan, toprak kayması, yer çökmesi, kaya yuvarlanması gibi haller ile iklim koşulları yani yoğun kar yağışı, buzlanma ve sel gibi sonuçlarının engellenemediği durumlar mücbir sebep teşkil etmemektedir⁴². Zira tren seferlerini organize ederken demiryolu tren işletmecisinin iklim koşulları ile coğrafi koşulları değerlendirmesi ve belirli aralıklarla denetlemesi, gerekli tedbirleri alarak güvenliği tehdit eden bir unsur olduğu takdirde seferleri durdurması gerekmektedir⁴³.

b. Zarar Görenin Kusuru

Yönetmelik uyarınca zarar görenin kusuru bulunduğu haller bakımından demiryolu tren işletmecisini sorumlu tutmak mümkün değildir. Zarar görenin kusuru nedensellik bağımlı kesen hallerden biridir. Bu sebeple zarar görenin kusuru söz konusu olduğunda sorumluluk doğmayacaktır. Kişinin kendi kusurundan yararlanamayacağı, genel bir hukuk ilkesidir. TBK m. 52 uyarınca zarar gören, zararın doğmasına neden olduğu ya da tazminat yükümlüsünün borcunu ağırlaştırdığı takdirde hakim tazminatın indirilmesine ya da tamamen kaldırılmasına karar verebilecektir. Bu bağlamda, demir yolu tren işletmecisi zarar görenin kusuru oranında sorumluluktan kurtulacaktır⁴⁴.

Yönetmelik burada salt olarak zarar görenin kusuru halinde demiryolu tren işletmecisinin sorumluluğunun sona ereceğini öngörmektedir. Zarar görenin kusuruna ilişkin herhangi bir derecelendirme yapılmamıştır. Öte yandan haksız fiil hukukunda nedensellik bağımlı kesen bir sebep olarak zarar görenin kusurunun, ancak ağır kusur teşkil ettiği takdirde nedensellik bağımlı keseceği baskın görüş olarak kabul edilmektedir⁴⁵.

⁴¹ Çelik, (n 9) 554; Baysal, (n 34) 212. Doktrinde mücbir sebep kavramının unsurları, harici olması, öngörülemez olması ve önlenemez olması şeklinde sayılmaktadır. (Fikret Eren, *Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağlı Teorisi*, (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1975) 181-184; Baysal, (n 34) 212-213.) Tandoğan ise mücbir sebebi mutlak olarak kaçınılmaz surette bir borcun ihlaline sebep olan harici nitelikteki bir olay olarak tanımlamaktadır. Ayrıca uygulamada deprem, şiddetli kış, pek şiddetli anormal yağmurlar gibi hallerin mücbir sebep olarak nitelendirildiği de belirtilmektedir. (Tandoğan, (n 34) 464-468.)

⁴² Çelik (n 9) 554.

⁴³ Çelik (n 9) 554. Çelik, bu kapsamda rayların döşendiği arazi yüzeyinin, dağ, tepe ve tünellerin, özellikle heyelan bölgelerinin kısa zaman aralıklarıyla gözden geçirilmesi, demiryolu alt yapısının, ray ve traverslerin sık sık onarılması, hız sınırlarının belirlenmesi ve frenlerin belirli aralıklarla kontrol edilmesi gerektiğini belirtmektedir. (Çelik (n 9) 554-555.)

⁴⁴ Yargıtay 19. HD. 17.05.1993 tarihli ve 1993/3814 sayılı kararında da bu yönde karar vermiştir: "... uzman bilirkişi incelemesi sonucu düzenlenen raporda, olay yerinin demiryolu-karayolu hemzemin geçidi olduğu, karayolu geçit düşey işaretlemenin tam olarak konulduğu, treylerin geçit öcesinde fren izleri bulunmadığı, görüşün açık olduğu belirlenmiştir. Davacı treyler sürücüsünün; geçiş öncesi işaretlemeye dikkat etmediği, önceden hızını azaltıp 5 metre kala durup gelmesi olası trene bakmadığı, seyir hızıyla geçide girdiğinden tam kusurlu, soldan gelen düdük çalıp fren yapan tren makinistinin ise kusursuz olduğu açıklanmıştır. ... zarar görenin eylemi, zararın meydana gelmesine yol açmışsa sorumluluk söz konusu olmayacaktır. ...Somut olayda, davalı ve karşı davacı DDY'nin hemzemin geçitte karayoluna girdiği anda meydana gelen trafik olayı nedeniyle eylemlerinden sorumlu olduğu tren makinistinin kusuru bulunmadığı, yönetimin alması gerekli tüm önlemleri aldığı saptanmıştır. Böylece davalı ve adamlarına yöneltilmesi olanaklı bir kusur bulunmadığından açılan davanın reddi gerekirken, kararda yazılı nedenle tazminatla yükümlü tutulması usul ve yasaya aykırıdır."

⁴⁵ Baysal (n 34) 215.

Zarar görenin kusuruna ilişkin sorumsuzluk hali 4925 sayılı Karayolu Taşıma Kanunu'nda da yer almaktadır. Bu Kanun'un 18. maddesinin 2. fıkrasına göre taşımacı, kazanın zarar görenin ağır kusurundan ileri geldiğini kanıtladığı takdirde sorumluluktan kurtulacaktır. Dolayısıyla Karayolu Taşıma Kanunu'nda ağır kusur ile hafif kusur ayrımı yapıldığı gözlenmekle beraber ağır kusura ilişkin bir tanım öngörülmemiştir. Ancak taşımacıyı sorumluluktan kurtardığı göz önünde bulundurulduğunda ağır kusurun sorumluluğa ilişkin nedensellik bağı keserek taşımacının sorumluluğunu tamamen ortadan kaldıracak nitelikte olması gerekmektedir⁴⁶. Yargıtay banliyö trenlerinde meydana gelen kazalara ilişkin verdiği kararlarda tren hareket halindeyken trene binmeye ya da trenden inmeye çalışan yolcuların zarar gördüğü olaylar bakımından bu tür davranışları ağır kusur olarak kabul etmeyerek demiryolu tren işletmecisinin işletme kusurunun bulunabileceğini öngörmüştür⁴⁷.

Sonuç itibarıyla bu hususta daha ayrıntılı bir düzenlemeye yer verilmesi daha isabetli olacaktır. Bununla beraber Yönetmelik bakımından da zarar görenin ancak ağır kusurunun bulunduğu hallerin demiryolu tren işletmecisini sorumluluktan kurtaracağı kanaatindeyiz.

c. Üçüncü Kişinin Kusuru

Kaza üçüncü kişinin kusurundan kaynaklandığı takdirde zarar ile kaza arasındaki nedensellik bağı kesileceğinden yine sorumluluk doğmayacaktır. Buradaki üçüncü kişi kavramı ile zarar gören ve zarar veren; yani yolcu, mirasçısı ve demiryolu tren işletmecisi dışında bir kişinin söz konusu olması ve bu kişinin kazaya kusuruyla sebebiyet vermesi gerekmektedir⁴⁸. Ayrıca demiryolu tren işletmecisinin sorumluluktan kurtulabilmesi için zararın münhasıran üçüncü kişinin kusurundan kaynaklanması ve demiryolu tren işletmecisinin zararın meydana gelmesinde kusurunun bulunmaması gerekmektedir. Demiryolu tren işletmecisinin bu hale dayanarak sorumluluğunu bertaraf edebilmesi için doktrinde ve Yargıtay kararlarında "ek kusur" şeklinde nitelendirilen işletme kusurunun bulunmaması gerekmektedir⁴⁹.

Öte yandan terör saldırıları, bombalı ve silahlı saldırı halleri bakımından bunların demiryolu tren işletmecisini sorumluluktan kurtaran üçüncü kişinin kusurundan

⁴⁶ Çelik (n 9) 164.

⁴⁷ HGK 21.01.1992, E. 1991/11-583 K. 1992/6-8823; Yargıtay 11. HD. 3.7.1986, 3634-4162; 11. HD. 24.12.1996, 8552-9094; Çelik (n 9) 165'ten naklen.

⁴⁸ Baysal (n 34) 219. Üçüncü kişinin kusurunun ağır kusur niteliğinde olması halinde nedensellik bağı kesilebileceği doktrinde kabul görmektedir. Baysal ise üçüncü kişinin eyleminin zararın inhisari nedenini teşkil ettiği haller bakımından nedensellik bağının kesileceğini ileri sürmektedir. Bu hususta detaylı bilgi için bkz. Baysal (n 34) 219 vd.

⁴⁹ Çelik (n 9) 555. Zira demiryolu tren işletmecisinin sorumluluktan kurtulabilmesi için nedensellik bağının kesilmesi gerekmektedir. Üçüncü bir kişinin kusuru nedensellik bağı kesmektedir. Ancak üçüncü bir kişinin kusurunun yanı sıra demiryolu tren işletmecisinin "ek kusur" niteliğindeki işletme kusurunun bulunması halinde Yargıtay 4. HD verdiği kararlarda üçüncü kişinin kusurunun demiryolu tren işletmecisinin sorumluluktan kurtulamayacağını öngörmüştür. (Yargıtay 4. HD. 15.12.1987, 7632-9205; Çelik (n 9) 555'ten naklen.)

kaynaklanan olay teşkil etmediği doktrinde ileri sürülmektedir⁵⁰. Bununla birlikte bu husus tartışmalıdır.

Kaza ve olay, altyapı veya üçüncü bir şahsın davranışından dolayı meydana geldiği takdirde demiryolu tren işletmecisi zararın üçüncü bir kişinin kusuru nedeniyle meydana gelmesi haline dayanarak sorumluluktan tamamıyla kurtulamazsa, bu Yönetmelik kapsamı dahilinde altyapı veya üçüncü şahsa karşı olası rücu hakkı ayrıca saklı tutulmuştur. Yönetmelik uyarınca “olay” kavramı, yine kazaya ilişkin unsurları bünyesinde barındırmasına rağmen “kaza” olarak nitelendirilemeyen durumları ifade etmektedir. Yönetmelik hükümlerinin burada birbiriyle çeliştiğini söylemek mümkündür. Zira hem 19. madde hem de 24. madde demiryolu tren işletmecisinin sorumlu tutulabilmesi için bir kazanın söz konusu olması gerektiğini belirtmektedir. Buna rağmen 24. maddenin son fıkrasında demiryolu tren işletmecisinin hem kaza hem de olaylar sonucunda sorumlu tutulabilmesi halinde rücu hakkının saklı olduğu hüküm altına alınmıştır.

Sonuç itibariyle demiryolu tren işletmecisinin sorumluluğu üçüncü kişinin ağır kusuru sebebiyle nedensellik bağının kesilmesiyle ortadan kalktığı takdirde, zarar görenlerin kusuru bulunan üçüncü kişileri dava ederek tazminat talep etmesi gündeme gelecektir. Zarar başka bir araç sebebiyle meydana geldiyse, bu aracı işleten kişiye ve o araca ilişkin motorlu araç işletenin zorunlu mali mesuliyet sigortacısına başvurmak gerekmektedir. Öte yandan bu Yönetmelik m. 40 uyarınca öngörüldüğü üzere, demiryolu tren işletmecisinin Yönetmelik uyarınca sorumluluğunu temin edecek bir sorumluluk sigortası yaptırmasının zorunlu olduğu öngörülmüştür. Fakat bahsedilen bu sorumluluk sigortası, demiryolu tren işletmecisinin sorumluluğunu teminat altına almaktadır ve demiryolu tren işletmecisi sorumlu tutulmadığı takdirde, onun sorumluluk sigortacısı da aynı ölçüde sorumluluktan kurtulacaktır^{51 52}. Zarara sebep olan üçüncü kişinin ödeme kabiliyetinin olmadığı ve zararın sigorta bedelini aştığı durumlar bakımından, tüm bu gerekçeler de göz önünde bulundurulduğunda, şehirlerarası karayolu yolcu taşımacılığı bakımından öngörülmüş olduğu gibi demiryolu taşımacılığı bakımından da zorunlu koltuk ferdi kaza sigortasının yaptırılması uygun bir çözüm olacaktır⁵³.

⁵⁰ Çelik, (n 9) 556. Zira trenler, garlar, biletle ya da turnikeyle girilen istasyonlar demiryolu tren işletmecisinin hakimiyet alanında yer almaktadır ve demiryolu tren işletmecisinin gerekli güvenlik önlemlerini alarak yolcuların güvenliğini sağlaması gerekmektedir. (Çelik, (n 9) 556.)

⁵¹ Çelik, (n 9) 556-557.

⁵² Ünán, sorumluluk sigortalarmı sigorta ettiren kişiye zarar gören kimseler tarafından tazminat talebi yöneltilmesi rizikosunun teminat altına alındığı sigortalılar olarak tanımlamaktadır. Nitekim Alman Sigorta Sözleşmeleri Kanunu §100 uyarınca da sorumluluk sigortaları bakımından benzer bir tanım öngörülmektedir. Bu itibarla da sigorta ettirene yöneltilen tazminat talebinin haksız olması durumunda sigortacının sigorta ettirene hukuksal koruma sağlaması gerekmektedir. Başka bir deyişle, zarar gördüğünü iddia ederek tazminat davası açan kişinin davasının reddedilmesi halinde de bu davayla bağlantılı olarak yapılması gereken masrafların sigortacı tarafından tazmin edilmesi gerekmektedir. (Samim Ünán, *Türk Ticaret Kanunu Şerhi Cilt II*, (On İki Levha Yayıncılık 2016) 266-267.)

⁵³ Çelik, (n 9) 557. Demiryolu taşımacılığı koltuk ferdi kaza sigortası yaptırıldığı takdirde, bu sigorta bir tür meblağ sigortası olduğundan ve sorumluluk sigortasından niteliği itibariyle farklı olduğundan, demiryolu tren işletmecisinin herhangi bir kusuru bulunmasa dahi yolcular ya da mirasçıları sigorta bedelini iktisap edebilecektir. (Çelik, (n 9) 557.)

4. Tazminat

a. Ölüm Halinde Tazminat

Yukarıda anlatıldığı üzere demiryolu yolcu taşıma sözleşmesi uyarınca yolcuyu sağ ve salim olarak ulaştırma borcu bulunan demiryolu tren işletmecisi bu borcuna aykırı davrandığı takdirde sorumlu tutulacak ve yolcunun yahut mirasçılarının ve yolcunun desteğinden yoksun kalanların zararını tazmin etmesi gerekecektir. Yönetmelik'in 25. maddesi, tazminat konusunu ölüm ve yaralanma halinde tazminat olmak üzere iki başlık altında düzenlemektedir. Buna göre yolcunun kaza veya olay nedeniyle ölümü halinde tazminat kavramı; cenaze için yapılan masraflar ile yolcunun kazanın akabinde ölmemiş olması, ölümün sonradan gerçekleşmesi halinde tedavisine ilişkin masraflar ve çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan zararı kapsamaktadır. 27. madde uyarınca, bu tazminatın nakden ödenmesi gerekmektedir. Ayrıca miktarın belirlenmesi bakımından genel hükümler esas alınacaktır.

Destekten yoksun kalma tazminatı ise 25. maddenin ikinci fıkrası ile öngörülmektedir. Buna göre demiryolu tren işletmecisi destekten yoksun kalma tazminatından da sorumlu tutulacaktır. Bu çerçevede yolcunun geçimini temin ettiği kişilerin açacakları tazminat davaları bakımından da yine genel hükümler esas alınacaktır.

b. Yaralanma Halinde Tazminat

Yolcunun yaralanması, fiziksel veya ruhsal bütünlüğünün zarara uğraması halinde demiryolu tren işletmecisi tarafından tazmin edilecek zarar kalemleri ise Yönetmelik'in 36. maddesinde öngörülmektedir. Bu halde yolcunun tedavi edilmesine ilişkin giderler ile yol giderlerinin, yolcu eğer çalışıyorsa uğradığı kazanç kaybının, yolcunun çalışma gücünün azalması ya da yitirilmesinden kaynaklanan zararın ve ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan zararların tazmin edilmesi gerekmektedir. Yolcunun tedavi edilmesine ilişkin giderler ile yol giderlerinin miktarı genel hükümlere göre tespit edilecek olup bu tazminatın nakden ödenmesi gerekmektedir.

Kanaatimizce ölüm ve yaralanma halinde tazminat bakımından öngörülen ulusal düzenlemelerin COTIF Sözleşmesi'nin A Eki'ni niteliğindeki ve kısaca CIV olarak bilinen Uluslararası Demiryolu Yolcu Taşıma Sözleşmesine ilişkin Tektip Kurallar ile uyumlu olması gerekmektedir.

B. Seferin İptali, Gecikmesi veya Bağlantının Kaçırılması Durumunda Sorumluluk

1. Sorumluluğa İlişkin Şartlar

Demiryolu tren işletmecisinin yolcuyla varma yerine zamanında ulaşırması gerekmektedir. Tren seferlerinin iptal edilmesi, gecikmesi ve bağlantının kaçırılması halinde demiryolu tren işletmecisi bu borcu gereği gibi ifa etmemiş olacağından sorumlu tutulacaktır. Yönetmelik'in 29. maddesine göre, demiryolu tren işletmecisi, iptal, gecikme veya bağlantının kaçırılması nedeniyle doğan zararlardan dolayı, bu Yönetmelik'in 51. maddesi kapsamında yolcuyla karşı sorumludur. Yönetmelik'in 51. maddesinde ise gecikme ve iptal durumlarında demiryolu tren işletmecisinin yolculara sunmak zorunda olduğu hizmetler düzenlenmektedir. Dolayısıyla hükmün başlangıcında gecikme veya iptallerden dolayı taşıyıcının yolcuyla karşı olan sorumluluğu düzenlenirken, kanun koyucu bu durumlarda yolcunun hangi hizmetleri alma hakkına sahip olacağına ilişkin maddeye atıf yapmıştır. Kanaatimizce bu hükümde 51. maddeye yapılan atıf yerinde değildir. Zira iptal, gecikme ve bağlantının kaçırılması halinde yolcunun sahip olduğu haklar Yönetmelik'in altıncı bölümünde yani 48. madde devamında düzenlenmektedir. Dolayısıyla bu madde kapsamında böyle bir düzenleme yapılmasının gereği yoktur.

Yönetmelik'in 29. maddesinin 3. fıkrası uyarınca, demiryolu tren işletmecisinin seferin iptali, gecikmesi ya da bağlantının kaçırılması haline ilişkin sorumluluğunun doğup doğmadığı ile bu zararların ne ölçüde tazmin edileceğinin belirlenmesi hususu genel hükümlere tabi kılınmıştır. Kanaatimizce böyle bir atfa gerek bulunmamaktadır, zira böyle bir hüküm bulunmasaydı dahi hâkimin genel hükümler çerçevesinde karar vermesi gerekecektir⁵⁴.

2. Demiryolu Tren İşletmecisinin Rücu Hakkı

Sonuç itibarıyla demiryolu tren işletmecisi seferin iptali, gecikmesi veya bağlantının kaçırılmasına ilişkin zararlardan sorumludur. Bazı hallerde zarar demiryolu altyapı işletmecisi⁵⁵, acente, gar ve istasyon işletmecisinin kusurundan kaynaklanmış olabilir. Bu hallerde de demiryolu tren işletmecisi yolcuyla karşı sorumludur, ancak kendisinin

⁵⁴ Yargıtay tarafından daha önce verilmiş bir kararda da Eskişehir'den Ankara'ya doçentlik sınavına girmek üzere giden yolcunun kötü hava şartları sebebiyle lokomotif ve vagonların donması sonucu uzun süre bekleyerek doçentlik sınavına geç kaldığı olayda ilk derece mahkemesi manevi tazminat talebini reddetmiştir. Yargıtay 11. HD. ise TCDD'nin tacir olduğu, özenli davranması gerektiği, hava koşullarına uygun olarak trenin hazırlanması gerektiği gerekçeleriyle TCDD'nin kusurlu olduğuna hükmetmiştir. Bu nedenle de, davanın görüldüğü sırada yürürlükte olan BK m. 49 uyarınca yolcu lehine uygun bir manevi tazminata karar verilmesi gerektiği yönünde ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur. (Yargıtay 11. HD 04.07.2005, E.10813, K. 7129; Eriş, (n 4) 924.) Görüldüğü üzere Yargıtay, manevi tazminat koşullarını incelerken genel hükümlere başvurmuştur.

⁵⁵ Türkiye Demiryolu Ulaştırmasının Serbestleştirilmesi Hakkında Kanun'un 3. maddesi uyarınca, TCDD, ulusal demiryolu altyapı ağı içinde yer alan ve Devletin tasarrufundaki demiryolu altyapısının kendisine devredilen kısmı üzerinde demiryolu altyapı işletmecisi olarak görev yapar. TCDD ise Türkiye Cumhuriyeti Devlet Demiryolları İşletmesi Genel Müdürlüğü'nü ifade etmektedir. Bu itibarla Yönetmelik'te geçen "demiryolu altyapı işletmecisi" TCDD'dir.

rücu hakkı saklıdır. Kanun koyucu yolcunun tazminatına kavuşabilmesi için söz konusu olay demiryolu altyapı işletmecisi, acente, gar ve istasyon işletmecisinin kusurundan kaynaklanmış olsa dahi yolcuya tazminat talebini demiryolu tren işletmecisine yöneltebilmesi imkanını tanımıştır.

3. Sorumluluktan Kurtulmaya İlişkin Haller

Kanun koyucu demiryolu tren işletmecisinin sorumluluğunu öngörürken bazı hallerde sorumluluktan kurtulmasına da imkan tanımaktadır. Buna göre demiryolu tren işletmeciliği ile ilgili olmayan ve demiryolu tren işletmecisinin gerekli bütün önlemleri almasına rağmen gerçekleşmesini önleyemediği olaylardan kaynaklanan iptal, gecikme ve bağlantının kaçırılması sebebiyle sorumlu tutulamayacaktır. Taşıyıcının tüm tedbirleri almış olmasına rağmen önleyemediği olaylara ilişkin sorumluluktan kurtulması prensibi taşıma hukukunun başka alanlarında da öngörülmüştür⁵⁶.

Demiryolu tren işletmecisinin iptal, gecikme ve bağlantının kaçırılmasına ilişkin sorumluluktan kurtulmasına imkan veren diğer haller ise yolcunun kusurundan kaynaklanan olaylar ile demiryolu tren işletmecisinin gerekli bütün önlemleri almasına rağmen gerçekleşmesini önleyemediği üçüncü şahıslardan kaynaklanan olaylar olarak belirtilmektedir. Burada genel hükümlere göre nedensellik bağının kesildiği hallerin demiryolu tren işletmecisinin sorumluluğunu bertaraf ettiği görülmektedir. Genel hükümlerde düzenlenen nedensellik bağını kesen sebeplerden üçüncü kişinin kusurundan kaynaklanan olaylar bakımından ayrıca taşıyıcının alması gereken tüm önlemleri almasına rağmen bu olayın gerçekleşmesi şartı öngörülmüştür. Ayrıca aynı demiryolu altyapısını kullanan başka bir işletmecinin bu kapsamda “üçüncü şahıs” olarak değerlendirilemeyeceği de aynı hükmün son fıkrası ile düzenlenmiştir.

⁵⁶ Varşova Sözleşmesi'nin 20. maddesine göre taşıyıcının kendisinin ve yardımcı şahıslarının zararını önlemek için gerekli tüm tedbirleri aldığı veya bu tedbirleri almanın imkansız olduğunu ispat ederse her türlü sorumluluktan kurtulacaktır. Montreal Sözleşmesi'nde de ise sorumluluktan kurtulmaya ilişkin aynı hal, yalnızca gecikmeden kaynaklanan zararlar bakımından öngörülmüştür. Başka bir deyişle taşıyıcının alması gereken tüm tedbirleri alması yahut böyle bir tedbirin alınmasının mümkün olmaması hali Varşova Sözleşmesi uyarınca sorumluluğu bertaraf etmek üzere getirilen genel nitelikte bir kurtuluş kanıtı iken Montreal Sözleşmesi bakımından yalnızca gecikmeden kaynaklanan zararlara dair sorumluluktan kurtulma hali olarak karşımıza çıkmaktadır.

C. Bagaj ve Eşyaların Zarara Uğramasından veya Geç Tesliminden Sorumluluk

1. Sorumluluğun Şartları

a. Bagaj veya Eşyanın Söz Konusu Olması

Yönetmelik'in 31. maddesi uyarınca demiryolu tren işletmecisi, bagajların ve eşyaların kendisi tarafından teslim alınıp yolcuya veya alıcıya teslim edilene kadar geçen sürede bunların tamamen veya kısmen kaybolmasından, hasara uğramasından ve geç teslim edilmesinden doğan zarardan sorumlu tutulmuştur. Sorumluluğun doğabilmesi için öncelikle bagaj veya eşyanın zararının söz konusu olması gerekmektedir. Bu kapsamda bagaj, eşya ve zarar kavramları üzerinde durmak gerekmektedir. Bagaj kavramı, 4. maddenin (d) bendine göre, “yolcunun yanında taşıyamayacağı hacim, boyut ve ağırlıkta olan ancak yolculuk sonunda varılacak yerde kullanılmasına ihtiyaç duyulan seyahat belgesi düzenlenmiş nesne ve diğer şahsi malları” ifade etmektedir. Buna göre el bagajından büyük hacimde, boyutta ve ağırlıkta olup seyahat belgesi yani adına bilet düzenlenen şahsi mallar Yönetmelik nezdinde bagaj olarak nitelendirilmektedir.

Eşya ise aynı hükmün (o) bendinde, “trende yolcusu olmadan, demiryolu tren işletmecisi tarafından belirlenen hacim, boyut, ağırlık ve çeşitlilikte taşınabilir, ticari olmayan nesnelere” olarak tanımlanmaktadır. Dolayısıyla bir yolcunun refakat etmediği, demiryoluyla taşınan ticari olmayan nesnelere eşya olarak nitelendirilecektir. Ancak başlığı itibariyle yolcu haklarını düzenlemesi gereken bir yönetmeliğin yukarıda anılan hükümler sebebiyle demiryoluyla eşya taşımalarını düzenlemesi kanaatimizce isabetsizdir.

b. Zarar

Sorumluluğun söz konusu olabilmesi için bagaj veya eşyanın mutlaka zarara uğraması gerekmektedir. Zarar, eşya ya da bagajın zıya veya hasara uğramasından kaynaklanabileceği gibi geç teslim edilmesinden de kaynaklanabilir.

i. Zıya

Zıya, taşıma sözleşmesi uyarınca taşınmak üzere teslim alınan eşya veya bagajın varma yerinde teslim etme iktidarından yoksun olunmasını ifade etmektedir⁵⁷.

⁵⁷ Arkan, Demiryolu İşletmesi (n 1), s. 55; Ercan Erdem, *CMR Konvansiyonu ve 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanuna Göre Karayolu Taşıma Hukuku*, (Bilge, 2013) 201; İsmail Doğanay, ‘Türk Ticaret Kanunu Hükümlerine Göre Karada Eşya Taşınması’, (1970) *BATİDER C. V*, S. 3, 452; Arslan Kaya, ‘Taşıyıcının Kara Yolu ile Eşya Taşımalarına İlişkin Uluslararası Sözleşme’de (CMR) Öngörülen Sorumluluğun Esasları II’, (1998) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 56, S. 1-4, 246 (“CMR”); Hakan Karan, *Karayolunda Uluslararası Eşya Taşıma Sözleşmesi Hakkında Konvansiyon, CMR Şerhi*, (Turhan, 2011) 308 (“CMR”).

Taşıyıcı bazen eşyayı fiilen teslim etme imkanından yoksun olabilir. Buna örnek olarak eşyanın yanması veya tamamen erimesi halleri verilebilir⁵⁸. Taşıyıcının eşyayı hukuki olarak teslim etme iktidarından yoksun olması halinde de, örneğin eşyanın çalınması ve geri gelmesinin mümkün olmaması yahut eşyaya el konulması gibi hallerde de zıya söz konusudur⁵⁹. Eşya tamamen zayı olmuş olabileceği gibi kısmen zıya uğramış da olabilir. Kısmi zıya halinde eşyanın zıya uğrayan kısmının hesaplanıp zararın bu çerçevede tazmin edilmesi gerekmektedir.

Bazı hallerde eşya yahut bagaj kaybolmuş ve demir yolu tren işletmecisi eşya ya da bagajı bu sebeple teslim etme iktidarından yoksun olabilir. Bu halde eşya ve bagaja ilişkin zıya karanesi Yönetmelik'in 34. maddesi ile düzenleme alanı bulmaktadır. Buna göre demiryolu tren işletmecisi bagajı yahut eşyayı on dört gün içerisinde teslim edemediği yahut emrine veremediği takdirde bagaj veya eşya zayı olmuş kabul edilecektir⁶⁰. Burada önemli olan bu on dört günlük sürenin ne zaman başlayacağıdır. Hükme göre bu on dört günlük süre bagaj ya da eşyaya ilişkin teslim talebinden başlayacaktır. Ancak bu teslim talebinin Yönetmelik'in 18. maddesinin 4. fıkrasına uygun olarak yapılması gerekmektedir. Hükme göre bagaj taşıma belgesini elinde bulunduran kişiler öngörülen süre geçer geçmez eşyaların ve bagajların varış yerinde teslim edilmesini isteyebilir⁶¹. Bagaj taşıma belgesini elinde bulunduran kişilerin öngörülen süre ve gerektiğinde diğer idari makamlar tarafından yapılan işlemler için gereken süre geçer geçmez başvurmaları gerekmektedir. Hükümde geçen öngörülen süre kavramı açıklanmamıştır, ancak bu sürenin teslim süresi olarak kabul edilmesi uygundur. Teslim süresi, demir yolu ile eşya ya da yolcu taşıma sözleşmesi ile belirlenir ve eşyanın ya da bagajın taşınmak üzere ilgiliden ya da yolcudan teslim alınarak seyahatin başlangıç noktasından varış noktasına kadar taşınarak varış noktasındaki ilgiliye teslim edilmesine kadar geçen süredir⁶². Bu on dört günlük sürenin hesaplanmasında teslim süresinin yanı sıra idari makamlar tarafından yapılan işlemler için gereken süre de dikkate alınmaktadır. Zira eşya gümrükte bazı idari işlemlere tabi tutulduğu takdirde bu işlemler sırasında geçen sürenin de taşıma süresine ilave edilmesi gerekmektedir. Sonuç itibarıyla bu aşamada bir gecikme olduğu takdirde bu durum demiryolu tren işletmecisinin kusurundan kaynaklanmadığından, on dört günlük süre taşıma süresinin sona ermesinin ardından

⁵⁸ Ziya Akıncı, *Karayolu ile Milletlerarası Eşya Taşımacılığı ve CMR*, (Seçkin Yayıncılık, 1999) 93; Bülent Sözer, *Türk Hukukunda ve Uluslararası Hukukta Hava Yolu ile Yük Taşıma Sözleşmesi*, (2. Bası, Vedat Kitapçılık 2009) 208 ("Taşıma Sözleşmesi").

⁵⁹ Arkan, Demiryolu İşletmesi (n 1) 55; Erdem, (n 53) 202; Kaya, (n 53) s. 246.

⁶⁰ TTK, Taşıma İşleri Kitabında m. 874 ile düzenlenen zıya karanesine göre, eşya, taşıma süresini izleyen yirmi gün içinde teslim edilmezse, hak sahibi ona zayı olmuş gözüyle bakabilir. Sınır ötesi taşımalarda bu süre otuz gündür.

⁶¹ Bagaj taşıma belgesi, tanımların yer aldığı hükümden bagajın teslim alındığını gösteren ve demir yolu tren işletmecisi tarafından düzenlenen belgeyi ifade etmektedir. Bu hükmün yanı sıra bagaj taşıma belgesi Yönetmelik'in 15. maddesinde düzenlenmektedir. Bu hükümden ise bagaj taşıma belgesinin hem bagaj taşımaları için hem de eşya taşımaları için düzenlendiği belirtilmektedir. Dolayısıyla bagaj taşıma belgesi kavramı, yalnızca bagajlara ilişkin olarak değil, demir yolu ile taşınan eşyalara ilişkin olarak da düzenlenmektedir.

⁶² Arkan, Demiryoluyla Eşya Taşımaları (n 1) 120. Teslim süresi ile ilgili daha fazla açıklama için "Geç Teslim" başlığı altındaki açıklamalara bakınız.

idari işlemlerin tamamlanması için gereken sürenin de geçmesiyle başlayacaktır.

Zayi olmuş kabul edilen bagaj ve eşyalar, teslim talebinden itibaren hesaplanacak bir yıllık süre içerisinde bulunduğu takdirde demiryolu tren işletmecisinin yolcuya ya da ilgiliye eşyanın ya da bagajın bulunduğunu bildirmesi gerekmektedir. Yolcu ya da ilgili bu bildirimden itibaren otuz gün içerisinde bagaj ya da eşyanın kendisine teslim edilmesini talep edebilecektir. Ancak bunun için söz konusu bagaj ya da eşyaya ilişkin almış bulunduğu tazminatı iade etmesi gerektiği gibi eşyanın sevk edildiği yerden teslim edileceği yere kadar olan taşıma masraflarını da ödemelidir. Öte yandan bu durumda zayi olmamasına rağmen, eşyanın tesliminde gecikme olduğundan dolayı buna ilişkin tazminat talep etme hakkı saklı kalacaktır. Yolcu ya da ilgili bildirimden itibaren otuz gün içerisinde bagaj ya da eşyanın kendisine teslim edilmesini talep etme hakkını kullanmadığı takdirde, demiryolu tren işletmecisi söz konusu bagaj ya da eşyayı elden çıkarma hakkını haiz olacaktır.

ii. Hasar

Hasar ise doktrinde eşyanın değerini azaltan ve eşyada meydana gelen maddi kötüleşme olarak ifade edilmektedir⁶³. Eşya kirlendiği, paslandığı, ıslandığı ya da farklı bir koku eşyaya sindiği takdirde eşyanın hasara uğradığı kabul edilmektedir⁶⁴. Eşya tamamen hasarlanmış olabileceği gibi kısmi olarak hasara uğraması da mümkündür.

iii. Geç Teslim

Taşıma taahhüdünde bulunan, yalnızca malı veya yolcuyu taşımakla ve zarara uğramadan varma yerine ulaşmakla değil aynı zamanda belirlenen yere yükü veya yolcuyu zamanında/gecikmeden ulaştırmakla yükümlüdür. Zira yükün veya yolcunun herhangi bir zamanda değil, belirli bir zamanda taşınması taahhüt edilmektedir⁶⁵. Bu nedenle demiryolu tren işletmecisi eşya ile bagajların geç teslim edilmesinden kaynaklanan zarardan sorumlu tutulmuştur. Yönetmelik'e bakıldığında geç teslimle ilişkin herhangi bir tanım öngörülmediği gözlenmektedir. Bununla beraber tanımları içeren 4. maddenin (r) bendinde gecikme kavramı, "yayınlanan sefer tarifesine göre beklenen varış zamanı ile gerçekleşen/gerçekleşecek varış zamanı arasındaki fark" şeklinde tanımlanmıştır.

⁶³ Arkan, Demiryolu İşletmesi (n 1) 56; Akıncı, (n 54) 94; Karan, CMR (n 53) 310; Doğanay, (n 53) 452; Kaya, (n 53) 247; Mustafa Topaloğlu, 'Karayoluyla Uluslararası Eşya Taşımalarından (CMR) Doğan Hukuki Sorumluluk', *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu, 28-29 Mayıs 2009*, (Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi 2009) 400.

⁶⁴ Burak Adıgüzel, *Karayoluyla Yapılan Taşımalarda Taşıyıcının Ziya ve Hasardan Doğan Sorumluluğu*, (2. Baskı, Adalet Yayınevi 2012) 78; Arkan, Demiryolu İşletmesi (n 1) 56; Karan, CMR (n 53) 310; Kaya, (n 53) 247.

⁶⁵ Elif Karayazı, *Uluslararası Kara, Hava Ve Deniz Yoluyla Eşya Taşımalarında Bildirim Külfeti*, (2018 İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi) 64.

Eşyanın ya da bagajın geç teslim edildiğini iddia edebilmek için teslim süresinin aşılması gerekmektedir⁶⁶. Teslim süresi Yönetmelik uyarınca tanımlanmamıştır. Doktrinde ise teslim süresinin demir yolu ile eşya ya da yolcu taşıma sözleşmesi ile belirlendiği ve eşyanın ya da bagajın taşınmak üzere ilgiliden ya da yolcudan teslim alınarak seyahatin başlangıç noktasından varış noktasına kadar taşınarak varış noktasındaki ilgiliye teslim edilmesine kadar geçen süre olarak ifade edilmektedir⁶⁷. Taşıma süresinin taraflarca kararlaştırıldığı haller bakımından herhangi bir sorun bulunmamaktadır. Ancak taşıma süresinin taraflarca kararlaştırılmadığı hallerde bu sürenin ne şekilde hesaplanacağına ilişkin bir hüküm Yönetmelik'te yer almamaktadır. Bu hususta kanuni bir boşluk olduğundan Türk Ticaret Kanunu'na başvurmak gerekecektir. TTK m. 873 uyarınca sözleşme ile bir süre kararlaştırılmadığı halde taşıyıcı koşullar göz önünde bulundurulduğunda özenli bir taşıyıcıya tanınabilecek makul bir süre içinde eşyayı teslim etmekle yükümlü kılınmıştır⁶⁸.

Sonuç itibariyle eşya ya da bagajın tesliminde gecikme olup olmadığının tespiti açısından öncelikle sözleşme hükümleri esas alınmalı, burada bir süre belirlenmediği takdirde ise özenli bir taşıyıcının söz konusu eşya ya da bagajı taşıması için gereken makul sürenin belirlenmesi gerekmektedir.

Ayrıca önemle üzerinde durulması gereken başka bir husus daha bulunmaktadır ki, geç teslimden kaynaklanan zarar, hasar ve ziyadan daha farklıdır. Geç teslim kapsamında dolaylı malvarlığı zararının giderilmesi esastır. Nitekim geç teslimden kaynaklanan zıya hallerinde zıyaa ilişkin hükümler uygulama alanı bulacaktır.

c. Zararın Teslim Alındığı Andan Teslim Edildiği Ana Kadar Gerçekleşmesi

Demiryolu tren işletmecisinin bagaj ve eşyaların hasara ve ziyaa uğramasından sorumlu tutulabilmesi için zarara sebep olan olayın, bagaj veya eşyanın demiryolu tren işletmecisi tarafından teslim alınıp yolcuya ya da alıcıya teslim edildiği ana kadar gerçekleşmesi gerekmektedir⁶⁹. Bagaj veya eşyanın teslim alınması, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarıyla bagaj veya eşyanın taşınmak

⁶⁶ Arslan Kaya, *Taşıyıcının Gecikmeden Doğan Sorumluluğu*, (1987 İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi) 42 ("Gecikme"); Sözer, *Taşıma Sözleşmesi* (n 54) 211.

⁶⁷ Arkan, *Demiryoluyla Eşya Taşımaları* (n 1) 120. Teslim süresi ile ilgili daha fazla açıklama için "Geç Teslim" başlığı altındaki açıklamalara bakınız.

⁶⁸ Hükümün gerekçesinde de açıklandığı üzere bu hüküm CMR m. 19 ve Alman Ticaret Kanunu m. 423'ten alınmıştır. CMR m. 19'dan alındığına göre esas itibariyle kara taşımaları bakımından uygulama alanı bulması daha uygundur. Diğer taraftan CIM m. 16 bu hususta oldukça detaylı bir düzenleme içermektedir. Taşıma süresinin belirlenmesini tam vagonla taşıma ve parça yük taşıma şeklinde iki başlık altında düzenleyen bu hüküm ile belirli kilometrelik dilimler karşılığında taşıma sürelerinin saat üzerinden tespit edileceği öngörülmektedir.

⁶⁹ Zararın mutlaka eşyanın demiryolu tren işletmecisi tarafından teslim alınıp gönderilene veya yolcuya teslim edildiği ana kadar meydana gelmesi gerekmektedir, zira zarar sonradan da ortaya çıkabilir. Taşıyıcının sorumluluğuna başvurabilmek için zarara sebep olan olayın, eşya taşıyıcının zilyetliğindeyken meydana gelmesi gerekli ve yeterlidir. (Kaya, CMR (n 53) 240; Alihan Aydın, *CMR'ye göre Taşıyıcının Zıya, Hasar ve Gecikmeden Doğan Sorumluluğu*, (2. Bası, Arıkan 2006) 35; Turkey Özdemir, *Uluslararası Eşya Taşıma Hukuku (Zıya ve/veya Hasar Sorumluluğu)*, (Vedat Kitapçılık, 2006) 105 vd., Aksoy Yavaş, *Kara Yolunda Konteyner ile Yapılan Yük Taşımada Kayıp veya Hasardan Doğan Sorumluluk*, (On İki Levha Yayıncılık 2016) 75.

üzere demiryolu tren işletmecisinin hakimiyetine girmesi anlamına gelmektedir⁷⁰. Taşıyıcının sorumlu tutulduğu safha böylelikle başlayacak ve eşyanın yolcuya ya da alıcıya teslim edilmesi anına kadar devam edecektir. Eşyanın teslim edilebilmesi için hem taşıyıcının teslim etme iradesinin bulunması, hem de karşı tarafın teslim alma iradesinin söz konusu olması gerekmektedir⁷¹. Bu durum, aynı teslim almada olduğu gibi, eşyanın demiryolu tren işletmecisinin hakimiyetinden çıkması sonucunda gerçekleşmektedir⁷². Elbette yükleme, istifleme ve boşaltma görevlerinin kimin tarafından üstlenildiği hususu da sorumluluğun hangi anda başlayıp hangi anda sona erdiğinin belirlenmesi açısından önem teşkil etmektedir.

2. Sorumluluktan Kurtulmaya İlişkin Haller

Demiryolu tren işletmecisinin bu sorumluluktan kurtulabilmesi için hasar, zıya yahut teslimdeki gecikmenin mücbir sebep, zarar görenin kusuru⁷³ veyahut üçüncü bir kişinin kusuru nedeniyle meydana gelmesi gerekmektedir. Burada yolcunun ölümü ya da bedensel zarara uğraması halinde sorumluluktan kurtulmaya ilişkin sebeplerin aynısı sıralanmaktadır. Bu hallerde nedensellik bağı kesildiği için sorumluluğun bertaraf edilmesi mümkündür.

Bu hallerin yanı sıra, devam eden fıkra uyarınca eşyanın ambalajı yoksa, yetersiz ya da bozuka demiryolu tren işletmecisi sorumluluktan kurtulabilecektir. Sonuç itibarıyla eşyanın ambalajlı bir halde veya özel bir şekilde ambalajlanmış olarak taşınması gerekmesine rağmen ambalajsız ya da yetersiz ambalajlı olarak teslim edilmesi eşyayı ya da bavulu teslim eden kişinin kusuru olarak değerlendirilmektedir⁷⁴.

⁷⁰ Arkan, Demiryolu İşletmesi (n 1) 57; Kaya, Gecikme (n 61) 53; Kaya, CMR (n 53) 242; Murat Uslu, *CMR Hükümleri Çerçevesinde Taşıyıcının Gecikmeden Doğan Sorumluluğu*, (Seçkin, 2010) 65.

⁷¹ Arkan, Demiryolu İşletmesi (n 1) 60. Doktrinde teslimin hukuki işlem olup olmadığı hususunda tartışma bulunmaktadır. Bu durum konumuz açısından da önem arz etmektedir çünkü yazarların bir kısmı teslimin hukuki bir işlem olmayıp maddi bir fiil olduğunu, bu sebeple karşılıklı ortak iradenin aranmasına gerek olmadığını ileri sürmektedir. Selahattin Sulhi Tekinay, Sermet Akman, Haluk Burcuoğlu, Atilla Altop, *Tekinay Eşya Hukuku, Cilt I*, (5. Baskı, Filiz, 1989) 69-70; Rona Serozan, *Eşya Hukuku I*, (Genişletilmiş 3. Baskı, Filiz, 2014) 118; Mehmet Ünal, Veysel Başpınar, *Şekli Eşya Hukuku, Giriş, Zilyetlik, Tapu Sicili*, (Güncellenmiş ve Genişletilmiş 10. Baskı, Savaş 2018) 148; Lale Sirmen, *Eşya Hukuku*, (Gözden Geçirilmiş 7. Baskı, Yetkin 2019) 58; Hasan Erman, *Eşya Hukuku Dersleri*, (Gözden Geçirilmiş 8. Basım, Der 2018) 13; Jale G. Akipek, Turgut Akıntürk, Derya Ateş, *Eşya Hukuku*, (2. Baskı, Beta 2018) 146. Diğer taraftan aksi görüşteki yazarlar, teslimin bir hukuki işlem olması sebebiyle karşılıklı iradelerin uyumunun gerektiğini savunmaktadır. M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi, Saibe Oktay Özdemir, *Eşya Hukuku*, (Mevzuata Uyarlanmış 2. Baskı, Filiz 2019) 24; Haluk Nami Nomer, Mehmet Serkan Ergüne, *Eşya Hukuku*, (Gözden Geçirilmiş 7. Baskı, On İki Levha, 2019) 40; Şeref Ertaş, *Eşya Hukuku*, (14. Baskı, Barış Fakülteler, 2018) 38-39.

⁷² Arkan, Demiryolu İşletmesi (n. 1) 60. Teslim etmenin boşaltmadan önce mi sonra mı gerçekleşeceği hususunu her olay bakımından ayrı ayrı değerlendirmek gerekmektedir. Bu hususa ilişkin detaylı açıklamalar için bkz. Arkan, Demiryolu İşletmesi (n. 1) 60-64.

⁷³ Aynı husus CMR m. 17/f. 2 uyarınca "talep sahibinin kusuru" olarak sorumluluktan kurtulmaya imkan tanımaktadır. Bu duruma örnek olarak eşya ya da bagaja ilgili yanlış ya da eksik bilgi verilmesi, yolculuk için gerekli belgelerin taşıyıcıya verilmemesi, taşınması özel özen gerektiren hallerde taşıyıcıya eksik ya da yanlış bilgi verilmesi halleri verilebilecektir. (Akıncı, (n 54) 97; Aydın, n (68) 60; Kaya, CMR (n 53) 252; Yavaş, (n 64) 111.)

⁷⁴ Sami Okay, *Deniz Ticareti Hukuku I*, (3. Baskı, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1970) 226; M. Fehmi Ülgener, *Taşıyanın Sorumsuzluk Halleri*, (Der Yayınları, 1991) 132; Tunca Bolca, *Deniz Taşımacılığında Taşıyanın Sorumluluktan Kurtulduğu Haller*, (Seçkin Yayıncılık 2018) 118.

Bir diğer sorumsuzluk hali, “taşımaya kabul edilmeyen bagajların bagaj adı altında sevki” olarak öngörülmektedir. Bu hüküm ile esas itibariyle demiryolu tren işletmecisinin taşıma şartları ile öngörülen ve taşımaya kabul edilmeyen bagajlar kast edilmektedir. Örneğin TCDD yolcu el kılavuzuna göre boyut veya ağırlık olarak uygun olmayan yani battal boydan daha büyük valiz ve eşyalar, ambalajı yetersiz olan, diğer eşyalara zarar verecek şekilde akar, kokar niteliği olan eşyalar ve taşınması suç teşkil eden eşyaların taşımaya kabul edilmeyeceği belirtilmektedir⁷⁵. Dolayısıyla bu tür eşyalar bagaj olarak taşındığında, bu eşyaların uğrayabileceği zarar bakımından demiryolu tren işletmecisi sorumluluktan kurtulabilecektir.

Bagajın taşıma belgesi yahut teşhis kuponu olmaması hallerinde de demiryolu tren işletmecisi sorumluluğunu bertaraf edebilecektir. Bagaj taşıma belgesi, bagajın yolcudan alındığını gösteren, demiryolu tren işletmecisi tarafından bagaj taşımaya ilişkin düzenlenen belgeyi ifade etmektedir. Bu belge bagajın taşıyıcı tarafından taşınmak üzere teslim alındığını göstermektedir. Bagaj teşhis kuponu ise bagajın hangi yolcuya ait olduğunu tespitini sağlayan belgeyi ifade etmektedir. Bu belge ise trende taşınacak olan bagajların birbirinden ayırt edilebilmesi açısından önem arz etmektedir, zira tren varma yerine vardığında bagajların ilgili yolculara teslim edilmesi bu belgeler vasıtasıyla sağlanmaktadır. Bunların ikisinden birinin olmaması, taşıyıcı açısından sorumsuzluk hali teşkil etmektedir⁷⁶.

Son olarak gümrük ve idari makamların talimatlarına uyulmaması halinde de demiryolu tren işletmecisi eşya veya bagajın zıya ve hasara uğramasına ilişkin sorumluluktan kurtulabilecektir. Gümrük makamları ile idari makamlarının verdikleri emir ve kararlar sonucunda bagaja ya da eşyaya el konulmuş olabileceği gibi, eşya müsadere edilmiş de olabilir. Bundan başka ilgili eşyanın ülkeye girmesi ya da ülkeden çıkarılması da men edilmiş olabilir. Bagaj ya da eşya bu durumlar sebebiyle hasara yahut zıya uğradığı takdirde demiryolu tren işletmecisi söz konusu zarara ilişkin sorumluluktan kurtulabilecektir.

3. İspat Yükü

Bagajı ya da eşyası hasara ya da zıya uğrayan ya da geç teslim edilen yolcu veya kişilerin demiryolu tren işletmecisinden söz konusu zarara ilişkin tazminat talep edebilmesi için kendisinin öncelikle aktif husumet ehliyetini ispat etmesi gerekmektedir. Bagaj bakımından tazminat talep etme hakkını haiz kişi yolcu olabileceği gibi, eşya bakımından gönderen veya gönderilen olabilir. Ayrıca bu kişilerin halefi de, örneğin sigortacı, tazminat talebini ileri sürebilecektir. Tazminat talep eden kişi bunun ardından tazminat talep ettiği kişinin demiryolu tren işletmecisi

⁷⁵ TCDD Yolcunun El Kılavuzu, El Bagajı, m. 11. <http://www.tcdtasimacilik.gov.tr/sayfa/yolcunun-el-klavuzu/#el-bagajlari>

⁷⁶ Benzer bir sorumsuzluk hali “işaret/marka yetersizliği” şeklinde ifade edilmiş olup deniz ticareti hukukunda da geçerli bulunmaktadır ve TTK m. 1182/f. 1(h) bendiyle düzenlenmiştir.

olarak taşıyıcı olduğunu ispat etmelidir. Ardından eşyanın veya bagajın zıyaa ya da hasara uğradığını ve yahut da geç teslim edildiğini ispat etmelidir. Ayrıca zararın bagajın ya da eşyanın teslim alındığı andan teslim edildiği ana kadar gerçekleştiğini de ispat etmelidir. Bu noktada bagaj teslim belgesi ve demiryolu hamule senedi yol gösterici olacaktır. Zira hasarlı olarak teslim alınan eşya ya da bagaja ilişkin bu belgelere çekince konulması gerekmektedir.

Tazminat talep eden davacının bu yukarıda sayılan hususları TBK m. 50 uyarınca ispat etmesi gerekmektedir. Bunun üzerine davalı konumundaki taşıyıcı yani demiryolu tren işletmecisi nedensellik bağının kesildiğini yahut yukarıda sayılan ambalaj yetersizliği, bagaj teşhis kuponu olmaması gibi sorumsuzluk hallerinden birinin söz konusu olduğunu ispat ettiği takdirde sorumluluktan kurtulabilecektir. Aksi takdirde sorumlu tutulacaktır.

Taşıyıcı yukarıda sayılan sorumsuzluk hallerinden birine dayandığı takdirde yolcu ya da eşyanın ilgisi zararın Yönetmelik ile öngörülen sorumsuzluk hallerinden kaynaklanmadığını ispat edebildiği ölçüde yine demiryolu tren işletmecisinin sorumluluğuna başvurabilir.

4. Müteakip Taşıyıcıların Sorumluluğu

Bazen aynı taşıma sözleşmesi müteakip taşıyıcılar⁷⁷ tarafından ifa ediliyor olabilir. Böyle bir durumda yolcunun ya da eşyanın ilgisinin kimi sorumlu tutabileceği sorusu gündeme gelecektir. Yönetmelik'in 31. maddesinin 6. fıkrasına göre müteakip taşıyıcı bagajları ve eşyaları bagaj taşıma belgesiyle teslim alarak, taşıma sözleşmesine katılır. Başka bir deyişle taşıma sözleşmesinin tarafı haline gelir; bu itibarla da taşıyıcı olarak taşıma sözleşmesinden doğan borçlardan sorumlu olur. Bu kapsamda müteakip taşıyıcılar, başlangıç noktasından varış noktasında teslim kademeye kadar tüm yolculuk bakımından demiryolu tren işletmecisi ile müteselsil olarak sorumlu tutulacaktır. Tek bir taşıma sözleşmesi olmadığı takdirde her taşıyıcı taşımanın kendisi tarafından ifa edilen bölümü bakımından sorumlu olacaktır.

5. Alt Taşıyıcının Sorumluluğu

Bazen müteakip taşıma söz konusu olmayıp, demiryolu tren işletmecisi taşıma sözleşmesinin tamamının ya da bir kısmının ifa edilmesini başka bir taşıyıcıya devredebilir.

⁷⁷ Taşıma işini tek ve aynı sözleşme kapsamında üstlenen taşıyıcılardır. Böyle bir taşıma sözleşmesinde taşımanın birden çok taşıyıcı tarafından yapılacağı kararlaştırılmış olur ve taşıma işi tüm taşıyıcılar bakımından tek bir iş olarak kabul edilir. 1929 tarihli Varşova Konvansiyonu ve 1999 tarihli Montreal Konvansiyonu'nda müteakip taşıyıcı kavramı, "mütevali taşıyıcı" şeklinde dilimize çevrilmiştir. Ülgen, (n 30) 67; Ahmet Kırgan, *Havayolu İle Yapılan Uluslararası Taşımalarda Taşıyıcının Sorumluluğu*, (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları 1990) 37; Ecehan Yeşilova, *Taşıyıcının CMR Hükümlerine Göre Yardımcı Şahıslarının ve Müteakip Taşıyıcıların Eylemlerinden Doğan Sorumluluğu (CMR madde 3,34 vd.)*, (Yetkin Yayınları 2004) 125-126; Burak Adıgüzel, "Yeni Türk Ticaret Kanunu'nda Fiili Taşıyıcı Kavramı ve Fiili Taşıyıcının Sorumluluğu", (2013) İÜHF M C. LXXI, S. 2, 5 ("Fiili Taşıyıcı").

Böyle bir halde alt taşıma sözleşmesi söz konusu olur⁷⁸. Yolcu ya da eşyanın ilgisi ile taşıma sözleşmesini akdeden demiryolu tren işletmecisi, taşımanın ifasını başka bir kişiye devrettiğini ileri sürerek sorumluluktan kurtulamayacaktır. Zira sözleşmenin tarafı olarak taşımanın tamamı bakımından sorumlu olmaya devam edecektir.

6. Tazminatın Hesabı

a. Zıya Halinde

Bagaj ve eşyanın zıyaa veya hasara uğraması yahut gecikmesi hallerinde demiryolu tren işletmecisi yolcu veya eşyanın ilgisinin zararını tazmin etmek durumunda kalacaktır. Zararın nasıl tazmin edileceği Yönetmelik'in m. 35, 36 ve 37 hükümlerinde zararın türüne göre düzenlenmiştir. Bagaj veya eşyanın kısmen ya da tamamen zıyaa uğraması halinde bagaj veya eşyanın eksik brüt ağırlığının beher kilogramı için 30 TL ve en fazla 2100 TL'ye kadar olan zararı tazmin etmekle yükümlü tutulmuştur. Aynı hükme Yönetmelik'in 32. maddesinin 2. fıkrasında da aynı şekilde yer verilmiştir. Kanaatimizce aynı hususa Yönetmelik içinde iki defa yer verilerek tekrara düşülmesi isabetsizdir. 35. maddenin 2. fıkrasında ayrıca zıyaa uğrayan bagaj ve eşya bakımından ödenen taşıma ücreti ile yapılan diğer masraflar ve ödenen vergilerin de demiryolu tren işletmecisi tarafından iade edilmesi gerektiği hüküm altına alınmaktadır.

TTK m. 882 de sorumluluk sınırlarını düzenlemektedir. Buna göre eşyanın zıyayı halinde ödenecek tazminat, eşyanın ağırlığının her bir kilogramı için 8,33 Özel Çekme Hakkı ile sınırlıdır. Taşıma hukukunda sorumluluğun sınırlandırılması bakımından Özel Çekme Hakkı hesap birimi olarak neredeyse tüm dünyada kullanılmaktadır. Aynı şekilde TTK da Özel Çekme Hakkını hesap birimi olarak belirlemiştir. Kanun koyucu TTK ile böyle bir çözüm benimsemişken Yönetmelik ile farklı bir uygulamaya gidilmesi kanaatimizce yerinde değildir. Bu anlamda hem Özel Çekme Hakkının hesap birimi olarak kabul edilmesi, hem de sorumluluk sınırlarının TTK'da da olduğu gibi Türkiye'nin taraf olduğu ilgili milletlerarası sözleşmelerle uyumlu hale getirilmesi gerekmektedir.

b. Hasar Halinde

Yönetmelik'in 36. maddesi uyarınca eşya veya bagajın hasarı halinde ilgili eşya veya bagajın değer kaybı kadar tazminat ödenecektir. Bagaj veya eşya

⁷⁸ Bir kimseye karşı taşıma taahhüdünde bulunan taşıyıcı, taşıma işini bizzat ifa etmek zorunda değildir. Taşıyıcı taşıma işini kendi nam ve hesabına üstlense de, bu durum değişmez. Bu taşıma işini, başka bir taşıma sözleşmesi akdederek alt taşıyıcılara devredebilir. Kendi nam ve hesabına taşıma taahhüdünde bulunup bu işi başka bir taşıma sözleşmesiyle başka birine devrettiği takdirde bu kişiye alt taşıyıcı denir. Bahsi geçen diğer taşıma sözleşmesine ise alt taşıma sözleşmesi denir. Sabih Arkan, *Karada Yapılan Eşya Taşımalarında Taşıyıcının Sorumluluğu*, (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları 1982) 104; Adıgüzel, Fiili Taşıyıcı (n 73) 7.

tamamen hasarlandıysa, ödenecek tazminat tam zıyaa halinde ödenecek tazminatı aşamayacaktır. Aynı şekilde bagaj ve eşyanın bir kısmı hasarlandığı takdirde, değer kaybına uğrayan kısmın zıyaa uğraması halinde ödenecek tazminattan fazla ödeme yapılmayacaktır. Tazminatın değer kaybına göre hesaplanması ve tazminatın sınırının hesaplanmasına ilişkin bu hüküm, CMR m. 25 ve CIM m. 32⁷⁹ ile neredeyse birebir örtüşmektedir⁸⁰.

c. Geç Teslim Halinde

Eşya veya bagajın geç tesliminden dolayı demiryolu tren işletmecisinin ödeyeceği tazminatın miktarı, geç teslimin zarara yol açıp açmadığı hususunun yolcu veya eşyanın ilgilisi tarafından ispat edilmesine bağlıdır. Yönetmelik'in 37. maddesi uyarınca yolcu ya da eşyanın ilgilisi zarara uğradığını ispatladığı takdirde, geç teslim edilen bagaj veya eşyaların brüt ağırlığının her bir kilogramı için azami 1,5 TL veya bagaj veya eşya başına 21 TL ödenir. Tazminat talep eden böyle bir zarara uğradığını ispatlayamadığı takdirde, geç teslim edilen bagaj veya eşyanın brüt ağırlığının her bir kilogramı için 1 TL veya bagaj veya eşya başına 4 TL götürü bir tazminat ödenecektir. Bu tazminatın, tazminatın talebinin ileri sürülmesinden itibaren 24 saat içerisinde ve her halde 12 gün içinde ödenmesi gerekmektedir. Kanaatimizce bu sınırlar oldukça düşüktür.

Eşya veya bagajın tamamen zıyaa uğraması halinde geç teslim ilişkili bir tazminat ödenmeyecektir. Örneğin yiyecek yükünün geç teslim edilmesi sebebiyle tamamen küflenmesi durumunda yalnızca zıyaa ilişkili bir tazminat ödenecek olup gecikme tazminatı ödenmeyecektir. Bununla beraber eşyanın kısmen zıyaa uğraması halinde, zıyaa uğramayan kısım bakımından geç teslim ilişkili tazminat ödenmesi gerekecektir. Öte yandan gecikmeden kaynaklanmayan bir hasar söz konusu olduğu takdirde, demiryolu tren işletmecisinin hem hasara hem de geç teslim ilişkili tazminatı bir arada ödemesi gerekmektedir. Bu durumlarda zıya ya da hasara ilişkili tazminatlarda geç teslim ilişkili tazminat da bir arada ödendiğinde, bu toplam miktarın Yönetmelik'in 35 ve 36. maddesinde öngörülen sorumluluk sınırını geçemeyeceği de ayrıca hüküm altına alınmıştır.

Yönetmelik'in 37. maddesinin 6. fıkrası eşya taşımalarında da bu hükmün uygulanacağını belirtmektedir. Ancak maddeye baktığımızda zaten her bir fıkrada

⁷⁹ Bununla beraber 1980 tarihli CIM m. 42 uyarınca söz konusu değer kaybının nasıl hesaplanacağına ilişkin daha detaylı bir hüküm sevk edilmiştir. Buna göre hasar miktarı, eşyanın varma yerinde belirlenen değer kaybı yüzdesinin, taşıyıcı tarafından teslim alındığı yer ve zamandaki değeriyle çarpımı sonucuna göre tespit edilmektedir. Arkan, Demiryoluyla Eşya Taşımaları (n 1) 178; Aydın, (n 68) 130.

⁸⁰ Bu üç hüküm karşılaştırıldığında en kapsamlı olanın CIM m. 32 olduğu gözlenmektedir. Zira CIM m. 32'de demiryolu aracı ile taşıma ünitelerinin zarara uğraması hali de hüküm altına alınmıştır. Taşıma gerecinin zarara uğramasını düzenlemesi itibarıyla CIM m. 32/f. 3, TTK m. 1886/f. 3 ile benzerlik arz etmektedir. TTK m. 1886 hükmü ise Lahey-Visby Kuralları m. 4/ f. 5 hükmünden alındığından, CIM m. 32'nin bu anlamda Lahey-Visby Kuralları ile benzer olduğunu söylemek mümkündür.

İlgili hükmün bagaj ve eşyaya ilişkin olarak düzenlendiği görülmektedir. Dolayısıyla kanaatimizce bu hükmün eşya taşımaları bakımından geçerli olacağı zaten lafzından anlaşılmaktadır ve ayrıca belirtilmesi isabetsizdir.

d. El Bagajı, Evcil Hayvanlar ve Araçların Zarara Uğramasından Sorumluluk

i. Sorumluluğun Şartları

Demiryolu tren işletmecisi 30. madde uyarınca kaza veya olay nedeniyle yolcuların ölümü veya yaralanmaları halinde, yolcunun el bagajı olarak gerek yanında gerekse üzerinde bulundurduklarının, evcil hayvanlarının ve araçlarının tamamen veya kısmen kaybolmasından veya hasara uğramasından kusuru bulunduğu takdirde sorumlu tutulmuştur. Bu sorumluluğun doğabilmesi için öncelikle zararın bir kaza ya da olay sonucunda gerçekleşmesi şartı aranmaktadır⁸¹. İkinci şart ise bu kaza veya olay sebebiyle yolcu ölmüş ya da yaralanmış olmasıdır. Üçüncü şart ise, yolcunun el bagajının⁸², üzerinde bulundurduklarının, yanındaki evcil hayvanın ya da aracının⁸³ zarara uğramış olmasıdır. Yolcunun üzerinde bulundurduklarının, el bagajlarının, araçlarının hasar ya da ziyaa uğraması veya evcil hayvanların zarara uğraması bu kapsamda bir zarar olarak kabul edilebilecektir. Sorumluluğun dördüncü şartı ise zarar ile kaza veya olay arasında uygun nedensellik bağının bulunmasıdır. Son olarak 30. maddenin ikinci fıkrası gözetimi yolcuya ait olan el bagajlarının, evcil hayvanların ve aracın kısmen veya tamamen ziyaa veya hasara uğramasından doğan zarar bakımından demiryolu tren işletmecisinin ancak kusuru olduğu takdirde sorumlu olduğunu belirtmektedir. Dolayısıyla sorumluluğun söz konusu olabilmesinin beşinci şartına göre demiryolu tren işletmecisinin kusurunun bulunması gerekmektedir. Kusur şartını öngören bu hükümde yolcunun üzerinde bulundurduklarına yer verilmemiştir. Bu kapsamda yolcunun üzerinde bulundurduklarının tamamen veya kısmen hasara yahut ziyaa uğramasına ilişkin zarardan demiryolu tren işletmecisinin kusuru olmasa da sorumlu olabileceği düşüncesi akıllara gelebilir. Ancak yolcunun el bagajının uğradığı zarar bakımından kusur sorumluluğu öngörülürken yolcunun üzerinde bulundurdukları bakımından da kusur sorumluluğunun söz konusu olması makul bir çözümdür. Bu itibarla kusur şartının yolcunun üzerinde bulundurdukları bakımından da geçerli olması gerektiği kanaatindeyiz.

⁸¹ Kaza ve olay kavramlarını yukarıda ele aldığımız için bu kısımda bu kavramlar tekrar açıklanmayacaktır.

⁸² Bu kavramlardan bazıları “Tanımlar” kenar başlığını taşıyan 4. madde uyarınca tanımlanmaktadır. Buna göre el bagajı, “yolcunun kendi denetim ve sorumlulukları altında olan, seyahat ettiği vagona muhafaza ettiği, demiryolu tren işletmecisi tarafından belirlenmiş ölçü ve ağırlıktaki bagajları” ifade etmektedir. Dolayısıyla el bagajı, yolcunun zilyetliğinde bulunan, başka bir deyişle taşıyıcıya teslim edilmemiş, yolcunun zilyetliğinde olduğu için onunla aynı vagona yer alan bagajlardır. Elbette ki bu tür bagajlar için demiryolu tren işletmecisi ölçü ve ağırlık sınırı belirleyebilecektir.

⁸³ Araç kavramı ise “yolcunun seyahat ettiği trende taşınan bebek arabası, bisiklet ve/veya motorlu bisikletleri” ifade etmektedir.

ii. Sorumluluktan Kurtulma

Demiryolu tren işletmecisi kusuru olduğu takdirde sorumlu tutulacağına göre kusuru bulunmadığı takdirde sorumluluktan kurtulacaktır. Ayrıca yukarıdaki sorumluluk şartlarından herhangi biri yerine gelmediği takdirde de sorumlu tutulması mümkün olmayacaktır.

Yönetmelik'in 33. maddesi ile demiryolu tren işletmecisi bakımından genel bir kurtuluş kanıtı getirme imkanı öngörülmüştür. Buna göre işletmeci, kendisinin ya da çalışanlarının söz konusu zararı önlemek üzere tüm önlemleri aldıklarını yahut böyle bir önlemin alınmasının mümkün olmadığını ispatladığı takdirde sorumluluktan kurtulmaktadır⁸⁴. Söz konusu maddenin ne kenar başlığında ne de metninde söz konusu kurtuluş kanıtının hangi sorumluluğa ilişkin olduğu belirlenmiştir. Başka bir deyişle demiryolu tren işletmecisi kendisinin ya da çalışanlarının zararı önlemek üzere tüm önlemleri aldığını ispat ettiği takdirde sorumluluktan kurtulmaktadır ifadesi yer almaktadır ancak bu halin demiryolu tren işletmecisinin bagaj, el bagajı, evcil hayvan ve araçların uğradığı zarara ilişkin sorumluluktan kurtulma imkanını mı yoksa yolcuların ölüm ve yaralanmasından kaynaklanan zarardan sorumluluğundan kurtulma imkanını mı vereceği konusunda herhangi bir açıklık bulunmamaktadır. Yönetmelik hükümleri ve sırası incelendiğinde bu hükmün “Bagaj, el bagajı, evcil hayvan ve araçların kaybolması veya hasarlanması halinde tazminat sınırı” kenar başlığını taşıyan hükümden sonra geldiği görülmektedir. Bu itibarla bu hükmün bagaj, el bagajı, evcil hayvan ve araçların uğradığı zarardan sorumluluğa ilişkin olması hayatın akışına daha uygundur. Ancak böyle bir mevzuatın varsayımlar üzerinden çıkarım yapılmayacak şekilde açık düzenlemeler öngörmesi gerekmektedir.

Öte yandan demiryolu tren işletmecisinin yolcuların ölüm ve yaralanmasından kaynaklanan sorumluluğu esas itibarıyla 24. maddede düzenlenmiştir. Aynı maddede söz konusu sorumluluktan kurtulma halleri zaten düzenlenmiştir. Ayrıca kanaatimizce kanun koyucu bu sorumluluğu bir tür kusursuz sorumluluk olarak düzenlemeyi amaçlamaktadır. Bu sorumluluğa ilişkin böyle bir kurtuluş kanıtı öngörülmesi, bu sorumluluğu bir tür kusur sorumluluğu haline getirecektir. Tüm bu gerekçelerle 33. madde ile öngörülen sorumluluktan kurtulma imkânının bagaj, el bagajı, evcil hayvan ve araçların uğradığı zarardan sorumluluğa ilişkin olduğu kanaatindeyiz.

Öngörülen diğer genel sorumsuzluk hali ise zararın yolcunun gümrük veya diğer idari makamların talimatlarına uymamasından kaynaklanması halidir. Bu kapsamda meydana gelen zararlardan demiryolu tren işletmecisi sorumlu olmayacaktır⁸⁵.

⁸⁴ İşletmecinin el bagajı, evcil hayvan ile araçların zarara uğramasından sorumluluğu bir tür kusur sorumluluğu olduğu için bu kurtuluş kanıtının ilgili sorumluluk bakımından herhangi bir etkisi bulunmamaktadır. Zira işletmeci, kusuru bulunmadığını ispatladığı takdirde sorumlu tutulamamaktadır.

⁸⁵ Bu hal de zarar görenin kusuruna işaret etmekte olup zarar görenin kusuru, nedensellik bağıni kestiğinden sorumluluğun şartları yerine gelmemektedir.

iii. Tazminatın Hesabı

Demiryolu tren işletmecisi, el bagajı, evcil hayvan ya da araçların zarar görmesinden sorumlu olduğu takdirde yolcuya ödenecek tazminat Yönetmelik ile sınırlandırılmıştır. Buna göre demiryolu tren işletmecisi yolcu başına el bagajının her bir kilogramı için 30 TL ve en fazla 360 TL, evcil hayvanlar için en fazla 1800 TL, araçlar⁸⁶ için ise yolcu başına en fazla 7000 TL'ye kadar olan zararı tazmin etmek zorundadır.

e. Demiryolu Tren İşletmecisinin Fiillerinden Sorumlu Olduğu Kişiler

Zarara sebep olan kaza ya da olay genellikle demiryolu tren işletmecisinin adamlarının fiilinden kaynaklanmaktadır. Böyle bir durumda genel hükümler çerçevesinde adam çalıştırmanın sorumluluğuna giderek demiryolu tren işletmecisini sorumlu tutmak mümkündür. Ancak bunun yerine Yönetmelik m. 39 ile bu hususta özel bir hüküm sevk edilmiş ve demiryolu tren işletmecisinin çalışanlarının ya da hizmetine başvurduğu kimselerin görevlerini ifa ederken işledikleri fiil yahut ihmalleri sonucu zarara sebep olmaları halinde yine demiryolu tren işletmecisinin söz konusu zarardan sorumlu olduğu öngörülmüştür.

Demiryolu tren işletmecisinin bu kapsamda sorumlu tutulabilmesi için öncelikle zarara sebep olanın çalışanlarından biri ya hizmetine başvurduğu bir kişi olması gerekmektedir. Demiryolu tren işletmecisinin çalışanları, kendisi ile arasında hizmet akdi bulunan kimselerdir. Hizmetine başvuru kimseler söz konusu hükmün devamında belirlenmiştir. Buna göre ilgili taşımanın yapılabilmesi için kullanılan demiryolunun alt yapı işletmecisi ile taşıma işinin ifası için demiryolu tren işletmecisinin istihdam ettiği kişiler olarak kabul edilecekleri öngörülmüştür.

f. Sınırlı Sorumluluktan Yararlanma Hakkının Kaybı

Yönetmelik'in 38. maddesine göre demiryolu tren işletmecisi için öngörülen sorumluluk sınırları, işletmecinin söz konusu zarara sebep olma kastıyla ya da böyle bir zarara yol açabileceğini bilerek işlediği bir fiili yahut ihmali neticesinde meydana geldiği takdirde uygulanmayacaktır ve demiryolu tren işletmecisi söz konusu zarar bakımından sınırsız olarak sorumlu tutulacaktır. Taşıyıcının ve taşıyanın kasten ya da böyle bir zararın meydana gelebileceğini bilerek işlediği pervasızca hareketi, hem milletlerarası sözleşmelerin çoğu bakımından hem de ulusal düzenlemeler bakımından taşıyıcı ve taşıyanın sınırlı sorumluluktan yararlanma hakkını yitirmesine neden olmaktadır⁸⁷. Yönetmelik'te de aynı yaklaşımın benimsenmiş olması kanaatimizce isabetlidir.

⁸⁶ Araç kavramı Yönetmelik 4. maddesinin (ç) bendi ile şu şekilde tanımlanmaktadır: ç) Araç: Yolcunun seyahat ettiği trende taşınan bebek arabası, bisiklet ve/veya motorlu bisikletleri ifade eder.

⁸⁷ Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. Kübra Yetiş-Şamlı, *Uluslararası Kara, Hava Ve Deniz Yoluyla Eşya Taşımalarında Taşıyıcının / Taşıyanın Sınırlı Sorumluluktan Yararlanma Hakkının Kaybı*, (On İki Levha Yayıncılık 2008); Duygu Damar, *Wilful Misconduct in International Transport Law*, (Springer 2011).

VI. Değerlendirme ve Sonuç

Demiryolu ile yapılan uluslararası eşya ve yolcu taşıma sözleşmeleri bakımından Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası sözleşmeler olan COTIF-CIM ile COTIF-CIV uygulama alanı bulacaktır⁸⁸. Demiryolları ile yapılan ulusal eşya ve yolcu taşıma sözleşmeleri bakımından ise Rumeli Demiryolları İşletme Nizamnamesi hala yürürlükte ve bu durum yargı kararları ile de teyit edilmektedir. Halbuki 1927 yılında Devlet Demiryolları ve Limanları İdarei Umumiyesinin Teşkilat ve Vezaifine Dair Kanun'un 4. Muvakkat maddesi uyarınca, Rumeli Demiryolları İşletme Nizamnamesi'nin, yerine yeni bir kanun kabul edilinceye dek geçici bir süre için yürürlükte olduğu öngörülmüştür⁸⁹. Ardından 1945'te Danıştay 5. Dairesi, Danıştay Yüksek Başkanlığı'na, Nizamname'nin en kısa sürede değiştirilmesine ilişkin TBMM'ye başvurulmasını teklif etmiş, teklif kadük kalmıştır⁹⁰. Bu arada 2011 yılında kabul edilen 6102 sayılı TTK m. 852 uyarınca da demiryoluna ilişkin hükümler saklı tutularak Nizamname'nin yürürlükten kaldırılması da gündemden çıkmıştır⁹¹. Halbuki Türk Ticaret Kanunu'nun hazırlanması aşamasında Türk Ticaret Kanunu Komisyonu tarafından hazırlanan taslakta yer alan ve Türk Ticaret Kanunu'ndaki kara taşımaya ilişkin hükümleri kara yolu ve demiryolu taşımaları bakımından özel hüküm addeden atıflar TBMM Adalet Komisyonu tarafından çıkarılmıştır. Demiryolu taşımalarına ilişkin özel hükümlerin saklı tutulduğu hükmü kanunlaşmıştır. Bu arada Rumeli Demiryolları İşletme Nizamnamesi'ni yürürlükten kaldıran açık bir hüküm de sevk edilmemiştir⁹².

Bir hükmün sözüyle ve özüyle uygulanması dürüstlük kuralıyla bağdaşmıyorsa ve bu durum hakkın kötüye kullanılması sayılacaksa, doktrinde kanunda örtülü bir boşluğun bulunduğu kabul edilmektedir⁹³. Hakim, 1872 tarihli Rumeli Demiryolları İşletme Nizamnamesi'nin günümüzdeki demiryolu ile yapılan taşımalara uygulanmasının dürüstlük kuralına aykırılık teşkil ettiği yönünde değerlendirmesini yaparak uyuşmazlığa Türk Ticaret Kanunu'nun taşımaya ilişkin hükümlerini uygulayabilecektir⁹⁴. Nitekim Yargıtay da demiryolu ile yapılan ulusal yolcu ve eşya taşıma sözleşmelerine TTK hükümlerini uygulamaktadır⁹⁵. Yargıtay'ın içerdiği

⁸⁸ Bu milletlerarası sözleşmelerin uygulanabilmesi için sözleşmeler tarafından öngörülen belirli şartların yerine gelmesi gerekmektedir. Bu şartların birinin yokluğu halinde dahi, ilgili sözleşmelerin uygulanması mümkün olmayacaktır. CIM'e ilişkin uygulama şartları için bkz. Arkan, Demiryoluyla Eşya Taşımaları (n 1) 25 vd.

⁸⁹ Karan, Demiryolu (n 3) 178.

⁹⁰ Karan, Demiryolu (n 3) 178.

⁹¹ Karan, Demiryolu (n 3) 178-179.

⁹² Karan, Demiryolu (n 3) 178.

⁹³ M. Kemal Oğuzman, Nami Barlas, *Medeni Hukuk*, (Vedat Kitapçılık 2018) 78.

⁹⁴ Karan, Demiryolu (n 3) 179. Adıgüzel ise, Rumeli Demiryolları İşletme Nizamnamesi açık bir şekilde yürürlükten kaldırılmadığı sürece yorum yoluyla böyle bir uygulamanın benimsenmesinin isabetli olmadığını ileri sürmektedir. Öte yandan Nizamname'nin bazı hükümlerinin hem adil olmaması hem de hakkaniyete aykırı olması itibarıyla bu hükümler yerine TTK hükümlerinin uygulanmasının kabul edilmesi gerektiğini belirtmektedir. Nizamname'de uygulanacak bir hüküm yer alması halinde ise TTK m. 856 vd. hükümlerinin uygulanması gerektiğini ifade etmektedir. (Adıgüzel, Taşıma Hukuku (n 4) 11.)

⁹⁵ Yargıtay 11. HK, E. 2003/9341, K. 2003/9417, 16.10.2003.

anlaşılamayacak kadar eski bir Türkçe ile kaleme alınmış Nizamname yerine TTK'yı uygulaması bu anlamda anlaşılabilir. Ancak böyle bir uygulama yerine Nizamname'yi açıkça yürürlükten kaldıran bir kanunun kabul edilmesi ve bu tartışmaların son bulması gerekmektedir.

2019 yılına dek demiryolu taşımacılığına ilişkin günümüz ihtiyaçlarına cevap veren çağdaş bir kanunun kabul edilmesi beklenmiştir. 8 Mart 2019 tarihli Resmi Gazete'de Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığı'ndan Demiryolu ile Seyahat Eden Yolcuların Haklarına Dair Yönetmelik yayımlanmıştır ve aynı gün yürürlüğe girmiştir. İlgili Yönetmelik ilk bakışta ismi sebebiyle 3 Aralık 2011 tarih ve 28131 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Havayolu ile Seyahat Eden Yolcuların Haklarına Dair Yönetmelik'i (SHY-YOLCU) andırmaktadır. Havayolu ile Seyahat Eden Yolcuların Haklarına Dair Yönetmelik'te uçuşa kabul edilmeyen, uçuşu ertelenen ya da iptal edilen havayolu yolcularının asgari hakları öngörülmektedir. Demiryolu ile Seyahat Eden Yolcuların Haklarına Dair Yönetmelik ise, 69 madde ve iki Ek ihtiva etmektedir. Dolayısıyla ilgili Yönetmelik, SHY-YOLCU Yönetmeliği'ne göre çok daha kapsamlıdır. Havayolu ile Seyahat Eden Yolcuların Haklarına Dair Yönetmelik'te olduğu gibi Demiryolu ile Seyahat Eden Yolcuların Haklarına Dair Yönetmelik de, demiryolu seferlerinin iptal edilmesi ve gecikmesi halinde yolcuların haklarını düzenlemektedir. Ancak bunların yanı sıra bagajların, el bagajlarının, evcil hayvanların, araçların ve eşyaların taşıma koşulları ile demiryolu tren işletmecilerinin hak, sorumluluk ve yükümlülükleri gibi esas itibariyle önem arz eden birçok hususu bir arada düzenlemektedir. Bu itibarla Karayolu Taşıma Yönetmeliği'ni andıran Yönetmelik hükümleri dağınık ve düzensiz bir şekilde kaleme alınmıştır⁹⁶. Kanaatimizce bunun yerine aynı havayolu yolcuları bakımından olduğu gibi demiryolu ile seyahat eden yolcuların haklarının ayrı bir yönetmelik ile; demiryolu tren işletmecilerinin hakları, yükümlülükleri ve sorumluluklarının ise ayrı bir kanun ile düzenlenmesi daha yerinde olurdu⁹⁷.

Yönetmelik hükümlerine ilişkin olarak göz önünde bulundurulması gereken önemli bir başka husus ise işletme kusuru kavramıdır. Günümüzde meydana gelen tren kazalarına ilişkin ticaret mahkemelerinde açılan tazminat davalarında mahkemeler kazanın sebebinin araştırılması bakımından bilirkişi incelemelerine başvurmakta, bu incelemeler sonucunda çoğunlukla kazanın demiryolları işletmesinin "işletme kusuru"ndan kaynaklandığı belirlenmektedir⁹⁸. Ancak Yönetmelik'te bu "işletme kusuru" kavramına yer verilmediği gözlenmektedir⁹⁹. Böylesine önemli ve yargıda

⁹⁶ Çelik, (n 9) 512.

⁹⁷ Buna karşılık Çelik ise demiryolu tren işletmecisinin yükümlülüklerinin ve sorumluluklarının, 08.03.2019 tarihli Demiryolu ile Seyahat Eden Yolcuların Haklarına Dair Yönetmelik, 20.08.2016 tarihli Demiryolu İşletmeciliği Yetkilendirme Yönetmeliği ve 19.11.2015 tarihli Demiryolu Emniyet Yönetmeliği uyarınca üç ayrı yönetmelik tarafından dağınık bir şekilde düzenlenmesini eleştirmektedir. Yazar, adı geçen bu yönetmelik hükümlerinin, Karayolu Taşıma Yönetmeliği'nde olduğu gibi tek yönetmelik haline getirilmesinin uygun bir çözüm olacağını savunmaktadır. Çelik, (n 9) 520.

⁹⁸ Çelik, (n 9) 543.

⁹⁹ Çelik, (n 9) 512.

ihtilaf konusu olan bir hususun kanun koyucu tarafından dikkate alınmamış olması Yönetmelik hükümlerinin yetersizliğini ortaya koymaktadır¹⁰⁰.

Yönetmelik ismi itibarıyla demiryoluyla yolcu taşımalarını düzenlemek üzere öngörülmüştür. Bununla beraber içeriğinde demiryoluyla eşya taşımalarına ilişkin kurallar da yer almaktadır. Bu itibarla Yönetmelik'in amacını aştığı kanaatindeyiz.

Ayrıca üzerinde durulması gereken bir başka husus ise, demiryolu işletmecisinin sorumluluğu, sorumluluğunun sınırı, ödeyeceği tazminat ve zorunlu sigorta gibi önemli hususların yönetmelik hükümleriyle değil, kanun hükümleriyle düzenlenmesi gereğidir. Zira Anayasa m. 48 uyarınca, herkes dilediği alanda sözleşme hürriyetine sahiptir. Sözleşme yapma hürriyeti Anayasa ile öngörülmüş temel hak ve özgürlüklerdendir¹⁰¹. Anayasa'nın 13. maddesine göre temel hak ve özgürlükler yalnızca kanunla sınırlandırılabilir¹⁰². Bu durumun sonucu olarak da zorunlu sigorta kurumunun, kişilerin sözleşme yapma hürriyetini sınırlandırdığından yalnızca kanunla öngörülebilmesi gerekmektedir¹⁰³. Ancak Yönetmelik ile sigorta yaptırma zorunluluğu öngörülmektedir. Dolayısıyla bu husus Anayasa'ya aykırılık teşkil etmektedir.

Diğer taraftan Anayasa madde 124 uyarınca, "Cumhurbaşkanı, bakanlıklar ve kamu tüzel kişileri, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla, yönetmelikler çıkarabilirler." Buna göre yönetmeliklerin, kanun ve kararnamelerin uygulanmasını sağlamak amacıyla ve bunlara aykırı olmamak üzere öngörülmesi gerekmektedir. Hâlbuki söz konusu Yönetmelik, herhangi bir kanunun uygulanmasını sağlamak amacıyla öngörülmemiştir; bunun yerine demiryolu alanında müstakil ve yenilikçi düzenlemeler içermektedir. Öte yandan, TTK m. 916 hükmüne göre "Yolcu taşınması, bu Kanun hükümlerine uygun olarak Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığınca¹⁰⁴ bir yönetmelikle düzenlenir. Yönetmelik, araç ile sürücüyü ilgilendirenler de dâhil olmak üzere, her konuda yolculuğun güvenliğini; hava, ses, yer ve çevre temizliğini ve diğer gereklilikleri sağlayıcı önlemleri içerir.

¹⁰⁰ Çelik, (n 9) 512.

¹⁰¹ Buna göre kişiler bir sözleşmeyi yapmak hususunda özgür olduğu gibi, sözleşmeyi kiminle yapacakları hususunda da özgürdür. Cevdet Yavuz, Faruk Acar, Burak Özen, *Türk Borçlar Hukuku: Özel Hükümler*, (9. Baskı, Beta 2014) 14; M. Kemal Oğuzman, Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler I*, (Vedat Kitapçılık 2018) 23; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, (Yetkin 2018) 301; Kübra Ercoşkun Şenol, Sözleşmenin İçeriğini Belirleme Özgürlüğü ve Bunun Genel Sınırı: TBK m. 27, İÜHFİM, C. LXXIV, S. 2, 2016, 712.

¹⁰² Bu ilke, 1789'da Fransa'da kabul edilen İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi'nden bu yana kabul görmektedir. Münci Kapani, *Kamu Hürriyetleri*, (Yetkin 2013) 230; Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, (Ekin 2018) 225.

¹⁰³ Merih Kemal Omağ, 'Türk Hukukunda Mecburi Sigortalara ve Sorunlarına Genel Bir Bakış' *Zorunlu Sigortalılar Paneli: Tebliğler – Tartışmalar*, (Sigorta Hukuku Türk Derneği Yayını, 1993) 13.

¹⁰⁴ 09.07.2018 tarih ve 30473 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Anayasada Yapılan Değişikliklere Uyum Sağlanması Amacıyla Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnemelerde Değişiklik Yapılması Hakkında 703 numaralı Kanun Hükmünde Kararname ile Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığının teşkilat yapısı değişmiştir ve "Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığı" adını almıştır. Demiryolu ile Seyahat Eden Yolcuların Haklarına İlişkin Yönetmelik ise bu itibarla Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığı tarafından çıkarılmıştır.

Yönetmelikte, bagajın teslim alındığına ilişkin belgenin şekline ve özellikle bagajın ağırlığı ile içeriğine ilişkin kayıtlar hakkındaki hükümler yer alır. Yönetmelikte, bagaj ağırlığını ve sorumluluğu bu Kanundaki hükümler dışında sınırlayıcı düzenlemelere izin veren hükümler bulunamaz.” Bu hükme göre demiryolu ile yolcu taşımalarının TTK’ya dayanılarak, TTK hükümlerini detaylandırmak ve açıklamak üzere bu Yönetmelik ile düzenlendiği savunulabilir. Ancak TTK, Yönetmelik’in dayanağı olarak gösterilmemiştir, dolayısıyla bu savunma yerinde olmayacaktır. Ayrıca zorunlu sigorta yaptırma yükümlülüğü gibi sözleşme özgürlüğünü sınırlandıran hususların kanun ile öngörülmesi gerekmektedir. Yönetmelik’i hazırlayanlar adeta kanun koyucu gibi hareket etmişler, yetki aşımı söz konusu olmuştur.

Tüm bu gerekçelerin yanı sıra; Yönetmelik’in 5. maddesi uyarınca öngörülen yolcu haklarına ilişkin emredicilik ilkesi de göz önünde bulundurulduğunda tüm bu düzenlemelerin bir yönetmelik çatısı altında değil, salt demiryolu taşımalarını düzenleyen bir kanun çerçevesinde düzenlenmiş olmasının daha isabetli olduğu kanaatindeyiz. Alternatif bir çözüm ise Türk Sivil Havacılık Kanunu m. 106 ve m. 124’te olduğu gibi taşıyıcının sorumluluğu ile ilgili hususlar bakımından COTIF, CIM ve CIV’e atıf yaparak Türkiye’nin taraf olduğu milletlerarası sözleşme hükümlerini iç hukuka almak olabilir. Ancak bunun da yine bir kanun hükmünün atfıyla yapılması daha isabetli olacaktır.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

Grant Support: The author declared that this study has received no financial support.

Bibliografya/Bibliography

- Adıgüzel B, *Karayoluyla Yapılan Taşımalarda Taşıyıcının Ziya ve Hasardan Doğan Sorumluluğu*, (2. Baskı, Adalet Yayınevi 2012)
- Adıgüzel B, *Taşıma Hukuku*, (2018, Adalet Yayınevi)
- Adıgüzel B, 'Yeni Türk Ticaret Kanunu'nda Fiili Taşıyıcı Kavramı ve Fiili Taşıyıcının Sorumluluğu', (2013) İÜHF M. C. LXXI, S. 2, 3-20
- Akıncı Z, *Karayolu ile Milletlerarası Eşya Taşımacılığı ve CMR*, (Seçkin Yayıncılık, 1999)
- Akipek J G, Akıntürk T, Ateş D, *Eşya Hukuku*, (2. Baskı, Beta 2018)
- Arkan S, 'Demiryolu İşletmesinin Eşya Taşımalarından Doğan Sorumluluğu', *Sorumluluk ve Sigorta Hukuku Bakımından II. Taşımacılık Sempozyumu-Bildiriler – Tartışmalar*, (Sigorta Hukuku Türk Derneği 1985).
- Arkan S, *Demiryoluyla Yapılan Uluslararası Eşya Taşımaları* (Olgaç Matbaası 1987)
- Arkan S, *Karada Yapılan Eşya Taşımalarında Taşıyıcının Sorumluluğu*, (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları 1982)
- Aydın A, *CMR'ye göre Taşıyıcının Ziya, Hasar ve Gecikmeden Doğan Sorumluluğu*, (2. Bası, Arıkan 2006)
- Baysal B, *Haksız Fiil Hukuku* (On İki Levha Yayıncılık 2019)
- Birinci-Uzun T, *Uluslararası Hava Taşımalarında Taşıyıcının Sorumluluğu*, (2. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2015)
- Bolca T, *Deniz Taşımacılığında Taşıyanın Sorumluluktan Kurtulduğu Haller*, (Seçkin Yayıncılık 2018)
- Bozkurt-Bozabalı B, *Havayoluyla Yolcu Taşıma Sözleşmelerinde Taşıyanın Ölüm ve Cismani Zarardan Doğan Hukuki Sorumluluğu*, (Seçkin Yayıncılık 2013)
- Çelik A Ç, *Karayoluyla Yolcu Taşıma*, (2. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2019)
- Damar D, *Wilful Misconduct in International Transport Law*, (Springer 2011)
- Doğanay İ, 'Türk Ticaret Kanunu Hükümlerine Göre Karada Eşya Taşınması', (1970) BATİDER C. V, S. 3, 452
- Ekşi N, *Demiryoluyla Uluslararası Eşya Taşıma (CIM 1999)* (Beta 2020)
- Ercoşkun-Şenol K, Sözleşmenin İçeriğini Belirleme Özgürlüğü ve Bunun Genel Sınırı: TBK m. 27, İÜHF M, C. LXXIV, S. 2, 2016, 709-737
- Erdem E, *CMR Konvansiyonu ve 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanuna Göre Karayolu Taşıma Hukuku*, (Bilge, 2013)
- Eren F, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, (Yetkin 2018)
- Eren F, *Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İliyet Bağı Teorisi*, (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1975)
- Eriş G, *Açıklamalı-Gereğçeli-İçtihatlı Türk Ticaret Kanununa Göre Taşıma Hukuku*, (2015 Seçkin Yayıncılık)
- Erman H, *Eşya Hukuku Dersleri*, (Gözden Geçirilmiş 8. Basım, Der 2018)
- Erol A, *Türk Sorumluluk Hukukuna Göre Demiryolu İşletenin Sözleşme Dışı Sorumluluğu*, (2019 Yetkin Yayınları)
- Ertaş Ş, *Eşya Hukuku*, (14. Baskı, Barış Fakülteler, 2018)
- Gençtürk M, *Uluslararası Eşya Taşıma Hukuku: Genel Kavramlar, Gecikmeden Doğan Sorumluluk* (Vedat Kitapçılık 2006)

- Gölcüklü İ, *Hava Hukuku*, (On İki Levha Yayıncılık 2018)
- Gözler K, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, (Ekin 2018)
- Kapani, *Kamu Hürriyetleri*, (Yetkin 2013)
- Karan H, *Karayolunda Uluslararası Eşya Taşıma Sözleşmesi Hakkında Konvansiyon, CMR Şerhi*, (Turhan, 2011)
- Karan H, 'TBMM Adalet Komisyonu'nun Taşıma Hukukuna Katmayı Başardığı İki Temel Sorun: Taşıma İşleri Komisyonculuğu Sözleşmesi ile Ulusal Demiryolu Taşıma Sözleşmesine Uygulanacak Hukuk', *Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XXVI*, (2013 Bankacılık Enstitüsü Yayınları)
- Karayazı E, *Uluslararası Kara, Hava Ve Deniz Yoluyla Eşya Taşımalarında Bildirim Külfeti*, (2018 İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi)
- Kaya A, *Taşıyıcının Gecikmeden Doğan Sorumluluğu*, (1987 İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi)
- Kaya A, 'Taşıyıcının Kara Yolu ile Eşya Taşımaya İlişkin Uluslararası Sözleşme'de (CMR) Öngörülen Sorumluluğun Esasları II', (1998) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 56, S. 1-4
- Kırman A, *Havayolu İle Yapılan Uluslararası Taşımalarda Taşıyıcının Sorumluluğu*, (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları 1990)
- Nomer H N, Ergüne M S, *Eşya Hukuku*, (Gözden Geçirilmiş 7. Bası, On İki Levha, 2019)
- Oğuzman M K, Öz T, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler I*, (Vedat Kitapçılık 2018)
- Oğuzman M K, Seliçi Ö, Oktay-Özdemir S, *Eşya Hukuku*, (Mevzuata Uyarlanmış 2. Baskı, Filiz 2019)
- Oğuzman M K, Barlas N, *Medeni Hukuk*, (Vedat Kitapçılık 2018)
- Okay S, *Deniz Ticareti Hukuku I*, (3. Baskı, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1970)
- Omağ M K, 'Türk Hukukunda Mecburi Sigortalara ve Sorunlarına Genel Bir Bakış' *Zorunlu Sigortalar Paneli: Tebliğler – Tartışmalar*, (Sigorta Hukuku Türk Derneği Yayını, 1993) 7-38.
- Özdemir T, *Uluslararası Eşya Taşıma Hukuku (Zıya ve/ veya Hasar Sorumluluğu)*, (Vedat Kitapçılık, 2006)
- Serozan R, *Eşya Hukuku I*, (Genişletilmiş 3. Bası, Filiz, 2014)
- Sirmen L, *Eşya Hukuku*, (Gözden Geçirilmiş 7. Baskı, Yetkin 2019)
- Sözer B, 'Havayolu ile Yapılan Milletlerarası Taşımalarda Yolcunun Ölümü veya Yaralanması Sonucundan Doğan Zararlardan Taşıyanın Sorumluluğu', (1978) BATİDER C. IX, S. 3
- Sözer B, 'Havayolu ile Yapılan Uluslararası Taşımalarda Taşıyanın Sorumluluğunu Düzenleyen Varşova/La Haye Sisteminin Tadiline İlişkin 1999 Montreal Sözleşmesi', (2001) BATİDER, C. XXI, S. 1
- Sözer B, *Türk Hukukunda ve Uluslararası Hukukta Hava Yolu ile Yük Taşıma Sözleşmesi*, (2. Bası, Vedat Kitapçılık 2009)
- Şanlı C, 'Uluslararası Kara ve Demiryolu Taşıma Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk', (1989) Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, C. 9, Sa. 1, 47-53.
- Tandoğan H, *Türk Mes'uliyet Hukuku (Akdi ve Akit Dışı Mes'uliyet)* (Vedat Kitapçılık 2010)
- Tekinay S S, Akman S, Burcuoğlu H, Altop A, *Tekinay Eşya Hukuku, Cilt I*, (5. Bası, Filiz, 1989)
- Topaloğlu M, 'Karayoluyla Uluslararası Eşya Taşımalardan (CMR) Doğan Hukuki Sorumluluk', *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu, 28-29 Mayıs 2009*, (Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi 2009) 393-408.

- Uslu M, *CMR Hükümleri Çerçevesinde Taşıyıcının Gecikmeden Doğan Sorumluluğu*, (Seçkin, 2010)
- Ülgen H, *Hava Taşıma Sözleşmesi* (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları 1987)
- Ülgener M F, *Taşıyanın Sorumsuzluk Halleri*, (Der Yayınları, 1991)
- Ünal M, Başpınar V, *Şekli Eşya Hukuku, Giriş, Zilyetlik, Tapu Sicili*, (Güncellenmiş ve Genişletilmiş 10. Baskı, Savaş 2018)
- Ünan S, *Türk Ticaret Kanunu Şerhi Cilt II*, (On İki Levha Yayıncılık 2016)
- Yavaş A, *Kara Yolunda Konteyner ile Yapılan Yük Taşımada Kayıp veya Hasardan Doğan Sorumluluk*, (On İki Levha Yayıncılık 2016)
- Yavuz C, Acar F, Özen B, *Türk Borçlar Hukuku: Özel Hükümler*, (9. Baskı, Beta 2014)
- Yeşilova E, *Taşıyıcının CMR Hükümlerine Göre Yardımcı Şahıslarının ve Müteakip Taşıyıcıların Eylemlerinden Doğan Sorumluluğu (CMR madde 3,34 vd.)*, (Yetkin Yayınları 2004)
- Yetiş-Şamlı K, *Uluslararası Kara, Hava Ve Deniz Yoluyla Eşya Taşımalarında Taşıyıcının / Taşıyanın Sınırlı Sorumluluktan Yararlanma Hakkının Kaybı*, (On İki Levha Yayıncılık 2008)

- 6.7.1965 tarihli E. 1965/16, K. 1965/041 sayılı AYM Kararı.
- 3.5.1966 tarihli E. 1966/4, K. 1966/25 sayılı AYM Kararı.
- 3.6.1976 tarihli, E. 1976/31, K. 1976/30 sayılı AYM Kararı.
- 5.02.1967 tarihli, E. 966/T-311, K. 114 sayılı HGK Kararı (BATİDER, C. 4, S. 3., 1968, 566.)
- HGK 21.01.1992, E. 1991/11-583 K. 1992/6-8823
- Yargıtay 4. HD. 2002/10635 E. 2003/94 K. (Çelik 551)
- Yargıtay 11 HD. 13.11.1980 tarihli, 4423/5256 sayılı kararı
- Yargıtay 11 HD, 09.06.1995 tarihli ve 1995/4830 sayılı kararı.
- Yargıtay 11. HD. 06.01.2014-E.17564/K.65.
- Yargıtay 11. HD. 16.05.2013, E. 6498/K.10122.
- Yargıtay 19. HD. 17.05.1993 tarihli ve 1993/3814 sayılı kararı
- Yargıtay 11. HD. 3.7.1986, 3634-4162
- Yargıtay 11. HD. 24.12.1996, 8552-9094
- Yargıtay 4. HD. 15.12.1987, 7632-9205
- Yargıtay 11. HD. 04.07.2005, E.10813, K. 7129

https://www.icao.int/secretariat/legal/List%20of%20Parties/WC-HP_EN.pdf

https://www.icao.int/secretariat/legal/List%20of%20Parties/Mtl99_EN.pdf

<http://www.tcddtasimacilik.gov.tr/sayfa/yolcunun-el-klavuzu/#el-bagajlari>



İstanbul Hukuk Mecmuası

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Başvuru: 04.05.2021
Revizyon Talebi: 13.07.2021
Son Revizyon: 26.07.2021
Kabul: 10.08.2021

Sigorta Ettirenin Sözleşme Öncesi Beyan Yükümlülüğünün İhlaline İlişkin Türk Ticaret Kanunu Hükümlerinin Alman Sigorta Sözleşmeleri Kanunu'nda ve Avrupa Sigorta Sözleşmesi Hukuku Prensipleri'nde Yer Alan Düzenlemeler Açısından Değerlendirilmesi

Aslıhan Erbaş Açıknel^{1*}

Öz

Sigorta sözleşmesine ilişkin müzakerelerin başladığı andan itibaren oldukça karmaşık hak ve yükümlülüklerden teşekkül eden bir borç ilişkisi doğmaktadır. Karşılıklı güven ilişkisine dayanan ve dürüstlük kuralının özel bir önemi haiz olduğu bu borç ilişkisinde, tarafların birbirlerini aydınlatma yükümlülüğü sözleşmenin kurulması safhasında o kadar esaslı bir role sahiptir ki kanun koyucu her iki taraf için de bu yükümlülüğün ifasını özel düzenlemelere tabi tutmuştur. Nitekim 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda sigortacının aydınlatma yükümlülüğüne yer verilmiş ve sigorta ettirenin sözleşme öncesi beyan yükümlülüğü çok detaylı bir şekilde düzenlenmiştir. Bu kapsamda Kanun'da sigorta ettirenin sözleşme öncesi beyan yükümlülüğünü nasıl ifa edeceği ve ifa etmemesi ya da eksik yahut yanlış ifa etmesi halinde doğacak sonuçlar belirtilmiştir. Ancak ilgili Kanun hükümleri pek çok yönden belirsizlik taşımakta, bu nedenle uygulamada ve öğretilerde çok farklı şekilde yorumlanmaktadır. Sigorta genel şartlarının çoğunun 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden önce kaleme alındığı dikkate alındığında, konuya ilişkin detaylı incelemelerin önemi ortaya çıkmaktadır. Bu çalışmanın amacı, sigorta ettirenin sözleşme öncesi beyan yükümlülüğünün ihlal etmesi halinde sigortacının sahip olduğu hakları Avrupa Birliği Sigorta Sözleşmeleri Prensipleri ve mehzan kanun olan Alman Sigorta Sözleşmesi Kanunu ile karşılaştırmalı olarak ele alarak incelemektir. Bu çerçevede beyan yükümlülüğünün ihlal edilmesi halinde sigortacının TTK m. 1439'da düzenlenen haklarının, beyan yükümlülüğünün ihlal edilmesinden önce veya sonra öğrenilmesine göre bir ayrıma tabi tutulup tutulmadığı, cayma hakkının niteliği ve bu hakka ilişkin olarak ortaya çıkan sorunlar, rizikonun gerçekleşmesi halinde uygulanacak hükümler yönünden sigortacının kusurunun belirleyici olmasını beyan yükümlülüğünün ihlal edilmesiyle ilişkilendirilmesini ve sigorta ettirenin beyan yükümlülüğü ile sigortacının aydınlatma yükümlülüğü arasında nasıl bir ilişki kurulması gerektiği üzerinde durulacaktır. Ayrıca çalışma sırasında elde edilen bulgular ışığında konuya ilişkin yargı kararları irdelenecektir.

Anahtar Kelimeler

Sigorta Sözleşmesi, Beyan Yükümlülüğü, Aydınlatma Yükümlülüğü, Cayma, İptal

An Analysis of the Provisions of the Turkish Commercial Code Regarding the Violation of the Policyholder's Duty of Disclosure in Comparison with the Provisions of the German Insurance Contract Act and the Principles of European Insurance Contract Law

Abstract

At the outset of insurance contract negotiations, a set of complex legal relationships come into question for both parties. Based on mutual trust, and attributing particular importance to the principles of good faith, parties' obligations to inform one another are a significant aspect of this legal relationship. The law mandates the fulfillment of this obligation at the very beginning of contract negotiations. In this context, the Turkish Commercial Code applies the duty of disclosure

* **Sorumlu Yazar:** Aslıhan Erbaş Açıknel (Dr. Öğr. Üyesi) Kadir Has Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Ana Bilim Dalı, İstanbul, Türkiye. E-Posta: aslihan.acikel@khas.edu.tr ORCID: 0000-0002-9770-8472

Atf: Erbaş Acikel A, "Sigorta Ettirenin Sözleşme Öncesi Beyan Yükümlülüğünün İhlaline İlişkin Türk Ticaret Kanunu Hükümlerinin Alman Sigorta Sözleşmeleri Kanunu'nda ve Avrupa Sigorta Sözleşmesi Hukuku Prensipleri'nde Yer Alan Düzenlemeler Açısından Değerlendirilmesi" (2021) 79(3) İstanbul Hukuk Mecmuası 881. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2021.79.3.9715>



and the obligation to inform both on the policyholder and insurer through detailed provisions. However, related provisions are vague and differing opinions arise both in practice and the doctrine. Since most general insurance conditions are published prior to the new Code's entry into force, detailed analyses regarding the policyholder's duty of disclosure are essential. This paper investigates insurers' rights regarding a policyholder's breach of the duty of disclosure and examines other related legal matters with a comparison of rights provided by the German Insurance Contract Act, as the source law, and the Principles of European Insurance Contract Law. Within this scope, this article endeavors to scrutinize whether the rights of the insurer stipulated under Article 1439 of the Turkish Commercial Code are categorized according to the time when an insurer discovers a breach, legal nature of the right to cancellation, and challenges of determining the degree of the fault of the insurer following the discovery of a risk and the necessity to establish a link with the policyholder's duty of disclosure and the insurer's obligation to inform. Furthermore, court decisions related to the disclosure will be analyzed in light of these findings.

Keywords

Insurance Contract, Duty of Disclosure, Duty to Inform, Cancellation, Avoidance of Contract

Extended Summary

This paper analyses the legal remedies for policyholder's breach of precontractual duty of disclosure under Turkish law in comparison to German source law and Principles of European Insurance Contract Law (PEICL), as the most recent model law. After describing the remedies in German law for breach of duty in the first chapter, PEICL's provisions are explained, in the second chapter, revealing the differences between provisions. In light of these findings, remedies set forth in Turkish law are reviewed in the third chapter. A subchapter further analyses the upper courts' jurisprudence. The author's primary motivation is to answer some questions regarding the new system established by Turkish Commercial Code numbered 6102 for policyholder's duty of disclosure:

In case of a breach of the precontractual duty of disclosure, German law provides for the right of withdrawal with an *ex-tunc* effect, termination, and contract variation as remedies. In contrast, PEICL only delivers the right to termination and variation. According to German law, the insurer may not exercise the right to withdraw from the contract if the policyholder was neither faulty nor acted in slight negligence while breaching the duty of disclosure. The insurer can withdraw the contract if a policyholder is found to have intentionally breached their duty or with gross negligence. If the policyholder breaches this duty with gross negligence, then an additional condition is required to withdraw the contract: It should be presumed that the contract would not have been concluded by the insurer if they were duly informed of a previously undisclosed fact prior to the conclusion of the contract. German law includes the right to terminate a contract if a policyholder breaches their obligation without fault or with only slight negligence; however, this right to terminate the contract can only be exercised if the insurer would not have concluded the contract if the fact that was not disclosed prior to contract conclusion was known. The PEICL deviates from German law by not setting forth a right to withdraw a contract and in terms of the conditions

required to exercise this right of termination. Under PEICL, the insurer can terminate the contract even in circumstances in which the policyholder's obligation is breached without fault, under the condition that the insurer would not be expected to conclude the contract if the information that was not disclosed prior to contract conclusion was known. If the policyholder breaches the duty of disclosure, whether by slight or gross negligence, the insurer can terminate the contract without any further requirement.

Turkish law significantly differs from German law and PEICL regarding the right of cancellation because it does not require the default of the policyholder as a condition for the exercise of this right. Even when the policyholder is not at fault, an insurer can cancel a contract unless the insurer can be shown to have caused the policyholder's breach. Regarding the right of cancellation, Turkish law also does not address conditions in which an insurer would not conclude the contract if an undisclosed fact was known prior to contract conclusion.

Another notable view of the doctrine is Turkish law's categorization of available remedies, which is offered to the insurer in two subsets. The first category refers to circumstances in which the insurer discovers a policyholder's breach prior to the occurrence of the risk. The insurer is then entitled to cancel the contract within 15 days or demand a premium increase. Second category rights appear when an insurer learns of a breach after the risk occurs. In this case, the insurer is only entitled to demand a reduction of insurance premium in consideration of the policyholder's negligence and causation. The author disagrees with categorizing insurers' rights based on the timing of the discovery of the breach. This approach does not solve the challenges of the remaining imminent possibility that the risk might occur prior to the insurer's exercising rights within the 15 days provided by the law. The author argues that the mechanism established in the Turkish Commercial Code should be construed similarly to the PEICL, so that Article 1439/1 determines the future of a contract by specifying the right of cancellation and right to increase premiums and Article 1439/2 addresses the question of whether and to what extent the insurance money would be paid after a risk occurred by providing the right to proportional reduction of insurance payout.

Sigorta Ettirenin Sözleşme Öncesi Beyan Yükümlülüğünün İhlaline İlişkin Türk Ticaret Kanunu Hükümlerinin Alman Sigorta Sözleşmeleri Kanunu'nda ve Avrupa Sigorta Sözleşmesi Hukuku Prensipleri'nde Yer Alan Düzenlemeler Açısından Değerlendirilmesi

Giriş

1 Temmuz 2012'de yürürlüğe giren Türk Ticaret Kanunu¹ ile özel sigorta hukuku alanında birçok değişiklik yapılmıştır. Bu değişiklikler arasında sigortacının sözleşme öncesi beyan yükümlülüğü önemli bir yer tutmaktadır. Alman Sigorta Sözleşmesi Kanunu'nda (“*Versicherungsvertragsgesetz - VVG*”)² da 2008 yılında yapılan hukukî reform ile özellikle Alman Federal Mahkemesi'nin ve öğretinin kabul ettiği şekilde, sigorta ettirenin bir tüketici olduğu hususundan hareket edilerek sigorta ettirenin sözleşme öncesi beyan yükümlülüğüne ilişkin hükümler sigorta ettiren lehine değiştirilmiş; sigortacının beyan yükümlülüğünün ihlali halinde kullanabileceği haklara önemli sınırlamalar getirilmiştir.

Çeşitli Avrupa ülkelerinde yer alan ve sigorta hukuku alanındaki uzmanlar tarafından 1999 yılında oluşturulan Proje Grubu³, bütünlük bir Avrupa sigorta pazarının oluşmasının önündeki engelleri kaldırmak amacıyla hazırladığı Avrupa Birliği Sigorta Sözleşme Prensipleri'ni (“*Principles of European Insurance Contract Law – PEICL*”) 2009 yılında yayımlamıştır⁴. Böylece sigorta sözleşmesinin tarafları, aralarındaki sözleşmeye PEICL hükümlerinin uygulanmasını kararlaştırma imkânına kavuşmuştur⁵. PEICL'in en önemli özelliği üye ülkelerin kanuni düzenlemeleri açısından bir model oluşturmasıdır⁶. Sigorta ettirenlerin korunması ilkesi gözetilerek hazırlanan PEICL'da da sigorta ettirenin sözleşme öncesi beyan yükümlülüğü ve bu yükümlülüğün ihlali halinde uygulanacak yaptırımlar, bu konuda Avrupa ülkelerinde uygulanan farklı düzenlemeler incelendikten sonra, sigorta ettirenler lehine olacak şekilde düzenlenmiştir.

Bu çalışmada sözleşme öncesi beyan yükümlülüğünün ihlali halinde hangi hukukî sonuçların doğacağı mukayeseli hukuk perspektifinden irdelenecektir. Bu inceleme yapılırken beyan yükümlülüğünün ihlali halinde sigortacının sahip olacağı

¹ Türk Ticaret Kanunu, Kanun Numarası: 6102, Kabul Tarihi: 13.01.2011, RG 14.2.2011/27846.

² 2008 Insurance Contract Act (Gesetz Über den Versicherungsvertrag).

³ Bu grup, “Innsbruck Grubu”, “Sigorta Grubu” veya “Yeniden Belirleme Grubu” olarak da anılmaktadır. Bkz Jürgen Basedow, John Birds, Malcolm Clarke, Herman Cousy, Helmut Heiss ve Leander Loaker, *Principles of European Insurance Contract Law* (2. Genişletilmiş Baskı, Dr. Otto Schmidt 2016) 1.

⁴ 2016 yılında ise, Avrupa Birliği Sigorta Sözleşme Prensipleri'nin özel sigorta türlerine ilişkin hükümlerinin de dahil edildiği genişletilmiş 2. baskısı yayımlanmıştır. Bkz ibid 6, 7.

⁵ PEICL 1:102: “The PEICL shall apply when the parties, notwithstanding any limitations of choice of law under private international law, have agreed that their contract shall be governed by them. ...”

⁶ Son yıllarda İngiltere, İskoçya ve İsviçre'de sigorta sözleşmelerine ilişkin olarak yapılan kanuni reformlarda PEICL'in örnek oluşturduğuna ilişkin olarak bkz Helmut Heiss, ‘Der Vorentwurf einer ‘Gesamtrevision des BG über den Versicherungsvertrag (VVG) im Lichte der europäischen Entwicklung’ [2007] Haftung und Versicherung 235, 246.

haklar VVG'deki ve PEICL'daki ilgili düzenlemeler çerçevesinde ele alınacaktır. Bu kapsamda beyan yükümlülüğünün ihlali halinde sigortacının sahip olduğu haklar, bu hakların kullanılması için gerekli şartlar, hakların kullanılmasında riayet edilecek şekil kuralları ile süre ve bu hakların kullanılmasına bağlı olarak doğacak hukuki sonuçlar aktarılacaktır. Bu açıklamalardan sonra konuya ilişkin Türk hukukunda yer alan hükümler, VVG ve PEICL düzenlemeleri ile mukayeseli olarak değerlendirilecektir. Bu değerlendirme sırasında özellikle, Türk Ticaret Kanunu'nun 1439. maddesi bakımından sigortacının haklarının rizikonun gerçekleşmesinden önce veya sonra öğrenilmesine bağlı olarak kategorik bir ayrıma tabi tutulup tutulmadığı; beyan yükümlülüğünün ihlali halinde uygulanacak cayma hakkının hiçbir şarta tabi olmaksızın kullanılabilir olmasının (bu hakkın hukuki niteliği konusundaki farklı görüşler de dikkate alınmak suretiyle) yerindeliği, uyarılma hakkının sadece prim farkı talep hakkı ile sınırlandırılmış olmasının yarattığı sakıncalar ve bu hakkın kullanılmasına ilişkin düzenlemelerde mevcut olan eksiklikler ve genel hükümlere müracaat edilmek suretiyle iptal hakkının kullanılıp kullanılmayacağı ele alınacaktır. Son olarak konuya ilişkin yargı kararları, incelemede elde edilen bilgiler ışığında değerlendirilecektir.

I. Alman Sigorta Sözleşmeleri Kanunu'na Göre Sözleşme Öncesi Beyan Yükümlülüğünün İhlaline Bağlanan Sonuçlar ve Sigortacının Hakları

A. Sözleşme Öncesi Beyan Yükümlülüğünün İhlaline Bağlanan Sonuçlar

Sigorta ettirenin sözleşme öncesi beyan yükümlülüğünü ihlal etmesi halinde sigortacının sahip olacağı haklar VVG § 19 – 21 arasında düzenlenmektedir. Buna göre sigortacının sözleşmeden dönme hakkı, sözleşmeyi fesih hakkı ve sözleşmenin uyarlanmasını isteme hakları bulunmaktadır⁷. Sigortacının, bu seçimlik haklarını kullanabilmesi için öncelikle beyan edilmeyen husus hakkında bilgi sahibi olmaması, beyan edilecek hususlar yönünden sigorta ettirene yazılı olarak sorular sormuş olması (*Frageobliegenheit*) ve beyan yükümlülüğünün ihlalinin sonuçları hakkında sigorta ettireni bilgilendirmiş olması (*Belehrungspflicht*) gerekmektedir⁸. Görüldüğü üzere Alman Hukuku'nda beyan yükümlülüğünün ifası bakımından liste usulü benimsendiği gibi; yerine getirilmediği takdirde son derece önemli hak kayıplarına yol açabilecek bu yükümlülük ile sigortacının aydınlatma yükümlülüğü arasında bağlantı tesis edilmiştir. Bu hakların yanında sigortacının genel hükümlere başvurarak sözleşmeyi iptal etme hakkı da bulunmaktadır. Alman Hukuku'nda düzenlenen

⁷ Yenilik doğuran hak niteliğindeki bu haklar ile culpa in contrahendodan doğan aydınlatma yükümlülüğünün ihlalinin sonuçları arasındaki farklılıklar için bkz Dominik Schäfers, *Die Vorvertragliche Anzeigepflicht des Versicherungsnehmers und das allgemeine Leistungsstörungenrecht* (Verlag Versicherungswirtschaft 2014) 96, 97.

⁸ Bu konudaki açıklamalar için bkz Christian Rolfs, '§ 19' in Horst Baumann, Roland Michael Beckmann, Katharina Johannsen and Ralf Johannsen (eds), *Bruck/Möller Versicherungsvertragsgesetz Grosskommentar*, Erster Band Einführung §§ 1-32 (9. Auflage, De Gruyter 2008) Rn 27; Ulrich Knappman, '§ 14' in Roland Michael Beckmann and Annemarie Matusche-Beckmann (eds), *Versicherungsrechts-Handbuch* (3. Auflage, CHBeck 2015) Rn 12, 64.

bu hakların kullanılması için, beyan yükümlülüğünün ihlal edildiğinin rizikonun gerçekleşmesinden önce ya da sonra öğrenilmesi bir fark yaratmamaktadır. Sigortacı riziko gerçekleştikten sonra da dönme, fesih ya da uyarılama haklarından dilediğini (her bir hakka ilişkin özel şartların yerine gelmiş olması koşuluyla) kullanabilir.

A. Sigortacının Hakları

1. Dönme Hakkı

VVG'ye göre, beyan yükümlülüğünün ihlali halinde uygulanacak en ağır yaptırım, sigortacının sözleşmeden dönmesidir. Sigortacının sözleşmeden dönme (*Rücktritt*) hakkı yukarıda belirtilen genel şartlar yanında bir takım özel şartların mevcudiyetine bağlıdır: Bu özel şartlardan ilki VVG § 19/3 uyarınca, beyan yükümlülüğünün ihlâlinde sigorta ettirenin kasıt veya ağır ihmalinin bulunmasıdır⁹. Burada eski Alman Sigorta Sözleşmesi Kanunu'na (VVGaF)¹⁰ göre önemli bir değişiklik söz konusudur. Zira VVGaF § 16 uyarınca, hafif ihmal halinde bile sigortacı sözleşmeden dönebilirken; sigorta ettirenin kusursuz olması durumunda dönme hakkı kullanılmıyordu¹¹. Artık sigorta ettirenin kusursuz olmasının ötesinde hafif ihmalinin bulunduğu durumlarda dahi dönme hakkı kullanılmayacaktır¹².

Beyan yükümlülüğüne aykırılığın sigorta ettirenin kasıtı değil de ağır ihmalden kaynaklanması halinde, sigortacının dönme hakkını kullanabilmesi için ikinci bir şart aranmaktadır. VVG § 19/4'e göre¹³, sigorta ettiren ağır ihmal neticesinde beyan yükümlülüğünü ihlal etmişse ve sigortacı kendisine beyan edilmemiş hususları bilseydi dahi sözleşmeyi yapacak idiyse, dönme hakkı kullanılamaz. Diğer bir deyişle sigortacının dönme hakkı, sadece beyan edilmemiş hususların sigortacı tarafından bilinmesi halinde sözleşmenin kurulmayacağı bir durumun (*Vertragshindernde Umstände*) varlığı halinde mevzu bahistir¹⁴. Sigortacının sözleşmeyi yapıp yapmayacağı hususu, kendisinin genel işlem şartlarında ve sözleşme koşullarında bir takım rizikoların geçerli bir şekilde sigorta edilemez nitelikte olduğu tanımlanmış

⁹ Eric Sebastian Barg, *Die vorvertragliche Anzeigepflicht des Versicherungsnehmers im VVG 2008*, (Logos Verlag 2008) 130. Ağır ihmal halinde, dönme yerine fesih hakkının tanınmasının daha uygun bir düzenleme teşkil edeceği yönünde bkz Theo Langheid, '§ 19' in Wolfgang Römer, Theo Langheid, Roland Rixecker, *Versicherungsvertragsgesetz mit VVG- Informationspflichtverordnung* (4. Auflage, CHBeck 2014) Rn 109. VVG § 19/3: "Das Rücktrittsrecht des Versicherers ist ausgeschlossen, wenn der Versicherungsnehmer die Anzeigepflicht weder vorsätzlich noch grob fahrlässig verletzt hat."

¹⁰ "Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag" isimli Kanun 2 Nisan 1908 tarihli olup, 23 Kasım 2007 tarihinde yürürlükten kaldırılmıştır. Kanun metni için bkz <<https://dejure.org/gesetze/0VVG311207>> (Erişim Tarihi 01 Nisan 2021).

¹¹ Barg (n 9) 131.

¹² Dönme hakkı kullanıldıktan sonra sigorta bedelinin ödenmesi amacıyla açılmış bir davada mahkeme, sigorta ettirenin ağır kusurlu değil de hafif kusurlu olduğuna hükmederse, sigortacının dönme beyanının fesih beyanına tahvil edilebileceği ifade edilmektedir. Bkz Kai-Jochen Neuhaus, 'Die vorvertragliche Anzeigepflichtverletzung im neuen VVG' (2008) Heft 2, r+s 45, 50.

¹³ VVG § 19/4: "Das Rücktrittsrecht des Versicherers wegen grob fahrlässiger Verletzung der Anzeigepflicht und sein Kündigungsrecht nach Absatz 3 Satz 2 sind ausgeschlossen, wenn er den Vertrag auch bei Kenntnis der nicht angezeigten Umstände, wenn auch zu anderen Bedingungen, geschlossen hätte..."

¹⁴ Knappman (n 8) Rn 87.

ise anlaşılabilir¹⁵. Ancak sigortacının bildirilmeyen hususları bilseydi başka şartlarda sözleşmeyi yine de akdedeceği varsayımına öncelikli olarak dayanılmaz; bu durumu sigorta ettirenin ispatlaması gereklidir¹⁶.

Sigortacı, sözleşmeden dönme hakkını kullanırsa, sözleşme ilişkisi geçmişe etkili olarak bir tasfiye ilişkisine girer ve karşılıklı olarak ifa edilen edimlerin iadesi icap eder¹⁷. Sigorta ettirenin iade borcuna, sigortacının dönme hakkının mevcudiyetinden habersiz olarak daha evvel gerçekleşen rizikolar için ödediği sigorta bedelleri dahildir¹⁸. Eğer sigortacının edimi iade edilemeyecek nitelikte ise, örneğin sigortacı bir hizmet edimi ifa etmişse, sigorta ettiren bunun maddi karşılığını ödemekle yükümlüdür¹⁹.

Dönmenin geçmişe etkili bir tasfiye ilişkisine dönüşmesine ilişkin genel kuralın iki önemli sınırlaması mevcuttur²⁰: İlk olarak dönme, sigortacının dönme beyanında bulunmasından önce gerçekleşen rizikolara ilişkin edim yükümlülüğünden kurtulmasını her zaman sağlamaz. Zira VVGaf § 21'deki düzenlemeye paralel bir düzenleme içeren VVG § 21/2 ilk cümle²¹ hükmüne göre, dönme hakkı riziko gerçekleştikten sonra kullanılırsa, ihbar edilmeyen husus ile sigorta olayının gerçekleşmesi ya da tespiti veyahut sigortacının edim yükümlülüğünün belirlenmesi veya kapsamı arasında illiyet bağı yok ise, sigortacının edimi ifa borcu devam eder. İlliyet bağının bulunduğu hallerde ise sözleşmeden dönen sigortacı sigorta bedelini ödemekten kurtulur. Diğer yandan VVG § 21/2 son cümle²² uyarınca, illiyet bağı bulunmasa bile sigorta ettiren beyan yükümlülüğünü hileli bir şekilde ihlâl etmişse, sigortacının edim borcu sona erer²³. İkinci olarak VVG § 39/1 'in 2. cümlesi²⁴ uyarınca, sigortacı dönme anına kadar işleyen prim ücretini iade etmek zorunda değildir²⁵. Bu nedenle illiyet bağının bulunduğunu ispatlayamayan ve edimi ifa yükümlülüğünden

¹⁵ ibid 87; Rolfs (n 8) Rn 110.

¹⁶ Knappmann (n 8) Rn 88; Rolfs (n 8) Rn 113; Langheid (n 9) Rn 95; Peter Schimikowski, '§ 19' in Wilfried Ruffer, Dirk Halbach and Peter Schimikowski (edr), *Versicherungsvertragsgesetz* (4. Auflage, Nomos 2020) Rn 64.

¹⁷ Rolfs (n 8) Rn 124; Langheid (n 9) Rn 81; Barg (n 8) 128.

¹⁸ Rolfs (n 8) Rn 127.

¹⁹ ibid 127.

²⁰ ibid 125.

²¹ VVG § 21/2 C 1: "Im Fall eines Rücktrittes nach § 19 Abs 2 nach Eintritt des Versicherungsfalles ist der Versicherer nicht zur Leistung verpflichtet, es sei denn, die Verletzung der Anzeigepflicht bezieht sich auf einen Umstand, der weder für den Eintritt oder die Feststellung des Versicherungsfalles noch für die Feststellung oder den Umfang der Leistungspflicht des Versicherers ursächlich ist...."

²² VVG § 21/2: "...Hat der Versicherungsnehmer die Anzeigepflicht arglistig verletzt, ist der Versicherer nicht zur Leistung verpflichtet."

²³ Barg (n 9) 138; Kai-Jochen Neuhaus, *Die vorvertragliche Anzeigepflichtverletzung in Recht und Praxis* (Verlag Versicherungswirtschaft 2014) 287.

²⁴ VVG § 39/1 C 2: "Wird das Versicherungsverhältnis durch Rücktritt auf Grund des § 19 Abs 2 oder durch Anfechtung des Versicherers wegen arglistiger Täuschung beendet, steht dem Versicherer die Prämie bis zum Wirksamwerden der Rücktritts- oder Anfechtungserklärung zu."

²⁵ Knappmann (n 8) Rn 114; Rolfs (n 8) Rn 125.

kurtulamayan sigortacı²⁶ yanında, illiyet bağının varlığını ispatlayarak edimi ifadan kurtulan sigortacı²⁷ da dönme anına kadar işleyen prime hak kazanacaktır.

2. Fesih Hakkı

Alman Hukuku'nda sigortacının sözleşmeden dönme hakkı, beyan yükümlülüğünün kasten ya da ağır ihmalle ihlal edilmediği hallerde kullanılamamaktadır. VVG § 19/3'ün ikinci cümlesinde²⁸ yer alan hüküm uyarınca, beyan yükümlülüğünün sigorta ettirenin hafif ihmali ile ya da kusursuz olarak ihlal edildiği hallerde sigortacı sözleşmeyi feshedebilir²⁹. Ancak fesih hakkı, sigortacının beyan edilmeyen hususu bilseydi sözleşmeyi başka koşullarda yapacak olması ihtimalinde kullanılamaz. Diğer bir deyişle fesih hakkının kullanılabilmesi, sigortacının beyan edilmeyen hususu bilseydi sözleşmeyi yapmayacak olması ihtimaline bağlıdır. Sigortacının sözleşmeyi yapıp yapmayacağı hususunun nasıl belirleneceği konusunda yukarıda yaptığımız açıklamalar geçerlidir.

Feshin hüküm ve sonuçlarını doğurması için bu yöndeki beyanın sigorta ettirene ulaşması yeterli olmayıp, ulaşma anından itibaren bir aylık sürenin (*Kündigungsfrist*) geçmesi gereklidir. Bu sürenin amacı, sigorta ettirenin başka bir sigorta himayesi edinmesini sağlamaya yöneliktir³⁰. Diğer yandan taraflar sözleşme ile daha uzun bir süre kararlaştırabilirler. Fesih beyanının ulaşmasını takip eden bir aylık sürenin sonunda fesih ileriye etkili olarak sonuç doğurur³¹. Bu nedenle feshin hüküm ve sonuçlarını doğurmaya başladığı ana kadar tarafların borç ve yükümlülüklerini yerine getirmesi lazım gelir; eğer riziko bu bir aylık süre içinde gerçekleşirse sigortacı, sigorta bedelini ödemekten imtina edemez³². Sigortacı, sigorta ettirenin kusurunun derecesine göre ödeyeceği tazminat miktarından indirim de yapamaz.

²⁶ Barg (n 9) 149; Kristina Johannsen, '§ 8' in Roland Michael Beckmann and Annemarie Matusche-Beckmann(eds), *Versicherungsrechts-Handbuch* (3. Auflage, CH Beck 2015) Rn 121.

²⁷ Roland Michael Beckmann, '§ 39' in Horst Baumann, Roland Michael Beckmann, Katharina Johannsen and Ralf Johannsen (eds), *Bruck/Möller Versicherungsvertragsgesetz Grosskommentar, Einführung §§ 33-73* (9. Auflage, De Gruyter 2010) Rn 13.

²⁸ VVG § 19/3: "... In diesem Fall hat der Versicherer das Recht, den Vertrag unter Einhaltung einer Frist von einem Monat zu kündigen"

²⁹ Rolfs (n 8) Rn 136.

³⁰ ibid 138; Langheid (n 9) Rn 91; Barg (n 8) 158.

³¹ ibid 138.

³² ibid 140.

3. Sözleşmenin Uyarlanması Hakkı

VVG § 19/4'e göre³³, sigortacının, beyan yükümlülüğünün ihlali nedeniyle sahip olduğu dönme ve fesih hakları, sigortacı beyan edilmemiş hususları bilseydi sözleşmeyi başka koşullarda (*Vertragsändernde Umstände*) yapacak idiye kullanılamaz; bu durumda sigortacının tek hakkı sözleşmenin uyarlanmasıdır. Sözleşmenin yapılmayacağı ya da başka şartlarda yapılacağı ihtimalinden hangisinin somut olayda geçerli olacağı, ilgili sigortacının, riziko analizi ve sözleşmenin kurulduğu sırada geçerli olan kabul şartları ile ilgili genel kurallarına göre belirlenecektir³⁴. Sigortacı, uyarlama hakkını, sigorta ettirenin kastı ya da hilesinin bulunması halinde de kullanabilir³⁵.

Sözleşmenin başka şartlarda yapılması, daha yüksek prim, riziko istisnaları, bekleme süreleri ve daha yüksek sigortalı katılım payı talep etmeyi haklı kılacak şekilde ortaya çıkabilir³⁶. Eğer aynı olayda birden fazla seçenek söz konusu olursa (hem yüksek prim hem de riziko istisnası gibi) sigortacının uyarlama hakkını talep etmesiyle birlikte bu alternatiflerden hangisinin uygulanacağını seçme hakkının kime ait olduğu tartışmalı olmakla birlikte, ağırlıkta olan görüş bunun sigortacıya ait olduğu yönündedir³⁷.

VVG § 19/6'ya göre, uyarlama neticesinde primin %10'dan fazla artış gösterdiği ya da sigortacının kendisine bildirilmeyen hususu teminat dışına çıkardığı hallerde sigorta ettiren, bu durumun kendisine bildirilmesinden itibaren bir ay içerisinde sözleşmeyi feshedebilir. Böylece sigortacının sözleşmede tek taraflı olarak uyarlama yapma hakkına karşılık, sigorta ettirene sözleşmeyi fesih hakkı tanınarak menfaatler dengesi sağlanmıştır. Sigortacının sigorta ettirene yaptığı bilgilendirmede bu hakkını kullanabileceğini de belirtmesi gereklidir³⁸. Eğer sigorta ettiren bu hakkı ile ilgili olarak bilgilendirilmemişse bir aylık süre geçtikten sonra da sözleşmeyi feshedebilir³⁹. Sigorta ettirenin sözleşmeyi feshi ileriye etkili olacağı için, fesih anına kadar işleyen primler sigorta ettiren tarafından ödenmelidir⁴⁰. Ayrıca sigorta himayesi, uyarlama hakkı çerçevesinde kapsam dışı bırakılan rizikolar haricinde fesih anına kadar devam eder⁴¹.

³³ VVG § 19/4: "Das Rücktrittsrecht des Versicherers wegen grob fahrlässiger Verletzung der Anzeigepflicht und sein Kündigungsrecht nach Absatz 3 Satz 2 sind ausgeschlossen, wenn er den Vertrag auch bei Kenntnis der nicht angezeigten Umstände, wenn auch zu anderen Bedingungen, geschlossen hätte. Die anderen Bedingungen werden auf Verlangen des Versicherers rückwirkend, bei einer vom Versicherungsnehmer nicht zu vertretenden Pflichtverletzung ab der laufenden Versicherungsperiode Vertragsbestandteil."

³⁴ Rolfs (n 8) Rn 145; Barg (n 9) 155, Neuhaus (n 23) 241.

³⁵ Knappmann (n 8) Rn 131.

³⁶ ibid, Rn 132; Armbrüster Christian, '§ 19' in *Prölss/Martin Versicherungsvertragsgesetz* (29. Auflage CHBeck 2015) Rn 115; Rolfs (n 8) Rn 147-149; Langheid (n 9) Rn 115; Barg (n 9) 156.

³⁷ Rolfs (n 8) Rn 146; Armbrüster (n 36) Rn 116; Neuhaus (n 23) 241. Aksi yönde bkz Knappmann (n 8) Rn 132.

³⁸ Schimikowski (n 16) Rn 55; Armbrüster (n 36) Rn 118; Neuhaus (n 12) 50.

³⁹ Barg (n 9) 168.

⁴⁰ Langheid (n 9) Rn 129.

⁴¹ ibid, Rn 129.

Sigortacının yenilik doğuran hak niteliğindeki bu hakkını tek taraflı bir irade beyanı ile kullanmasıyla birlikte, sözleşmenin yapılması için başlangıçta kabul edecek olduğu bu yeni şartlar geçmişe etkili olarak sözleşmenin bir parçası haline gelir⁴². Uyarılama hakkının, VVG § 21/3⁴³ uyarınca beş yıl geçmişe etkili olarak kullanılabilir olması özellikle prim artışının söz konusu olduğu hallerde sigorta ettiren için ciddi bir külfet teşkil edebilir⁴⁴. VVG § 19/6⁴⁵ kapsamında, sigorta ettirenin sigortacının uyarılama hakkına karşı kullanabileceği fesih hakkının ileriye etkili olduğu düşünüldüğünde bunun önemi ortaya çıkmaktadır. Zira sigorta ettiren, sigortacının uyarılama talebi karşısında fesih hakkını kullanmışsa, uyarılamanın fesih anına kadar doğan sonuçlarına katlanmalıdır; bu kapsamda sigortacı, prim artışı talep etmişse, sigorta ettirenin fesih anına kadar işleyen primlere ilişkin artış farkını ödemek zorundadır⁴⁶. Bu nedenle VVG § 19/4 c. 2⁴⁷, sigorta ettirenin kusurunun bulunmadığı hallerde geçmişe etkinin ilgili sözleşme döneminin başlangıcına (VVG § 12 kapsamında en fazla bir yıl) kadar geriye etkili olacağını düzenlemektedir⁴⁸.

Beyan yükümlülüğünün ihlali nedeniyle uyarılama hakkı çerçevesinde geriye dönük olarak rizikonun teminat dışı bırakılmasına karar verilir ve bu arada riziko gerçekleşirse, hafif ihmali ya da hiç kusuru bulunmayan sigorta ettirenin sigorta himayesinin dışında kalacaktır⁴⁹. Oysa ki kanuni reformların temelinde yatan düşünce sigorta ettirenin sadece kastı ya da ağır ihmalinin bulunduğu hallerde sigorta himayesine kavuşmamasıdır⁵⁰. Böyle bir durumda ise sigorta ettiren, sigortacının sözleşmeyi hiç yapmayacak olması ihtimalinden daha kötü bir durumda bırakılmaktadır. Zira sigorta ettirenin kusuru yoksa ya da hafif ihmali varsa ve sigortacı beyan edilmeyen hususu bilseydi sözleşmeyi yapmayacak idiyse, sonuçlarını ileriye etkili olarak doğuran fesih hakkını kullanabilir; dolayısıyla bu durumda riziko fesih hakkı kullanılmadan önce ortaya çıkmışsa, sigortacı sigorta bedelini ödemek zorundadır. Bu nedenlerle VVG § 19/4'ün ikinci cümlesinde yer alan düzenlemenin teleolojik redüksiyon ile sınırlandırılması ve edimin ifasından geriye dönük olarak kurtulma imkanının, sadece beyan yükümlülüğünün kasten ya da ağır ihmalle ihlal edildiği hallerde uygulanması

⁴² ibid, Rn 97; Armbrüster (n 36) Rn 117; Knappmann (n 8) Rn 96; Barg (n 9) 154.

⁴³ VVG § 21/3: "Die Rechte des Versicherers nach § 19 Abs 2 bis 4 erlöschen nach Ablauf von fünf Jahren nach Vertragsschluss; dies gilt nicht für Versicherungsfälle, die vor Ablauf dieser Frist eingetreten sind. Hat der Versicherungsnehmer die Anzeigepflicht vorsätzlich oder arglistig verletzt, beläuft sich die Frist auf zehn Jahre."

⁴⁴ Knappmann (n 8) Rn 133.

⁴⁵ VVG § 19/6: "Erhöht sich im Fall des Absatzes 4 Satz 2 durch eine Vertragsänderung die Prämie um mehr als 10 Prozent oder schließt der Versicherer die Gefahrabsicherung für den nicht angezeigten Umstand aus, kann der Versicherungsnehmer den Vertrag innerhalb eines Monats nach Zugang der Mitteilung des Versicherers ohne Einhaltung einer Frist kündigen"

⁴⁶ Rolf's (n 8) Rn 156; Barg (n 9) 168.

⁴⁷ VVG § 19/4 c. 2: "Die anderen Bedingungen werden auf Verlangen des Versicherers rückwirkend, bei einer vom Versicherungsnehmer nicht zu vertretenden Pflichtverletzung ab der laufenden Versicherungsperiode Vertragsbestandteil."

⁴⁸ Knappmann (n 8) Rn 133; Langheid (n 9) Rn 98; Schimikowski (n 16) Rn 42.

⁴⁹ Dirk Looschelders, 'Die vorvertragliche Anzeigepflicht des Versicherungsnehmers nach der VVG-Reform' in Vorträge gehalten auf dem 28. Münsterischen Versicherungstag am 20 November 2010 (Verlag Versicherungswirtschaft 2011) 20.

⁵⁰ ibid 20.

gerektiği ifade edilmektedir⁵¹. Buna karşın hafif ihmali ile ya da kusursuz olarak beyan yükümlülüğünü ihlal eden sigorta ettirene, yükümlülüğünü yerine getirdiği için baştan itibaren riziko muafiyeti uygulanan sigorta ettirene nazaran bir ayrıcalık tanınmasına gerek olmadığı ve riziko muafiyetinin sigorta ettirenin kusuruna bakılmaksızın geçmişe etkili olarak uygulanması gerektiği de öğretide ayrı bir görüş olarak ifade edilmektedir⁵².

4. İptal Hakkı

VVGaf § 22'ya paralel bir düzenleme içeren VVG § 22⁵³ uyarınca, sözleşme öncesi beyan yükümlülüğünün hileli olarak ihlali halinde, sigortacı yukarıda anılan haklarından bağımsız olarak, Alman Medeni Kanunu (*Bürgerliches Gesetzbuch*, “BGB”)⁵⁴ § 123 ve § 124'e dayalı olarak sözleşmeyi iptal edebilir. Hilenin varlığı halinde, tehlike durumuna ilişkin olmayan hususlar bakımından da iptal hakkı kullanılabilir⁵⁵. VVG § 22 uyarınca sözleşmenin iptal edilebilmesi için kural olarak VVG § 19/1'de yer alan şartların gerçekleşmiş olması gereklidir⁵⁶. VVG § 19/1 uyarınca sigorta ettirenin beyan yükümlülüğünden söz edebilmek için sigortacının sorduğu sorulara cevap verilmemesi ya da eksik veyahut yanlış cevap verilmesi gereklidir. Bu nedenle sigortacının soru sormadığı bir konuya ilişkin olarak sigorta ettiren tarafından bilgi verilmemesi halinde iptal hakkının kullanılıp kullanılmayacağı konusunda şüphe doğabilir. Bu konuda sigortacı tarafından yazılı şekil şartına uygun olarak soru sorulmamış olsa da sigorta ettirenin kötü niyetli olarak, bildirilmeyen hususun sigortacı açısından önemli olduğunu bilerek yanlış beyanlarda bulunmuş olması halinde sigortacının iptal hakkını kullanabileceği belirtilmektedir⁵⁷. Diğer yandan sigortacının sigorta ettireni bilgilendirme yükümlülüğü kapsamında iptal hakkı bakımından bilgilendirmemiş olması da iptal hakkının kullanımına engel teşkil etmez⁵⁸.

Sigorta ettirenin kasten ve bilinçli olarak yanlış cevap vermesi ya da hiç bilgi vermemesi hile yapıldığının kabul edilmesi için yeterli olmayıp; sigorta ettirenin, gerçek durumu bilseydi sigortacının sözleşmeyi yapmayacak veya başka şartlarda yapacak olduğunu subjektif anlamda bilmesi ve bunu istemesi gereklidir⁵⁹. Buna

⁵¹ Knappmann (n 8) Rn 133; Schimikowski (n 16) Rn 43; Helmut Heiss, 'Informationspflichten des Versicherungsnehmers' in A K Schnyder (ed), *Internationales Forum zum Privatversicherungsrecht 2008* (Schulthess Juristische Medien 2009) 60.

⁵² Armbrüster (n 36) Rn 117; Neuhaus (n 12) 50; Herbert Tschersich, 'Rechtsfragen der vorvertraglichen Anzeigepflichtverletzung und der vertraglichen Obliegenheiten Schwerpunkt: Die Hinweispflichten des Versicherers' (2012) Heft 2 r+s 53, 55.

⁵³ VVG § 22: “Das Recht des Versicherers, den Vertrag wegen arglistiger Täuschung anzufechten, bleibt unberührt.”

⁵⁴ “Bürgerliches Gesetzbuch” 2 Ocak 2002 tarihlidir. Kanun metni için bkz <<https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/>> Erişim Tarihi 23.03.2021.

⁵⁵ Neuhaus (n 12) 54.

⁵⁶ Schäfers (n 7) 73.

⁵⁷ Peter Schimikowski, *Versicherungsvertragsrecht* (6. Auflage CHBeck 2017) Rn 198; Langheid (n 9) Rn 23; Armbrüster Christian, '§ 22' in *Prölls/Martin Versicherungsvertragsgesetz* (29. Auflage CHBeck 2015) Rn 3; Neuhaus (n 23) 251.

⁵⁸ Neuhaus (n 12) 52.

⁵⁹ Armbrüster (n 57) Rn 7; Schimikowski (n 57) Rn 198; Neuhaus (n 12) 54.

karşın sigortacıyı zarara uğratma veya zenginleşme niyetinin olması hile için şart değildir⁶⁰. İptal hakkının kullanılabilmesi için sigorta ettirenin hilesi ile sigortacının sözleşmeyi akdetmesi veya mevcut içerik ile yapması arasında bir illiyet bağının mevcudiyeti de aranır⁶¹; ancak hileli davranış ile riziko olayının gerçekleşmesi arasında illiyet bağının bulunması gerekmez⁶².

Sigortacı, sigorta ettirenin hile ile beyan yükümlülüğünü ihlal ettiği durumlarda ister VVG § 19/2-4 arasındaki haklarını isterse VVG § 22'den doğan iptal hakkını kullanabilir⁶³. VVG § 19'a dayalı olarak sözleşmeden dönme hakkını kullanan sigortacının daha sonra iptal hakkını kullanması da mümkündür⁶⁴. Geçersiz bir şekilde kullanılan iptal beyanının dönme hakkına tahvil edilmesi de caizdir⁶⁵. İptal hakkını kullanmak isteyen sigortacı, sigorta ettirenin hileli davrandığını ispatlamalıdır⁶⁶. Bu bağlamda sigorta ettirenin bilinçli olarak yanlış bilgi verdiğini ispatlamak yeterli değildir. Bilinçli olarak ya da kasten yanlış bilgi verme ya da susma ancak özel durumların varlığı halinde (çok ciddi ve uzun süreden beri devam eden bir hastalığın belirtilmemesi gibi) hile olarak değerlendirilebilir⁶⁷.

Sözleşmenin iptali, sözleşmenin geçmişe etkili olarak geçersizliğine ve tarafların edim yükümlülüklerinden kurtulmalarına yol açar. Bu kapsamda daha önce yerine getirilmiş edimlerin iadesi gerekir. Ancak sigortacı VVG § 39/1 c. 2⁶⁸ uyarınca, iptal anına kadar işleyen primlere hak kazanır. Hilenin teminat kapsamında yer alan zararın küçük bir kısmına ilişkin olması halinde, BGB § 242 hükmüne bağlı olarak dürüstlük kuralının uygulanması ve bu kapsamda sigortacının edim yükümlülüğünden sadece kısmen kurtulması söz konusu olabilir⁶⁹. Sigortacı iptal hakkı yanında tazminat talebinde de bulunabilir⁷⁰.

B. Hakların Kullanılmasında Şekil

VVG § 21/1⁷¹ uyarınca, sigortacının dönme, fesih ve uyarılama yapma haklarının kullanılması yazılı şekil şartına tabidir. Sigortacının bu haklardan hangisinin

⁶⁰ Armbrüster (n 57) Rn 7; Neuhaus (n 23) 254-255.

⁶¹ Armbrüster (n 57) Rn 8; Neuhaus (n 23) 269.

⁶² Neuhaus (n 23) 269.

⁶³ Schäfers (n 7) 74.

⁶⁴ Armbrüster (n 57) Rn 35; Neuhaus (n 23) 251.

⁶⁵ Armbrüster (n 57) Rn 35. Aksi yönde bkz Neuhaus (n 12) 51.

⁶⁶ Armbrüster (n 57) Rn 43.

⁶⁷ ibid, Rn 43.

⁶⁸ Bkz n 24.

⁶⁹ Neuhaus (n 12) 54.

⁷⁰ Neuhaus (n 23) 250.

⁷¹ VVG § 21/1: "Der Versicherer muss die ihm nach § 19 Abs 2 bis 4 zustehenden Rechte innerhalb eines Monats schriftlich geltend machen Die Frist beginnt mit dem Zeitpunkt, zu dem der Versicherer von der Verletzung der Anzeigepflicht, die das von ihm geltend gemachte Recht begründet, Kenntnis erlangt..."

kullanıldığına ilişkin beyanı, ulaşması gerekli bir irade beyanı olup, açık ve anlaşılır nitelikte olmalıdır. Sigortacı bu beyanda bulunulurken beyan yükümlülüğünün hangi sebeplerle ihlal edildiği ve ihlali ne şekilde öğrendiği konusunda sigorta ettireni bilgilendirmelidir. Sigorta ettiren bu bilgilendirme sayesinde söz konusu hakkın şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediğini sorgulayabilir.

Beyanda bulunurken sigortacının gerekçe göstermek zorunda olup olmadığı VVGaf döneminde tartışmalı bir konu olmakla birlikte genel olarak bu konuya olumsuz cevap verilmiştir⁷². VVG § 21/1'in 3. cümlesine göre, sigortacı artık hangi gerekçe ile hakkını kullandığını açıklamak zorundadır. Bu bildirim, sigorta ettirenin hangi isnat ile karşı karşıya olduğunu ve buna nasıl tepki göstermesi gerektiğini açık ve net bir şekilde anlamasını sağlayacak şekilde detay içermelidir⁷³. Ayrıca sadece beyan yükümlülüğünün ihlal edildiğinden bahisle sözleşmeden dönme ya da uyarılma hakkının kullanıldığının belirtilmesi de yeterli değildir⁷⁴. Bu bağlamda yapılan bir dönme beyanı, şüpheye yer vermeyecek şekilde sözleşmenin baştan itibaren sona erdiğini belirtmeli ve herhangi bir şarta tabi tutulmamalıdır⁷⁵. Bu nedenle sadece ifanın yerine getirilmeyeceğini belirten ya da edimi ifa etmekten kurtulduğunu söyleyen bildirimler dönme beyanı olarak kabul edilemez⁷⁶.

İptal hakkı açısından ise bu hakkın kullanıldığına dair beyan şekli şartına tabi olmayıp, sigortacının sözleşme ile bağlı olmak istemediği yönündeki iradesinin bu beyandan anlaşılması gereklidir⁷⁷. Edimin yerine getirilmeyeceği, sözleşmeden dönüldüğü ya da sözleşmenin feshedildiği yönündeki ifadeler iptal hakkının kullanılması için yeterli değildir⁷⁸. İptal hakkı kullanılırken gerekçe gösterilip gösterilmeyeceği bakımından VVG bir düzenleme içermemektedir. Bu konuda ağırlıkta olan görüşe göre, iptal hakkı kullanılırken gerekçe gösterilmesi de icap eder⁷⁹. Ancak sigortacının bu gerekçe ile bağlı olmadığı ve bir yıllık süre koşuluna uyulması şartı ile her zaman yeni bir gerekçe ileri sürebileceği de ifade edilmektedir⁸⁰.

⁷² Knappmann (n 8) Rn 104; Barg (n 9) 123.

⁷³ Knappmann (n 8) Rn 104; Neuhaus (n 23) 278.

⁷⁴ Knappmann (n 8) Rn 104.

⁷⁵ ibid, Rn 98. Anıldığı üzere sigortacının hangi hakkını kullanacağı sigorta ettirenin kusuru ile ilişkilidir. Somut olayda ise mahkeme tarafından yapılan değerlendirmede sigorta ettirenin kusurunun sigortacının iddia ettiğinden daha hafif derecede olduğu veya hiç bulunmadığı tespit edilebilir. Bu durumda kanunda öngörülen süreyi kaçıran sigortacının diğer haklarını kullanması imkanı ortadan kalkabilir. İşte bu nedenle sigorta ettirene hangi hakkı kullandığını bildiren sigortacının, bu hakkı, kendine yardımcı olması amacıyla diğer haklar ile birlikte alternatif olarak birleştirmesi mümkündür. Bkz Neuhaus (n 23) 281.

⁷⁶ Knappmann (n 8) Rn 98.

⁷⁷ Armbrüster (n 57) Rn 32.

⁷⁸ ibid, Rn 32.

⁷⁹ ibid, Rn 33; Neuhaus (n 12) 54.

⁸⁰ Armbrüster (n 57) Rn 33.

C. Hakların Kullanılması Gereken Süre

VVG § 21/1 uyarınca, dönme, fesih ve sözleşmenin uyarlanması hakları bir aylık süre içerisinde kullanılmalıdır. Bir aylık süre, sigortacının sigorta ettiren tarafından beyan yükümlülüğünün ihlal edildiğini öğrendiği andan itibaren başlamaktadır. Buna göre, sigortacı öncelikle önemli bir hususun kendisine hiç bildirilmediğini ya da eksik veya yanlış bildirildiğini öğrenmiş olmalıdır⁸¹. Bunun yanında sigortacı, beyan yükümlülüğünün ihlal edilmesinde sigorta ettirenin kusurunun hangi derecede rol oynadığı hakkında da bilgi sahibi olmalıdır⁸². Zira sigortacının dönme, fesih ya da uyarlama haklarından hangisine sahip olduğu sigorta ettirenin kusuruna göre belli olmaktadır. Nitekim VVG § 21/1'in ikinci cümlesinde sürenin başlangıcına dayanak teşkil eden "beyan yükümlülüğünün ihlali" ifadesi, "sigortacının kullandığı hakkın temelini oluşturan" ifadesi ile tamamlanmıştır. Kanunun bu düzenleme tarzı VVGaf'den farklılık arz eder. Nitekim VVGaf § 20/1'de sadece sigortacının "beyan yükümlülüğünün ihlal edildiğini öğrenmesinden" söz edilmiş ve genel olarak sigorta ettirenin kusurunun derecesi hakkında bilgi sahibi olması gerekmediği kabul edilmiştir⁸³. Sigortacı iptal hakkını ise beyan yükümlülüğünün kötüniyetle ihlal edildiğini öğrendiği tarihten itibaren bir yıl içinde kullanmalıdır⁸⁴.

Sigortacının haklarını süresi geçtikten sonra kullandığını ispat yükü sigorta ettirene düşmektedir. Sigorta ettirenin ispat külfetini yerine getirebilmesi için sigortacının ne zaman ve ne şekilde beyan yükümlülüğüne aykırılıkla ilgili olarak bilgi sahibi olduğunu açıklaması icap etmektedir. Buna karşın hangi hakkın kullanıldığına dair bildirim zamanında sigorta ettirene ulaştığını ispat yükü sigortacıya aittir.

D. Rizikonun Gerçekleşmesi Halinde Sigorta Bedelinin/Tazminatının Ödenip Ödenmeyeceği

Beyan yükümlülüğünün ihlal edildiğinin riziko gerçekleştiikten sonra öğrenildiği ya da ihlal rizikonun gerçekleşmesinden önce öğrenilmesine rağmen ilgili haklar kullanılıncaya kadar olan sürede rizikonun gerçekleştiği hallerde, sigorta bedelinin/tazminatının ödenip ödenmeyeceği ya da hangi miktar ile ödeneceği önemli bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu soruna cevaben 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun da mehzazını oluşturan ve *ya hep ya hiç* ilkesini benimseyen VVGaf uyarınca, sigorta ettirenin beyan yükümlülüğünün ihlalinde kusurunun bulunmaması halinde sigortacı dönme hakkını kullanamayacağı için bu durumda "alles" ilkesi işlerlik kazanarak sigorta ettiren sigorta tazminatının tümünü almaya hak kazanmakta; kusurun varlığı halinde ise sigortacı dönme hakkını kullanabilmesine rağmen sadece illiyet bağının

⁸¹ Knappmann (n 8) Rn 109.

⁸² ibid, Rn 109; Barg (n 9) 121; Neuhaus (n 23) 294. Aksi yönde bkz Schimikowski (n 57) Rn 195.

⁸³ Knappmann (n 8) Rn 109; Neuhaus (n 23) 293.

⁸⁴ Schimikowski (n 57) Rn 198.

mevcudiyeti söz konusu ise sigorta ettiren sigorta ödemesini kaybetmekteydi⁸⁵. Görüldüğü üzere reform öncesi Alman Hukuku'nda sigorta ettirenin sözleşme öncesi beyan yükümlülüğüne aykırı davranması halinde kusur veya illiyet bağının varlığına göre sigorta tazminatına kısmen hak kazanması mümkün değildi. Sigortacı dönme hakkını rizikonun gerçekleşmesinden sonra da kullanabiliyor; ancak illiyet bağının varlığına göre ya tamamen sigorta bedeli/tazminatını ödüyor ya da hiç ödemiordu.

Günümüzde *ya hep ya hiç* ilkesinin terk edilmeye başlandığı ve pek çok hukuk sisteminde sigorta bedelinin/tazminatının indirim yapılarak ödenmesine ilişkin kurallara yer verildiği görülmektedir. Sigorta ettirene yüklenen sözleşmesel ya da kanuni yükümlülüklerin ihlal edilmesi halinde, sigortacıya, sigorta ettirenin kusuruna kıyasen sigorta bedelinde/tazminatında indirim yapma hakkını veren ilke “oranlama ilkesi” olarak da anılmaktadır⁸⁶. Bu ilke uyarınca, sigorta ettiren yükümlülüklerini ihlal ederken ne kadar kusurlu ise sigorta bedelinden/tazminatından da o derecede az yararlanacaktır⁸⁷. VVG, sigorta ettirenin çeşitli yükümlülüklerinin ihlali açısından oranlama ilkesine yer vermekle birlikte, sözleşme öncesi beyan yükümlülüğünün ihlalinde bundan kaçınmış ve *ya hep ya hiç* ilkesini uygulamaya devam etmiştir⁸⁸. Bununla birlikte VVGaf'ye nazaran dönme hakkının şartları ağırlaştırıldığı için “*nichts*” ilkesinin kapsamı da oldukça daraltılmıştır⁸⁹. Buna göre sigortacının edim borcundan tam olarak kurtulması, ancak VVG § 19 kapsamında aranan şartların (kasıt veya ağır ihmâl ve sigortacının ihlal edilen konuları bilseydi sözleşmeyi yapmayacak olması) gerçekleşmesine bağlı olarak dönme hakkının kullanılması halinde mümkün olabilir⁹⁰. Ayrıca VVG § 21/2'nin ilk cümlesi⁹¹ uyarınca, dönme hakkı riziko gerçekleştikten sonra kullanılırsa, sigortacının edimi ifa etmekten kurtulması ihbar edilmeyen husus ile sigorta olayının gerçekleşmesi arasında illiyet bağı bulunması halinde söz konusu olabilecektir. Yani beyan edilmeyen husus ile gerçekleşen sigorta olayı arasında illiyet bağı yoksa sigortacının ödeme borcundan tamamen kurtulması

⁸⁵ “Alles oder nicht” ilkesi olarak anılan bu ilke, sigorta ettirenin sigorta sözleşmesinden doğan yükümlülüklerini yerine getirmesi halinde bu sözleşmeden doğan hakları elde etmesi, ihlal etmesi halinde ise söz konusu hakları kaybetmesini ifade etmektedir. Bkz. Zehra Şeker Öğüz, *Türk Ticaret Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Sigorta Sözleşmelerinde Sözleşme Öncesi İhbar Görevi* (Filiz Kitabevi 2010) 183. Diğer bir deyişle sigorta ettirenin yükümlülüğünü Kanun'a ve sözleşmeye uygun surette ifa etmesi halinde “alles/hep” ilkesi işlerlik kazanmakta ve sigorta ettiren sigorta tazminatının hepsini almaya hak kazanmakta; söz konusu yükümlülükleri herhangi bir şekilde ihlal etmesi halinde ise “nichts/hiç” ilkesi işlerlik kazanmakta ve sigorta ettiren sigorta tazminatından hiçbir şey elde edememektedir. Bkz. Sevgican Aydın, *Sigorta Ettirenin Sözleşme Öncesi Beyan Yükümlülüğünün İhlali ve İhâl Halinde Sigortacının Hakları Özellikle Oranlama Sistemine Göre Tazminatın İndirim Hakkı* (Ankara 2018) 387, 393.

⁸⁶ Aydın (n 85) 402.

⁸⁷ ibid 402.

⁸⁸ Esasen *ya hep ya hiç* ilkesinin katı sonuçları, özellikle sigorta ettirenler arasında eşitsizliğe sebep olması, cezai nitelikte olması ve daha esnek çözüm yollarına duyulan gereklilik sebepleriyle Alman Hukuku'nda uzun yıllar boyunca eleştirilmekle birlikte, sigortacı lehine sonuçlar doğuran bu ilke sigortacının ve riziko birliğinin haklı menfaati, uygulanabilirlik ve hukuki güvenlik gerekçeleriyle destekçi de bulmuştur. Bu görüşler için bkz ibid 388-391.

⁸⁹ Heiss (n 6) 250.

⁹⁰ Sigortacının dönme hakkını kullanabilmesi için gerekli ön şartların (sigortacının beyan edilmeyen husus hakkında bilgi sahibi olmaması, beyan edilecek hususlar yönünden sigorta ettirene yazılı olarak sorular sorması ve beyan yükümlülüğünün ihlalinin sonuçları hakkında sigorta ettireni bilgilendirmesi) evleyivetle gerçekleşmesi gerekmektedir.

⁹¹ Bkz (n 21).

mümkün olmaz. İlliyet bağının bulunduğu hallerde ise sigortacı sigorta bedelini ödemekten tamamen kurtulur. Sigortacının edim yükümlülüğünden kurtulması için beyan yükümlülüğünün ihlali ile sigorta olayının gerçekleşmesi arasında tam bir illiyet bağı olması da gerekli değildir⁹².

Görüldüğü üzere sigortacı VVGaf'ye benzer şekilde dönme hakkını riziko gerçekleştikten sonra da kullanabilecek olmasına rağmen, sigorta bedelini/tazminatını ödemekten kurtulması illiyet bağının bulunmasına bağlıdır. İlliyet bağının varlığı halinde ise sigortacının oransal olarak sigorta bedelini/tazminatını ödemesi söz konusu değildir. Buna karşın riziko gerçekleştikten sonra fesih hakkının kullanılması halinde sözleşme ileriye etkili olarak sona ereceği için beyan edilmeyen husus ile gerçekleşen riziko arasında illiyet bağı olsa bile sigortacının edimini tam olarak ifa etmesi gerekecektir. Aynı sonuç fesih hakkı sonuç doğuruncaya kadar geçen bir aylık süre içinde rizikonun gerçekleşmesi halinde de doğacaktır.

II. PEICL'da Sözleşme Öncesi Beyan Yükümlülüğü'nün İhlaline Bağlanan Sonuçlar ve Sigortacının Hakları

A. Sözleşme Öncesi Beyan Yükümlülüğünün İhlaline Bağlanan Sonuçlar

PEICL'a göre beyan yükümlülüğünün ihlali halinde sigortacının Alman Hukuku'ndan farklı olarak dönme hakkı bulunmayıp, sadece fesih ve sözleşmenin uyarlanmasını talep etme hakları mevcuttur. Bu haklar yanında PEICL, VVG'ye benzer şekilde sözleşmenin sigorta ettirenin hilesi nedeniyle akdedildiği durumlarda iptal hakkını vermektedir. PEICL, beyan yükümlülüğünün ifası bakımından VVG gibi liste usulünü benimsemekte; lakin sigortacının haklarının ön koşulu olarak sigorta ettirenin beyan yükümlülüğünün ihlalinin sonuçları hakkında bilgilendirilmesini bir ön şart olarak aramamaktadır.

PEICL, Alman Hukuku'nda olduğu gibi hakların kullanılması açısından ihlalin rizikonun gerçekleşmesinden önce mi yoksa sonra mı öğrenildiğine göre bir ayrım yapmamaktadır. Nitekim PEICL 2:102 (1), sözleşme öncesi beyan yükümlülüğünün ihlali halinde sözleşmenin akıbetini düzenlemekte ve sigortacıya sözleşmeyi fesih ve uyarlama haklarını vermekte; PEICL 2:102 (5) ise, fesih ya da uyarlama talebinin sonuçları doğuncaya kadar geçen süre içerisinde riziko gerçekleşirse sigorta bedelinin/tazminatının ödenip ödenmeyeceğini, ödenecekse bunda indirim yapıp yapılmayacağını düzenlemektedir. Bu kapsamda sigortacı, beyan yükümlülüğünün ihlal edildiğini riziko gerçekleştikten sonra öğrense de eğer kısmi hasar gerçekleşmişse sözleşmeyi ileriye etkili olarak feshedebilecek; kısmi hasar ödemesini ise PEICL 2:102 (5)'deki şartların varlığına göre tamamen ya da oransal olarak ödemekten kurtulabilecektir.

⁹² Heiss (n 51) 57.

E. Sigortacının Hakları

1. Fesih Hakkı

PEICL 2:102 (1)⁹³ hükmünde, sigortacının sözleşmeyi feshedebileceği (*termination*) düzenlenmiştir. Ancak aynı maddenin üçüncü fıkrası⁹⁴, beyan yükümlülüğünün ihlalinde sigorta ettirenin kusuru yoksa fesih hakkının kullanılamayacağını; sigortacının beyan edilmemiş hususu bilseydi sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ispatladığı hallerde ise sigortta ettiren kusursuz bile olsa bu hakkın kullanılabilirliğini öngörmektedir. Her iki fıkra birarada değerlendirildiğinde, sigorta ettirenin kusuru varsa, bunun hafif ihmâl ya da ağır ihmâl olup olmadığına bakılmaksızın sigortacının fesih hakkına sahip olduğu sonucu ortaya çıkmaktadır. Bu ihtimalde sigortacının beyan edilmeyen hususu bilseydi sözleşmeyi yapmayacak olması şartı aranmayacaktır. Lakin sigorta ettirenin kusuru yoksa, fesih hakkı ancak sigortacının beyan edilmemiş hususu bilseydi sözleşmeyi yapmayacak olduğu bir durumda kullanılabilir. Görüldüğü üzere burada VVG ile PEICL arasında önemli bir farklılık söz konusudur. VVG'ye göre fesih hakkı, sigorta ettiren ister kusurlu isterse kusursuz olsun sadece beyan edilmeyen hususu bilseydi sigortacının sözleşmeyi yapmayacak olduğu bir ihtimalde kullanılabilir. PEICL ise, sigorta ettirenin kusurlu olduğu bir durumda, bu şartı ayrıca aramamaktadır.

Fesih hakkının kullanılmasına ilişkin beyanın sigorta ettirene ulaşmasından bir ay sonra sözleşme feshedilmiş olacak yani ileriye etkili olarak sona erecektir. Bu süre içerisinde sigorta himayesi devam ettiği için riziko gerçekleşirse sigortacı sigorta bedelini/tazminatını ödemek zorundadır. Bunun istisnası ise aşağıda görüleceği üzere beyan yükümlülüğünün kusurlu bir şekilde ihlal edilmiş olması, beyan yükümlülüğünün ihlali ile gerçekleşen riziko arasında illiyet bağının varlığı ve sigortacının gerçek durumu bilseydi sözleşmeyi yapmayacak olması şartlarının birarada gerçekleşmesidir.

Fesih, ileriye etkili bir sona erme hali olduğu için, sigortacı o ana kadar işleyen sigorta primlerini iade etmek zorunda değildir. Bu noktada sigorta sözleşmesinin süresinden önce feshedilmesi durumunda sigortacının sadece fesihden önceki döneme ilişkin prime hak kazanacağına dair PEICL 5:104⁹⁵ hükmü uygulama bulacaktır⁹⁶.

⁹³ PEICL 2:102 (1): "When the policyholder is in breach of Article 2:101, subject to paras 2 to 5, the insurer shall be entitled ... to terminate the contract..."

⁹⁴ PEICL 2:102 (3): "The insurer shall not be entitled to terminate the contract if the policyholder is in innocent breach of Article 2:101, unless the insurer proves that it would not have concluded the contract, had it known the information concerned."

⁹⁵ PEICL 5: 104: "If an insurance contract is terminated before the contract period has expired, the insurer shall only be entitled to premium in respect of the period prior to termination."

⁹⁶ Heiss (n 51) 56.

2. Sözleşmenin Uyarlanmasını Talep Hakkı

Sigorta ettirenin sözleşme öncesi beyan yükümlülüğünü ihlal etmesi halinde sigortacının sahip olduğu öncelikli hakkı, PEICL 2:102 (1) ⁹⁷ hükmüne göre sözleşmenin uyarlanmasını talep etme hakkıdır. Zira yukarıda anıldığı üzere sigortacının fesih hakkını kullanması için ya sigorta ettirenin kusurunun bulunması ya da kusuru yoksa beyan edilmeyen hususu bilseydi sigortacının sözleşmeyi yapmayacak olması gerekmektedir. Bu şartlar gerçekleşmemiş ise sigortacı sadece sözleşmenin uyarlanmasını isteyebilecektir. Burada amaç aynen Alman Hukuku'nda olduğu gibi sözleşmeyi mümkün olduğunca sigorta ettiren lehine ayakta tutmaktır⁹⁸.

PEICL 2:102 (1) hükmüne göre sözleşmenin uyarlanması hakkını kullanmak isteyen sigortacının teklifi “makul” (*reasonable*) olmalıdır. Uyarlama teklifinin kime göre makul olacağı konusunda ise PEICL’da bir düzenleme yer almamaktadır. Yorum ve Notlar’da da bu konuda bir açıklama bulunmamaktadır. Ancak PEICL 2:103 (b)’de yer alan, *PEICL 2:102’deki yaptırımların, bildirilmesi gereken bilginin ya da yanlış beyan edilen hususların, makul bir sigortacının sözleşmeyi yapip yapmama ya da kararlaştırılan şartlarda yapması bakımından önemli olmaması halinde uygulanmayacağına* ilişkin hükümden hareket edilerek, “makul sigortacı” kistasının uygulanması gerektiği ifade edilmektedir⁹⁹. Buna göre eğer makul bir sigortacı sözleşme yapılması aşamasında ilgili hususları bilseydi daha yüksek bir prim uygulayacak idiyse, somut olaydaki sigortacının prim artışı talebi makul niteliktedir¹⁰⁰. Bu noktada Alman Hukuku ile PEICL arasında önemli bir farklılık ortaya çıkmaktadır. Alman Hukuku’nda, sigortacının uyarlama teklifinin kendi genel şartlarına ve uygulamasına göre belirleneceği ifade edilmekte iken; PEICL’a göre piyasada faaliyet gösteren diğer sigortacılar da dikkate alınmak suretiyle ortalama bir sigortacının uygulayacağı şartlar değerlendirilecektir.

PEICL 2:102 (2) ¹⁰¹’ye göre, sigortacının uyarlama teklifini alan sigorta ettiren bu teklifi bir ay içinde reddetmemişse, sözleşme talep edilen değişiklikler ile devam edecektir. Söz konusu değişiklikler VVG’den farklı olarak geçmişe etkili değildir. Değişiklikler, eğer sigorta ettiren bir ay içinde bu değişiklik önerilerini kabul etmişse, kabul tarihinden itibaren; açık bir kabul ya da red beyanı olmamışsa değişiklik

⁹⁷ PEICL 2:102 (1): “When the policyholder is in breach of Article 2:101, subject to paras 2 to 5, the insurer shall be entitled to propose a reasonable variation of the contract....”

⁹⁸ Heiss (n 51) 59.

⁹⁹ Kees Engel, ‘Breach of the Precontractual Information Duty: Article 2:102 and Article 2:104 of the Principles of European Insurance Contract Law’ (2013) 5 EJCL 44, 55. Makul sigortacı kistasının eleştirisi için bkz Christian Armbrüster, ‘PEICL-The Project of a European Insurance Contract Law’ (2013) 20 Conn Ins LJ 119, 130.

¹⁰⁰ Engel (n 99) 55.

¹⁰¹ PEICL 2:102 (1): “If the insurer proposes a reasonable variation, the contract shall continue on the basis of the variation proposed, unless the policyholder rejects the proposal within one month of receipt of the notice referred to in para 1. In that case, the insurer shall be entitled to terminate the contract within one month of receipt of written notice of the policyholder’s rejection.”

önerisinin kendisine ulaşmasından bir ay sonra yürürlüğe girecektir¹⁰². Sigorta ettiren bu teklifi reddederse sigortacı, redde ilişkin bildirim öğrendiği tarihten itibaren bir ay içinde sözleşmeyi feshedebilecektir. Bu noktada da PEICL hükümlerinin VVG'ye nazaran sigorta ettiren lehine olduğu görülmektedir. Zira VVG'ye göre sigortacının uyarlama konusundaki hakkını tek taraflı bir irade beyanı ile kullanmasıyla birlikte uyarlamaya ilişkin öngördüğü şartlar sözleşmenin bir parçası haline gelip, sigorta ettireni bağlar. Sigorta ettiren ancak uyarlama neticesinde primin %10'dan fazla bir miktarla artış gösterdiği ya da sigortacının kendisine bildirilmeyen hususu teminat dışına çıkardığı hallerde, bu durumun kendisine bildirilmesinden itibaren bir ay içerisinde sözleşmeyi feshedebilir.

3. İptal Hakkı¹⁰³

Sigortacının yukarıda anılan fesih ve uyarlama haklarının yanında alternatif olarak sözleşmeyi geçmişe etkili olarak sona erdirmesini sağlayacak iptal hakkı PEICL 2:104'te¹⁰⁴ düzenlenmiştir. Buna göre sözleşme öncesi beyan yükümlülüğünün hileli (*fraudulent*) olarak ihlal edilmesi halinde sigortacının sözleşmeyi iptal etme (*avoidance of contract*) hakkı bulunmaktadır. Ancak sözleşmeyi iptal hakkının kullanılabilmesi için beyan yükümlülüğünün hileli bir şekilde ihlal edilmesi yeterli olmayıp; sigortacının sözleşmeyi söz konusu hilenin etkisiyle yapmış olması, diğer bir deyişle beyan yükümlülüğü tam ve doğru şekilde yerine getirilseydi sözleşmeyi akdetmeyecek olması gerekmektedir¹⁰⁵.

¹⁰² Basedow/Birds/Clarke/Cousy/Heiss/Loacker (n 3) 109.

¹⁰³ PEICL 2:104'te yer alan "avoidance of contract" ifadesi Türkçe'ye ilk olarak "sözleşmeden dönme" şeklinde çevrilmiştir. Bkz Samim Ünan / Kerim Atamer, Principles of European Insurance Contract Law (PEICL), Avrupa Sigorta Sözleşmesi Hukuku İlkeleri (ASSHİ), İngilizce Metin ve Türkçe Çeviri, (Sigorta Hukuku Türk Derneği 2011). 2016 yılında PEICL'nin genişletilmiş versiyonunun içinde yer alan Türkçe çeviride ise bu ifade "cayma" olarak çevrilmiştir. Bkz Basedow/Birds/Clarke/Cousy/Heiss/Loacker (n 3) 837. Bununla birlikte PEICL 2:104'te yer alan "avoidance of contract" ifadesinin PECL Art 4:107'de yer alan ve hile halinde sözleşmenin sona ermesini sağlayan "avoidance" ile aynı anlama geldiği ifade edilmektedir. Bkz Basedow/Birds/Clarke/Cousy/Heiss/Loacker (n 3) 116. PECL Art 4:107'de yer alan "avoidance of contract" ifadesi ise Türkçe'ye "sözleşmenin geçersizliğini ileri sürmek" olarak çevrilmiştir. Ancak aynı çeviri metninde "avoidance" terimi bazen "geçersizliği ileri sürme" (Art 4:107; Art 4:109 (1)), bazen "fesih" (Art 4:108) ve bazen de "iptal" (Art 4:110) olarak çevrilmiştir. Bkz <<http://www.dayinlarli.gen.tr/wp-content/uploads/2018/03/olelendoilkeleri.pdf>> Erişim Tarihi 29 Nisan 2021). PECL Art 4:107'nin içinde yer aldığı 4. Bölüm başlangıçtaki imkansızlık, hata, hile, tehdit, aşırı faydalanma gibi farklı ihtimallerde sözleşmenin geçersizliğinin (invalidity) ileri sürülüp sürülemeyeceğini belirlemektedir. Bkz Bénédicte Fauvarque-Cosson ve Denis Mazeaud (edr), *Materials for European Contract Law, Materials for a Common Frame of Reference: Terminology, Guiding Principles, Model Rules*, Sellier 2008, 324. Bu çalışmada "avoidance of contract" ifadesi ile sözleşmenin geçersizliği kast edildiği için, sözleşmeyi geçersiz hale getirmeyip bir tasfiye ilişkisine dönüştüren "sözleşmeden dönme" terimi tercih edilmemiştir. PEICL Art 2:104'te sözü edilen hilenin varlığı halinde sözleşme geçersiz olmayıp, sigortacı tarafından sözleşme geçersiz hale getirilebilir. Bkz Basedow/Birds/Clarke/Cousy/Heiss/Loacker (n 3) 116. Sözleşmenin, başlangıçtan itibaren geçersiz olmayıp, sonradan geçmişe etkili olarak geçersiz hale getirilmesi, iptal teorisi ile örtüştüğü için bu çalışmada "avoidance of contract" ifadesinin karşılığı olarak "sözleşmenin iptali" ifadesi tercih edilmiştir.

¹⁰⁴ PEICL 2:104 "Without prejudice to the sanctions provided for in Article 2:102, the insurer shall be entitled to avoid the contract and retain the right to any premium due, if it has been led to conclude the contract by the policyholder's fraudulent breach of Article 2:101. Notice of avoidance shall be given to the policyholder in writing within two months after the fraud becomes known to the insurer."

¹⁰⁵ Basedow/Birds/Clarke/Cousy/Heiss/Loacker (n 3) 116.

PEICL’da hilenin bir tanımı bulunmamaktadır. Bununla birlikte hilenin ne anlama geldiği konusunda Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri’nin (PECL)¹⁰⁶ 4:107 (2) hükmünde yer alan “bir tarafın aldatma niyeti ile bir beyanda bulunmasının ya da bir hususu ifşa etmemesinin hileli olduğuna” ilişkin düzenlemesinden faydalanılarak, kasıtlı olarak yapılan her tür aldatma fiilinin hileli olduğu¹⁰⁷; bununla birlikte önemsiz sayılabilecek türdeki bazı davranışların, örneğin sigorta ettirenin yaşını 50 değil de 49 olarak beyan etmesinin, iptal hakkının kullanılması bakımından adil olmayacağı ifade edilmektedir¹⁰⁸.

Sigorta ettirenin hileli bir şekilde beyan yükümlülüğünü ihlal etmesi durumunda sözleşmeyi iptal edebilmesi için söz konusu hileli davranışın sözleşmenin akdedilmesinde etkisi de olmalıdır¹⁰⁹. Yani sigortacının sözleşmenin akdedilmesine ilişkin kararında hiçbir etkisi olmayan hileli davranışlar nedeniyle sözleşmenin iptali mümkün değildir. Hileli bir şekilde beyan edilmeyen ya da yanlış beyan edilen bir hususun esasen önemsiz bir konu olması ya da sigortacının beyan edilen malumatın yanlış olduğunu bilmesi, sigortacının hile nedeniyle sözleşmeyi iptal edemeyeceği hallere örnek teşkil etmektedir¹¹⁰.

Sigortacı hile nedeniyle sözleşmeyi iptal ettiğinde sözleşme geçmişe etkili olarak geçersiz hale gelecektir¹¹¹. PECL 4:107 (1) ve 4:115 hükümleri ile uyum içinde anlamlandırılması gereken PEICL 2:104 uyarınca, sözleşmenin hile nedeniyle iptali halinde, muaccel olan prim alacağı dışında tarafların daha önce elde ettikleri edimleri iade etmesi gerekmektedir¹¹². Bu kapsamda sigorta ettiren daha önce yapılan kısmi tazminat ödemeleri de dahil olmak üzere elde ettiği tüm sigorta tazminatını iade etmek durumundadır. Ancak sigortacı iptal anına kadar işleyen primi iade etmek zorunda değildir. Bu açıdan da VVG ile PEICL hükümleri aynı yöndedir.

F. Hakların Kullanılmasında Şekil

PEICL 2:102¹¹³ hükmüne göre, sigortacı fesih ya da uyarılma konusundaki kararını yazılı olarak bildirmeli ve bu beyanda bulunurken kararının hukuki sonuçları hakkında

¹⁰⁶ Principles of European Contract Law (Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri)’nin sözleşmelerin ifasına ilişkin ilk kısmı 1995 yılında, kuruluş, geçerlilik, yorum kısımlarını kapsayan ikinci kısmı ise ilk kısımla birleştirilerek 1999 yılında yayımlanmıştır. Bkz Lando Ole/Beale Hughs (eds), Principles of European Contract Law Parts I and II (Kluwer International 2000), xiv.

¹⁰⁷ Basedow/Birds/Clarke/Cousy/Heiss/Loacker (n 3) 116.

¹⁰⁸ ibid 116. Buna karşın öğretide sigortacının dürüst olmayan bir sigorta ettiren ile sigorta sözleşmesini devam ettirmek zorunda olmadığı konusunda bkz Kees Engel and Marc Hendrikse, ‘Pre-contractual Fraud in Insurance Contract Law’ (2014) 6 EJCL 33, 43.

¹⁰⁹ Basedow/Birds/Clarke/Cousy/Heiss/Loacker (n 3) 116

¹¹⁰ ibid 116.

¹¹¹ ibid 117.

¹¹² ibid 117.

¹¹³ PEICL 2:102 (1): “...To this end the insurer shall give written notice of its intention, accompanied by information on the legal consequences of its decision,....”

bilgi vermelidir. Bu kapsamda sigortacı eğer uyarılama hakkını kullanmışsa, sigorta ettirenin uyarılama teklifini kabul etmesi ya da reddetmesi halinde sigorta teminatının kapsamının ne şekilde olacağını açıklamalıdır¹¹⁴. Benzer şekilde fesih hakkını kullanan sigortacı, sigorta ettirene fesih beyanını aldıktan bir ay sonra sigorta himayesinin sona ereceğini bildirmelidir¹¹⁵. Bu sonuçlar hakkında bilgi içermeyen beyanlar geçerli değildir¹¹⁶. PEICL, VVG'nin aksine fesih ya da sözleşmenin uyarlanması haklarının kullanılmasına ilişkin beyanda, niçin bu hakkın kullanıldığına dair bilgi verilmesinin gerekip gerekmediği konusunda açık bir hüküm içermemektedir. Bu durum sigorta ettirenin kendi hukuki konumunu doğru bir şekilde belirlemesine engel olacağı için bir eksiklik olarak değerlendirilmektedir¹¹⁷. İptal hakkı açısından ise PEICL 2:104 hükmü iptal beyanının yazılı olarak bildirilmesi gerektiğini düzenlemektedir. Ancak bu hükümde iptal hakkının niçin kullanıldığına ilişkin bir açıklama öngörülmediği gibi iptal hakkının hukuki sonuçlarına ilişkin bir bilgilendirme aranmamaktadır.

G. Hakların Kullanılması Gereken Süre

PEICL 2:102¹¹⁸ hükmünde de VVG'de olduğu gibi fesih ve uyarılama haklarının kullanılması için bir aylık süre öngörülmüştür. Bir aylık süre içerisinde sadece beyanın gönderilmesi yeterli olmayıp; bu beyanın sigorta ettirene ulaşması da gereklidir¹¹⁹. Bu süre, beyan yükümlülüğünün ihlal edildiğinin öğrenilmesi (*becomes known*) ya da belirgin (*apparent*) hale gelmesi üzerine başlayacaktır. Beyan yükümlülüğünün ihlalinin belirgin hale gelmesi, onun aşikar ve yeteri derecede açık olduğu anlamına gelir¹²⁰. Yani beyan yükümlülüğünün ihlal edilmiş olabileceği konusunda sadece şüphe duyulması sürenin başlamasını gerektirmez¹²¹. Aksi takdirde süreye tabi olan haklarını kaybetmek istemeyen sigortacı, kendisini emniyete almak için gerekmediği halde fesih hakkını kullanmak isteyebilir¹²². PEICL'a göre sürenin başlangıcında beyan yükümlülüğünün ihlal edildiğinin şüpheye yer bırakmayacak şekilde öğrenilmesi yeterli olup; VVG'nin aksine, sigorta ettirenin kusurunun hangi seviyede olduğunun öğrenilmesinin bir önemi yoktur.

İptal hakkı açısından ise PEICL 2:104 hükmü, hilenin öğrenildiği andan itibaren iki aylık süre içinde bu hakkın kullanılması gerektiğini düzenlemektedir. İptal hakkı bakımından fesih ve uyarılama haklarının kullanılmasına nazaran bir ay yerine iki ay

¹¹⁴ Engel (n 99) 54.

¹¹⁵ ibid 54.

¹¹⁶ ibid 54.

¹¹⁷ ibid 54.

¹¹⁸ PEICL 2:102 (1): "...To this end the insurer shall give written notice of its intention, ..., within one month after the breach of Article 2:101 becomes known or apparent to it."

¹¹⁹ Engel (n 99) 47

¹²⁰ ibid 53

¹²¹ ibid 53.

¹²² ibid 53.

tanınmasının nedeni, hile halinde sigorta ettirenlerin daha az korunması ve sigortacıya düşünmek için daha geniş bir zaman tanınmak istenmesidir¹²³. Bununla birlikte sigortacının hileli olduğunu düşündüğü bir davranış nedeniyle sözleşmeyi iptal etme hakkını kullandığı bir olayda, sigorta ettirenin davranışının hileli değil de sadece kusurlu olduğu kanaatine varılır ve fesih ya da uyarılma haklarının kullanılması gereken bir aylık sürenin sona erdiği anlaşılırsa, sigortacının bu haklarından mahrum kalması sonucu ortaya çıkacağı için iki aylık süre yerine bir aylık süre tanınmasının sigortacı için daha elverişli olacağı öğretide ifade edilmektedir¹²⁴.

H. Rizikonun Gerçekleşmesi Halinde Sigorta Bedelinin/Tazminatının Ödenip Ödenmeyeceği

PEICL'a göre sigorta ettirenin beyan yükümlülüğünü ihlal etmesi halinde sahip olduğu haklar, fesih ve sözleşmenin uyarlanmasını talep hakları ile hile halinde sözleşmenin iptalidir. Ancak sigortacı beyan yükümlülüğünün ihlal edildiğini çoğu zaman riziko gerçekleştiikten sonra öğrenmektedir¹²⁵. Ayrıca beyan yükümlülüğünün ihlal edildiği riziko gerçekleşmeden önce öğrenilse bile hem feshin hem de uyarılma talebinin hüküm ve sonuçlarını doğurması, eğer uyarılma açık bir şekilde kabul edilmemişse bir ay sonra söz konusu olacaktır ve bu süre içerisinde de riziko gerçekleşebilir. Bu durumda PEICL'a göre belirli şartların varlığı halinde ya sigorta bedelini/tazminatını ödeme borcu tamamen ortadan kalkacak ya da oransal ödeme yapılacaktır. Bu açıdan PEICL'ın benimsediği yöntem ile VVG'nin benimsediği yöntem birbirinden ayrılmaktadır. Hile nedeniyle sözleşmenin iptali halinde ise sözleşme geçmişe etkili olarak ortadan kalkacağı için bu hak rizikonun gerçekleşmesinden sonra kullanılsa bile sigorta bedelinin/tazminatının ödenmesi gündeme gelmeyecek; tam tersine daha evvel yapılan ödemelerin sigorta ettiren tarafından iadesi gerekecektir.

1. Sigorta Bedeli/Tazminatı Ödeme Borcunun Ortadan Kalkması

PEICL 2:102 (5)¹²⁶ hükmüne göre riziko, fesih ya da uyarılma kapsamındaki değişiklik yürürlüğe girinceye kadar gerçekleşirse kural olarak sigortacının sigorta bedelini/tazminatını ödemesi gerekir. Ancak beyan yükümlülüğünün ihlal edilmesinde sigorta ettirenin kusuru varsa ve beyan edilmeyen ya da yanlış beyan edilen husus ile gerçekleşen sigorta olayı arasında illiyet bağı mevcutsa, sigortacının beyan

¹²³ Basedow/Birds/Clarke/Cousy/Heiss/Loacker (n 3) 117.

¹²⁴ Engel/Hendrikse (n 108) 43.

¹²⁵ Basedow/Birds/Clarke/Cousy/Heiss/Loacker (n 3) 110.

¹²⁶ PEICL 2:102 (5): "If an insured event is caused by an element of the risk, which is the subject of negligent non-disclosure or misrepresentation by the policyholder, and occurs before termination or variation takes effect, no insurance money shall be payable if the insurer would not have concluded the contract had it known the information concerned. If, however, the insurer would have concluded the contract at a higher premium or on different terms, the insurance money shall be payable proportionately or in accordance with such terms."

edilmeyen hususu bilseydi sözleşmeyi yapmayacak olması şartı ile sigorta bedelini/tazminatını ödeme borcu ortadan kalkar. Dikkat edildiği üzere sigortacının sigorta bedelini/tazminatını ödeme borcunun ortadan kalkması için sigorta ettirenin kusuru şart olmakla birlikte, kusurun kast seviyesinde olması gerekmemektedir¹²⁷. Burada belirleyici olan, sigortacının beyan edilmeyen hususu bilseydi sözleşmeyi yapmayacak olmasıdır. Alman hukukunda ise riziko gerçekleştikten sonra sigortacının dönme hakkını kullanarak sözleşme bedelini/tazminatını ödeme borcundan kurtulması, beyan edilmeyen ya da yanlış beyan edilen husus ile gerçekleşen sigorta olayı arasında illiyet bağının mevcudiyeti yanında; dönme hakkının kullanılmasının bir ön şartı olarak kusurun kast seviyesinde olmasına veya kusur ağır ihmâl seviyesinde olsa da sigortacı ihlali bilseydi sözleşmeyi hiç yapmayacak olmasına bağlıdır.

2. Ödenmesi Gereken Prim Oranında ya da Diğer Koşullara Uygun Olarak Sigorta Bedelinin Ödenmesi

PEICL 2:102 (5)'in ikinci cümlesine göre, rizikonun fesih ya da uyarılma kapsamındaki değişiklik yürürlüğe girmeden önce gerçekleşmesi halinde, beyan yükümlülüğünün ihlal edilmesinde sigorta ettirenin kusuru ve beyan edilmeyen ya da yanlış beyan edilen husus ile gerçekleşen sigorta olayı arasında illiyet bağı olmasına rağmen eğer sigortacı beyan edilmeyen hususu bilseydi sözleşmeyi daha yüksek prim veya farklı şartlarda yapacak idiyse sigorta bedeli oransal olarak ya da bu yeni şartlara uygun olarak ödenecektir. Sigortacının beyan edilmemiş hususu bilseydi sözleşmeyi daha yüksek bir prim miktarı ile akdedeceği hallerde, hakim in aslında ödenmesi gereken primi (*soll-prämie*) hesaplaması gerekecektir¹²⁸. Bu hesaplama sonucunda sigorta ettirenin ödediği primin ödemesi gereken primin üçte biri oranında olduğu ortaya çıkarsa kendisine ödenecek olan sigorta bedeli/tazminatı da bu oranda yapılacaktır.

III. Türk Ticaret Kanunu'nda Sözleşme Öncesi Beyan Yükümlülüğü'nün İhlaline Bağlanan Sonuçlar ve Sigortacının Hakları

A. Sözleşme Öncesi Beyan Yükümlülüğünün İhlaline Bağlanan Sonuçlar

1. Kanun Düzenlemesi

Türk Ticaret Kanunu'nda PEICL ve VVG'nin aksine beyan yükümlülüğünün ifası açısından liste usulü yerine kural olarak beyan usulü kabul edilmiştir. Bu nedenle hakların doğması açısından sigortacının sigorta ettirene sözleşme öncesinde yazılı olarak soru sorması gerekli olmadığı gibi; VVG'den farklı olarak sigortacının beyan

¹²⁷ Heiss (n 51) 58.

¹²⁸ ibid 58.

yükümlülüğüne aykırılığın sonuçları hakkında sigorta ettireni önceden bilgilendirmesi de şart değildir.

Sözleşme öncesi beyan yükümlülüğünün ihlali halinde sigortacının sahip olduğu haklar ise 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 1439. maddesinde düzenlenmiştir. Bu hükmün ilk fıkrasına göre, *sigortacı için önemli olan bir husus bildirilmemiş veya yanlış bildirilmiş olduğu takdirde, sigortacı 1440 ıncı maddede belirtilen süre içinde sözleşmeden cayabilir veya prim farkı isteyebilir.* Hükmün ikinci maddesine göre, *rizikonun gerçekleşmesinden sonra, sigorta ettirenin ihmali ile beyan yükümlülüğü ihlal edildiği takdirde, bu ihlal tazminatın veya bedelin miktarına yahut rizikonun gerçekleşmesine etki edebilecek nitelikte ise, ihmalin derecesine göre tazminattan indirim yapılır. Sigorta ettirenin kusuru kast derecesinde ise beyan yükümlülüğünün ihlali ile gerçekleşen riziko arasında bağlantı varsa, sigortacının tazminat veya bedel ödeme borcu ortadan kalkar; bağlantı yoksa, sigortacı ödenen primle ödenmesi gereken prim arasındaki oranı dikkate alarak sigorta tazminatını veya bedelini öder.* Görüldüğü üzere TTK uyarınca sigortacının hakları cayma ve prim farkı talebi olup; riziko gerçekleştikten sonra kusur ve illiyet bağının varlığına göre sigorta tazminatının/bedelinin kısmen ya da tamamen ödenmesi veyahut hiç ödenmemesi mümkün olabilmektedir.

5. Beyan Yükümlülüğünün İhlali Halinde Uygulanacak Hakların, İhlalin Rizikonun Gerçekleşmesinden Önce ya da Sonra Öğrenilmesine Bağlı Olarak Bir Ayrıma Tabi Tutulup Tutulmadığı Meselesi

Öğretide, TTK m 1439/1 ve 2'de yer alan hükümlerin, beyan yükümlülüğünün ihlaline ilişkin hakları iki ana kategoriye ayırdığı konusunda görüş birliği mevcuttur¹²⁹. Buna göre sözleşme öncesi beyan yükümlülüğünün ihlali halinde sigortacının sahip olduğu haklar, bu ihlalin rizikonun gerçekleşmesinden önce ve rizikonun gerçekleşmesinden sonra öğrenilmesi ihtimallerini dikkate alarak iki farklı şekilde çözüme kavuşturulmuştur. Bu görüşe göre, sigortacı beyan yükümlülüğünün ihlal edildiğini riziko gerçekleştikten önce öğrenirse cayma hakkı ve prim farkı isteme haklarına sahiptir; buna karşın ihlali riziko gerçekleştikten sonra öğrenirse sigorta bedelini/tazminatını kısmen veya oransal olarak ödenmesini sağlayacak çeşitli hakları kullanabilir. TTK m 1439'u bu şekilde kategorik bir ayrıma sokan yazarların büyük çoğunluğu ayrıca cayma hakkının geçmişe etkili bir dönme hakkı

¹²⁹ Samim Ünan, *Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Altıncı Kitap Sigorta Hukuku C I Genel Hükümler Madde 1401-1452* (On İki Levha 2016) 435; Emine Yazıcıoğlu ve Zehra Şeker Öğüz, *Sigorta Hukuku* (2. Bası, Filiz 2019) 133; Aydın (n 85) 288, 363; İbrahim Ağsagal, *Sigorta Sözleşmesinde Sözleşme Öncesi Beyan Yükümlülüğüne Aykırılık ve Sonuçları* (Adalet Yayınevi 2015) 143 vd; Zehra Şeker Öğüz, 'Sözleşme Öncesi İhbar Görevi' iç Samim Ünan ve Emine Yazıcıoğlu (edr), *Sigorta Hukuku Sempozyumları* (Oniki Levha 2018) 165; Kemal Şenocak, 'Sorumluluk Sigortalarında Sözleşme Öncesi İhbar Külfeti' iç Samim Ünan ve Emine Yazıcıoğlu (edr), *Sigorta Hukuku Sempozyumları* (Oniki Levha 2018) 190; Burak Doğan, 'İngiliz ve Türk Hukukunda Deniz Sigortalarında Sözleşme Öncesi Beyan Yükümlülüğü' (Doktora Tezi, Gazi Üniversitesi 2020) 221; İrem Aral Eldeleklioğlu, '6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Uyarınca Sigorta Ettirenin Sözleşme Yapılmasında Beyan Yükümlülüğü' (2012) 18 (2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 725, 731; Melda Taşkın, *Krediyeye Bağlı Hayat Sigortası Sözleşmesi* (On İki Levha 2019) 319.

olduğunu ileri sürmektedir¹³⁰. Bu tür bir ayrıma ilişkin belki de en büyük sorun, beyan yükümlülüğünün ihlal edildiği riziko gerçekleşmeden önce öğrenilmesine rağmen, cayma ya da prim farkı isteme hakları kullanılıncaya kadar olan süre içinde rizikonun gerçekleşmesi ihtimalidir. Zira aşağıda görüleceği üzere Kanun, sigortacıya ihlali öğrendikten sonra haklarını kullanması için on beş günlük bir süre vermektedir. İşte ihlalin rizikonun gerçekleşmesinden önce öğrenilmesine rağmen, riziko bu süre içerisinde henüz sigortacı hakkını kullanmadan önce gerçekleşirse hangi hükmün uygulanacağı bu kategorik ayırım çerçevesinde cevapsız kalmaktadır.

Öncelikle belirtilmelidir ki TTK'nın 1439. maddesinin lafzı bu hakların, ihlalin rizikonun gerçekleşmesinden önce ya da sonra 'öğrenilmesine' bağlı olarak kullanılabilir haklar olduğuna dair bir ifade içermemektedir. Hükmün ilk fıkrasında "rizikonun gerçekleşmesinden önce" şeklinde bir ifade yer almadığı gibi, söz konusu hükümden cayma ve prim farkı isteme haklarının rizikonun gerçekleşmesinden sonra kullanılamayacağına ilişkin bir anlam da çıkmamaktadır. Hükmün ikinci fıkrasında "rizikonun gerçekleşmesinden sonra" ifadesi yer almakla birlikte, burada bu ifadenin "beyan yükümlülüğünün ihlal edildiğinin rizikonun gerçekleşmesinden sonra öğrenilmesi" olarak anlaşılmasını sağlayacak bir ibare bulunmamaktadır.

Kanaatimizce TTK'nın 1439. maddesinde yer alan hükümlerin ele alınmasında, mehz Kanun'da benimsenen *ya hep ya hiç* ilkesi terk edildiği için oranlama ilkesini kabul eden PEICL'da yer alan düzenleme tarzı yol gösterici olabilir. Buna göre TTK m 1439/1 hükmü, sözleşme öncesi beyan yükümlülüğü ihlal edildiğinde sözleşmenin geleceğine ilişkin olarak (onu sona erdirmek veyahut uyarlayarak ayakta tutmak şeklinde) sigortacının sahip olduğu hakları belirlemekte; 1439/2 hükmü ise beyan yükümlülüğünün ihlal edildiği ister rizikonun gerçekleşmesinden önce ister sonra öğrenilsin sigorta bedelinin/tazminatının ödenip ödenmeyeceği ve ödenecekse hangi oranda ödeneceğini düzenlemektedir. Bu açıdan TTK'ya göre sigortacının temel hakları cayma hakkı ve prim farkı isteme hakkı olup; sigortacı bu hakları beyan yükümlülüğünün ihlal edildiğini riziko gerçekleştikten önce ya da sonra (süresi içinde olmak koşuluyla) kullanabilir. Eğer beyan yükümlülüğünün ihlal edildiği riziko gerçekleşmeden önce öğrenilmiş ve buna bağlı haklar kullanılıncaya kadar olan sürede riziko gerçekleşmemiş ise sigortacı isterse sözleşmeden cayabilecek isterse de

¹³⁰ Eski Türk Ticaret Kanunu m. 1290'da yer alan cayma hakkının geçmişe etkili olduğu konusunda bkz Emine Yazıcıoğlu, *Tekne Sigortası Sözleşmesi* (Beta 2003) 233; Ali Ayli, 'Sigorta Ettirenin Sözleşmenin Kuruluşundaki İhbar Yükümlülüğüne İlişkin Hükümlerin Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Çerçevesinde Yeniden Değerlendirilmesi' (2005) 3(6) SBArD (Prof Dr Hüseyin Hatemi'ye Armağan) 185, 196; Şeker Ögüz (n 85) 175; Rayegan Kender, *Türkiye'de Hususi Sigorta Hukuku* (8. Bası Arıkan 2005) 190;; Samim Ünan, *Hayat Sigortası Sözleşmesi* (Beta 1998) 160; Kemal Şenocak, *Mesleki Sorumluluk Sigortası* (Turhan 2000) 222. Yeni Türk Ticaret Kanunu'nda yer alan cayma hakkının geçmişe etkili olduğu konusunda ise bkz Rayegan Kender, *Türkiye'de Hususi Sigorta Hukuku* (16. On İki Levha 2017) 279; Ünan (n 130) 437; Şeker Ögüz (n 85) 176; Şenocak (n 129) 187; A. Oğuzhan Hacıömeroğlu, 'Sigorta Sözleşmelerinin Kuruluş Safhasındaki Sigorta Ettirenin Beyan Yükümlülüğünün Culpalı in Contrahendo Sorumluluğu Açısından Değerlendirilmesi' (2015) 1 (2) TFM 49, 63; Ezgi Başak Demirayak, 'Sigorta Sözleşmesinin Yapılması Sırasındaki Beyan Yükümlülüğünün İhlalinde Nedensellik Bağı' (2011) 2(2) İnÜHFD 477, 479; Aral Eldeleklioğlu (n 129) 731; Doğan (n 129) 233. Yeni TTK'de yer alan cayma hakkının sigorta ettirenin kusurunun mevcudiyetine göre geçmişe etkili ya da ileriye etkili sonuç doğuracağı konusunda bkz Ağsaka (n 129) 143.

prim farkı talep ederek sözleşmeyi ayakta tutabilecektir. Bu aşamada henüz riziko gerçekleşmediği için sigorta bedelinin/tazminatının ödenmesine ilişkin sorunlar gündeme gelmeyecektir. Beyan yükümlülüğünün ihlal edildiği riziko gerçekleştikten sonra öğrenilmiş veya bu ihlal rizikonun gerçekleşmesinden önce öğrenilmesine rağmen hakların kullanması gereken süre içerisinde riziko gerçekleşmiş ise bu defa sigorta bedelinin/tazminatının ödenip ödenmeyeceği, ödenecekse hangi tutar üzerinden ödeneceği oranlama ilkesi dikkate alınarak TTK m 1439/2 uyarınca belirlenecektir.

Bu noktada sözleşmenin akıbeti açısından ise sigorta sözleşmesinin bir meblağ sigortası mı yoksa bir zarar sigortası olduğu da önem taşımaktadır. Eğer söz konusu sigorta bir meblağ sigortası ise riziko gerçekleşince sigortacının ileriye yönelik olarak rizikoyu taşıma borcu sona ereceği için onun sözleşmeden cayması ya da prim farkı istemesi de gündeme gelmeyecektir. Ancak söz konusu sigorta bir zarar sigortası ise ve kısmi hasar meydana gelmişse; sigortacı prim farkı talep ederek sözleşmeyi devam ettirebileceği gibi, cayma hakkını kullanarak sözleşmeyi sona erdirebilecektir. Bu çerçevede daha önce gerçekleşen bir riziko nedeniyle kısmi sigorta tazminatı ödeyen ve kalan sigorta süresi içinde beyan yükümlülüğünün ihlal edildiğini öğrenen sigortacının hem prim farkı isteyerek sözleşmeyi devam ettirmesi hem de daha önce yaptığı tazminat ödemesini TTK m 1439/2'deki prensipler çerçevesinde oransal olarak ya da tamamen geri alabilmesi de mümkündür.

Kanun'un sistematüğının bu şekilde yorumlanması sözleşmenin mümkün olduğunca ayakta kalmasına imkan sağlamakta, sözleşmenin her iki tarafının da menfaatlerini korumakta ve TTK'nın ilgili düzenlemelerinin sigorta hukukunun modern kuralları ile uyum içerisinde olmasını sağlamaktadır. Anılan açıklamalar çerçevesinde bu çalışmada sigortacının beyan yükümlülüğünün ihlali halinde sahip olduğu haklar bu kategorik ayırım yapılmadan ele alınacak ve TTK m 1439/2 hükmü sadece rizikonun gerçekleşmesi durumunda sigortacının edimini ifadan kurtulup kurtulmayacağı ve kurtulacaksa ne ölçüde kurtulabileceği açısından izah edilecektir.

I. Sigortacının Hakları

1. Cayma Hakkı

Kanununun 1439. maddesinin ilk fıkrasına göre, “sigortacı için önemli olan bir husus bildirilmemiş veya yanlış bildirilmiş olduğu takdirde, sigortacı 1440. maddede belirtilen süre içinde sözleşmeden cayabilir.” Görüldüğü üzere cayma hakkının kullanılabilmesi için Kanun ne kusur ne de illiyet bağıını aramaktadır. Ayrıca bu hakkın kullanımı, ‘sigortacı beyan edilmeyen ya da eksik yahut yanlış bildirilen hususu bilseydi sözleşmeyi yapmayacak olduğu’ yönünde farazi bir koşula da tabi

tutulmamıştır. Türk hukukunda cayma hakkının hiçbir şarta tabi tutulmamış olması, TTK ile VVG ve PEICL arasındaki en önemli farklılıklardan birini teşkil etmektedir. Bu noktada cayma hakkının hukuki niteliğinin dönme mi yoksa fesih mi olduğu konusunun Türk hukukunda tartışmalı olduğunu¹³¹ ve söz konusu farklılığın her iki görüş açısından da geçerli olduğunu hatırlatmakta fayda bulunmaktadır:

Caymanın, dönme hakkı olarak kabulü halinde; öncelikle PEICL’da dönme hakkının bulunmadığı ve geçmişe etkili iptal hakkının ise ancak hilenin mevcudiyeti halinde kullanılabileceğini; VVG’de ise dönme hakkının çok sıkı kurallara tabi tutulduğunu hatırlatmak icap etmektedir. Buna göre dönme hakkı sigorta ettirenin kusursuz olduğu ya da hafif ihmalinin bulunmadığı hallerde kullanılamamaktadır. Ayrıca sigorta ettirenin ağır ihmalinin bulunduğu hallerde dönme hakkının kullanılması sigortacının beyan edilmeyen hususu bilseydi sözleşmeyi hiç yapmayacak olması şartına tabi tutulmuş; bu şartlar gerçekleşse dahi dönmenin geçmişe etkili sonuç doğurması ve riziko gerçekleştikten sonra sigortacının edim borcunu ifa etmekten kurtulması eğer illiyet bağı yoksa engellenmiştir.

Caymanın fesih olarak nitelendirilmesi halinde de caymanın şartları bakımından mehz kanun ile PEICL arasında farklılık vardır. Öncelikle VVG’de fesih hakkının kullanılması sigorta ettiren kusursuz ise sigortacının beyan edilmeyen hususu bilseydi sözleşmeyi yapmayacak olması şartına bağlı tutulmuştur. PEICL’da da fesih hakkının sadece sigorta ettiren kusurlu ise kullanılabilmesi; sigorta ettirenin kusursuz olması halinde ise ancak ve ancak sigortacının beyan edilmeyen hususu bilseydi sözleşmeyi yapmayacak olması durumunda bu hakkın kullanılabilmesi kabul edilmiştir. Buna ilaveten hem VVG hem de PEICL, feshin hüküm ve sonuçlarını doğurması ve böylece sigorta ettirenin yeni bir sigorta sözleşmesi yapmasına olanak sağlanması amacıyla bir aylık fesih süresi öngörmüştür.

Kanaatimce hiçbir şarta tabi olmaksızın kullanılabilen olan caymanın hukuki niteliğinin, sözleşme ilişkisini geçmişe etkili olarak sona erdiren dönme hakkı yerine fesih hakkı olarak değerlendirilmesi, özellikle cayma anına kadar sigorta himayesi sağlamış olan sigortacının bu ediminin iadesinin mümkün olmaması dikkate alındığında daha uygun gözükmektedir¹³². Caymanın, dönme hakkı olarak kabulü *ya hep ya hiç* ilkesini uygulayan eski Türk Ticaret Kanunu için mümkün olabilir ise de; bu ilkedен vazgeçen ve oranlama ilkesini benimseyerek PEICL’daki modele yaklaşan TTK’nın ruhuna uygun düşmemektedir. Zira riziko gerçekleştikten sonra sigortacının sigorta bedeli/tazminatı ödemekten kurtulması, cayma hakkından

¹³¹ Bkz n 130.

¹³² TTK m 1441 hükmü çerçevesinde sigortacı sadece beyan yükümlülüğünün kasten ihlal edildiği hallerde cayma anına kadar doğan prime hak kazanacak; ihlalin hafif ihmâl ve hatta ağır ihmâl ile gerçekleştiği hallerde ise primi iade etmek zorunda kalacaktır. Caymanın fesih hakkı olarak kabul edilmesi gerekliliğine ilişkin detaylı görüşler için bkz Ashhan Erbaş Açıklık, ‘Sigorta Ettirenin Sözleşme Öncesi Beyan Yükümlülüğünün İhlali Halinde Sigortacının Sahip Olduğu Haklarla İlgili Bazı Sorunlar’ (2019) 35(2) Banka Huk Dergisi 131, 146-155.

değil; TTK m 1439/2 hükmünde yer verilen beyan yükümlülüğünün kasten yerine getirilmemiş olması ve beyan edilmeyen husus ile riziko arasında bağlantı olmasından kaynaklanmaktadır. Hal böyle iken caymanın fesih olarak nitelendirilmesi hem riziko gerçekleşmeden önce beyan yükümlülüğü kusursuz ya da ihmal ile yerine getirilmemiş olsa bile sigortacının rizikoyu taşıdığı süreye ilişkin olarak prime hak kazanmasına¹³³ hem de kısmi hasar meydana gelmiş ise sigortacının ileriye etkili olarak sözleşmeyi sona erdirebilmesine imkan sağlayan bir çözümdür. TTK m 1428/2’de yer verilen fesih hakkından farklı olarak, kullanılması için kısmi tazminat ödemesinin yapılmış olması gerektiği için beyan yükümlülüğünün ihlal edildiğini öğrenen sigortacı, fesih hakkını kullanarak yeni bir riziko gerçekleşmeden önce sözleşmeyi sona erdirebilecektir. Esasen tüm bu yorumsal kargaşaya kanun koyucu tarafından son verilmesi ve yeni bir düzenleme ile caymanın hukuki niteliğinin dönme mi yoksa fesih mi olduğunun açıkça kaleme alınması; sözleşme ilişkisine son verir nitelikteki bu hakkın VVG ve PEICL düzenlemelerinde olduğu gibi sıkı şartlara tabi tutulması ve fesih hakkı söz konusu olacak ise en az bir aylık fesih süresi öngörülmesi acil bir ihtiyaç olarak ortaya çıkmaktadır.

6. Prim Farkı İsteme Hakkı

Sigortacının beyan yükümlülüğünün ihlal edildiğini öğrenmesi halinde kullanabileceği diğer bir hakkı, prim farkı isteme hakkıdır. Prim farkı isteme hakkı, hem VVG hem de PEICL’da öngörülen sözleşmenin uyarlanmasını isteme hakkına göre daha dar kapsamlı bir haktır. Prim farkının istenmesi için sigorta ettirenin kusurlu olması aranmadığı gibi, zarar sigortalı açısından kısmi zarar gerçekleşmişse kalan sigorta bedeli ile sigortanın devamı açısından ihlal ile rizikonun gerçekleşmesi arasında bir illiyet bağı da gerekmemektedir. Uyarılama talebi için hem VVG hem de PEICL açısından da kusur ya da illiyet bağının aranmadığı ve prim farkı isteme talebinin sözleşmenin ayakta kalmasını sağlayacağı dikkate alındığında bu talebe ilişkin olarak ilave bir şart aranmamasının yerinde olduğu düşünülmektedir.

Prim farkının sadece geleceğe ilişkin primler için mi yoksa geçmişte ödenmiş primleri de mi kapsayacağı açık değildir¹³⁴. VVG uyarınca uyarılama hakkı çerçevesinde yapılan değişiklikler başlangıçtan itibaren, PEICL’a göre ise ileriye etkili olarak geçerlidir. Eğer Türk hukukunda da prim farkının geçmişe etkili olacağı kabul edilirse bu durum sigorta ettiren açısından özellikle de onun kusursuz olması halinde gereksiz bir yük teşkil edecektir. Bu tür bir yük altına girmek istemeyen sigorta

¹³³ Bu açıdan “Cayma halinde sigorta ettiren kasıtlı ise sigortacı rizikoyu taşıdığı süreye ait primlere hak kazanır” hükmünü ihtiva eden TTK m 1441 hükmünün unutkanlık ve dikkatsizlik sonucu Kanun’a aktarıldığı yönünde bkz Erbaş Açıklık (n 132) 152.

¹³⁴ Prim farkının ileriye etkili olacağı yönünde bkz Şenocak (n 129) 189. Prim farkının hem geçmiş dönem primlerini hem de geleceğe yönelik primleri içereceği yönünde bkz Ağsagal (n 130) 161.

ettiren prim farkı talebini reddederse sözleşme de sona erecektir¹³⁵. Bu açıdan prim farkının ileriye etkili olduğunun kabulü daha yerinde olacaktır. Ayrıca sigortacıya prim farkı isteme hakkı yanında ilgili rizikoyu kapsam dışında bırakma, bekletici süre uygulama gibi haklar tanınması hem sigorta sözleşmesinin devamını sağlayacağı için sigortacının prim alacağından yoksun kalmasını engelleyecektir hem de sigorta ettirenin ilave mali yük altına girmeden sigorta teminatından faydalanmaya devam etmesini sağlayacaktır. Dolayısıyla Kanun'da genel olarak sözleşmenin uyarlanmasını isteme hakkı yerine sadece prim farkı isteme hakkına yer verilmesi hem sigortacı hem de sigorta ettiren açısından elverişsiz bir çözümdür.

Prim farkının uygulanabilmesi için sigortacının bu teklifinin PEICL'da olduğu gibi sigorta ettiren tarafından kabulü icap eder. Nitekim bu talep on gün içinde kabul edilmezse sözleşmeden cayıldığı kabul edilir. PEICL'da bir ay olarak kabul edilen bu sürenin TTK'da on gün olması sigorta ettirenler bakımından kısa bir süredir. Sigortacının prim farkı talebini genel olarak uygun bulan ancak önerdiği teklifin makul olmadığını düşünen sigorta ettirenin durumu da Kanun'da öngörülmemiştir. Bu nedenle prim farkı talebinin PEICL'da olduğu gibi "makul" olması gerektiği yönünde bir düzenleme getirilmesi sigorta ettirenler açısından oldukça önemlidir.

7. İptal Hakkı

Sigorta sözleşmesinin akdi sırasında sigorta ettirenin hileli bir şekilde sözleşme öncesi beyan yükümlülüğünü ihlal etmesi ve sigortacının söz konusu hileli davranış nedeniyle sözleşmeyi akdetmesi halinde hem VVG hem de PEICL iptal hakkını sigortacıya vermektedir. Ayrıca her iki düzenlemede de sigorta ettirenin hilesinin bulunması halinde, sigortacının iptal hakkını kullanarak sözleşmeyi geçersiz hale getirmesine rağmen iptal anına kadar işleyen primlere hak kazandığı hükme bağlanmıştır.

Sigortacının iptal hakkını kullanıp kullanamayacağı sorunu özellikle beyan yükümlülüğünün kasten ihlal edildiği hallerde karşımıza çıkar. Zira TTK m 1439/2 illiyet bağının mevcudiyetine göre, sigorta ettirenin kastının bulunması halinde sigortacıya sigorta bedelini/tazminatını tamamen ödemekten kurtulma ya da oransal ödeme imkanı tanıdığı için hileye ilişkin hükümlere müracaat edilemeyeceği düşünülebilir. Türk Ticaret Kanunu'nda bu konuya ilişkin olarak açık bir düzenleme yer almaması nedeniyle öğretilerde bir görüş, Türk Borçlar Kanunu'nda yer alan hileye ilişkin genel hükmün sigorta sözleşmeleri açısından uygulanamayacağını; zira

¹³⁵ 6762 sayılı TTK'nin 1369. maddesi denizcilik rizikolarına karşı sigortalarda sigortacıya prim farkı isteme hakkını vermiş ancak sigorta ettirenin ek prim ödemeyi reddetmesi halinde ne olacağını düzenlememiştir. Bu konuda ileri sürülen bir görüşe göre, sigortacının sözleşmeden caymaktan başka bir imkanı kalmamaktadır bkz Fırat Öztan, *Sigorta Akdinin İnikadında İhbar Mükellefiyeti* (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları 1966) 139. Kanunda öngörülmemeyen bir cayma hakkının yaratılmayacağını belirten diğer bir görüş ise, sigortacının ek primin tahsili için dava açabileceğini ya da bunu sigorta tazminatından mahsup edebileceğini ifade etmektedir bkz Yazıcıoğlu (n 131) 231.

TTK'da yer alan sözleşme öncesi beyan yükümlülüğüne ilişkin hükümlerin özel hüküm niteliğinde olduğunu ileri sürmektedir¹³⁶. Bu konuya ilişkin diğer bir görüş ise hileye ilişkin genel hükümlere gidilebileceğini ifade etmektedir¹³⁷.

Beyan yükümlülüğünün kasten ihlal edilmesi ile hileli bir şekilde ihlal edilmesinin maddi unsurları yönünden farklı hususlar olduğu dikkate alındığında ikinci görüşün üstünlük tanınması gerektiği düşünülmektedir. Nitekim beyan yükümlülüğünün kasten ihlal edilmesi sigorta ettirenin bilerek ve isteyerek sigortacı için önemli olan bir hususu bildirmemesi veya yanlış ya da eksik bilgi vermesidir. Beyan yükümlülüğünün hileli bir şekilde ihlal edilmesi ise sigorta ettirenin önemli olduğunu bildiği bir hususu sigortacıyı sözleşme yapmaya ikna etmek veya daha düşük prim ödemek amacıyla kötünietli olarak gizlemesidir. Yargıtay'a göre de Kanun'da yer alan kasten gizleme ifadesi kötünietle gizlemeyi değil; bildiği halde beyan etmeme halini ifade etmektedir¹³⁸. Kanaatimce hileye ilişkin aldatma kastı ile sözleşme öncesi beyan yükümlülüğünün ihlaline ilişkin kastın farklı anlamları olması nedeniyle özel hüküm genel hüküm ilişkisinden söz edilemeyeceği için sigortacının hilenin varlığı halinde Türk Borçlar Kanunu'na göre iptal hakkını kullanması mümkündür¹³⁹. Dolayısıyla bu yöndeki tartışmalara son verilebilmesi açısından VVG ve PEICL'da olduğu gibi Kanun'da açık bir düzenlemeye yer verilmesi yerinde olacaktır. Bu düzenleme yapılırken TTK m 1441'de yer alan ve sigorta ettirenin kasıtlı olması durumunda sigortacının rizikoyu taşıdığı süreye ilişkin primlere hak kazandığına dair hükmün¹⁴⁰, sigorta ettirenin aldatma niyetiyle kötünietli olarak hareket ettiği hallerde sigortacının hak kazanacağı bir hüküm olarak kurgulanmasının yerinde olacağı düşünülmektedir.

J. Hakların Kullanılmasında Şekil

Beyan yükümlülüğünün ihlali halinde uygulanacak yaptırımlara ilişkin olarak Kanun'un en önemli eksikliklerinden biri, sigortacının sahip olduğu haklara ilişkin esasların sadece cayma hakkı yönünden ele alınmış olmasıdır. Hakların kullanılmasında hangi şekil şartının uygulanacağı, bu hakların hangi süreler içerisinde

¹³⁶ Kender (n 130) 276; Şeker Ögüz (n 85) 157; Eski Türk Ticaret Kanunu açısından aynı görüş için bkz Öztan (n 135) 156; Sevilay Eroğlu, *Hastalık Sigortası Sözleşmesinin Kurulmasında İhbar Külfeti* (Seçkin 2005) 277; Şeker Ögüz (n 85) 157.

¹³⁷ Aydın (n 85) 273. Eski Türk Ticaret Kanunu açısından hileye ilişkin hükümlere müracaat edilebileceği yönünde bkz Samim Ünan, *Hayat Sigortası Sözleşmesi* (Beta 1998) 157; Ali Bozer, *Sigorta Hukuku* (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları 1965) 221, Mehmet Somer, 'Türk Ticaret Kanunu'nun Düzenlemesi Karşısında Sigorta Sözleşmesinin Kuruluşu Sırasında Hile Hükümlerinin Uygulanabilirliği' *Prof Dr Nuri Çelik'e Armağan* (Beta 2001) 744, 757-759; Erbaş Açıklık (n 132) 155-161.

¹³⁸ Bkz 17. HD E 2016/5204 K 2019/3092 T 18.3.2019. Ayrıca bkz Gaziantep BAM 11. HD E 2018/2092 K 2020/809 T 7.10.2020; Gaziantep BAM 11. HD E 2018/1376 K 2019/1590 T 12.12.2019; Ankara BAM 23. HD E 2019/1624 K 2020/191 T 4.2.2020.

¹³⁹ Aydın, hileye ilişkin hükümlerin uygulanabileceğini kabul etmekle birlikte; Türk Ticaret Kanunu'nda yalnızca aldatma halinde sigorta sözleşmesinin akıbetinin ne olacağını düzenlendiğini, aldatma dolayısıyla sigortacının uğradığı zararlar hakkında bir düzenlemeye yer verilmediğini, bu nedenle düzenlenmeyen hususlar bakımından genel hüküm niteliğinde olan Borçlar Kanunu hükümlerinin uygulanması gerektiğini ifade etmektedir. Bkz Aydın (n 85) 273-274. Ancak kanaatimce Türk Ticaret Kanunu'nda sözleşme öncesi beyan yükümlülüğünün aldatma niyetiyle ihlal edilmiş olması değil; kasten ihlal edilmiş olması yaptırıma bağlanmıştır ve hileye ilişkin hükümlere gidilebilmesinin temel gerekçesi de budur.

¹⁴⁰ Bu hükmün bir dikkatsizlik neticesinde Kanun'a alındığına ilişkin için bkz Erbaş Açıklık (n 132) 152.

kullanılması gerektiği ve hangi hallerde kullanılamayacağı hususları sigortacının tek hakkı sadece cayma hakkıymış gibi düzenlenmiştir. Oysa sigortacının cayma hakkı yanında yukarıda söz edilen prim farkı isteme hakkı da bulunmaktadır. Bu nedenle TTK m 1440 ve m. 1442’de yer alan hususların cayma hakkı yanında prim farkı isteme hakkı yönünden de uygulama bulup bulmayacağı husususunun ayrıca değerlendirilmesi yerinde olacaktır. Nitekim TTK m 1440, *caymanın, sigorta ettirene bir beyanla yöneltilmesi şarttır* hükmünü ihtiva etmektedir. Kanaatimce hem cayma hem de prim farkı isteme talebi bir beyanla sigorta ettirene yöneltilmelidir.

Prensip itibariyle, sigortacının haklarını kullanması herhangi bir şekil şartına bağlı olmadığı için, sözlü olarak yapılan beyanlar da hukuken geçerlidir¹⁴¹. Bununla birlikte, sigorta ettiren kimse tacir sıfatına sahip ise, sigortacının sigorta sözleşmesinden rücu etmesi TTK m 18/3’teki yollardan biri ile yani, noter, telgraf veya iadeli taahhütlü mektup vasıtasıyla yapılması gerekir. Ancak bu düzenleme artık geçerlik şartı olarak görülmediği için sigortacının sözleşmeden caydığını başka şekilde ispatlaması da mümkündür¹⁴². Bu noktada da Türk hukuku ile yazılılık şartını arayan VVG ve PEICL arasında farklılık söz konusudur. Diğer yandan taraflar, sigorta sözleşmesinde ilgili beyanların belirli bir şekilde yapılacağını kararlaştırabilirler¹⁴³. Ayrıca hem PEICL’da hem de VVG’de sigortacının hangi hakkın hangi gerekçe ile kullandığına ilişkin bilgi vermesi gerektiği düzenlenmiş iken TTK’da bu konuda da bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Kanaatimce sigortacının cayma ya da prim farkı isteme hakkını hangi gerekçe ile kullandığını da belirtmesi gereklidir¹⁴⁴.

K. Hakların Kullanılması Gereken Süre

TTK m 1439 hükmüne dayanarak sözleşmeden cayma veya prim farkı isteme hakkını kullanmak isteyen sigortacı, beyan yükümlülüğünün ihlal edildiğini öğrendiği tarihten itibaren *on beş* gün içinde bu hakkını kullanmalıdır. Bu sürenin başlangıcı, sigortacının ihbar edilmeyen hususların varlığını yani beyan yükümlülüğünün ihlal

¹⁴¹ Öztan (n 135) 122; Ünan (n 130) 455; Kemal Şenocak, ‘6102 sayılı Ticaret Kanunu Uyarınca Sigorta Ettirenin Sözleşme Öncesi İhbar Kulfetine Umumi Bir Bakış’ iç Kemal Şenocak, Mathias Rohe, Ali Yarıyan (edr), *Türk-Alman Anonim Şirketler ve Sermaye Piyasası Hukuku’nda ve Sigorta Hukuku’nda Güncel Gelişmeler Sempozyumu* (19-20 Haziran 2014) 117; Nisim Franko, ‘Sigorta Ettirenin Mukavele Yapılırken İhbar Mükellefiyeti (TTK m 1290)’ *Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, Bildiriler, Tartışmalar, XIV* 4-5 Nisan 1997 (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 1997) 317, 328.

¹⁴² Şenocak (n 141) 117. TTK m 18/3’ün madde gerekçesi de artık bir geçerlilik şekli öngörülmediğini şu şekilde açıklamaktadır: “...Hükümdeki şekil, geçerlilik şartı olmaktan çıkarılmış, ispat şartına dönüştürülmüştür. Bu amaçla eski metinde yer alan ‘muteber olması için’ ibaresine metinde yer verilmemiştir”.

¹⁴³ Öztan (n 135) 123; Şenocak (n 141) 117; Aydın (n 85) 305.

¹⁴⁴ Ünan (n 130) 456. Aksi yönde bkz Aydın (n 85) 309

edildiğini öğrendiği andır¹⁴⁵. İhtilaf halinde sigortacı ihlal yükümlülüğünün ihlal edildiğini öğrendiği anı ispat etmek zorundadır¹⁴⁶. Söz konusu beyanın sürenin bitiminden önce sigorta ettirenin hukukî sahasına ulaşması lazımdır¹⁴⁷. Sigortacı, bu süreye uyabilmek için beyanın zamanında yetişmesini sağlayacak kadar erken harekete geçmeye ve beyanını göndermeye mecburdur; kusuru olmaksızın meydana gelen gecikmenin neticelerini kendisi üstlenir¹⁴⁸.

L. Rizikonun Gerçekleşmesi Halinde Sigorta Bedelinin/Tazminatının Ödenip Ödenmeyeceği

Beyan yükümlülüğünün ihlal edildiğini riziko gerçekleştikten sonra öğrenen sigortacı, kusurun ve illiyet bağının mevcudiyetine göre sigorta bedelinde/tazminatında indirim yapma, sigorta bedelini/tazminatını ödeme borcundan tamamen kurtulma ve ödenmesi gereken prim dikkate alınmak suretiyle sigorta bedelini/tazminatını ödeme haklarına kavuşmaktadır. Yukarıda açıklandığı üzere kanaatimce sigortacı aynı hakları beyan yükümlülüğünün ihlal edildiğini daha önce öğrenmesine rağmen on beş günlük süre içinde henüz cayma ya da prim farkı isteme hakkını kullanmadığı bir sırada rizikonun gerçekleşmesi üzerine de kazanmaktadır. Yukarıda anıldığı üzere VVG’de oranlama ilkesine göre sigorta bedelinde indirim yapılarak ödeme yapılması çeşitli durumlarda kabul edilmiş olmasına rağmen sözleşme öncesi beyan yükümlülüğü bakımından buna yer verilmemiştir. PEICL ise VVG’den farklı olarak oransal indirim ilkesine beyan yükümlülüğünün ihlal edilmesi açısından yer vermiştir. Bu nedenle aşağıda yer alan TTK hükümleri sadece PEICL ile olan farklılıklar dikkate alınarak açıklanmaya çalışılacaktır.

1. Sigorta Bedelinde/Tazminatında İndirim

Sigorta bedelinde/tazminatında indirim, sigorta ettirenin beyan yükümlülüğünü ihlalinin ihmal seviyesinde olduğu hallerde gündeme gelir. Eğer sigorta ettirenin beyan yükümlülüğünün yerine getirilmemesinde kusuru bulunmuyorsa, sigortacı sigorta bedelini/tazminatını herhangi bir indirim yapmaksızın ödeyecektir. PEICL ile TTK bu konuda uyum içerisindedir. Zira PEICL’a göre de beyan yükümlülüğünün yerine getirilmemesinde sigorta ettirenin kusuru bulunmuyorsa sigorta bedeli/tazminatı tam olarak ödenmelidir¹⁴⁹.

¹⁴⁵ Öztan (n 135) 121. “Kuşkusuz ki, cayma için öngörülen hak düşürücü süre beyan yükümlülüğüne aykırı davranıldığının öğrenildiği tarihte başlar. Somut uyuşmazlıkta, mahkemece sigorta ettirenin beyan yükümlülüğüne aykırı davranışının ne zaman öğrenildiği araştırılmadan sigorta ettirenin ölümünün bildirildiği tarih hak düşürücü sürenin başlangıcı kabul edilerek cayma hakkının hak düşürücü sürede kullanılmadığı gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmiştir. Davalı sigorta şirketi, sigorta ettirenin mirasçılara hitaben yazdığı 28.02.2014 tarihli red yazısında sigorta ettirene ait Sosyal Güvenlik İl Müdürlüğü tarafından düzenlenen takip listesine dayanarak talebi reddettiğini bildirmiş olduğundan Sosyal Güvenlik İl Müdürlüğü tarafından düzenlenen takip listesinin davalı sigortaya ne zaman ulaştığı üzerinde durulmalıdır.” Bkz İzmir BAM 11. HD E 2017/518 K. 2018/883 T13.7.2018.

¹⁴⁶ Öztan (n 135) 121; Ünan (n 130) 456. Aksi yönde bkz Ağsagal (n 129) 150; Aydın (n 85) 304

¹⁴⁷ Öztan (n 135) 120; Ünan (n 130) 455, 456; Şenocak (n 141) 116; Franko (n 141) 327. Aksi yönde bkz Ağsagal (n 130) 151.

¹⁴⁸ Öztan (n 135) 120.

¹⁴⁹ Basedow/Birds/Clarke/Cousy/Heiss/Loacker (n 3) 110.

Sigorta ettirenin önemli de olsa bilmediği bir hususu beyan etmemesi sözleşme öncesi beyan yükümlülüğünün ihlali olarak değerlendirilmemektedir¹⁵⁰. Sigorta ettirenin “bilmesi gereken” yani “gerekli özeni göstermiş olması halinde öğrenebileceği önemli hususları” bildirmemesi ise, somut olayın özelliklerine göre beyan yükümlülüğünü kasten ya da ihmali bir davranış ile ihlal edildiği anlamına gelebilir.

Sigorta ettirenin bildiği ya da bilmesi gereken bir hususu kasıtlı olmaksızın sigortacıya bildirmediği haller ihmali niteliktedir¹⁵¹. Dolayısıyla beyan yükümlülüğünün ihmali bir davranışla ihlal edilmesi, özellikle sigorta ettirenin beyan yükümlülüğü altında olduğunu bilmediği hallerde gündeme gelir¹⁵². Bu açıdan sigortacının (her ne kadar VVG’de olduğu gibi bir kanuni yükümlülük söz konusu olmasa da) sigorta ettireni beyan yükümlülüğünün mevcudiyeti ve bu yükümlülüğe uymaması halinde doğacak sonuçlarla ilgili olarak bilgilendirmemiş olması sigorta ettirenin beyan yükümlülüğünü kasten değil ihmali olarak ihlal ettiğine dair önemli bir ipucu vermektedir.

Bilindiği üzere aynı şartlar altında bulunan makul her insanın alması gerekli en basit önlem alınmamış veya göstermesi gereken özen gösterilmemiş ise ağır ihmal; dikkatli kişilerin gösterebileceği özen gösterilmemiş ise hafif ihmal söz konusudur¹⁵³. Sözleşme öncesi beyan yükümlülüğü açısından değerlendirdiğimizde aynı türdeki ve aynı koşullar altındaki makul sigorta ettirenlerin, bir hususu sigortacıya bildirmeleri (bildirim yükümlülüğü konusunda bilgilendirilmemiş bile olsalar) kendilerinden beklenebiliyorsa ve buna rağmen ilgili husus sigortacıya bildirilmemişse beyan yükümlülüğünün ağır ihmal ile ihlal edildiği sonucuna varılabilecektir. Ortalama ve makul bir sigorta ettirenin bir hususu kendiliğinden sigortacıya bildirmesi ise, ancak dürüstlük kuralı gereğince ilgili hususun sigortacı açısından rizikoyla ilgili önemli bir husus olduğunu, yani sigortacı bu hususu bilseydi sözleşmeyi yapmayacağını ya da değişik şartlarda yapacağını öngörebildiği hallerde kendisinden beklenebilir¹⁵⁴. Sadece çok dikkatli bir sigorta ettirenin bir hususun önemli olabileceğini öngörebileceği hallerde ise bu hususun bildirilmemesi hafif ihmaldir¹⁵⁵.

¹⁵⁰ Aydın (n 85) 219.

¹⁵¹ Kasıtlı olmaksızın gerçekleşen yükümlülük ihlallerinin ihmali nitelikte olduğu yönünde bkz Alfred Koller, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil* (3. B Stämpfli 2009) 742.

¹⁵² Failin hukuka aykırılığı bilmemesi halinde kasttan değil duruma göre ihmalden bahsedilebileceği hususunda bkz Mehmet Ayan, *Borçlar Hukuku (Genel Hükümler)* (Seçkin 2016) 272; Aydın (n 85) 372.

¹⁵³ Koller (n 151) 743; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (17. Baskı Yetkin 2014), 580.

¹⁵⁴ Aydın, beyan yükümlülüğünün ağır ihmal ile ihlal edilmesini şu örnekle açıklamaktadır: “Yangın sigortasında sigortalanan konutun aşıptan yapıldığının beyan edilmemesi ağır ihmal olabilir. Zira makul her insanın ahşap bina ile beton binanın yangın karşısındaki dayanıklılığı arasındaki farkı ve bu durumun sigortacının kararını etkileyecek önemli bir husus olduğunu bilmesi beklenmektedir”. Bkz Aydın (n 85) 458.

¹⁵⁵ Aydın, beyan yükümlülüğünün hafif ihmal ile ihlal edilmesini ise şu örnekle açıklamaktadır: “Konutunu hırsızlığa karşı sigorta ettiren kimsenin konutunda çok sayıda pencere olduğunu ve bu pencerelerin kolayca açılabilir nitelikte olduğunu beyan etmemesi duruma göre hafif ihmal olarak değerlendirilebilir. Bu hususun beyan edilmesi gerektiği ve sigortacı açısından önemli olup olmadığının bilinmemesi ancak çok dikkatli bir sigorta ettirenin gösterebileceği özenli bir davranıştır”. Bkz ibid 456.

Sigorta ettiren ağır ihmali ya da hafif ihmali ile sözleşme öncesi beyan yükümlülüğünü ihlal etmişse bu defa illiyet bağı incelenir. Kanun maddesi “*bu ihlal tazminatın veya bedelin miktarına yahut rizikonun gerçekleşmesine etki edebilecek nitelikte ise*” ifadesini kullanmaktadır. Bu kapsamda illiyet bağı iki noktada önem taşır. Bunlar; ihlalin tazminat veya sigorta bedelinin miktarına ya da rizikonun gerçekleşmesine etki etmiş olmasıdır¹⁵⁶. Belirtmek gerekir ki “ihlalin rizikonun gerçekleşmesine etkisi” ile kast edilen, gerçekleşen rizikonun beyan edilmeyen ya da eksik yahut yanlış bildirilen hususa ilişkin olmasıdır¹⁵⁷. İhlalin sigorta tazminatı veya bedelinin miktarına etkisi ise kanaatimce, beyan edilmeyen ya da eksik yahut yanlış beyan edilen bilgiler nedeniyle sigortacının daha yüksek bir sigorta bedeli ödemeyi üstlenmiş olmasıdır. Bu çerçevede, *Ünan*’ın belirttiği gibi madde hükmünde geçen, “etki edebilecek olma” ifadesini “etki etmiş ise” şeklinde yorumlamak uygun düşer¹⁵⁸. Sigorta ettirenin beyan yükümlülüğünün ihlalinde ihmali olduğunu belirleyen hakim öncelikle bu ihmalin derecesini sonrasında ise bu ihmali türünün karşılık geldiği indirim oranını belirlemelidir¹⁵⁹.

8. Sigorta Bedeli Ödeme Borcunun Ortadan Kalkması

Sigorta bedeli ödeme borcunun ortadan kalkması, sigorta ettirenin beyan yükümlülüğünü ihlalindeki kusurunun kast derecesinde olması ve ihlal ile gerçekleşen riziko arasında bağlantının bulunması halinde söz konusu olur. Sigorta bedeli/ tazminatı ödeme borcunun tamamen ortadan kalkması PEICL’da da yer verilen bir hak olmasına rağmen her iki düzenleme arasında önemli bir farklılık söz konusudur. Zira PEICL’a göre sigorta bedeli/tazminatı ödeme borcunun ortadan kalkması için sigorta ettirenin kusurunun kast seviyesinde olması gerekli değildir. Önemli olan sigorta ettirenin beyan yükümlülüğünü kusuruyla ihlal etmesi ve sigortacının beyan edilmeyen hususu bilseydi sözleşmeyi yapmayacak olmasıdır.

¹⁵⁶ Beyan edilmemiş olgunun rizikonun gerçekleşmesine etki edip etmediğinin hakim tarafından incelenmiş olmaması Yargıtay tarafından bozma sebebi olarak kabul edilmiştir. “Dava, hayat sigorta poliçesine dayalı tazminat istemine ilişkindir. Olayda, murisin hastalıkları ile ölümü arasında illiyet bağı olup olmadığı konusunda rapor almaksızın hüküm kurulmuş olması eksik inceleme olup bu şekilde hüküm kurulması hatalıdır. Mahkemece ATK’dan bir heyet raporu alınılarak sigortalı murisin tedavi gördüğü ve gizlendiği iddia edilen hastalıkla ölüm rizikosu arasında doğrudan illiyet bağının olup olmadığı, ölümün gizlenen hastalıktan meydana gelip gelmediği tespit ettirilerek karar verilmesi gerekir” şeklinde hüküm verilmiştir. Bkz Yargıtay 17. HD, 2019/278, 05.03.2020. Keza Yargıtay’ın diğer bir kararına göre, “Mahkemece ATK’dan bir heyet raporu alınılarak sigortalı murisin tedavi gördüğü ve gizlendiği iddia edilen hastalıkla ölüm rizikosu arasında doğrudan illiyet bağının olup olmadığı, başka bir anlatımla ölümün gizlenen hastalıktan meydana gelip gelmediği tespit ettirilerek yukarıdaki açıklamalar ışığında sonucuna göre karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiş ve bozmayı gerektirmiştir.” Bkz Yargıtay 17. HD, 2017/2553, 24.10.2019.

¹⁵⁷ Aydın (n 85) 416.

¹⁵⁸ Ünan (n 130) 440. Aynı yönde bkz Şenocak (n 129) 191.

¹⁵⁹ Aydın (n 85) 436. Konuya ilişkin bir Yargıtay kararında şu ifadeler yer verilmiştir: “Mahkemece davacılar murisinin, sigortacı için önemli sayılabilecek bir hususu bildirme yükümlülüğünü ihmal suretiyle ihlal ettiği, TTK’nin 1439/2. maddesinin ilk cümlesindeki ihmal suretiyle beyan yükümlülüğüne uymama hali için tazminattan indirim gerektiğinin düzenlendiği de gözetilmek suretiyle, davalı sigorta şirketinin hukuki durumunun takdir ve tayini gerekirken, yanlışlıklar değerlendirilerek, yazılı biçimde hüküm tesisi bozmayı gerektirmiştir.” Bkz Yargıtay 17. HD, 2017/3363, 14.10.2019.

Beyan yükümlülüğünün kasten ihlal edilmesi, sigorta ettirenin bilerek ve isteyerek sigortacı için önemli olan bir hususu bildirmemesi veya yanlış ya da eksik bilgi vermesidir. Sigorta ettirenin beyan yükümlülüğünü kasten ihlal ettiğinin kabul edilebilmesi için, onun beyan edilmesi gereken hususu bilmesi ya da bilmesinin gerekmesi yanında bu hususun sigortacıya bildirilmesi gerektiğinin bilincinde olması¹⁶⁰ ve bu bilince rağmen bildirmemesi gereklidir¹⁶¹. Sigorta ettirenin sigortacıyı bilgilendirme yükümlülüğü altında olduğunun farkında olması, sigortacının aydınlatma yükümlülüğü kapsamında bu konuda sigorta ettireni uyarılmış olmasından ya da böyle bir uyarı yapılmamış olsa bile somut olayın özelliklerinden, örneğin daha önce akdetmiş olduğu sigorta sözleşmelerine ilişkin geçmiş tecrübelerinden, kaynaklanabilir. Sigorta ettirenin bildirme yükümlülüğünün farkında olarak bir hususu bildirmemesinin nedeni ise, bu hususun önemsiz olduğunu düşünmesinden ya da utanmasından veyahut önemli olduğunu bildiği bir hususu bildirmesi halinde sigortacının sözleşmeyi yapmayacağı ya da daha yüksek prim ile yapacağı endişesinden¹⁶² de kaynaklanmış olabilir. Bu son durumda kasten bildirmeme hali aynı zamanda aldatma niyetiyle ve kötüniyetli olarak ortaya çıkmaktadır ve sigortacı gerçekleşen riziko ile bildirilmeyen husus arasındaki illiyet bağıını ispatlayarak sigorta bedeli/tazminatını ödemekten kurutulabileceği gibi sigorta ettirenin aldatma fiili olmasaydı sözleşmeyi yapmayacağını ispatlayarak iptal hakkını da kullanabilecektir.

Öğretide sigorta ettirenin, ihbar edilecek husus hakkında bilgi sahibi, fakat bunun riziko açısından önemli olduğu hususunda bilgi sahibi olmadığı veya sigortacının bu yönde soru sormadığı hallerde, ihbar yükümlülüğünün objektif olarak ihlalinin söz konusu olduğu; fakat sigorta ettirenin kastından söz edilemeyeceği ifade edilmektedir¹⁶³. Ancak kanaatimce bir hususun subjektif değerlendirme sonucunda önemli sayılmaması tek başına kastı ortadan kaldırmaz. Sigorta ettiren önemli hususları sigortacıya bildirmekle yükümlü olduğu konusunda bilinçli olmasına

¹⁶⁰ ibid 371. Tandoğan, haksız fiiller mevzuunda kast konusunu incelerken, ‘failin bir kaidenin mevcudiyetini bilmediğini ve hareket tarzının ahlaken takbihe şayan olduğunu da kestiremediği hallerde kast mevcut olmayacaktır’ açıklamasını yapmakta; daha sonra sözleşmeler mevzuunda aynı konuyu incelerken ‘bir mükellefiyetin mevcudiyetini bilmemek, akdi mes’uliyet sahasında, haksız fiiller bahsinde olduğundan daha kolaylıkla mazur görülebilir; zira haksız fiillerde herkese vazife yükleyen kaidelelerin ihlali mevzuudur’ demektedir. Bkz Haluk Tandoğan, *Türk Mes’uliyet Hukuku* (Vedat 2010) 48, 420. Benzer şekilde Eren, sözleşmeler hukuku mevzuunda ‘Zarar veren, fiilinin hukuka aykırı bir nitelik taşıdığını bilmelidir, bunu bilmiyorsa kast ortadan kalkar. Failde bir hukuk normunu ihlal bilinci kastın varlığı için şarttır. Kast, hukuk normuna aykırılık, yükümlülüğe aykırı davranış bilincini gerektirir’ açıklamalarında bulunmaktadır. Bkz Eren (n 153) 576.

¹⁶¹ Örneğin Yargıtay’ın bir kararında belirtildiği üzere, açıkça bilinen bir hastalığın gizlenmesi beyan yükümlülüğünün ihlali olarak nitelendirilmektedir. Ancak sigortacının riziko şahsının hasta olduğunu bilebilecek durumda olması halinde beyan yükümlülüğünün kasıtlı olarak ihlalden söz edilemeyecektir. Nitekim hayatın olağan akışı kapsamında sigorta ettirenin bilmesinin gerekeceği hususlarda beyan yükümlülüğü mevcuttur. Bkz Yargıtay 17. HD, 2016/10250, 13.06.2019. Yargıtay’ın diğer bir kararında “Dava, hayat sigorta poliçesinden kaynaklanan tazminat istemine ilişkindir. Davalı sigorta şirketi acentesi sıfatı ile sözleşmeyi yapan dava dışı bankanın poliçenin imzalanması sırasında uzun yıllar çalıştıkları müşterileri olan davacıların murisinin kanser hastası olduğunu bilebilecekleri, murisinin dış görünüşünden önemli bir rahatsızlığı olduğunun herkes tarafından anlaşılabilceği, davalı sigorta şirketi yetkililerinin davacıların murisinin kanser hastası olduğunu bilmemesinin hayatın olağan akışına uygun olamayacağı, aksinin dürtürlük kuralına aykırılık teşkil edeceği...” ifade edilmiştir. Yargıtay 17. HD, 2016/19983, 19.06.2019. Aynı yönde bkz Yargıtay 17. HD, 2015/13822, 25.06.2018.

¹⁶² Bkz Samim Ünün, *Türk Ticaret Kanunu Şerhi Altıncı Kitap Sigorta Hukuku Cilt VI Yargı Kararları* (Onikilevha 2020) 412.

¹⁶³ Şenocak (n 141) 113.

rağmen bildiği bir hususu önemsiz olduğunu düşündüğü için bildirmemişse kasten beyan yükümlülüğünü ihlal etmiş demektir¹⁶⁴.

Görüldüğü üzere beyan yükümlülüğünün ihlali halinde uygulanacak yaptırımlar bakımından sigorta ettirenin kusuru belirleyici olmakla birlikte¹⁶⁵, sigorta ettirenin kusurunun ne zaman ihmal ne zaman kast ve ne zaman aldatma seviyesinde olduğunu belirlemek ve ispatlamak güç bir meseledir. Bu açıdan yaklaşıldığında sigorta bedeli ödeme borcunun ortadan kalkmasında, kusurun seviyesinin hangi ölçüde olduğunu dikkate almak yerine makul bir sigortacının bildirilmeyen hususu bilseydi sözleşmeyi yapmayacak olduğu yönündeki objektif bir esastan hareket eden PEICL hükmünün daha elverişli bir çözüm getirdiği düşünülmektedir.

Öğretide ayrıca beyan yükümlülüğünde sigorta ettirenin kusurunun, bir hususun beyanı gereken önemli bir husus olup olmadığının tayinindeki kusur ile bunun beyan edilmemesindeki kusur olmak üzere iki yönü bulunduğu ifade edilerek; TTK m 1439/1’de yer alan “*önemli bir hususun sigorta ettirenin kusuru sonucu öğrenilememiş olması veya sigorta ettiren tarafından önemli sayılmamasının durumu değiştirmeyeceği*” düzenlenmesinin genel bir hüküm olduğundan bahisle, sigorta ettirenin önemli bir hususu subjektif değerlendirmeleri neticesinde önemli saymaması halinin de tazminat borcunun ortadan kalkmasına sebep olacak durumlardan biri olarak değerlendirildiği görülmektedir¹⁶⁶. Yukarıda yapılan tüm açıklamalar çerçevesinde bu görüşe iştirak edememekteyiz. Zira TTK m 1439/1’de ifade edilen ve sigorta ettirenin ‘önemli bir hususu kendi değerlendirmesi sonucunda önemsiz sayması’ hali esasen sigortacının sigorta sözleşmesinin akıbeti konusunda vereceği karar açısından önem taşımaktadır. Buna göre sigortacı, sigorta ettirenin bir hususu önemsiz olduğunu düşündüğü için ihlal edip etmediğinden, dolayısıyla önemsiz olmasını düşünmesinde kusuru olup olmamasından bağımsız olarak sözleşme ilişkisine son verebileceği gibi, prim farkı da isteyebilecektir. TTK m 1439/1’de bu yönde bir düzenlemeye yer verilmesinin nedeni, TTK m 1435’te kural olarak sigorta ettirenin kendiliğinden beyan yükümlülüğü altında tutulması olabilir. Bu nedenle kendiliğinden beyan yükümlülüğü altında tutulan sigorta ettiren, bir hususun sigortacı açısından önemli olduğunu bilmese ve hatta beyan yükümlülüğü altında olduğu konusunda biliçli olmasa bile sigortacı sözleşmeden cayma ve prim farkı isteme haklarına sahip olacaktır. TTK m 1439/2 çerçevesinde ise, sigorta ettirenin subjektif bir yanılığa düşerek bir hususu önemsiz olduğunu düşündüğü için bildirmemiş olması onun ihlalinin derecesinin belirlenmesi açısından hayati rol oynamaktadır. Örneğin sigortacının doldurulmak üzere soru listesi vermediği ve bilgilendirme yükümlülüğü konusunda uyardığı bir durumda, sigorta ettirenin

¹⁶⁴ Kastın mevcut olup olmadığını tayinde fiildeki saike bakılmayacağı yönünde bkz Tandoğan (n 160) 48.

¹⁶⁵ “Kasten gizleme ifadesinin bildiği hususu beyan etmeme durumunu ifade ettiği de dikkate alınmak suretiyle, gizlemenin kasten mi yoksa ihmal nedeniyle mi olduğunun tartışılması” gerekmektedir. Bkz Yargıtay 17. HD, 2016/5204, 18.03/2019.

¹⁶⁶ Ağsakal (n 130) 170.

önemsiz olduğunu düşündüğü bir hususu bildirmemiş olması hafif ihmal olarak nitelendirilebilecek iken; soru listesinin verildiği bir durumda onun hafif ihmalden pek söz edilemeyecektir.

Son olarak sigorta ettirenin sigorta bedeli/tazminat ödeme borcunun ortadan kalkması için aranan diğer şart olan illiyet bağının varlığı öğretilmektedir. Buna göre, sigorta ettirenin kastı halinde bir de illiyet bağının aranması sigorta ettireni hak ettiği kadar fazla koruyan ve suistimale açık bir düzenlemedir¹⁶⁷. Ancak günümüzde beyan yükümlülüğünün ihlaline bağlı olarak sigortacının bedel/tazminat ödeme borcunun tamamen ortadan kalkmasını sağlayan düzenlemeler kusur şartı yanında mutlaka illiyet bağının da varlığını aramaktadır. Türk Hukuku'nda beyan yükümlülüğünün ifası bakımından kural olarak kendiliğinden beyan usulünün benimsendiği, kasit unsuru bakımından sigorta ettirenin ilgili hususun önemsiz olduğunu düşünmesinin bir rolü olmadığı ve sigortacının beyan yükümlülüğünün ihlali halinde uygulanacak sonuçlar hakkında sigorta ettireni bilgilendirmesine yönelik açık bir düzenleme yer almadığı hususları dikkate alındığında sigorta bedeli/tazminat borcunun ortadan kalması için illiyet bağının aranması yerinde bir düzenlemedir. Bu açıdan bazı genel şartlarda yer alan ve riziko gerçekleşikten sonra, cayma hakkının kullanılmasını sadece kast unsuruna bağlayıp, illiyet bağının varlığını gerekli görmeyen hükümlerin¹⁶⁸ TTK m 1452/3 hükmü uyarınca uygulanmaması; sigortacının riziko gerçekleşikten sonra edim borcundan kurtulup kurtulamayacağını TTK m 1439/2 hükmüne göre belirlenmesi gerekmektedir.

9. Ödenmesi Gereken Prim Oranında Sigorta Bedelinin/Tazminatın Ödenmesi

Sigorta ettiren sözleşme öncesi beyan yükümlülüğünü kasten ihlal etmiş olmasına rağmen, sigortacıya bildirilmeyen husus ile gerçekleşen riziko arasında bir bağlantı yoksa, sigortacı ödenen primle ödenmesi gereken prim arasındaki oranı dikkate alarak sigorta tazminatını veya bedelini öder. Burada sözü edilen ödenen primle ödenmesi gereken primden anlaşılması gereken, sözleşme ile kararlaştırılan prim ile beyan yükümlülüğü yerine getirilmiş olsaydı sigortacının isteyeceği prim tutarlarıdır. Yukarıda anıldığı üzere PEICL uyarınca sigorta bedeli/tazminatının ödenmesi gereken prim oranında ödenebilmesi için illiyet bağı aranmakla birlikte, ihlalin kasit derecesinde olması gerekmemektedir. Ağır ihmal ya da hafif ihmalden varlığı da bu anlamda yeterlidir. Ancak ilave bir şart olarak sigortacının beyan edilmeyen hususu bilseydi sözleşmeyi farklı şartlarda yapacak olması gereklidir.

¹⁶⁷ Şeker Ögüz (n 85) 126; Demiryak (n 131) 489. İlliyet bağının, anılan hüküm ile düzenlenmiş olmasının olumlu ve yeni bir düzenleme olduğu yönünde bkz Aral Eldeklioglu (n 129) 732.

¹⁶⁸ Bkz Hayat Sigortası Genel Şartları Madde C.2-2.2, P 3: "Beyan yükümlülüğünün kasıtlı ihlali sigortacı riziko gerçekleşmiş olsa bile sözleşmeden cayabilir ve prime hak kazanır."

M. Konuya İlişkin Yargı Kararları Çerçevesinde Değerlendirme

Uygulamada sigortacılar sözleşme öncesi beyan yükümlülüğünün ihlalinin genellikle riziko gerçekleştikten sonra öğrendiği için konuya ilişkin üst derece mahkemelerinin kararları çoğunlukla bu aşamaya ilişkindir. Bu kararlar incelendiğinde özellikle iki husus dikkati çekmektedir: İlk olarak bazı kararlarda cayma hakkının riziko gerçekleştikten sonra da kullanılabilmesine hükmedildiği ve sigortacının bedel/tazminat ödeme borcundan kurtulmasının cayma hakkı ile izah edildiği görülmektedir. İkinci olarak ise sadece illiyet bağının mevcudiyeti nedeniyle sigortacının sigorta bedelini/tazminatını ödenme borcundan kurtulduğuna ve sigorta ettirenin beyan yükümlülüğünü kasten ihlal edip etmediği üzerinde durulmaksızın hüküm verildiğine ilişkin bazı kararlara rastlanılmaktadır. Aşağıda bu tür kararlara örnekler verilerek yukarıda yapılan açıklamalar çerçevesinde bazı değerlendirmelerde bulunulacaktır:

Yargıtay 17. Hukuk Dairesi'nin 2016 tarihli bir kararında “*Mahkemece, toplanan deliller ve benimsenen bilirkişi raporuna göre, TTK'nın 1435 ve 1439 Mad. hükümleri ile Hayat Sigortası Genel Şartlarının C.2.2.Mad. hükmüne göre sigorta yaptıran kişinin doğru beyan yükümlülüğünün bulunduğu, bunun yerine getirilmemesi halinde sigortacının sözleşmeden cayma hakkının olduğu, sigortalının daha önce varolan rahatsızlığı ile ölümüne sebep olan rahatsızlığının aynı olduğu, bu şekilde sigortalının doğru ihbar yükümlülüğünü ihlal ettiği, sigorta şirketinin bu yükümlülüğün ihlal edildiğini riziko gerçekleştikten sonra öğrendiği için sigortalının ölümünden önce cayma hakkından söz edilemeyeceği, beyan edilen hastalık ile ölüm arasında illiyet bağının bulunması nedeniyle sözleşmenin cayma hakkı bulunan sigortacı yönünden hükümsüz olduğu gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş; hüküm, davacılar vekili tarafından temyiz edilmiştir. Dosya içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde, dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir bulunmamasına göre hükmün onanmasına*” hükmedilmiştir¹⁶⁹. Kararda yer alan ifadelerden, beyan yükümlülüğünün ihlal edildiğinin riziko gerçekleştikten sonra öğrenilmesi nedeniyle sigortacının daha önceki aşamada cayma hakkını kullanmasının mümkün olmadığı, beyan edilmemiş hastalık ile gerçekleşen ölüm arasında illiyet bağı olmasına bağlı olarak sözleşmenin sigortacı açısından cayma hakkının varlığı nedeniyle hükümsüz olduğu ve sigortacının bedel ödeme borcunun bulunmadığının kast edildiği anlaşılmaktadır. Görüldüğü üzere hem ilk derece Mahkemesi hem de Yargıtay sigortacının sigorta bedelini ödemekten kurtulmasını cayma hakkı ile izah etmektedir. Her ne kadar

¹⁶⁹ Yargıtay 17. HD, 2016/1884, 31.03.2016. Sigortacının sigorta bedelini/tazminatını ödeme borcundan kurtulmasını cayma hakkı ile gerektirdiği diğer kararlar için bkz Yargıtay 11. HD, 2016/8914, 30.10.2017; Yargıtay 11. HD, 2016/12454, 6.6.2018; İzmir 11 BAM, 2017/2152, 26.12.2019. Yargıtay 17. Hukuk Dairesi'nin daha sonra verdiği bir kararda ise, sigortacının sigorta bedelini ödemekten kurtulması cayma hakkına değil, bizzat TTK m 1439/2 hükmüne dayandırılmıştır. Bu karara göre “TTK ve genel şartlardaki düzenlemelere göre ‘beyan yükümlülüğünün ihlali ile gerçekleşen riziko arasında bağlantı varsa, sigortacının tazminat veya bedel ödeme borcu ortadan kalkar; bağlantı yoksa, sigortacı ödenen primle ödenmesi gereken prim arasındaki oranı dikkate alarak sigorta tazminatını veya bedelini ödeyecek olup’ şeklindeki düzenleme karşısında açılan davanın reddi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir” Bkz Yargıtay 17. HD, 2016/10250, 13.06.2019.

Hayat Sigortası Genel Şartları'nda, beyan yükümlülüğünün kasıtlı ihlalinde riziko gerçekleşmiş olsa bile sigortacının sözleşmeden cayabileceği düzenlenmiş olsa da, bu hüküm yukarıda anıldığı üzere *ya hep ya hiç* ilkesini terk ederek sigortacının edim borcundan kurtulmasını beyan yükümlülüğünün kasten ihlal edilmesi yanında illiyet bağının varlığına da şart koşan TTK m 1439/2 hükmüne aykırıdır. Dolayısıyla riziko gerçekleştikten sonra sigortacının bedel ödemekten kurtulup kurtulmayacağı, cayma hakkı ile değil; beyan yükümlülüğünün kasten yerine getirilip getirilmediği ve beyan edilmemiş husus ile gerçekleşen riziko arasında illiyet bağının bulunup bulunmadığı hususları incelenerek çözüme kavuşturulmalıdır.

Bu açıdan sigortacının sigorta bedelini/tazminatını ödeme borcundan tamamen kurtulabilmesi için illiyet bağınının mevcudiyetini arayan kararlar oldukça yerinde bir yaklaşım sergilemektedir. Yargıtay 17. HD'sinin, *“Tüm dosya kapsamına göre murisin kullanmış olduğu ilaçlar arasında kanser ilacı bulunmadığı, kanser hastası olduğuna dair teşhis konulmadığı anlaşılmaktadır. Buna göre Mahkemece Adli Tıp Kurumu'ndan muris tarafından beyan edilmeyen diğer rahatsızlıkları ile ölüm sebebi arasında illiyet bağı olup olmadığı hususunda ayrıntılı ve denetime elverişli rapor alınmalı, illiyet bağı varsa davanın reddine, illiyet bağı yoksa TTK 1439. Maddesinin değerlendirilerek gerekirse proporsiyon hesabı yapılmak suretiyle, karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ile yazılı olduğu şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir”*¹⁷⁰ şeklindeki kararı, sigortacının edim borcundan kurtulabilmesi için beyan edilmemiş husus ile gerçekleşen riziko arasında illiyet bağına gerekli gören oldukça önemli bir karardır.

Bununla birlikte pek çok kararda beyan edilmeyen husus ile gerçekleşen riziko arasında illiyet bağı varsa, sigorta ettirenin kusurunun kast seviyesinde olup olmadığının irdelenmeden sigortacının sigorta bedeli/tazminatını ödemekten kurtulduğuna karar verildiği görülmektedir. Örneğin Yargıtay 17. HD'sinin bir kararında *“Davalı vekili, davacılar murisinin poliçe tanziminden 8 ay önce teşhis edilmiş kronik iskemik kalp hastalığı bulunmasına rağmen, poliçe tanziminde bu hastalığını gizlediğini, sigortalı murisin beyan yükümlülüğüne aykırı davranması nedeniyle, zararın TTK'nun 1439. maddesi ve ... 'nın C.2. maddesi uyarınca teminat dışı olduğunu belirterek davanın reddini savunmuştur. Mahkemece, iddia, savunma, yapılan yargılama ve toplanan delillere göre; davacılar murisi sigortalıda bulunan kronik kalp rahatsızlığının, poliçe tanzimi sırasında davalı sigortacıya bildirilmediği, ölüm olayının bu sağlık sorunundan kaynaklandığı ve uygun illiyet bağının bulunduğu, muris sigortalının beyan yükümlülüğüne aykırı davranması nedeniyle zararın teminat kapsamında olmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş; hüküm davacılar vekili tarafından temyiz edilmiştir. Dosya içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme*

¹⁷⁰ Bkz Yargıtay 17. HD, 2019/5902, 4.6.2020. İlliyet bağının arandığı diğer kararlar için bkz Yargıtay 17. HD, 2018/1216, 19.2.2020; Yargıtay 17. HD, 2016/19186, 18.6.2019; Yargıtay 17. HD, 2016/2879, 7.3.2019; Yargıtay 17. HD, 2016/1677, 28.2.2019; İzmir 11 BAM, 2018/65, 26.4.2019.

kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre, davacılar vekilinin yerinde görülmeyen tüm temyiz itirazlarının reddiyle usul ve yasaya uygun bulunan hükmün onanmasına” karar verilmiştir¹⁷¹.

Bu açıdan kusurun kast seviyesinde olup olmadığını araştırmadan sadece illiyet bağının varlığından hareketle sigortacının sigorta bedelini ödemekten kurtulması doğru değildir. Ancak yukarıda açıklandığı üzere sigorta ettirenin kusurunun derecesinin tespiti oldukça güç bir meseledir. Bununla birlikte somut olayın özellikleri de dikkate alınmak suretiyle sigorta ettirenin beyan yükümlülüğünü kasten ihlal edip etmediği titizlikle incelenmelidir. Bu konuda öncelikle sigorta ettirenin beyan yükümlülüğünün ihlalindeki kastının, onun sigortacı açısından önemli olan bir hususu bildirmesi gerektiğinin bilincinde olmasına rağmen bildirmedeği veya yanlış bildirdiği bir davranış olduğunu hatırlamak gerekir. Dolayısıyla sigorta ettirenin sözleşme önce beyan yükümlülüğü altında olduğu konusunda bilgilendirilmediği ve kendisine önemli olan hususlar konusunda bir soru listesinin de verilmediği hallerde beyan yükümlülüğünün kasten ihlal edildiği sonucuna derhal kanaat getirilmemelidir¹⁷². Zira bu durumda sigorta ettiren bildirmedeği hususu bu konuda kendiliğinden bildirimde bulunma yükümlülüğünün bulunduğu farkında olmadığı için bildirmemiş olabilir.

Sigortacının soru listesi verdiği hallerde dahi sigorta sözleşmesinin kuruluşuna ilişkin somut özellikler dikkate alınarak sigorta ettirenin kasıtlı olmadığı sonucuna varılabilir. Nitekim soru listeleri özellikle hayat sigortası sözleşmelerinde kullanılmaktadır. Esasen beyan yükümlülüğünün ihlaline ilişkin uyuşmazlıkların çoğunluğu da krediye bağlı hayat sigorta sözleşmelerindeki soru listesinde yer alan hastalıklara sigorta ettiren tarafından olumsuz cevap verilmesi ve riziko gerçekleşikten sonra eski hastalıkları öğrenen sigortacının illiyet bağını da ispatlamak suretiyle (cayma hakkına da başvurarak) sigorta bedelini ödemekten kaçınmasından kaynaklanmaktadır. Bu uyuşmazlıklar da yargılama sırasında kasıt unsuru üzerinde ayrıca durulmadığı için sigortacılar lehine sonuçlanmaktadır. Örneğin Yargıtay 17. HD’sinin 2019 tarihli bir kararında “*Davalı sigorta şirketi, tazminat ödenmesi başvurusunu murisin ölüm tarihinden itibaren beş yıl öncesinde “Koroner Arter” hastalığının bulunduğu ve hastalığın kredi başvurusu esnasında gizlendiği gerekçesiyle reddetmiştir. Dosya içerisinde bulunan sağlık beyan formunda sigortalı muris, sağlığına ilişkin tüm sorulara hayır cevabı vermiş ve bu formu*

¹⁷¹ Bkz Yargıtay 17. HD, 2014/20731, 3.4.2017. Benzer yöndeki karar için bkz Yargıtay 17. HD, 2016/1578, 28.2.2019; Ankara 23 BAM, 2017/552, 6.3.2018. Kast unsurunun ayrıca değerlendirilmesi gerektiğine yönelik kararlar için bkz Yargıtay 17. HD, 2017/1670, 9.7.2018; Gaziantep 11 BAM, 2018/2092, 7.10.2020

¹⁷² Soru listesinin kullanılmadığı ve kendiliğinden beyan usulüne göre sigorta ettirenin önemli hususları beyan etmesi gereken bir durumda, sigorta ettirenin önceden tehlikeli olan ancak etkileri geçmiş ve iyileşmiş olduğu bir hastalığı beyan etmemesinde sigorta ettirenin kastından değil de ihmalinden söz edilmesinin mümkün olabileceği yönünde bkz Aydın (n 85) 375.

imzalamıştır. Öncelikle davaların murisi sigortalının ölüm nedeni tespit edilmesi gerekmektedir. Ölüm belgesine göre davacılar murisinin ölüm nedeni “Koroner Arter” hastalığıdır. ... sigortalı murisin sağlık beyan formunda bu durumu gizlemiş olması, gizlenen durum ile ölüm nedeni olan “Koroner Arter” hastalığı arasındaki illiyetin kaçınılmazlığı karşısında davanın reddi gerekirken kabulü yönünde hüküm kurulması doğru görülmemiştir”¹⁷³.

Oysa krediye bağlı hayat sigorta sözleşmeleri çoğu zaman sigortacının temsilcisi konumundaki banka görevlisi aracılığı ile akdedilmektedir. Banka çalışanının yanlış yönlendirmesi ile kredi borçlusu/sigorta ettirenin sağlık durumu ile ilgili sorulara eksik veya yanlış yanıtlar vermesi ise oldukça sıklıkla karşılaşılan bir durumdur¹⁷⁴. Bu tür durumlarda kredi borçlusunun sağlık durumuna ilişkin soruların yer aldığı formu incelenmesine fırsat verilmediği ve kredi sözleşmesi ile ilgili çok sayıdaki evrakın birlikte imzalatıldığı görülmektedir¹⁷⁵. Bu sözleşmelerin yapılmasındaki temel amacın sigorta ettirenin ilgili krediye kavuşması olduğu, matbu olarak hazırlanan soru listesindeki hususların sigortacının sözleşmeyi yapmak konusundaki kararı açısından önemli olduğu ve bunların eksik ya da yanlış bildirilmesi durumunda sigorta ettirenin sigorta bedeline hiç kavuşamayabileceği bilgisinin sigorta ettirene verilmediği, aksine soru listesinin kredi işlemleri bakımından bir formaliteymiş gibi aktarıldığı durumlarda soru listesine cevap vermemek ya da yanlış cevap vermenin her zaman kasıtlı olmayabileceği ortaya çıkmaktadır.

Esasen bazı kararlarda bu durumun sigorta ettirenler tarafından yargılama sırasında dile getirildiği, ancak Mahkemeler tarafından bu iddialar üzerinde ayrıca durulmadığı görülmektedir. Örneğin Ankara Bölge Adliye Mahkemesi'nin bir kararında davacı vekili “*davalı sigorta şirketine Kredi Koruma Hayat Sigortası yaptırıldığını, ..., davalının 12.09.2014 tarihli yazısı ile beyan yükümlülüğüne aykırılık nedeniyle istemin reddedildiğini, ..., kredi alınırken sadece belgelerin imzalatıldığını, sağlığı ile ilgili ilave bir bilgi ve rapor istenmediğini, ... sigortalının..., 66 yaşında olup davalı sigorta şirketinin muayene edilmesini talep etme hakkı varken bu hakkı kullanmadığını, kredi verme sırasında matbu olarak düzenlenen evraklara göre sigorta işleminin gerçekleştirildiğini*” iddia etmiş; Mahkemece bu iddialar üzerinde durulmaksızın ve beyan yükümlülüğünün kasten ihlal edilip edilmediği irdelenmeksizin “*sağlık beyan formunda, kalp krizi, yüksek tansiyon, damar sertliği, şeker hastalığı ile ilgili teşhis, ameliyathanede yatma ve hastanede müdahale gerektiren durumlar olup olmadığına ilişkin sorulara muris tarafından “hayır” cevabı verilerek imza altına alınmıştır; ..., ölüme neden olan hastalık ile poliçede bildirilmeyen hastalık arasında illiyet bağı*

¹⁷³ Yargıtay 17. HD, 2016/1748, 21.02.2019. Benzer kararlar için bkz Yargıtay 17. HD, 2016/5286, 23.05.2019; Yargıtay 17. HD, 2018/3801, 14.1.2019; Yargıtay 17. HD, 2018/4746, 4.2.2019; Yargıtay 17. HD, 2019/3320, 2.7.2020; Trabzon 4 BAM, 2020/565, 6.10.2020.

¹⁷⁴ Taşkın (n 129) 293.

¹⁷⁵ ibid 293.

yok ise de murisin beyan yükümlülüğünü ihlal ettiği açık olduğundan anılan hükmün son cümlesi uyarınca tazminat hesabı yapılması için bilirkişiden ek rapor aldırılmış, bilirkişi tarafından sunulan, TTK'nın 1439/2. Maddesi uyarınca hesaplanan gerekçeli ve denetime elverişli 12.03.2020 tarihli raporda belirlenen 12.677,57 TL tazminat üzerinden davanın kısmen kabulüne karar vermek gerekir” şeklinde hüküm tesis edilmiştir¹⁷⁶. Benzer şekilde Gaziantep Bölge Adliye Mahkemesi tarafından verilen bir kararda davacı, “...doldurulan formun genel işlem şartları dahilinde kalıp muris tarafından okunmadan ve işaretleme yapılmaksızın imzalandığını, bu nedenle formda sigortalının aleyhine yazılı hususlar haksız şart olarak kabul edilip yazılmaması sayılması gerekirken bu husus göz ardı edilerek hüküm kurulmasının hukuka aykırı olduğunu, ...,davalının poliçenin tanzimi sırasında basiretli bir tacir gibi davranarak sigortalıya bu hususlarda gerekli soruları yöneltip cevaplarını alması gerektiğini, daha önceden matbu olarak hazırlanmış ve üzerinde evet hayır seçenekleri bulunan forma atılan imzanın bu yükümlülüğün yerine getirildiği anlamını taşımadığını, sigorta şirketinin basiretli bir tacir gibi davranarak sigorta sözleşmesi yapılmadan önce müteveffadan sağlık raporu ve rahatsızlıklarına dair evrakları istemediğini, bu nedenle sigorta şirketinin kusurlu olduğunun gözardı edilemeyeceğini, sözleşmenin yapıldığı sırada müteveffaya eksik bildirimde bulunması halinde hangi yaptırımlarla karşılaşacağına bildirilmediğini” ileri sürmüştü; Mahkemece bu iddialar üzerinde durulmaksızın sadece hastalık ile riziko arasında illiyet bağı bulunup bulunmadığı incelenmediği için ilk derece mahkemesinin kararı bozulmuştur¹⁷⁷.

Kanaatimce sigorta ettirenin beyan yükümlülüğünün kasten ihlal edildiğinin kabulü için sigortacının aydınlatma yükümlülüğünü gereği gibi yerine getirip getirmediği hususunun mutlaka araştırılması gerekmektedir¹⁷⁸. Her ne kadar Türk Ticaret Kanunu'nda Alman Hukuku'nda olduğu gibi sigortacının haklarını kullanması bakımından sigorta ettireni sözleşme öncesinde beyan yükümlülüğünün ihlali halinde uygulanacak sonuçlar bakımından yazılı olarak uyarması gerektiğine dair pozitif bir yükümlülük getirilmemiş olsa da kurulacak sigorta sözleşmesine ilişkin tüm bilgilerin ve özel olarak dikkat edilmesi gereken tüm hükümlerin sigorta ettirene bildirilmesini öngören TTK m 1423 ile bu tür bir sonuca ulaşılabilir. TTK m 1423 hükmü ile getirilen aydınlatma yükümlülüğünün bu açıdan sigorta ettirenin beyan yükümlülüğü ile sıkı bir ilişkisi olduğu düşünülmektedir. Eğer sigortacı aydınlatma yükümlülüğü kapsamında sigorta ettireni hangi hususların kendisinin sözleşme yapma kararı üzerinde etkili olduğu konusunda bilgilendirmiyor, bu hususların kendisine bildirilmesi gerektiği konusunda uyarıyorsa sigorta ettirenin bildiği bir hususu bildirmesi gerektiğinin bilincinde olmasına rağmen kasten bildirmediği sonucuna nasıl ulaşılacaktır? Zira tek başına soru listesi vermek, sigortacının sigorta

¹⁷⁶ Bkz Ankara 23 BAM, 2017/1554, 16.6.2020.

¹⁷⁷ Bkz Gaziantep 11 BAM, 2019/2088, 19.3.2020.

¹⁷⁸ Aynı yönde bkz Aydın (n 85) 56-65.

ettireni beyan yükümlülüğünün mevcudiyeti, kapsamı ve ihlal edilmesinin sonuçları hakkında bilgilendirdiği ve soruların cevaplanması sırasında sigorta ettireni doğru bir şekilde yönlendirdiği anlamına gelmez. Bu nedenle soru listesinin kullanıldığı hallerde dahi sigorta ettirenin kasıtlı olarak mı beyan yükümlülüğünü ihlal ettiği özellikle sigortacının aydınlatma yükümlülüğü kapsamında sigorta ettireni bildirim yükümlülüğü konusunda uyarıp uyarmadığı dikkate alınarak araştırılmalıdır. Bu açıdan aşağıda yer alan Adana Bölge Adliye Mahkemesi'nin kararı emsal olacak niteliktedir:

Krediyeye bağlı bir hayat sigortasına ilişkin olarak ortaya çıkan uyuşmazlıkta davacı, *“mürisin kasıtlı bir davranışının söz konusu olmadığını, sigortacının riziko hakkında ön bilgi sahibi olması gerektiğini, ancak beyanda bulunan kişinin hangi konuların önemli olduğunu belirlemede ve takdir etmede tereddüte düşme olasılığının yüksek olduğunu, bu nedenle sigortacının genellikle sigorta ettirene önemli gördüğü hususları içeren bir soru listesi vererek rizikoyu kıymetlendirdiğini, söz konusu olayda mürisin sigorta poliçesi hakkında hiçbir şekilde bilgilendirilmediğini, sağlık beyan formunun müris tarafından doldurulmadığını, kredi evrakları denilerek kredi sözleşmesi ile birlikte sigorta poliçesi ile ilgili belgelerin mürisin önüne konularak imza etmesinin söylendiğini, mürisin, kendisine hayat sigortası yapıldığını dahi bilmeden kredi sözleşmesinin eki olduğunu düşünerek önüne konulmuş tüm belgeleri imzaladığını, banka tarafından detaylı ödeme planı dışında, kredi sözleşmesi ile sigorta poliçesine ilişkin belgelerin suretinin mürise verilmemesi, vaziyet bu iken mürisin kasıtlı davranışından söz edilemeyeceğini, ..., matbu beyan formunun imzalatırılmış olması nedeniyle bankanın ve sigorta şirketinin ihtiyaçları ve zorlaması ile ortaya çıkan bir sözleşme söz konusu olduğundan ve sigortalının hangi yaptırımlara maruz kalacağına kendisine bildirilmemesi hususunda bilgilendirme yükümlülüğüne aykırılık teşkil ettiğinden davalı şirketin tazminat ödemekle yükümlü olduğunu”* ileri sürmüştür. İlk derece mahkemesi, *“sigorta yaptıran kişinin doğru beyan yükümlülüğünün bulunduğu, bunun yerine getirilmemesi halinde sigortacının sözleşmeden cayma hakkının olduğu, sigortalının daha önce varolan rahatsızlığı ile ölümüne sebep olan rahatsızlığının aynı olduğu, bu şekliyle sigortalının doğru ihbar yükümlülüğünü ihlal ettiği, beyan edilmeyen hastalık ile ölüm arasında illiyet bağı bulunması nedeniyle sigorta şirketinin ödeme yapma yükümlülüğünün bulunmadığına”* karar verilmiştir. İstinaf mahkemesi ise öncelikle *“somut olayda, poliçenin düzenlenmesi sırasında sigortalının hastalığını kasten gizleyip gizlemediği, dolayısı ile ihbar yükümlülüğüne aykırı davranıp davranmadığı önem kazanmaktadır”* şeklinde son derece yerinde bir tespitte bulunduktan sonra, *“dosyadaki Hayat Sigortası Başvuru Formu Poliçe ve Bilgilendirme Formu incelendiğinde, sigortalının hastalıkları ve gördüğü tedaviye ilişkin cevapların matbu şekilde düzenlendiği, sigortalının el yazısı ürünü olmadığı bu nedenle her ne kadar müteveffa sigortalı tarafından sözleşmeden önce var olduğu tartışmasız olan diyabet ve kalp damar hastalıkları bildirilmemiş ise de davalının*

*sigortalıyı aydınlatma yükümlülüğünününe aykırı davrandığı, bu haliyle sigortalının hastalığını kasten gizlediği değil, beyan yükümlülüğünününe aykırılığın ihmal düzeyinde değerlendirilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır*¹⁷⁹.

Son olarak üzerinde durmak istediğimiz bir diğer konu ise, bazı kararlarda eğer gerçekleşen riziko ile beyan edilmemiş husus arasında illiyet bağı yoksa, sigorta ettirenin kusurunun mevcudiyeti ve derecesi üzerinde durulmaksızın sigortacının sigorta bedeli/tazminatını tam olarak ödemesinin gerektiğine karar verilmesidir¹⁸⁰. Oysa illiyet bağının olmaması tek başına sigortacının sorumlu tutulması için yeterli değildir. Mutlaka sigorta ettirenin kusuru araştırılmalı; eğer sigorta ettirenin kusuru kast seviyesinde ise illiyet bağı olmasa bile ödenen prim ile ödenmesi gereken prim arasındaki orana göre sigortacının sorumlu olacağı miktar belirlenmelidir.

IV. Sonuç

Bu çalışma sonucunda beyan yükümlülüğünün ihlali halinde uygulanacak yaptırımlar bakımından mehaz Alman hukuku ile model nitelikteki Avrupa Sigorta Sözleşme Prensipleri ve Türk hukuku arasında çok büyük farklılıklar olduğu ve TTK'daki yaptırım sisteminin yorumlanmasında önemli sorunlar bulunduğu ortaya çıkmaktadır: Öncelikle TTK'nın 1439. maddesinde düzenlenen hakların, ihlalin rizikonun gerçekleşmesinden önce veya sonra öğrenilmesine bağlı olarak uygulanabilecek haklar şeklinde kategorik bir ayrıma tabi tutulmadığı; cayma hakkının ileriye etkili fesih hakkı olarak kabul edilmesinin de PEICL'da yer alan modele benzer bir yaptırım sistemi kabul eden TTK'nın ruhuna daha uygun olacağı düşünülmektedir. Zira sözleşme öncesi beyan yükümlülüğünün ihlali halinde uygulanacak yaptırım sistemi bir bütün olarak değerlendirildiğinde, sigortacının cayma hakkının fesih olarak kabulü ile kusur/illiyet bağının mevcudiyetine göre sigortacının edim borcundan oransal olarak kurtulması bir arada bir anlam ifade etmektedir. TTK m 1439 hükmü, cayma hakkının hukuki niteliğine ilişkin taşıdığı belirsizlik yanında, bu hakkın kullanılabilmesine ilişkin şartlar bakımından da önemli eksiklikler göstermektedir. Bu anlamda cayma hakkının hukuki niteliği konusu kanun koyucu tarafından netliğe kavuşturulmalı ve ister fesih hakkı isterse dönme hakkı olarak kabul edilsin mutlaka kusur şartına veya en azından sigortacı söz konusu beyan edilmemiş ya da eksik beyan edilmiş hususu bilseydi sözleşmeyi yapmayacak olduğu şeklinde bir şarta tabi tutulmalıdır.

TTK sözleşmenin uyarlanması hakkını sadece prim artışı yönünden ele almış ve riziko muafiyeti, bekleme süresi gibi diğer uyarlama imkanlarına yer vermemiştir. Sigortacının prim artışı ve sözleşmeden cayma hakları bakımından da bir öncelik ve sonralık ilişkisi kurulmadığı gibi, bu haklar sigorta ettirenin beyan yükümlülüğünün

¹⁷⁹ Adana 9 BAM, HD, 2018/1446, 4.2.2020.

¹⁸⁰ Ankara 23 BAM, 2017/175, 27.2.2017.

ihlalde kusuru bulunması şartına da tabi tutulmamıştır. Kanaatimce TTK'nın sözleşme öncesi beyan yükümlülüğüyle ilgili olarak günümüz modern hukukları bakımından benimsenen güncel düzenlemeler dikkate alındığında en sorunlu yönü burada ortaya çıkmaktadır. Olması gereken hukuk açısından sözleşmeyi mümkün olduğunca hayatta tutmayı sağlayacak yöntem benimsenerek prim farkı isteme hakkı yerine daha geniş kapsamlı olan sözleşmenin uyarlanması hakkı tesis edilmeli; ayrıca sigorta ettirenin kusursuz olduğu hallerde sigortacının sadece uyarlama hakkı talep etme hakkına sahip olduğu yönünde bir değişikliğe gidilmelidir.

VVG, sigorta ettirenin hilesi halinde sigortacının genel hükümlerden kaynaklanan iptal hakkını kullanabileceğini açıkça düzenlemekte; PEICL'da da hile halinde sözleşmeyi geçmişe etkili olarak geçersiz hale getirmeye imkan sağlayan iptal hakkına yer verilmektedir. TTK ise, bu konuda ayrıca bir düzenlemeye yer vermemiştir. Her ne kadar kanunda bu yönde ayrı bir düzenleme yer almasa da TTK'da yer alan sözleşme öncesi beyan yükümlülüğüne ilişkin hükümlerin hileye ilişkin hükümler bakımından özel hüküm niteliği taşımadığı düşünülmektedir. Kanun'da sigorta ettirenin hilesinin mevcudiyeti halinde sigortacının iptal hakkını kullanabileceği konusunda açık bir düzenlemeye yer verilmesi yerinde olacaktır.

Sigortacının rizikonun gerçekleşmesi halinde sigorta bedeli/tazminatını ödeyip ödemeyeceğine ve ödeyecekse hangi ölçüde bunu gerçekleştireceğine ilişkin TTK m 1439/2 hükmü ise genel olarak PEICL'da yer alan oranlama ilkesi ile uyum içerisindedir. Anılan hükmün uygulanması bakımından ise sigortacının sigorta bedelini/tazminatını ödemekten kurtulabilmesi için beyan edilmeyen husus ile gerçekleşen riziko arasında illiyet bağının aranması yanında somut olayın özellikleri de dikkate alınarak mutlaka sigorta ettirenin kasıtlı mı yoksa ihmali ile mi beyan yükümlülüğünü ihlal edip etmediği araştırılmalıdır.

Sonuç olarak sigorta ettirenin sözleşme öncesi beyan yükümlülüğüne ilişkin hükümlerin günümüz sigorta hukuku alanında yaşanan gelişmeler dikkate alınarak acilen yeniden kaleme alınması; yeni düzenlemeler tesis edilinceye kadar ise mevcut kanun hükümlerinin *ya hep ya hiç* ilkesini terk ederek oransal ödeme sistemini kabul eden TTK'nın *ratio legis*'ine uygun bir şekilde yorumlanması gerekmektedir.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

Grant Support: The author declared that this study has received no financial support.

Bibliyografya/Bibliography

- Ağsakal İ, *Sigorta Sözleşmesinde Sözleşme Öncesi Beyan Yükümlülüğüne Aykırılık ve Sonuçları* (Adalet Yayınevi 2015).
- Aral Eldeleklioğlu İ, '6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Uyarınca Sigorta Ettirenin Sözleşme Yapılmasında Beyan Yükümlülüğü' (2012) 18 (2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 725-732.
- Armbrüster C, 'PEICL-The Projects of a European Insurance Contract Law' (2013) 20 Conn Ins LJ 119-152.
- Ayan M, *Borçlar Hukuku (Genel Hükümler)* (Seçkin 2016).
- Aydın S, *Sigorta Ettirenin Sözleşme Öncesi Beyan Yükümlülüğünün İhlali ve İhlal Halinde Sigortacının Hakları Özellikle Oranlama Sistemine Göre Tazminattan İndirim Hakkı* (Seçkin 2018).
- Ayli A, 'Sigorta Ettirenin Sözleşmenin Kuruluşundaki İhbar Yükümlülüğüne İlişkin Hükümlerin Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Çerçevesinde Yeniden Değerlendirilmesi' (2005) 3(6) SBArD (Prof Dr Hüseyin Hatemi'ye Armağan) 185-203.
- Barg E S, *Die vorvertragliche Anzeigepflicht des Versicherungsnehmers im VVG 2008*, (Logos 2008).
- Basedow J, Birds J, Clarke M, Cousy, H, Heiss H ve Loaker L (eds), *Principles of European Insurance Contract Law, 2. Expanded Edition*, (Dr. Otto Schmidt 2016).
- Beckmann R M ve Matusche Beckmann A, *Versicherungsrechts-Handbuch* (3. Auflage, CHBeck 2015).
- Bozer A, *Sigorta Hukuku* (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları 1965).
- Bruck E ve Möller H, *Versicherungsvertragsgesetz Großkommentar Einführung*; §§ 1-32 (9. Auflage, De Gruyter 2008).
- Bruck E ve Möller H, *Versicherungsvertragsgesetz Großkommentar Einführung*; §§ 33-73 (9. Auflage, De Gruyter 2010).
- Demirayak E B, 'Sigorta Sözleşmesinin Yapılması Srasındaki Beyan Yükümlülüğünün İhlalinde Nedensellik Bağı' (2011) 2(2) İnÜHFD 477-496.
- Doğan B, 'İngiliz ve Türk Hukukunda Deniz Sigortalarında Sözleşme Öncesi Beyan Yükümlülüğü' (Doktora Tezi, Gazi Üniversitesi 2020).
- Engel K, 'Breach of the Precontractual Information Duty: Article 2:102 and Article 2:104 of the Principles of European Insurance Contract Law' (2013) 5 EJCCCL 44-63.
- Engel K ve Hendrikse M, 'Pre-contractual Fraud in Insurance Contract Law' (2014) 6(2) EJCCCL 33-43.
- Erbaş Açıklak A, 'Sigorta Ettirenin Sözleşme Öncesi Beyan Yükümlülüğünün İhlali Halinde Sigortacının Sahip Olduğu Haklarla İlgili Bazı Sorunlar' (2019) 35(2) Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, 131-168.
- Eren F, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (17. Baskı Yetkin 2014).
- Eroğlu S, *Hastalık Sigortası Sözleşmesinin Kurulmasında İhbar Külfeti* (Seçkin 2005).
- Fauvarque-Cosson B ve Mazeaud D, (edr) *Materials for European Contract Law, Materials for a Common Frame of Reference: Terminology, Guiding Principles, Model Rules*, Sellier 2008.
- Franco N, 'Sigorta Ettirenin Mukavele Yapılırken İhbar Mükellefiyeti (TTK m 1290)' *Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, Bildiriler, Tartışmalar XIV 4-5 Nisan 1997* (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 1997) 317-329.

- Hacıömeroğlu A O, 'Sigorta Sözleşmelerinin Kuruluş Safhasındaki Sigorta Ettirenin Beyan Yükümlülüğünün Culpa in Contrahendo Sorumluluğu Açısından Değerlendirilmesi' (2015) I (2) TFM, 49-70.
- Heiss H, 'Informationspflichten des Versicherungsnehmers' *Internationales Forum zum Privatversicherungsrecht 2008* (ed. Schnyder, A K) (Schulthess Juristische Medien 2009) 49-61.
- Heiss H, 'Der Vorentwurf einer 'Gesamtrevision des BG über den Versicherungsvertrag (VVG)' im Lichte der europäischen Entwicklung' [2007] *Haftung und Versicherung*, 235-252.
- Kender R, *Türkiye'de Hususi Sigorta Hukuku* (8. Bası Arıkan 2005).
- Kender R, *Türkiye'de Hususi Sigorta Hukuku* (16. Bası On İki Levha 2017).
- Koller A, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil* (3. B Stämpfli 2009).
- Lando O ve Beale H, (edr.) *Principles of European Contract Law Parts I and II* (Combined and Revised) (Kluwer Law International 2000).
- Looschelders D, 'Die vorvertragliche Anzeigepflicht des Versicherungsnehmers nach der VVG-Reform' *Vorträge gehalten auf dem 28. Münsterischen Versicherungstag am 20 November 2010* (Verlag Versicherungswirtschaft 2011).
- Neuhaus K J, 'Die vorvertragliche Anzeigepflichtverletzung im neuen VVG' (2008) Heft 2, r+s 45-56.
- Neuhaus K J, *Die vorvertragliche Anzeigepflichtverletzung in Recht und Praxis* (Verlag Versicherungswirtschaft 2014).
- Öztan F, *Sigorta Akinin İnikadında İhbar Mükellefiyeti* (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları 1966).
- Prölls E R ve Martin A, *Versicherungsvertragsgesetz*, (29. Auflage, CHBeck 2015).
- Römer W, Langheid T ve Rixecker R, *Versicherungsvertragsgesetz mit VVG- Informationspflichtenverordnung* (4. Auflage, CHBeck 2014).
- Rüffer W, Halbach D ve Schimikowski P, *Versicherungsvertragsgesetz Handkommentar* (4. Auflage, Nomos 2020).
- Schäfers D, *Die Vorvertragliche Anzeigepflicht des Versicherungsnehmers und das allgemeine Leistungsstörungenrecht* (Verlag Versicherungswirtschaft 2014).
- Schimikowski P, *Versicherungsvertragsrecht* (6. auflage CHBeck 2017).
- Somer M, 'Türk Ticaret Kanunu'nun Düzenlemesi Karşısında Sigorta Sözleşmesinin Kuruluşu Sırasında Hile Hükümlerinin Uygulanabilirliği' *Prof Dr Nuri Çelik'e Armağan* (Beta 2001) 744-764.
- Şeker Öğüz Z, 'Sözleşme Öncesi İhbar Görevi' iç Samim Ünan ve Emine Yazıcıoğlu (edr), *Sigorta Hukuku Sempozyumları* (Oniki Levha 2018).
- Şeker Öğüz Z, *Türk Ticaret Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Sigorta Sözleşmelerinde Sözleşme Öncesi İhbar Görevi* (Filiz Kitabevi 2010).
- Şenocak K, 'Sorumluluk Sigortalılarında Sözleşme Öncesi İhbar Külfeti' iç Samim Ünan ve Emine Yazıcıoğlu (edr), *Sigorta Hukuku Sempozyumları* (Oniki Levha 2018).
- Şenocak K, Rohe M ve Yarayan A, (edr), *Türk-Alman Anonim Şirketler ve Sermaye Piyasası Hukuku'nda ve Sigorta Hukuku'nda Güncel Gelişmeler Sempozyumu* (19-20 Haziran 2014).
- Şenocak K, *Mesleki Sorumluluk Sigortası* (Turhan 2000).
- Tandoğan H, *Türk Mes'uliyet Hukuku* (Vedat 2010).
- Taşkın M, *Krediye Bağlı Hayat Sigortası Sözleşmesi* (On İki Levha 2019).

- Tschersich H, 'Rechtsfragen der vorvertraglichen Anzeigepflichtverletzung und der vertraglichen Obliegenheiten. Schwerpunkt: Die Hinweispflichten des Versicherers' (2012) Heft 2 r+s 53-61.
- Ünan S, *Türk Ticaret Kanunu Şerhi Altıncı Kitap Sigorta Hukuku Cilt VI Yargı Kararları* (Onikilevha 2020).
- Ünan S, *Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Altıncı Kitap Sigorta Hukuku Cilt I Genel Hükümler Madde 1401-1452* (On İki Levha 2016).
- Ünan S, Atamer K, *Principles of European Insurance Contract Law (PEICL), Avrupa Sigorta Sözleşmesi Hukuku İlkeleri (ASSH), İngilizce Metin ve Türkçe Çeviri* (Sigorta Hukuku Türk Derneği 2011).
- Ünan S, *Hayat Sigortası Sözleşmesi* (Beta 1998).
- Yazıcıoğlu E, *Tekne Sigortası Sözleşmesi* (Beta 2003).
- Yazıcıoğlu E ve Şeker Öğüz Z, *Sigorta Hukuku* (2. Bası Filiz 2019).



İstanbul Hukuk Mecmuası

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Başvuru: 01.04.2021
Revizyon Talebi: 03.04.2021
Son Revizyon: 19.08.2021
Kabul: 21.08.2021

Zilyetliğin Havalesinde Üçüncü Kişinin Hukukî Durumu ve Kiralananın Devrinde Kiracının Hukukî Durumu ile Karşılaştırılması

Yasin Alperen Karasahin*

Öz

Türk ve İsviçre hukuklarında, zilyetliğin havalesi, özel bir hukukî ilişkiye dayanarak eşyaya zilyet olan üçüncü kişinin rızası aranmaksızın, devreden ile devralan arasında yapılan bir sözleşme ile devralana dolaylı zilyetlik kazandırılması imkânını yaratmaktadır. Üçüncü kişinin rızası olmaksızın yapılan bu işlemin onun menfaatlerini ihlâl etmemesi için kanunda bazı düzenlemeler yer almaktadır. Türk Medenî Kanunu'nun 979. maddesinin 2. fıkrasına göre, zilyetliğin havalesi, üçüncü kişiye devreden tarafından bildirilmesinden önce üçüncü kişi açısından hüküm ve sonuç doğurmamaktadır. Bu hüküm ile öngörülen nisbî etkisizlik, üçüncü kişiye yapılan bildirim ile sona ermektedir; dolayısıyla üçüncü kişiye geçici bir koruma sağlamaktadır. Türk Medenî Kanunu'nun 979. maddesinin 3. fıkrasına göre, üçüncü kişi devredene karşı ileri sürebildiği savunmalara dayanarak eşyayı devralana teslimden kaçınabilir. Türk ve İsviçre doktrinlerinde hâkim olan görüşün aksine, bu hüküm aynı hakka dayanan savunmaların yanında şahsî (nisbî) hakka dayanan savunmaların da devralana ileri sürülmesine imkân vermektedir. Söz konusu düzenleme, hükmün sözünde açıklık olmasa da, sadece taşınır üzerinde devralana aynı hak kazandırılması için zilyetliğin devri gereken hâllerde uygulanmalıdır. İsviçre doktrininde savunulan yeni görüşün aksine, zilyetliğin havalesinin bildirim üzerine, üçüncü kişi ile devreden arasındaki ilişkide devreden yerini devralananın alması söz konusu değildir. Türk ve İsviçre hukuklarında, kira sözleşmesinin kurulmasından sonra kiralananın devri durumunda, devreden yerine devralanın kiraya veren olması yönünde açık bir düzenleme yer almaktadır. Bu düzenleme kiralananın taşınır veya taşınmaz olması açısından bir fark getirmemektedir. Bu makalede savunulan görüşe göre, kira sözleşmesine dair özel hüküm olmasaydı bile, kiralanan taşınırın mülkiyetinin zilyetliğin havalesi ile devri durumunda üçüncü kişi (kiracı) kiralananı kira süresinin sonuna kadar teslimden kaçınabilirdi. Bu nedenle, taşınır kiralari açısından kiralananın devrine dair özel düzenleme, kiracının irade serbestisine ölçsüz bir müdahale teşkil etmektedir.

Anahtar Kelimeler

Zilyetliğin Havalesi, Şahsî (Nisbî) Hak, Kira Sözleşmesi, Taşınır, Savunma

Legal Position of Third Party in Transfer of Indirect Possession by an Agreement between Transferor and Transferee Compared to Lessee in Case of Transfer of Leased Property

Abstract*

In Turkish and Swiss law, if a bailee (third party) is in possession based on a legal relationship with the bailor, the bailor (transferor) can transfer the indirect (constructive) possession by an agreement with the transferee without the consent of the third-party bailee. The Turkish Civil Code (CC) – like the Swiss Civil Code – contains some provisions intended to prevent any negative effect from such an agreement on the interests of the third party. First, the transfer of indirect possession by agreement between transferor and transferee has no legal effect on the third party until that party is notified by the transferor (Article 979/II of Turkish Civil Code [CC]). This period of ineffectiveness ends upon notice to the

* The concepts of English personal property law do not correspond to the concepts of Turkish, Swiss and German laws. Nevertheless, in order to make the abstract and the extended summary more easily understandable to readers from common law jurisdictions, the equivalent concepts of English personal property law are used in addition to the concepts of Turkish, Swiss and German laws. For the concepts of English and German laws, see Andreas Rahmatian, 'A Comparison of German Moveable Property Law and English Personal Property Law' (2008) 3 J Comp L 197.

* **Sorumlu Yazar:** Yasin Alperen Karasahin (Dr. Öğr. Üyesi), Koç Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medenî Hukuk Ana Bilim Dalı, İstanbul, Türkiye. E-posta: yakarasahin@ku.edu.tr ORCID: 0000-0002-3611-3627

Atf: Karasahin YA, "Zilyetliğin Havalesinde Üçüncü Kişinin Hukukî Durumu ve Kiralananın Devrinde Kiracının Hukukî Durumu ile Karşılaştırılması" (2021) 79(3) İstanbul Hukuk Mecmuası 929. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2021.79.3.2218>



third party. However, the third party can refuse delivery to the transferee based on the same defenses that could be invoked against the transferor (Article 979/III CC). Contrary to the prevailing view in Turkish and Swiss literatures, this study argues that the above-referenced provision allows the third party to invoke defenses based on personal rights besides those based on property rights. However, this provision is only applicable to the transfer of indirect possession of chattel. In contrast to a recent opinion in Swiss literature, notice of the transfer does not cause the transferee to become a new party to the legal relationship between the original third-party bailee and transferor. Turkish and Swiss law includes only a provision about lease contracts to that effect. This provision is applicable with regard to the lease of personal and real property. However, in contracts for the lease of chattels, Article 979/III CC, as interpreted in this study, would have been sufficient to protect the lessee's interests without a disproportionate interference in the freedom of contract.

Keywords

Transfer of Indirect (Constructive) Possession, Personal Right, Lease Contract, Chattel, Defense

Extended Summary

Turkish and Swiss Civil Codes (CC) allow the transfer of indirect possession (*mittelbarer Besitz*) (*la possession médiate*) (constructive possession) by an agreement between the transferor and the transferee (*Besitzanweisung*) (*la délégation de possession*) (Art 979/I Turkish CC, Art 924/II Swiss CC). The consent of the so-called “third party,” who has direct possession (*unmittelbarer Besitz*) (*la possession immédiate*) (actual possession), is not required for the transfer of indirect possession. In other words, in contrast with English law, it is not necessary that the third party in actual possession attorns to the transferee with the consent of the transferor.

Because the transferee can acquire indirect possession of and—as a result—a proprietary right on chattels (choses in possession) without the consent or knowledge of the third party, Turkish and Swiss Civil Codes contain rules for protecting the interests of the third party.

Turkish and Swiss Civil Codes stipulate that the transfer of indirect possession by an agreement between the transferor and the transferee has legal effect on the third party only after the transferor's notice to the third party (Art 979/II Turkish CC, Art 924/II Swiss CC). Prior to this notice, the acquisition of indirect possession by the transferee and its legal results, such as the acquisition of property rights in chattel, cannot be asserted against the third party. Thus, the third party is still the so-called “mediator of possession” (*Besitzmittler*) for the transferor and can return the property directly to the transferor. In other words, the third party would still hold the chattel as bailee of the transferor. Upon receipt of notice of the transfer, the third party becomes the “mediator of possession” for the transferee as if the third party attorned to the transferee and holds the chattel as bailee of the transferee.

Furthermore, Turkish and Swiss Civil Codes each provide that the third party can refuse delivery of the property to the transferee based on the same defenses that could have previously been invoked against the transferor (Art 979/III Turkish CC, Art 924/III Swiss CC). The interpretation of this provision is, however, very controversial.

In Turkish and Swiss literatures, the provision is interpreted narrowly. It is generally accepted that the third party cannot refuse delivery based on this provision if the third party has only a personal right (*ius in personam*) against the transferor, whereas the transferee has acquired a property right (*ius in rem*) through the transfer of indirect possession. This interpretation renders the provision virtually meaningless and leaves the third party with only a personal right against the transferor essentially defenseless against the transferee. If this interpretation is accepted, the transferor and the transferee can easily undermine the legal position of the third party by agreement between themselves.

This article presents a different interpretation of the mentioned provision. In the author's opinion, this provision is only applicable when the transfer of indirect possession relates to chattel. In such cases, the third party can invoke personal as well as property rights against the transferee to refuse delivery. As the personal right of the third party would be based on contract rights against the transferor, this interpretation results in a statutory exception to privity of contract. Such an exception is clearly necessary to establish equity between the interests of the parties.

Indeed, if the Turkish and Swiss Civil Codes did not allow the transfer of indirect possession without the consent of the third party, the transferor and transferee would have to wait until the third party returned the chattel so that the transferor could deliver it to the transferee. In this scenario, the third party could invoke the personal right against the transferor to refuse delivery and thereby postpone the acquisition of possession of and a proprietary right in the chattel by the transferee. As the Codes allow the transfer of indirect possession by agreement between transferor and transferee, they prevent such a postponement, thereby improving the legal position of the transferor and the transferee. However, this improvement should not be at the expense of the third party. The legal position of the third party can only be protected if the third party can invoke the personal right to refuse delivery against the transferee in addition to the transferor.

In Swiss literature, some authors argue that the notice of transfer to the third party has the effect that the transferee becomes, by operation of law, a new party to the contract between the transferor and third party, replacing the transferor. Based on this operation, the third party should be able to invoke personal contract rights against the transferee because the transferee has become a party to this contract. In this article, this interpretation is rejected because it forces the third party into a contractual relationship with the transferee and relieves the transferor from the transferor's contractual obligations without the consent of the third party.

In Turkish and Swiss law, the Code of Obligations (CO) sets out a special provision regarding the transfer of leased property. Pursuant to this provision, if the ownership

of leased property is transferred by the lessor after the conclusion of the lease contract, the transferee replaces the transferor as the lessor (Art 310 Turkish CO, Art 261 Swiss CO). In other words, the lease contract continues to exist between the lessee and the transferee. Therefore, the lessee can invoke the personal contract rights arising out of the lease contract against the transferee. This provision constitutes a disproportionate interference in the freedom of contract of the lessee when the leased property is a chattel. This disproportion is the result of the lessee being obligated to continue the contractual relationship with the transferee, even though this continuation is not necessary to protect the lessee. Once the leased chattel is delivered to the lessee, its ownership can only be assigned by the transfer of indirect possession by an agreement between transferor and transferee. As explained above, the better interpretation of the relevant provision of the Turkish and Swiss Civil Codes provides for sufficient protection of the third party (i.e., the lessee) in such cases.

Zilyetliğin Havalesinde Üçüncü Kişinin Hukukî Durumu ve Kiralananın Devrinde Kiracının Hukukî Durumu ile Karşılaştırılması

Giriş

Eşyanın dolaylı zilyedi olan kişinin (devredenin) başka bir kişiye (devralana) dolaylı zilyetlik kazandırması, Türk ve İsviçre hukuklarında zilyetliğin havalesi sözleşmesi ile olmaktadır. Devreden ve devralan arasındaki bu sözleşmenin kurulması için taşınırın dolaysız zilyedi olan kişinin (üçüncü kişinin) rızası gerekli değildir. Bu nedenle, kanun koyucu üçüncü kişinin hukukî durumunu korumak için çeşitli düzenlemeler öngörmüştür. Bu makalenin konusunu söz konusu düzenlemeler oluşturmaktadır.

Makalede ilk olarak Türk ve İsviçre hukuklarında zilyetliğin havalesi hakkında genel bilgiler verilecektir (I.). Bu genel bilgilerden sonra, zilyetliğin havalesinin üçüncü kişiye bildirilmesinin hukukî sonucu ve bu bildirimden önce üçüncü kişinin hukukî durumu açıklanacaktır (II.). Bu açıklamaları müteakip, üçüncü kişinin devredene karşı olan savunmalarını devralana karşı ileri sürebilmesine dair kanun hükmü ele alınacaktır (III.). Bu hükmün yorumlanması doktrinde ciddi tartışma konusu olmuştur ve eşya hukuku ile borçlar hukukunun temel bazı meselelerinin ele alınmasını gerektirmektedir.¹ Söz konusu hükmün yorumlanması, kiralananın devrine dair kanun hükümlerinin yorumu ile karşılıklı etkileşim içindedir. Bu nedenle, zilyetliğin havalesinde üçüncü kişinin hukukî durumu ele alınırken, kiralananın devrinde kiracının hukukî durumu ile birlikte inceleme yapılması yararlı

¹ Alman hukukunda aynı işlevi yerine getiren kanun hükmü (AlmMK § 986/II) açısından bu yönde Raimund Waltermann, '§ 986 Abs. 2 BGB als Ausdruck einer Verdinglichung schuldrechtlicher Rechtspositionen durch das Gesetz? – Zur Rechtsstellung des schuldrechtlich berechtigten Besitzers' [1993] JURA 521, 522.

(hatta zorunlu) olmaktadır. Son olarak, bu makalede Türk ve İsviçre hukukları açısından savunulan görüşün Alman hukukundaki düzenlemeler ile benzerlikleri ortaya konacaktır (IV).

I. Türk ve İsviçre Hukukunda Zilyetliğin Havalesi Hakkında Genel Bilgiler

Türk Medenî Kanunu'nun “[t]eslimsiz devir” kenar başlıklı 979. maddesinin ilk fıkrasına göre, “[b]ir üçüncü kişi [...] özel bir hukukî ilişkiye dayanarak zilyet olmakta devam ederse zilyetlik, teslim gerçekleşmeksizin kazanılmış olur”. Zilyetliğin bu şekilde teslimsiz devri, Türk ve İsviçre doktrinlerinde zilyetliğin havalesi (*Besitzanweisung*, *délégation de possession*) olarak adlandırılmaktadır.² Bu durumda, eşyanın dolaylı zilyedi olan kişi (devreden) başka bir kişi (devralan) ile sözleşme³ yaparak ona dolaylı zilyetlik kazandırmaktadır.⁴ Zilyetliğin havalesinin gündeme gelebilmesi için, dolaysız zilyedin yanında bir veya birden çok dolaylı zilyetten oluşan basamaklı (dereceli) zilyetlik mevcut olmalıdır.⁵ Zilyetliğin havalesi

² Alman doktrininde ‘zilyetliğin havalesi’ kavramı başka bir anlamda kullanılmaktadır. Bu konuda bkz aşağıda dn 122.

³ Zilyetliğin havalesinin sözleşme teşkil etmesi hakkında bkz Jale G Akipek ve Turgut Akıntürk, *Eşya Hukuku* (Beta 2009) 154-55; A Homberger, *Kommentar zum Schweizerischen Gesetzbuch*, Band IV: Das Sachenrecht, Dritte Abteilung: Besitz und Grundbuch (2. Bası, Schulthess 1938) Art 924 para 5; Jörg Schmid ve Bettina Hürlimann-Kaup, *Sachenrecht* (5. Bası, Schulthess 2017) para 169; A Lâle Sirmen, *Eşya Hukuku* (8. Bası, Yetkin 2020) 66; Paul-Henri Steinauer, *Les droits réels*, vol 1 (5. Bası, Stämpfli 2012) para 274; Mehmet Ünal ve Veysel Başpınar, *Şekli Eşya Hukuku* (10. Bası, Savaş 2018) 160.

⁴ Zilyetliğin havalesi ile devreden kendisi zilyet kalmayacak şekilde dolaylı zilyetliğini aynen devralana geçirebilir veya kendisi dolaylı zilyet kalarak devralana yeni bir dolaylı zilyetlik kazandırabilir. Doktrinde bazı yazarlar ikinci durumu zilyetliğin tesisin kazanılması olarak nitelendirmektedir. Bu konuda bkz Aydın Aybay ve Hüseyin Hatemi, *Eşya Hukuku* (Vedat 2009) § 6 para 2; Şeref Ertaş, *Eşya Hukuku* (13. Bası, Barış 2017) para 165; Hüseyin Hatemi, *Eşya Hukuku* (On İki Levha 2020) 21; Hüseyin Hatemi, Rona Serozan ve Abdülkadir Arpacı, *Eşya Hukuku* (Filiz 1991) 255; M Kemal Oğuzman, Özer Seliçi ve Saibe Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku* (22. Bası, Filiz 2020) para 336; Rona Serozan, *Eşya Hukuku I* (3. Bası, Filiz 2014) para 476; Ünal ve Başpınar (n 3) 144.

⁵ Akipek ve Akıntürk (n 3) 153; Wolfgang Ernst, ‘Art. 924 ZGB’, Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt ve Thomas Geiser (edr), *Basler Kommentar – Zivilgesetzbuch II* (5. Bası, Helbing Lichtenhahn 2015) para 3; Melchior Happel, *Die Besitzsurrogate im schweizerischen Sachenrecht* (Helbing Lichtenhahn 2012) 49-50; Schmid ve Hürlimann-Kaup (n 3) para 166; Emil W Stark ve Barbara Lindenmann, *Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Der Besitz*, Art. 919-941 ZGB (4. Bası, Stämpfli 2016) Art 924 para 6; Thomas Sutter-Somm, *Schweizerisches Privatrecht, Band V/1: Eigentum/Besitz* (2. Bası, Helbing Lichtenhahn 2014) para 1278; Ünal ve Başpınar (n 3) 160.

dolaylı zilyet(ler) tarafından kullanılabilir bir zilyetliğin devri⁶ yöntemidir.⁷ Zilyetliğin havalesi ile ilgili hükümler açısından üçüncü kişi(ler), devredene göre fer'î zilyet⁸ konumunda olan kişi(ler)dir.⁹ Dolayısıyla, üçüncü kişi 'zilyetlik aracı' konumundadır. 'Zilyetlik aracı' (*Besitzmittler*) veya 'aracı kişi'¹⁰ (*Mittelsperson*) tabirleri, Alman ve İsviçre doktrinlerinde, başka birinin eşyanın dolaylı zilyedi olmasına aracı (vasita) olan kişiyi ifade etmek için kullanılmaktadır.¹¹ Üçüncü kişinin kendisinin eşyanın dolaysız veya dolaylı zilyedi olması mümkündür.¹²

Zilyetliğin havalesi, üçüncü kişinin bilgisi ve rızası olmaksızın, sadece devreden ile devralan arasında yapılan bir sözleşme ile gerçekleştirilebilmektedir.¹³ Bu nedenle, kanunda üçüncü kişinin korunması için bazı düzenlemeler kabul edilmiştir.

II. Zilyetliğin Havalesinin Üçüncü Kişiyi Bildirilmesi ve Bildirimden Önce Üçüncü Kişi Açısından Hüküm Doğurmaması

Türk Medenî Kanunu'nun 979. maddesinin 2. fıkrasına göre, zilyetliğin havalesi yoluyla devir 'zilyet olmakta devam eden üçüncü kişiye karşı, ancak durumun

⁶ Burada zilyetliğin devri kavramı, zilyetliğin tesis kazanılmasını da kapsayacak şekilde geniş anlamda kullanılmaktadır. Zilyetliğin devren kazanılmasına bu şekilde anlam verilmesi hakkında bkz Akipek ve Akıntürk (n 3) 145; Turhan Esener ve Kudret Güven, *Eşya Hukuku* (7. Bası, Yetkin 2017) 81; Halük Nami Nomer ve Mehmet Serkan Ergüne, *Eşya Hukuku* (7. Bası, On İki Levha 2019) para 124; Sirmen (n 3) 57; Selahattin Sulhi Tekinay ve diğerleri, *Tekinay Eşya Hukuku*, Cilt I (5. Bası, Filiz 1989) 68 dn 1a; Peter Tuor ve diğerleri, *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch* (13. Bası, Schulthess 2009) § 90 para 1.

⁷ Bu açıklamadan da görülmektedir ki, zilyetliğin havalesi birden çok kişinin eşyanın dolaylı zilyedi olması durumunda da mümkündür. Bu durumu açıklamak için, malikin intifa hakkı kurmak üzere taşınırı intifa hakkı sahibine teslim etmesi, intifa hakkı sahibinin de kullanımı ödünç (ariyet) sözleşmesi yaparak taşınırı ödünç alana teslim etmesi örnek olarak verilebilir. Bu örnek olayda, ödünç alan dolaysız zilyettir; intifa hakkı sahibi ve malik ise dolaylı zilyettir. Bu durumda hem malik hem de intifa hakkı sahibi zilyetliğin havalesi ile başka birine zilyetlik kazandırabilir. Malik, taşınırın mülkiyetini devretmek veya taşınırı üzerinde intifa hakkından sonra gelen başka bir intifa veya rehin hakkı kurmak için bu yola başvurabilir. Devralana ilk durumda aslı zilyetlik, ikinci durumda ise fer'î zilyetlik kazandırılmaktadır. İntifa hakkı sahibi de, henüz ödünç alan eşyanın dolaysız zilyedyken, eşyayı konu alan bir kira sözleşmesi yapabilir ve kiracıya zilyetliğin havalesi yoluyla dolaylı fer'î zilyetlik kazandırabilir. Zilyetliğin havalesi ile kazandırılan dolaylı zilyetliğin aslı veya fer'î zilyetlik olabilmesi hakkında bkz Akipek ve Akıntürk (n 3) 153; Aybay ve Hatemi (n 4) § 6 para 22; Ernst (n 5) para 3; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 4) para 375-78; Sirmen (n 3) 65; Stark ve Lindenmann (n 5) Art 924 para 7; Steinauer (n 3) para 272; Ünal ve Başpınar (n 3) 161.

⁸ Üçüncü kişinin fer'î zilyet olması hakkında bkz Fritz Ostertag, *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch*, Band IV: Sachenrecht, III. Abteilung: Art. 919-977 (2. Bası, Stämpfli 1917) Art 924 para 5; Sutter-Somm (n 5) para 1278.

⁹ Yukarıda (bkz dn 7) açıklanan örnek olayda, intifa hakkı sahibinin zilyetliğin havalesi yoluna başvurması durumunda, ödünç alan üçüncü kişi konumunda olur. Buna mukabil, malikin zilyetliğin havalesi yoluna başvurması durumunda hem intifa hakkı sahibi hem de ödünç alan zilyetliğin havalesi hükümleri açısından üçüncü kişi konumundadır.

¹⁰ Türk doktrininde bu kavramın kullanımı için bkz Hatemi, Serozan ve Arpacı (n 4) 261; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 4) para 381 ve 383-84; Serozan (n 4) para 524.

¹¹ Ruth Arnet ve Paul Eitel, 'Art. 920', Peter Breitschmid ve Alexandra Jungo (edr), *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht*, Sachenrecht (3. Bası, Schulthess 2016) para 2; Homberger (n 3) Art 920 para 6; Stark ve Lindenmann (n 5) Art 924.

¹² Homberger (n 3) Art 924 para 3; Stark ve Lindenmann (n 5) Art 924 para 7; Steinauer (n 3) para 273; Sutter-Somm (n 5) para 1281. Yukarıda (bkz dn 7) açıklanan olayda, malikin zilyetliğin havalesi yoluna başvurması durumunda, intifa hakkı sahibi dolaylı zilyet, ödünç alan ise dolaysız zilyettir.

¹³ Tekinay ve diğerleri (n 6) 78; Ostertag (n 8) Art 924 para 4; Steinauer (n 3) para 275a. Üçüncü kişi zilyetliğin havalesinin tarafı değildir. Ernst (n 5) para 7. Üçüncü kişiye bildirim şart olmaması hakkında bkz Sutter-Somm (n 5) para 1279.

devreden tarafından¹⁴ kendisine bildirildiği andan başlayarak hüküm doğurur⁷. Zilyetliğin havalesinin üçüncü kişiye bildiriminden hukukî sonucu hakkında doktrinde iki görüş savunulmaktadır.

1. Türk ve İsviçre Doktrinlerinde Hâkim Olan Görüş

Türk ve İsviçre doktrinlerinde hâkim olan ve bu makalede genel olarak kabul edilen görüşe göre, zilyetliğin havalesinin üçüncü kişiye bildirilmesinden önce, üçüncü kişi hâlen devreden için zilyetlik aracısıdır;¹⁵ dolayısıyla, devreden onun açısından hâlen dolaylı zilyettir. Bu durumda devreden de devralan için zilyetlik aracısı konumundadır ve devralan onun vasıtası ile dolaylı zilyet olmaktadır.¹⁶ Üçüncü kişi, bu aşamada eşyayı devredene iade etmesi durumunda sorumlu olmayacaktır.¹⁷ Bu takdirde, üçüncü kişinin devralanın dolaylı zilyetliğini ihlâl etmediğinin kabulü gerekir. Buna mukabil, zilyetliğin havalesinin üçüncü kişiye bildiriminden sonra, üçüncü kişi doğrudan devralan için zilyetlik aracısı olmaktadır.¹⁸ Bu aşamadan sonra üçüncü kişinin eşyayı devredene teslim etmesi durumunda devralanın dolaylı zilyetliği ihlâl edilmiş olacaktır.

Bu makalede savunulan görüşe göre, bildirimden önce zilyetliğin havalesinin hiçbir sonucu üçüncü kişiye karşı ileri sürülemezdir.¹⁹ Devralan zilyetliğin havalesi

¹⁴ Kanun hükmüne göre üçüncü kişiye bildirim devreden tarafından yapılması gerekmektedir. Ancak, devreden devralana bu konuda temsil yetkisi vermesi durumunda, bildirim devreden adına ve hesabına devralan tarafından yapılması da mümkündür. Mehmet Serkan Ergüne, *Taşınır Mülkiyeti* (On İki Levha 2017) para 295; Happel (n 5) 59-60; Homberger (n 3) Art 924 para 7; Nomer ve Ergüne (n 6) para 148; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 4) para 383; Ostertag (n 8) Art 924 para 11; Schmid ve Hürlimann-Kaup (n 3) para 173; Steinauer (n 3) para 277.

¹⁵ Schmid ve Hürlimann-Kaup (n 3) para 171.

¹⁶ Happel (n 5) 60; Homberger (n 3) Art 924 para 6.

¹⁷ Akipek ve Akıntürk (n 3) 155; Ergüne (n 14) para 296; Homberger (n 3) Art 924 para 6; Nomer ve Ergüne (n 6) para 148; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 4) para 381; Schmid ve Hürlimann-Kaup (n 3) para 171; Serozan (n 4) para 502; Stark ve Lindenmann (n 5) Art 924 para 22; Steinauer (n 3) para 276; Sutter-Somm (n 5) para 1279; Tekinay ve diğerleri (n 6) 78; Tuor ve diğerleri (n 6) § 90 para 11; Ünal ve Başpınar (n 3) 162. Üçüncü kişinin kendisine bildirim yapılmasından önce zilyetliğin havalesinden haberdar olması durumunda eşyayı devredene iade edebilmesine sınırlama getiren çeşitli görüşler doktrinde savunulmaktadır. Bir görüşe göre, üçüncü kişi bu durumda devredene ahlâka aykırı bir fiille kasten zarar vermesi nedeniyle Türk Borçlar Kanunu'nun 49. maddesinin 2. fıkrası uyarınca sorumlu olabilir. Bu yönde Nomer ve Ergüne (n 6) para 148; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 4) para 381. Başka bir görüşe göre, bu tür bir durumda üçüncü kişinin davranışının dürüstlük kuralına aykırı olması nedeniyle, zilyetliğin havalesinin ona bildirilmemiş olması dikkate alınmaz ve zilyetliğin havalesi üçüncü kişiye bildirilmiş gibi hüküm ve sonuç doğurur. Bu yönde Akipek ve Akıntürk (n 3) 155; Ergüne (n 14) para 296; Nomer ve Ergüne (n 6) para 148; Tekinay ve diğerleri (n 6) 79. Ayrıca, yaratılmış olan görünüşten dolaylı zilyetliğin devredildiğinin açıkça anlaşılabilmesi durumunda, zilyetliğin devrinin bildirimden önce de üçüncü kişiye karşı ileri sürülebileceği belirtilmektedir. Bu yönde Esener ve Güven (n 6) 87.

¹⁸ Homberger (n 3) Art 924 para 6. Alman hukukunun benzer düzenlemesi (AlmMK § 870) açısından, dolaylı zilyetliğin zilyetlik aracısının iradesine dayanması kuralına kanun koyucu tarafından istisna getirildiği belirtilmektedir. Bu yönde Hans Wieling, 'Voraussetzungen, Übertragung und Schutz des mittelbaren Besitzes' (1984) 184 AcP 439, 457. Devreden zilyetliğin aynen devralana geçmesi için (mesela taşınır mülkiyetinin nakli için) zilyetliğin havalesi yapılırsa, üçüncü kişiye bildirimden sonra devreden zilyetlik zincirinden çıkmış olacaktır. Buna mukabil, devreden (mesela taşınırın maliki) kendisi de dolaylı zilyet kalacak şekilde devralana dolaylı zilyetlik kazandırmak üzere (mesela devralana intifa hakkı kazandırmak için) zilyetliğin havalesi yaparsa, devreden (malik) zilyetlik zincirinde kalacaktır; ancak üçüncü kişiye bildirimden sonra devralana (intifa hakkı sahibine) göre zincirin bir sonraki aşamasında bulunacaktır. Bu durumda, üçüncü kişi, doğrudan devralan (intifa hakkı sahibi) için zilyetlik aracısıdır ve kendisinin zilyet olmasına sebep teşkil eden ilişki sona erince eşyayı devralana (intifa hakkı sahibine) teslim etmelidir. Devralan (intifa hakkı sahibi) ise, devreden (malik) için zilyetlik aracısıdır ve kendisinin zilyet olmasına sebep teşkil eden ilişki (intifa hakkı) sona erince eşyayı devredene (malike) teslim etmelidir.

¹⁹ Aynı yönde Ergüne (n 14) para 296.

sonucunda taşınır üzerinde mülkiyet veya intifa hakkı²⁰ kazandıysa, zilyetliğin havalesinin üçüncü kişiye bildiriminden önce bu hakkın ona karşı ileri sürülmesi mümkün olmamalıdır.²¹ Dolayısıyla, devreden ile devralan arasındaki aynî sözleşme açısından, üçüncü kişiye bildirimden önce nisbî hükümsüzlük (nisbî etkisizlik) söz konusudur.²² Bu durumda, 743 sayılı (önceki) Türk Kanunu Medenisi'nin 690. maddesi ve İsviçre Medenî Kanunu'nun 717. maddesi uyarınca, taşınır mülkiyetinin üçüncü kişileri zarara sokmak veya taşınır rehni kurallarından kurtulmak için hükmen teslim ile devri durumunda ortaya çıkan nisbî hükümsüzlüğe benzer bir durum söz konusudur.²³

Burada savunulan görüşün bir sonucu, Türk Borçlar Kanunu'nun 310. ve 311. maddelerinin uygulanması açısından ortaya çıkacaktır. Devralan zilyetliğin havalesi yoluyla kiralanan taşınır üzerinde mülkiyet veya intifa hakkı kazansa bile, bu hak zilyetliğin havalesinin bildiriminden önce üçüncü kişiye (yani kiracıya) karşı ileri sürülemediğinden kira sözleşmesinin hâlen üçüncü kişi (kiracı) ile devreden arasında olduğu kabul edilmelidir. Dolayısıyla, kira sözleşmesinden doğan hak ve yükümlülükler, üçüncü kişiye (kiracıya) bildirim anına kadar devredene ait olacaktır. Özellikle kiraya verenin yükümlülüklerinin ihlâli nedeniyle sorumluluk (mesela ayıptan doğan sorumluluk) açısından bu durum önemli olabilir.

İsviçre Borçlar Kanunu'nun kira sözleşmesi ile ilgili hükümlerinde değişiklik yapan kanunun gerekçesine²⁴ ve İsviçre doktrininde bir yazar tarafından açıkça kabul edilen görüşe göre,²⁵ kiralanan taşınırın mülkiyetinin zilyetliğin havalesi yoluyla devredilmesi durumunda, İsviçre Borçlar Kanunu'nun 261. maddesinin ilk fıkrası (Türk Borçlar Kanunu'nun 310. maddesi) zilyetliğin havalesini içeren sözleşmenin

²⁰ Zilyetliğin havalesi yoluyla taşınır rehni kurulması için üçüncü kişiye bildirim yapılması şarttır. Bu nedenle, üçüncü kişiye bildirim yapılmaksızın devralana zilyetliğin havalesi yoluyla kazandırılacak tek sınırlı aynı hak intifa hakkıdır.

²¹ Mülkiyet açısından açıkça bu yönde Hatemi, Serozan ve Arpacı (n 4) 260.

²² Başak Başoğlu, *Mülkiyeti Saklı Tutma Anlaşması* (Vedat 2019) 83; Ergüne (n 14) para 296 dn 284; Hatemi, Serozan ve Arpacı (n 4) 260; Ünal ve Başpınar (n 3) 161-62.

²³ Hatemi, Serozan ve Arpacı (n 4) 260; Serozan (n 4) para 504. Ayrıca bkz Ergüne (n 14) para 283 ve para 296 dn 284. 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun 766. maddesine göre, bu hükme aykırılık hâlinde "mülkiyetin nakli sonuç doğurmaz". Hükümde kullanılan ifade nedeniyle, 743 sayılı (önceki) Türk Kanunu Medenisi'nden ve İsviçre Medenî Kanunu'ndan farklı olarak, bu maddeye aykırılık durumunda nisbî hükümsüzlük değil, kesin hükümsüzlük yaptırımının öngörüldüğünü kabul eden yazarlar bulunmaktadır. Bu yönde Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 4) para 2612; Sirmen (n 3) 540; Gülşah Vardar Hamamcıoğlu, *Medenî Hukuk'ta Tasarruf İşlemi Kavramı* (On İki Levha 2014) 253-54. Ayrıca bkz Necip Kocayusufoğlu, *Borçlar Hukukuna Giriş – Hukukî İşlem – Sözleşme* (4. Bası, Filiz 2008) § 43 para 37. Ancak, 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun 766. maddesinin hâlen nisbî hükümsüzlük yaptırımını öngördüğünü kabul eden yazarlar da bulunmaktadır. Bu yönde Akipek ve Akıntürk (n 3) 585; Aybay ve Hatemi (n 4) § 17 para 58; Ergüne (n 14) para 282; Ertaş (n 4) para 2235; Nomer ve Ergüne (n 6) para 856; Serozan (n 4) para 199 ve 1224.

²⁴ Botschaft zur Volksinitiative 'für Mieterschutz', zur Revision des Miet- und Pachtrechts im Obligationenrecht und zum Bundesgesetz über Massnahmen gegen Missbräuche im Mietwesen (Botschaft zur Revision des Miet- und Pachtrechts) vom 27. März 1985, [1985] I BBl 1389, 1440: '...bei der Veräusserung beweglicher Sachen geht es mit dem Abschluss des Veräusserungsvertrages über, wenn sich die Sache im Besitz eines Dritten, zum Beispiel des Mieters, befindet (vgl. Art. 924 Abs. 1 ZGB).'

²⁵ Bettina Hürlimann-Kaup, *Grundfragen des Zusammenwirkens von Miete und Sachenrecht* (Schulthess 2008) para 537 ve 586.

(taşınır mülkiyetinin devrine yönelik aynı sözleşmenin)²⁶ yapılması anında devreye girecektir. Dolayısıyla, devreden ile devralan arasındaki sözleşmenin yapılması (daha doğrusu: hüküm ve sonuç doğurması) anında, devralan kira sözleşmesinin tarafı ve kira bedelinin alacaklısı olacaktır. Bu görüş kabul edilirse, üçüncü kişinin (kiracının) kendisine bildirim yapılmasından önce kira bedelini iyiniyetle devredene ödemesi durumunda, İsviçre Borçlar Kanunu'nun 167. maddesinin (Türk Borçlar Kanunu'nun 186. maddesinin) kıyasen uygulanması sonucunda borcundan kurtulduğunun kabulü gerekir.²⁷

Kira bedeli ödeme borcundan kurtulma açısından, burada savunulan görüş ile aktarılan karşı görüş arasında esaslı bir fark doğmamaktadır.²⁸ Ancak, zilyetliğin havalesi ile üçüncü kişiye bildirim arasındaki dönemde kiralananın ayıplı hâle gelmesi durumunda kiracıya karşı sorumlunun belirlenmesi açısından önemli bir fark ortaya çıkabilir.

2. İsviçre Doktrinde Savunulan Yeni Görüş

İsviçre doktrinde savunulan yeni görüşe göre, zilyetliğin havalesinin üçüncü kişiye bildirilmesi üzerine, üçüncü kişi ile devreden arasındaki hukukî ilişkide devredenin yerini devralan alır. Bu görüş, Türk Medenî Kanunu'nun 979. maddesinin 3. fıkrası (İsviçre Medenî Kanunu'nun 924. maddesinin 3. fıkrası) hakkında açıklama yapılırken ileride ele alınacaktır.

III. Üçüncü Kişinin Devredene Yönelik Savunmalarını Devralana İleri Sürebilmesi

Türk Medenî Kanunu'nun 979. maddesinin 3. fıkrasına göre, '[ü]çüncü kişi, zilyetliği devredene karşı ileri sürebileceği sebeplerle şeyi edinene vermekten kaçınabilir'. Birden çok dolaylı zilyetten oluşan, çok basamaklı zilyetlik söz konusu ise hem dolaysız zilyedin hem de dolaylı zilyet olan üçüncü kişinin (devreden için

²⁶ Doktrinde savunulan ilk görüşe göre, mülkiyetin devri konusunda anlaşma ve zilyetliğin devri, aynı sözleşmenin iki kurucu unsurudur. Bu yönde Sirmen (n 3) 535. Doktrinde savunulan diğer görüşe göre ise, aynı sözleşmenin tek kurucu unsur, mülkiyetin devri konusunda anlaşmadır. Zilyetliğin devri ise, aynı sözleşmenin hüküm doğurması için aranan tamamlayıcı bir unsurdur. Bu yönde Ergüne (n 14) para 227; Kocayusufpaşaoğlu (n 23) § 11 para 6.

²⁷ Türk doktrinde bu yönde Murat İnceoğlu, *Kira Hukuku* (On İki Levha 2014) Cilt I, 595; Seda Öktem Çevik, *Kira Sözleşmesine Etkisi Bakımından Kiralananın Devri ve Sınırlı Aynı Hakka Konu Olması* (On İki Levha 2016) 203-05. 6570 sayılı (mülga) Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun açısından bu yönde Burak Özen, 'Kira Konusunun Devri' (2010) 16/1-2 MÜHF – HAD 137, 175-76.

²⁸ İki görüş arasındaki fark, devredene kira bedelini ödeyen kiracının (zilyetliğin havalesi açısından üçüncü kişinin) borcundan kurtulması için iyiniyetinin şart olup olmaması açısından ortaya çıkmaktadır. Burada savunulan görüşe göre, zilyetliğin havalesinin bildiriminden önce devredene kira bedelini ödeyen kiracının (zilyetliğin havalesi açısından üçüncü kişinin) borcundan kurtulması için iyiniyetli olması şart değildir. Ancak, üçüncü kişinin (kiracının) bildirimden önce zilyetliğin havalesinden haberdar olması durumunda, zilyetliğin havalesinin ona karşı ileri sürülememesi kuralına sınırlamalar getiren görüşler bulunmaktadır. Bu konuda bkz yukarıda dn 17. Bu görüşlerin üçüncü kişinin (kiracının) kira bedelini devredene ödemesi açısından da savunulması mümkündür. Bu durumda, yukarıda açıklanan iki görüş arasındaki fark iyice azalmaktadır.

zilyetlik aracı olan kişinin)²⁹ bu hükümde düzenlenen imkândan yararlanabilmesi mümkündür.³⁰ Bu durumda, dolaysız zilyet, dolaylı zilyet olan üçüncü kişinin devredene karşı sahip olduğu savunmaları devralana karşı ileri sürerek eşyayı devralana vermekten kaçınılabilir.³¹

Söz konusu hüküm hakkında doktrinde üç görüş savunulmaktadır. Aşağıda, ilk olarak, makalede savunulan görüş açıklanacaktır (1.). İkinci olarak, Türk ve İsviçre doktrinlerinde hâkim olan görüş ele alınacaktır (2.). Son olarak da, İsviçre doktrininde son dönemlerde savunulmaya başlanan yeni görüş açıklanacak ve değerlendirilecektir (3.).

1. Makalede Kabul Edilen Görüş

A. Genel Olarak

İsviçre doktrininde bazı yazarlar tarafından savunulan ve bu makalede de kabul edilen görüşe göre, Türk Medenî Kanunu'nun 979. maddesinin 3. fıkrası (İsviçre Medenî Kanunu'nun 924. maddesinin 3. fıkrası) uyarınca, taşınırların zilyetliğinin havalesi durumunda, üçüncü kişi tarafından devredene karşı ileri sürülebilir bütün aynî veya şahsî (nisbî) haklar devralana karşı da ileri sürülerek taşınırın iadesinden kaçınılabilir.³² Üçüncü kişinin aynî hakkını devralana karşı ileri sürebilmesi bu hakkın mutlak hak olmasından kaynaklanmaktadır. Bu açıdan bir özellik söz konusu değildir. Dolayısıyla, özel olarak üzerinde durulması gereken husus, üçüncü kişinin devreden ile ilişkisinden doğan şahsî (nisbî) hakkının devralana karşı da ileri sürülebilmesidir.

Burada savunulan görüşe göre, ilk olarak, taşınırlar ve taşınmazlar arasında bir ayırım yapılmalıdır. Taşınır mülkiyetinin devri ve taşınır üzerinde intifa veya rehin hakkı kurulması için kural olarak taşınırın zilyetliğinin devri şarttır (TMK 763/I, 795/I ve 939/I, İsvMK 714/I, 745/I ve 884/I). Eğer kanunda zilyetliğin havalesi öngörülmemiş olsaydı, üçüncü kişinin taşınırın dolaysız zilyedi olması nedeniyle devreden (sadece) dolaylı zilyet olması durumunda, devreden tarafından devralana aynî hak kazandırılabilmesi için taşınırın üçüncü kişi tarafından devredene iadesinin ve devreden tarafından devralana tesliminin beklenmesi gerekecekti. Bu durumda, üçüncü kişi devredene karşı şahsî (nisbî) hakkını ileri sürerek taşınırın iadesinden

²⁹ Bu açıklamaya örnek olarak, taşınırın malik tarafından intifa hakkı sahibine teslimi, intifa hakkı sahibi tarafından da ödünç alana teslim edilmesi gösterilebilir. Malikin zilyetliğin havalesi yoluyla dolaylı zilyetliğini devretmesi durumunda, hem dolaysız zilyet olan ödünç alan hem de dolaylı zilyet olan intifa hakkı sahibi burada incelenen hüküm açısından üçüncü kişidir.

³⁰ Stark ve Lindenmann (n 5) Art 924 para 40.

³¹ Ostertag (n 8) Art 924 para 12.

³² Eugen Bucher, *Obligationenrecht Besonderer Teil* (3. Bası, Schulthess 1988) 173; Paul Eitel, 'Bricht Kauf Miete und Leihe bei Fahrnis?', Wolfgang Wiegand, Thomas Koller ve Hans Peter Walter (edr), *Tradition mit Weitsicht – Festschrift für Eugen Bucher zum 80. Geburtstag* (Stämpfli 2009) 69, 73 vd; Martin P Hedinger, *System des Besitzesrechts* (Stämpfli 1985) 86-87; Felix Schöbi, *Der Besitzschutz* (Stämpfli 1987) 63. Hem taşınırlar hem de taşınmazlar açısından bu yönde Adolf Zycha, 'Eigentumsverfolgung und Verkehrsschutz bei Fahrnis nach dem Schweizerischen Civil-gesetzentwurf' (1903) 22 ZSR 74, 135 özellikle dn 126.

kaçınabilir ve devralanın aynî hak kazanmasını geciktirebilirdi. Zilyetliğin havalesi yoluyla üçüncü kişinin rızası ve bilgisi olmaksızın dolaylı zilyetliğin devredilebilmesi, taşınırın devredene iadesinin beklenmesi zorunlu olmaksızın, devreden tarafından devralana (dolaylı zilyetlik ve) aynî hak kazandırılması imkânını yaratmaktadır.³³ Burada kabul edilen görüşe göre, üçüncü kişinin rızası (hatta bilgisi) olmaksızın yapılabilen bu devir, onun menfaatlerinin zedelenmesine hiçbir şekilde yol açmamalıdır.³⁴ Bu nedenle, üçüncü kişi tarafından devredene ileri sürülebilir bütün savunmalar – şahsî (nisbî) hakka dayansalar bile – devralana karşı da ileri sürülebilir. Bu görüş, devralanın menfaatleri açısından da sakıncalı değildir. Nitekim, zilyetliğin havalesi yolu kabul edilmemiş olsaydı, devralan aynî hak kazanabilmek için zaten üçüncü kişinin aynî hakkının veya devredene karşı ileri sürülebilir şahsî (nisbî) hakkının sona ermesini ve taşınırın devredene iadesini beklemek zorunda olacaktı. Devralanın üçüncü kişinin şahsî (nisbî) hakkı sona ermeden taşınır üzerinde aynî hak kazanabilmesi, taşınırın kendisine teslimi için üçüncü kişinin aynî veya şahsî (nisbî) hakkının sona ermesini beklemesi gerekse bile, neticede onun menfaatindedir.

Türk Medenî Kanunu'nun 979. maddesinin 3. fıkrasının (İsviçre Medenî Kanunu'nun 924. maddesinin 3. fıkrasının) yorumunda taşınır üzerinde aynî hak kazanılmasının yolu açısından da bir ayırım yapılmalıdır. Yukarıda yer alan açıklamalar, taşınır mülkiyetinin devri veya taşınır üzerinde sınırlı aynî hak kurulması için zilyetliğin devrinin şart olduğu hâller dikkate alınarak yapılmıştır. Zilyetliğin devri şart olmaksızın devralana taşınır üzerinde aynî hak kazandırılan hâllerde hukukî durum değişmektedir. Bu durumda, zilyetliğin havalesi kanunda kabul edilmemiş olsaydı bile, üçüncü kişinin taşınırın dolaysız zilyedi olması devralanın aynî hak kazanmasına engel olmazdı. Bu nedenle, zilyetliğin havalesi durumunda üçüncü kişiye sağlanan koruma devreye girmemelidir.

Taşınmazlar ile ilgili hukukî durum da taşınırlar ile ilgili genel hukukî durumdan farklıdır. Nitekim taşınmaz mülkiyetinin devri ve taşınmaz üzerinde sınırlı aynî hak kurulması ya da devri için zilyetliğin devredilmesi şart değildir. Bu nedenle, üçüncü kişi taşınmazın dolaysız zilyedi olsa bile, devreden dolaysız zilyet olmayı beklemesi gereksizdir devralana taşınmaz üzerinde aynî hak kazandırması mümkündür. Zilyetliğin havalesi bu açıdan bir fark yaratmamaktadır. Üçüncü kişi devredene karşı şahsî (nisbî) hak ileri sürerek taşınmazın iadesinden kaçınılabilir de, devreden devralana aynî hak kazandırmasına engel olamayacaktır. Bu nedenle, devreden zilyetliğin havalesi ile devralana taşınmazın dolaylı zilyetliğini kazandırınca, üçüncü

³³ Eitel (n 32) 73; Ünal ve Başpınar (n 3) 160. Ayrıca bkz Happel (n 5) 49; Stark ve Lindenmann (n 5) Art 924 para 6. Alman hukukunda 'iade talebinin devri' (*Abtretung des Herausgabeanspruchs*) yoluyla taşınır mülkiyetinin devredilebilmesinin benzer bir işleve sahip olması hakkında bkz Jürgen F Baur ve Rolf Stürner, *Sachenrecht* (18. Bası, CH Beck 2009) § 51 para 35.

³⁴ Karş Happel (n 5) 67-68.

kişi tarafından devredene karşı ileri sürülebilir şahsî (nisbî) hakların devralana karşı ileri sürülerek taşınmazın dolaysız zilyetliğinin iadesinden kaçınılamaması menfaatler dengesine uygundur.

Buraya kadar yapılan açıklamalar, Türk Medenî Kanunu'nun 979. maddesinin 3. fıkrası (İsviçre Medenî Kanunu'nun 924. maddesinin 3. fıkrası) açısından taşınırlar ve taşınmazlar arasında ayırım yapılması lüzumunu göstermekte ve söz konusu hükmün sadece taşınırlar açısından uygulanması görüşünün gerekçesini ortaya koymaktadır. İsviçre doktrininin aksine,³⁵ Türk doktrininde zilyetliğin havalesi hâlinde üçüncü kişinin şahsî (nisbî) hakkını devralana karşı ileri sürerek iadede kaçınılabilmesini kabul eden yazarlar, taşınırlar ve taşınmazlar arasında bir ayırım yapmamaktadır.³⁶ Bu durum, 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun 979. maddesinin 3. fıkrasının (743 sayılı [önceki] Türk Kanunu Medenî'si'nin 892. maddesinin 3. fıkrasının ve İsviçre Medenî Kanunu'nun 924. maddesinin 3. fıkrasının) sözünde taşınırlar ve taşınmazlar arasında ayırım yapılmamasından kaynaklanıyor olabilir. Ancak menfaat durumları arasındaki fark, hükmün sözünde yer almasa da, taşınırlar ile taşınmazlar arasında bir ayırım yapılması gerektiğini göstermektedir.

Bu makalede savunulan görüş uyarınca, İsviçre doktrininde savunulan yeni görüşün aksine, Türk Medenî Kanunu'nun 979. maddesinin 3. fıkrası (İsviçre Medenî Kanunu'nun 924. maddesinin 3. fıkrası) üçüncü kişi ile devreden arasındaki hukukî ilişkide taraf değişmesine ve devredenin yerini devralanın almasına yol açmamaktadır. Borç ilişkisi üçüncü kişi ile devreden arasında kalmaya devam etmektedir. Bu nedenle, borç ilişkisinden doğan bir hakkı üçüncü kişiye karşı ileri sürebilen ve üçüncü kişiye borçlu olan tek kişi devredendir. Borca aykırılık hâlinde üçüncü kişiye karşı sorumlu olacak kişi de devredendir. Bu yönde bir düzenleme, irade serbestisine en uygun çözüm niteliğindedir. Nitekim, Türk Borçlar Kanunu'nun 310. maddesindeki veya İsviçre Borçlar Kanunu'nun 261. maddesindeki gibi borç ilişkisinde devredenin yerini devralanın almasına dair bir düzenleme yapılması durumunda, üçüncü kişiye karşı alacaklı ve borçlu olan kişinin üçüncü kişinin rızası olmaksızın değişmesi söz konusu olacaktır. Üçüncü kişinin borç ilişkisinden doğan bütün haklarının ve borçlarının aynı kalması hâlinde bile, onun iradesi hilafına devralan ile borç ilişkisi içine sokulması menfaatlerine aykırı olabilir ve her halükârda irade serbestisine getirilen bir sınırlama niteliğindedir. Bu tür bir sınırlamanın ölçülü olup olmadığı, aşağıda kira sözleşmesi açısından özel olarak ele alınacaktır.

³⁵ Bucher (n 32) 173. Ayrıca bkz Eitel (n 32) 71 dn 10. Yazar İsviçre Medenî Kanunu'nun 924. maddesinin 3. fıkrasını (Türk Medenî Kanunu'nun 979. maddesinin 3. fıkrasını) sadece taşınırlar açısından ele almaktadır. Bu hükmün taşınmazlara uygulanması meselesine girmediğini belirtmektedir.

³⁶ Ertaş (n 4) para 192; Tekinay ve diğerleri (n 6) 80-81.

B. Kira Sözleşmesine Dair Özel Hükümler ile Karşılaştırma

Türk Medenî Kanunu'nun 979. maddesinin 3. fıkrası (İsviçre Medenî Kanunu'nun 924. maddesinin 3. fıkrası) ile ilgili bütün görüşler, bu hükmün kiralananın devri hakkındaki hükümlerle ilişkisini ele almaktadır. Bu makalede de aynı yol izlenecektir.

a. 818 Sayılı Borçlar Kanunu'nun ve İsviçre Borçlar Kanunu'nun Önceki Hükümleri ile Karşılaştırma

Bu kapsamda, ilk olarak, 818 sayılı (önceki) Borçlar Kanunu'nun 254. maddesi ve İsviçre Borçlar Kanunu'nun 01.07.1990 tarihinden önceki (ilk) hâli ile 259. maddesi ele alınmalıdır. Bu maddelerin ilk fıkrasına göre, kira sözleşmesinin kurulmasından sonra kiralananın mülkiyetinin devredilmesi durumunda, devralan bu yönde irade beyanında bulunmadıkça, kiracı kira sözleşmesinin devamını ondan talep edemez.³⁷ Maddenin ikinci fıkrasına göre, kiralanan taşınmaz ise, devralan kira sözleşmesinin feshedilmesi mümkün olan ilk ana kadar kiralananın kiracı tarafından kullanılmasına katlanmakla yükümlüdür.³⁸

Söz konusu hükümde geçen 'kiranın devamı' ifadesi,³⁹ devralanın kira sözleşmesinden doğan borca katılması⁴⁰ veya devralana kira sözleşmesinin devri olarak anlaşılmaktaydı.⁴¹ Bu konuda kabul edilen görüş ne olursa olsun, devralan sadece 'kiranın devamını' kabul etmesi durumunda kiracıya karşı borç altına girer ve borca aykırılık hâlinde sorumlu olurdu. Mesela kiralananın ayıplı hâle gelmesi nedeniyle devralanın kiracıya karşı sorumlu olması, sadece 'kiranın devamını' kabul etmesi hâlinde söz konusu olurdu. 818 sayılı (önceki) Borçlar Kanunu'nun 254. maddesi ve İsviçre Borçlar Kanunu'nun 01.07.1990 tarihinden önceki (ilk) hâli ile 259. maddesi, devralan açısından bu hukukî sonucun doğmasını (yani devralanın borç altına girmesini) onun iradesine bağlamıştı.

³⁷ 818 sayılı (mülga) Borçlar Kanunu'nun 254. maddesinin uygulama alanında olan (6570 sayılı [mülga] Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun'un uygulama alanı dışında kalan) hâllerde, devralanın kiralananı kullandırma borcuna katılması veya kira sözleşmesini devralması kendi iradesine dayanıyordu. Ancak, doktrinde savunulan bir görüşe göre, devralanın iradesi bu sonuçları doğurmak için yeterli değildi. Her halükârda kiracının da irade beyanı aranmalıydı. Ayrıca, sözleşmenin devri durumunda, devredenin de katılması ile üç taraflı bir sözleşme yapılması gerekiyordu. Bu yönde Öktem Çevik (n 27) 11-12; Özen, 'Kira Konusunun Devri' (n 27) 166-67. Doktrinde savunulan diğer görüşe göre, kiralananın devri sonrasında devralanın borca katılma yönünde irade beyanında bulunması, onun kiralananı kullandırma borcuna katılması için kanunen yeterliydi. Dolayısıyla, bu görüşe göre, devralanın borca katılması için kiracının rızası aranmıyordu. Bu yönde Mustafa Alper Gümüş, *Yeni 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Sözleşmesi* (Vedat 2011) 138. Her halükârda, devralanın irade beyanı olmadan kendisinin kira sözleşmesine dayalı bir borcun yükümlüsü olması söz konusu değildi.

³⁸ Bu durumda kanundan doğan bir borç olduğu kabul edilmeliydi. Bu yönde Özen, 'Kira Konusunun Devri' (n 27) 168; Öktem Çevik (n 27) 12. Başka bir görüş için bkz Gümüş (n 37) 139-40.

³⁹ 818 sayılı (önceki) BK 254/I: "...kiracı, kiralananın ahiren maliki olan üçüncü şahıstan ancak kabulü şartı ile *kiranın devamını* [...] isteyebilir." İsvBK 259/I (ilk hâli), Fransızca metin: "...le preneur n'a pas le droit d'imposer au tiers acquéreur *la continuation du bail*, à moins que ce dernier ne s'y soit obligé..." Almanca metin: "...so kann der Mieter *die Fortsetzung des Mietvertrages* von dem Dritten nur fordern, wenn dieser sie übernommen hat..." (Vurgular ilave edilmiştir.)

⁴⁰ Bu yönde Bucher (n 32) 172.

⁴¹ Bu konudaki görüşlerin açıklanması için bkz Öktem Çevik (n 27) 10-12.

Söz konusu hüküm, burada savunulan görüşe göre, devralanın kiracıya karşı borç altına girmesi söz konusu olmaksızın, kiracının devredene karşı olan alacak hakkını devralana ileri sürerek kiralananı teslimden kaçınabilmesini engelleyecek şekilde anlaşılmalıydı.⁴² Başka bir ifadeyle, söz konusu hüküm, Türk Medenî Kanunu'nun 979. maddesinin 3. fıkrasının (743 sayılı Türk Kanunu Medenî'si'nin 892. maddesinin 3. fıkrasının ve İsviçre Medenî Kanunu'nun 924. maddesinin 3. fıkrasının) kira sözleşmesinde uygulanmasına engel değildi.⁴³ Kiracının zilyetliğinde olan taşınırın mülkiyetinin zilyetliğin havalesi yoluyla devri durumunda, kiracı devreden ile olan kira sözleşmesinden doğan alacak hakkına dayanarak taşınırı iadede kaçınılabildi;⁴⁴ ancak borca aykırılık durumunda devralanı sorumlu tutamazdı. Kiracıya karşı sorumlu olan sadece devredendi.⁴⁵

Açıklanan görüş kabul edilseydi, Türk Medenî Kanunu'nun 979. maddesinin 3. fıkrası (743 sayılı Türk Kanunu Medenî'si'nin 892. maddesinin 3. fıkrası ve İsviçre Medenî Kanunu'nun 924. maddesinin 3. fıkrası) ile 818 sayılı (önceki) Borçlar Kanunu'nun 254. maddesi (İsviçre Borçlar Kanunu'nun 01.07.1990 tarihinden önceki hâli ile 259. maddesi) arasında bir çelişki meydana gelmemekteydi.⁴⁶ Kira sözleşmesine dair hüküm, kiralananın devri hâlinde devralanın kira sözleşmesi uyarınca borçlu olmasını onun iradesine bağlıyordu. Zilyetliğin havalesine dair hüküm ise, zaten üçüncü kişi (kiracı) ile devralan arasında borç ilişkisi olmaması hâlini düzenliyor ve üçüncü kişinin şahsî hakkını (kira sözleşmesinden doğan alacak hakkını) ileri sürerek kiralanan taşınırı devralana iadede kaçınabilmesini sağlıyordu.⁴⁷ Ancak, Türk ve İsviçre doktrinlerinde bu görüş hâkim olmamıştır.

b. 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun ve İsviçre Borçlar Kanunu'nun Yeni Hükümleri ile Karşılaştırma

Türk Borçlar Kanunu'nun 310. ve 311. maddelerine (İsviçre Borçlar Kanunu'nun 261. ve 261a maddelerine) göre, kiralanan üzerinde mülkiyet hakkına veya üst

⁴² Rudolf Beetschen, *Der Grundsatz 'Kauf bricht Miete' im schweizerischen Recht* (Effingerhof 1925) 57.

⁴³ Aksi yönde Tekinay ve diğerleri (n 6) 81.

⁴⁴ Beetschen (n 42) 58.

⁴⁵ Karş Beetschen (n 42) 59.

⁴⁶ Aksi yönde Homberger (n 3) Art 924 para 10; Ostertag (n 8) Art 924 para 12.

⁴⁷ Bütün paragraf için bkz Beetschen (n 42) 57.

hakkına⁴⁸ sahip olan⁴⁹ kiraya veren (devreden), kira sözleşmesinin kurulmasından ve kiralananın kiracıya tesliminden sonra,⁵⁰ mülkiyet hakkını veya üst hakkını başka bir kişiye devreder veya kiracının hakkı ile çatışacak şekilde başka bir kişi lehine sınırlı aynı hak kurarsa⁵¹ (mesela intifa hakkı, oturma [sükna] hakkı veya üst hakkı kurarsa⁵² ya da üst hakkı sahibi olan kiraya veren kiralananın kullanımını etkileyecek başka bir üst hakkı kurarsa),⁵³ kira sözleşmesinde kiraya verenin yerini kanunen devralan alır.⁵⁴ Kira sözleşmesinin tarafı hâline gelen devralan, kira sözleşmesini kanunda sayılan hâllerde sona erdirebilir (TBK 351 ve İsvBK 261/II). Dolayısıyla, devreden tarafından sona erdirilemeyen bir kira sözleşmesinin (bu sözleşmeden doğan hak tapu siciline şerh edilmediyse) devralan tarafından belli şartlar altında daha erken sona erdirilebilmesi imkânı vardır. İsviçre hukukunda, bu ihtimal gerçekleşirse, kiracının kira sözleşmesinin erken sona erdirilmesi nedeniyle doğan zararından devreden sorumlu tutulmuştur (İsvBK 261/III).⁵⁵ Türk hukukunda bu

⁴⁸ Kiraya verenin üst hakkı sahibi olabilmesi ve üst hakkının devri durumunda kiralananın devrine dair hükümlerin uygulanabilmesi yönünde Hürlimann-Kaup (n 25) para 548; Öktem Çevik (n 27) 102. 818 sayılı (mülga) Borçlar Kanunu'nun 254. maddesi ve 6570 sayılı (mülga) Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun açısından aynı yönde Özen, 'Kira Konusunun Devri' (n 27) 155-56. Ayrıca bkz İnceoğlu (n 27) 578; Öktem Çevik (n 27) 150-51.

⁴⁹ Türk Borçlar Kanunu'nun 310. maddesinin (İsviçre Borçlar Kanunu'nun 261. maddesinin) uygulanabilmesi için, kural olarak, kiraya verenin malik olması aranmaktadır. Bu yönde Faruk Acar, *Kira Hukuku Şerhi* (3. Bası, Beta 2016) TBK m 310 para 35; Gümüş (n 37) 144; Hürlimann-Kaup (n 25) para 523 ve 527; İnceoğlu (n 27) 582; Öktem Çevik (n 27) 89. 818 sayılı (mülga) Borçlar Kanunu'nun 254. maddesi ve 6570 sayılı (mülga) Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun açısından aynı yönde Özen, 'Kira Konusunun Devri' (n 27) 150-51. Ancak, kiraya veren lehine tapu sicilinde yolsuz tescil varsa ve Türk Medenî Kanunu'nun 1023. maddesi (İsviçre Medenî Kanunu'nun 973. maddesi) uyarınca devralan iyiniyetle mülkiyet hakkını kazanırsa, Türk Borçlar Kanunu'nun 310. maddesinin (İsviçre Borçlar Kanunu'nun 261. maddesinin) uygulanması savunulmaktadır. Bu görüşü kabul edenlere göre, kiraya verenin taşınırın emin sıfatıyla ziyedi olması ve Türk Medenî Kanunu'nun 988. maddesi (İsviçre Medenî Kanunu'nun 933. maddesi) uyarınca üçüncü kişinin mülkiyeti kazanması hâlinde de aynı sonuç doğar. Bu yönde Acar (n 49) TBK m 310 para 35; Hürlimann-Kaup (n 25) para 525; İnceoğlu (n 27) 579; Öktem Çevik (n 27) 137-38. 818 sayılı (mülga) Borçlar Kanunu'nun 254. maddesi ve 6570 sayılı (mülga) Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun açısından aynı yönde Özen, 'Kira Konusunun Devri' (n 27) 151.

⁵⁰ Türk Borçlar Kanunu'nun 310. ve İsviçre Borçlar Kanunu'nun 261. maddesinde kiralananın kiracıya teslim edilmesi şartı açıkça yer almamaktadır. Ancak doktrinde hâkim olan görüşe göre, bu hükümlerin uygulanabilmesi için, kiralananın devrinden önce kiracıya teslim edilmiş olması şarttır. Bu yönde Acar (n 49) TBK m 310 para 49; Pınar Altınok Ormancı, 'Kira Sözleşmesinin Kurulmasından Sonra Kiralananın El Değiştirmesi: "Satım Kirayı Bozmaz" İlkesinin Sonuçları' (2013) 12 İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi 125, 128-29; Gümüş (n 37) 144; Peter Higi ve Christoph Wildisen, *Zürcher Kommentar*, Obligationenrecht, Vorbemerkungen zum 9. Titel, Art. 253-265 OR (5. Bası, Schulthess 2019) Art 260-261a para 13; Claire Huguenin, *Obligationenrecht Allgemeiner und Besonderer Teil* (2. Bası, Schulthess 2014) para 2979; Roger Weber, 'Art. 261', Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt ve Wolfgang Wiegand (edr), *Basler Kommentar – Obligationenrecht I* (6. Bası, Schulthess 2015) para 2. 6570 sayılı (mülga) Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun açısından aynı yönde Özen, 'Kira Konusunun Devri' (n 27) 162-63. Aksi yönde Hürlimann-Kaup (n 25) para 572-74; Urban Hulliger ve Peter Heinrich, 'Art. 260-261a', Markus Müller-Chen ve Claire Huguenin (edr), *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht*, Vertragsverhältnisse Teil 1: Innominatkontrakte, Kauf, Tausch, Schenkung, Miete, Leihe (3. Bası, Schulthess 2016) para 4. Ayrıca bkz İnceoğlu (n 27) 587. Bu yazara göre, kira sözleşmesinin kurulmasından sonra, ancak henüz kiralananın kiracıya teslim edilmeden önce kiralananın mülkiyeti üçüncü kişiye devredilirse ve devreden daha sonra kiralananı kiracıya teslim ederse, devralan kira sözleşmesinin tarafı hâline gelmiş kabul edilmelidir.

⁵¹ Türk Borçlar Kanunu'nun 311. maddesinde – İsviçre Borçlar Kanunu'nun 261a maddesinin sözünden kısmen farklı olarak – devralanın 'kiralanan üzerinde kiracının hakkını etkileyen bir aynı hak sahibi' olması ölçütünün getirilmesinin eleştirisi için bkz Gümüş (n 37) 147.

⁵² Bu örnekler için bkz Gümüş (n 37) 147; Higi ve Wildisen (n 50) Art 260-261a para 17; Hulliger ve Heinrich (n 50) para 2; Hürlimann-Kaup (n 25) para 625; İnceoğlu (n 27) 606; Öktem Çevik (n 27) 154-61; Roger Weber, 'Art. 261a', Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt ve Wolfgang Wiegand (edr), *Basler Kommentar – Obligationenrecht I* (6. Bası, Schulthess 2015) para 1.

⁵³ Hürlimann-Kaup (n 25) para 619.

⁵⁴ Acar (n 49) TBK m 310 para 21 ve 62; Altınok Ormancı (n 50) 129; Gümüş (n 37) 144-45; Higi ve Wildisen (n 50) Art 260-261a para 22; Hürlimann-Kaup (n 25) para 576; İnceoğlu (n 27) 588-89; Öktem Çevik (n 27) 40-41 ve 173-74; Weber, 'Art. 261' (n 50) para 4.

⁵⁵ Higi ve Wildisen (n 50) Art 260-261a para 52; Hulliger ve Heinrich (n 50) para 9; Weber, 'Art. 261' (n 50) para 10.

yönde bir düzenleme bulunmamaktadır.⁵⁶ Doktrinde savunulan bir görüşe göre, Türk hukukunda da aynı kural kabul edilmelidir.⁵⁷ Her halükârda, devralanın kira sözleşmesini sona erdirmemesi ve bu sözleşmeden doğan borçlarını ihlâl etmesi hâlinde doğan zarardan devreden sorumlu olmayacaktır.⁵⁸ Dolayısıyla, Türk Borçlar Kanunu'nun 310. maddesi ile İsviçre Borçlar Kanunu'nun 261. maddesi, devredeni kira sözleşmesinden (hâkim görüşe göre ileriye etkili olarak)⁵⁹ kurtarmaktadır.⁶⁰ Kira sözleşmesinin tarafının bu şekilde kiracının rızası aranmaksızın değişmesi ve (kira sözleşmesinin erken sona ermesi nedeniyle devreden sorumlu olduğu bir yana bırakılırsa) kiracının sadece devralana başvurabilecek olması, onun menfaatlerini ihlâl edebilecek niteliktedir.⁶¹

Türk Medenî Kanunu'nun 979. maddesinin 3. fıkrasının (İsviçre Medenî Kanunu'nun 924. maddesinin 3. fıkrasının) bu makalede savunulan görüşe göre taşınmazlara uygulanmaması nedeniyle, Türk Borçlar Kanunu'nun 310. ve 311. maddeleri (İsviçre Borçlar Kanunu'nun 261. ve 261a maddeleri) taşınmaz kiralarda kiracının durumunu iyileştirici sonuç doğurabilir. Ancak, Türk ve İsviçre hukuklarında kira sözleşmesine dair söz konusu hükümler – Alman Medenî Kanunu'nun muadil hükümlerinden farklı olarak – taşınır kiralarna da uygulanmaktadır.⁶² Bu durum, taşınırın zilyedi olan kiracının – bu makalede savunulan görüşe göre – Türk Medenî Kanunu'nun 979. maddesinin 3. fıkrası (İsviçre Medenî Kanunu'nun 924. maddesinin 3. fıkrası) uyarınca sahip olacağı hukukî durumu kötüleştirebilecek niteliktedir. Taşınır kiralarda kiralananın zilyetliğin havalesi ile devri hâlinde Türk Borçlar Kanunu'nun 310. ve 311. maddeleri yerine Türk Medenî Kanunu'nun 979. maddesinin 3. fıkrası uygulansaydı, kiracı kiralananı devralana teslimden yine kaçınabilecekti.⁶³ Buna ilave olarak, kiracı kendisi tarafından kabul edilen kişi (devreden) ile sözleşme ilişkisi içinde kalmaya devam edecekti. Dolayısıyla devreden, kiracıya karşı borçlu ve sorumlu olan kişi olarak kalacaktı. Türk Borçlar Kanunu'nun 310. ve 311. maddelerine göre ise, kiralananın devrinden sonra kiracıya

⁵⁶ Acar (n 49) TBK m 310 para 97.

⁵⁷ İnceoğlu (n 27) 599; Öktem Çevik (n 27) 262-63. Aksi yönde Altınok Ormancı (n 50) 133; Gümüş (n 37) 142-43.

⁵⁸ Hulliger ve Heinrich (n 50) para 9. Ayrıca bkz Acar (n 49) TBK m 310 para 67; Öktem Çevik (n 27) 176-79; Weber, 'Art. 261' (n 50) para 5.

⁵⁹ Acar (n 49) TBK m 310 para 70-71; Altınok Ormancı (n 50) 129-30; Gümüş (n 37) 145; Öktem Çevik (n 27) 175-76.

⁶⁰ Acar (n 49) TBK m 310 para 70 ve 74; Higi ve Wildisen (n 50) Art 260-261a para 26.

⁶¹ Higi ve Wildisen (n 50) Art 260-261a para 54. Ayrıca karşı Öktem Çevik (n 27) 176 ve 179.

⁶² Altınok Ormancı (n 50) 129; Gümüş (n 37) 141-42; Öktem Çevik (n 27) 21.

⁶³ Türk Medenî Kanunu'nun 979. maddesinin 3. fıkrası üçüncü kişiye sadece taşınırı teslimden kaçınma yetkisi vermektedir. Üçüncü kişi devralana karşı alacaklı olmadığından, taşınırın elinden çıkması durumunda taşınırı devralandan talep edemeyecektir. Türk Borçlar Kanunu'nun 310. ve 311. maddelerinin kiracıya bu imkânı da vermesi nedeniyle onun lehine olduğu belirtilebilir. Ancak, taşınıra zilyet olan üçüncü kişinin devralan da dahil herkese karşı zilyetliğin korunmasına dair davaları açabilecek olması (TMK 982-984), onun menfaatini büyük ölçüde korumaktadır. Ayrıca, devralanın üçüncü kişinin rızası hilafına onun zilyetliğini sona erdirmesi ve zilyetlik davalarını açmak için öngörülen hak düşürücü sürenin (özellikle bir yıllık sürenin) geçmesi durumunda (TMK 984), devralan – şartları varsa – ahlâka aykırı fiil ile kasten zarar vermesi nedeniyle sorumlu olabilir (TBK 49/II) ve devralanın taşınırı teslim etmek suretiyle aynen tazmine mahkum edilmesi gündeme gelebilir. Açıklanan nedenlerle, Türk Borçlar Kanunu'nun 310. ve 311. maddeleri uyarınca kiracının devralana karşı alacak hakkı sahibi olmasının bahsedilen (sınırlı) avantajları makalede dikkate alınmamıştır.

karşı borçlu ve sorumlu olarak sadece devralan bulunmaktadır. Kiracının bilgisi ve rızası olmaksızın kiralananın devredilebilmesi nedeniyle, söz konusu düzenleme taşınır kiralarında kiracının menfaatlerini ihlâl edebilecek niteliktedir.

Kiraya verenin kiralananın mülkiyetini devralana nakletmesi veya kiralanan üzerinde devralan lehine bazı sınırlı aynı haklar kurması durumunda devralanın kira sözleşmesine kanunen taraf olmasına dair düzenlemeler (TBK 310 ve 311, İsvBK 261 ve 261a), kira sözleşmesi ile genellikle uzun süreli bir ilişki kurulmak istenmesi ile açıklanabilir.⁶⁴ Kiralananın devrinden sonra kira sözleşmesinin tarafları devreden ile kiracı kalır ve (Türk Medenî Kanunu'nun 979. maddesinin 3. fıkrası veya İsviçre Medenî Kanunu'nun 924. maddesinin 3. fıkrası uyarınca) kiracı bu sözleşmeden doğan savunmaları devralana karşı ileri sürebilirse, devralan eşyayı kullanamayacaktır ve eşyanın kullandırılması nedeniyle kiracıdan kira bedeli talep edemeyecektir. Ayrıca, kira sözleşmesinin sona erip ermemesi, devreden durumuna ve davranışlarına bağlı olacaktır. Elbette mülkiyetin devri borcunu doğuran sözleşmede devreden ile devralanın bu durumun hukukî sonuçlarını düzenlemeleri mümkündür. Ancak kira sözleşmesinin uzun bir süre devam etmesi ihtimalinin bulunması, özellikle de konut ve çatılı işyeri kiralarında devreden tarafından kanunda öngörülen hâller dışında on yıldan önce feshedilemeyecek olması (TBK 347/I ve 354) nedeniyle, devreden ile devralan arasındaki ilişki karmaşık hâle gelecek ve kiralananın devri fiilen zorlaşacaktır. Bunun yerine, devralanın kira sözleşmesinde devreden yerini alması hâlinde bu karmaşıklık ortaya çıkmayacaktır.⁶⁵

Kira sözleşmesi ile uzun süreli bir ilişki kurulması özellikle konutlar ve çatılı işyerleri açısından söz konusudur. Kiraya verenin kira sözleşmesini fesih hakkının önemli ölçüde sınırlandırılması da konut ve çatılı işyerleri için öngörülmüştür (TBK 347/II, 350-352, 354).⁶⁶ Konut veya çatılı işyerini konu almayan belirsiz süreli kira sözleşmelerinin zaten olağan fesih yoluyla sona erdirilmesi mümkündür (TBK 328-330).⁶⁷ Dolayısıyla, yukarıda yapılan açıklamalar, sadece konut ve çatılı işyeri kiralarında devralanın kira sözleşmesinin kanunen tarafı olmasını temellendirebilmektedir. Konut veya çatılı işyeri teşkil etmeyen taşınır⁶⁸ açısından bu gerekçe yeterli olmamaktadır. Bu nedenle, konut veya çatılı işyeri niteliğinde

⁶⁴ Karş İncooğlu (n 27) 573.

⁶⁵ Bütün paragraf için karşı Martin Häublein, '§ 566 BGB', *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 5: Schuldrecht – Besonderer Teil II (8. Basi, CH Beck 2020) para 3. Yazar, üçlü bir ilişkinin kiracı için zor olabileceğini belirtmektedir. Yazara göre, kiralananın devri üzerinde devralan kira sözleşmesinin tarafı haline gelmezse, kiralananın ayıplı hâle gelmesi durumunda, kiracının devredene başvurması ve devreden de ayıbın giderilmesi için devralanı harekete geçirmesi gerekecektir. Ancak, kiracının taşınmazın dolaysız zilyedi olması nedeniyle, devreden tarafından ayıbın bizzat giderilmesi mümkündür. Ayıbın giderilmesi için masraf yapan devreden, devralan ile arasındaki ilişkinin hükümlerine göre – şartları varsa – devralandan tazminat talep edebilecektir.

⁶⁶ Taşınmazlar ile ilgili olarak bu yönde İncooğlu (n 27) 573.

⁶⁷ Öktem Çevik (n 27) 245 ve 273.

⁶⁸ Taşınırın (mesela taşınır bir yapının) konut veya işyeri teşkil etmesinin mümkün olduğu ve bu tür bir taşınırın kirasının konut ve çatılı işyeri kirasına dair hükümlere tâbi olduğu belirtilmektedir. Bu yönde Gümüş (n 37) 16; Murat İncooğlu, *Kira Hukuku*, (On İki Levha 2014) Cilt II, 11-12 ve 15-16.

olmayan taşınırın kirasında, kiracının sözleşme ilişkisi içinde olduğu kişinin onun iradesi olmadan değişmesi, irade serbestisine ölçülülük ilkesine aykırı bir müdahale olarak nitelenebilir. Nitekim kiracıyı koruma amacına taşınır kiralalarında Türk Medenî Kanunu'nun 979. maddesinin 3. fıkrası ile ulaşılabilecektir. Dolayısıyla Türk Borçlar Kanunu'nun 310. ve 311. maddeleri konut veya çatılı işyeri teşkil etmeyen taşınırın kiralalarında kiracının korunması için zorunlu değildir.⁶⁹ Ayrıca, Türk hukukunda – İsviçre hukukundan farklı olarak (İsvBK 261/II-2) – konut veya çatılı işyeri kirası dışındaki kira sözleşmelerinde, devralana sözleşmeyi süresinden önce sona erdirmeye imkânı da tanınmamıştır. Dolayısıyla, konut veya çatılı işyerini konu alan kira sözleşmesini ihtiyacı nedeniyle süresinden önce feshedebilen devralan (TBK 351), konusunu konut veya çatılı işyeri oluşturmayan süreli kira sözleşmelerinde sürenin sonuna kadar beklemek durumundadır.⁷⁰ Dolayısıyla, konut ve çatılı işyeri teşkil etmeyen taşınırın kirası açısından kiracının menfaatine aykırı sonuçlar doğurabilecek düzenleme, devralanın menfaatlerinin korunmasına da hizmet etmemektedir.

2. Türk ve İsviçre Doktrinlerinde Hâkim Görüş

A. Genel Olarak

Türk ve İsviçre doktrinlerinde hâkim olan görüşe göre, Türk Medenî Kanunu'nun 979. maddesinin 3. fıkrası (İsviçre Medenî Kanunu'nun 924. maddesinin 3. fıkrası) uyarınca üçüncü kişi tarafından devralana karşı ileri sürülebilecek savunmalar, sadece aynî hakka⁷¹ dayanan savunmalardır. Hükmün sözü, üçüncü kişinin devreden ile ilişkisinden doğan şahsî (nisbî) hakkına dayanan savunmaları da devralana karşı ileri sürebileceği anlamını çıkarmaya elverişlidir. Ancak hâkim görüşe göre, üçüncü kişi şahsî (nisbî) hakka dayalı savunmaları devralana karşı ileri süremeyecektir.⁷² Bu görüş birkaç gerekçeyle dayandırılmaktadır.

⁶⁹ Bu konuda karşı Eitel (n 32) 84-85. Yazar, İsviçre Borçlar Kanunu'nun 261. maddesinin (Türk Borçlar Kanunu'nun 310. maddesinin) taşınırın açısından amacı aşan bir düzenleme teşkil ettiğini belirtmektedir. Yazara göre, İsviçre Medenî Kanunu'nun 924. maddesinin 3. fıkrası (Türk Medenî Kanunu'nun 979. maddesinin 3. fıkrası) bu maddede de kabul edilen şekilde yorumlansaydı, kanun koyucunun bu aşırı tepkisi engellenebilirdi.

⁷⁰ Bu durum doktrinde – haklı olarak – eleştirilmektedir. Gümüş (n 37) 142; İnceoğlu (n 27) 575-76.

⁷¹ Bu kapsamda ilk olarak sınırlı aynı haklar akla gelmektedir. Ayrıca, taşınır mülkiyetinin devrini geciktirici şarta bağlayan bir mülkiyeti saklı tutma anlaşması yapıldıysa, alıcıya (üçüncü kişiye) ait aynı beklentinin de bu kapsamda olduğu savunulabilir. Bu yönde Ergüne (n 14) para 593; Serozan (n 4) para 54, 202, 507 ve 1182. Bu görüşün açıklanması için ayrıca bkz. Başoğlu (n 22) 82-84; Vardar Hamamcioğlu (n 23) 258-259. Aksi yönde Halûk Nami Nomer, *Beklenen Haklar Üzerindeki Tasarrufların Hukuki Sonuçları* (Beta 2002) 154, 157-158. Zürih Yüksek Mahkemesi'nin bir kararında taşınmaz mülkiyetinin kazanılmasına dair aynı bir beklenti olduğu ve İsviçre Medenî Kanunu'nun 924. maddesinin 3. fıkrası uyarınca bu aynı beklentinin devralana karşı ileri sürülebilmesi kabul edilmiştir (Obergericht [ZH], II. Zivilkammer, 18.10.1976, para 5). Bu kararın metni için bkz (1977) 76 ZR 141.

⁷² Akipek ve Akıntürk (n 3) 156; Aybay ve Hatemi (n 4) § 6 para 26; Ergüne (n 14) para 298; Esener ve Güven (n 6) 87; Gümüş (n 37) 138-39; Kemal T Gürsoy, Fikret Eren ve Erol Cansel, *Türk Eşya Hukuku* (2. Bası, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1984) 92; Hatemi, Serozan ve Arpacı (n 4) 260; Homberger (n 3) Art 924 para 10; Nomer (n 71) 157; Nomer ve Ergüne (n 6) para 149; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 4) para 384; Ostertag (n 8) Art 924 para 12; Schmid ve Hürlimann-Kaup (n 3) para 174; Serozan (n 4) para 507; Sirmen (n 3) 66; Stark ve Lindenmann (n 5) Art 924 para 37; Steinauer (n 3) para 280; Sutter-Somm (n 5) para 1282; Tuor ve diğerleri (n 6) § 90 para 12; Ünal ve Başpınar (n 3) 162-63. İsviçre Federal Mahkemesi de bu görüştedir (05.12.2008, 5A_699/2008).

İlk olarak, üçüncü kişinin şahsî hakkını devralana karşı ileri sürebilmesinin hukukumuzda kabul edilen aynî hak – şahsî hak (daha genel olarak: mutlak hak – nisbî hak) ayırımına aykırı olduğu ifade edilmektedir.⁷³ Nitekim şahsî (nisbî) haklar, aynî (ve diğer mutlak) haklardan farklı olarak, sadece hukukî ilişkinin karşı tarafına ileri sürülebilen haklardır. Ancak, şahsî (nisbî) hakların etki çevresinin kanun koyucu tarafından belli ölçüde genişletilmesi, şahsî (nisbî) hak – mutlak hak ayırımını ortadan kaldırmamakta ve şahsî (nisbî) hakkın aynî hak hâline gelmesine yol açmamaktadır.⁷⁴ Bu açıdan tapu siciline şerh edilerek etkisi kuvvetlendirilen şahsî (nisbî) haklara işaret edilmesi mümkündür.

Aynî hak – şahsî hak ayırımına dayalı olarak bir sonuca varılması durumunda, Türk Medenî Kanunu'nun 979. maddesinin 3. fıkrasının (İsviçre Medenî Kanunu'nun 924. maddesinin 3. fıkrasının) neredeyse hiçbir anlamı olmamaktadır. Söz konusu kanun hükmü olmadan da zaten aynı sonuç kabul edilecektir.⁷⁵ Muhtemelen bu eleştiri dikkate alınarak, hâkim görüşün savunulmuş olduğu bir eserde, Türk Medenî Kanunu'nun 979. maddesinin 3. fıkrasına (İsviçre Medenî Kanunu'nun 924. maddesinin 3. fıkrasına) sadece aynî hak – şahsî hak ayırımından çıkarılamayan anlamlar verilmeye çalışılmaktadır:

– Buna göre, söz konusu hüküm, ilk olarak, devredenin üçüncü kişiye karşı borcunu ifa etmemesi durumunda üçüncü kişinin hapis hakkını devralana karşı ileri sürmesini sağlamaktadır. Bu sonucun hapis hakkının aynî hak niteliğinde olmasından kaynaklandığı belirtilebilir. Ancak bu açıklama sadece kısmen isabetlidir. Eğer devreden taşınır üzerinde devralana aynî hak kazandırmadan önce üçüncü kişi lehine hapis hakkı doğmuşsa, üçüncü kişinin hapis hakkını devralana karşı da ileri sürebilmesi hakikaten hapis hakkının aynî hak niteliğinde olmasından kaynaklanacaktır. Ancak, devreden taşınır üzerinde devralana aynî hak kazandırması anında henüz üçüncü kişi hapis hakkını kazanmamışsa, mesela bu an itibarıyla devreden borcu henüz muaccel değilse, borçlu (devreden) ile taşınırın maliki (devralan) farklı kişiler hâline geldiğinden üçüncü kişi (alacaklı) hapis hakkını iktisap edemeyecektir.⁷⁶ Burada aktarılan görüşe göre, Türk Medenî Kanunu'nun 979. maddesinin 3. fıkrası (İsviçre Medenî Kanunu'nun 924. maddesinin 3. fıkrası) bu tür durumlarda üçüncü kişinin (alacaklının) yine de hapis hakkını kazanmasını sağlamaktadır.⁷⁷

⁷³ Homberger (n 3) Art 924 para 10; Ostertag (n 8) Art 924 para 12.

⁷⁴ Beetschen (n 42) 56-57; Hedinger (n 32) 87 dn 301.

⁷⁵ Beetschen (n 42) 57-58; Eitel (n 32) 78. Ancak bkz Homberger (n 3) Art 924 para 10. Yazara göre, kanun koyucunun önemli kuralları tekrar etme eğilimi nedeniyle bu durum hükmün yorumu açısından belirleyici değildir.

⁷⁶ Bu konuda bkz Sirmen (n 3) 741-742: “Hapis hakkı kullanacak olan kimsenin, zilyedi bulunduğu taşınır malların malikine karşı bir alacağının bulunması gerekir (MK 950/I). [...] Hapis hakkı ancak muaccel alacaklar için kullanılabilir. Fakat alacak zilyetliğin kazanıldığı anda değil, hapis hakkının ileri sürüldüğü anda muaccel olmalıdır.” Benzer açıklamalar için bkz Akipek ve Akıntürk (n 3) 860; Nomer ve Ergüne (n 6) para 1324-25; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 4) para 3761 ve 3765; Schmid ve Hürlimann-Kaup (n 3) para 1925.

⁷⁷ Stark ve Lindenmann (n 5) Art 924 para 38-39. Aynı yönde Schmid ve Hürlimann-Kaup (n 3) para 174a.

– Söz konusu yazarlara göre, Türk Medenî Kanunu'nun 979. maddesinin 3. fıkrası (İsviçre Medenî Kanunu'nun 924. maddesinin 3. fıkrası), ikinci olarak, devralanın genel hükümler uyarınca iyiniyetle hak kazanmasına ve bunun sonucunda üçüncü kişinin sınırlı aynî hakkını kaybetmesine (veya onun sınırlı aynî hakkının iyiniyetle hak kazanan devralanın sınırlı aynî hakkına göre arka sırada kalmasına) engel olmaktadır.⁷⁸ Ancak, bu durumda, taşınırın üçüncü kişinin dolaysız zilyetliğinde olması nedeniyle, taşınır üzerinde üçüncü kişinin sınırlı aynî hakkı olduğunu bilmesi dürüstlük kuralı uyarınca devralandan beklenebilecektir. Dolayısıyla, devralan iyiniyetli olduğunu ileri süremeyecektir (TMK 3/II) ve iyiniyetle hak kazanması söz konusu olmayacaktır.⁷⁹ Bu konuda özel bir düzenleme yapılmasına gerek bulunmamaktadır.

Hâkim görüşe göre, üçüncü kişi zilyedin şahsî (nisbî) hakka dayanan savunmaları devralana karşı ileri sürülmesi kabul edilirse, zilyetliğin şahsî (nisbî) hakların etkilerini kuvvetlendirdiğinin kabulü gerekir⁸⁰ ve Türk/İsviçre hukuklarında zilyetliğin böyle bir işlevi bulunmamaktadır.⁸¹ Ancak, zilyetliğin şahsî (nisbî) hakları (dolaylı olarak) kuvvetlendirme etkisinin olup olmaması hakkında *a priori* bir kabulden hareket ederek kanun hükümlerinin yorumlanması yöntem olarak eleştiriye açıktır. Aksine, kanun hükümlerinin yorumlanması sonucunda belirlenen kurallardan hareket ederek zilyetliğin işlevlerini tespit etmek yöntem olarak daha uygun gözükmektedir. Nitekim, Türk doktrininde bir yazar, burada incelenen mesele açısından hâkim görüşe katılmakla beraber, zilyetliğin korunmasına ve taşınır davasına dair hükümlere dayalı olarak, zilyetliğin nisbî alacak haklarını dolaylı olarak kuvvetlendirdiğini ifade etmektedir.⁸² Ayrıca, Alman doktrininde de, Türk Medenî Kanunu'nun 979. maddesinin (İsviçre Medenî Kanunu'nun 924. maddesinin) 3. fıkrasına benzer bir düzenleme içeren Alman Medenî Kanunu'nun § 986 hükmünün 2. fıkrasına

⁷⁸ Stark ve Lindenmann (n 5) Art 924 para 41. Ayrıca bkz Homberger (n 3) Art 924 para 11; Ostertag (n 8) Art 924 para 12; Serozan (n 4) para 58, 506, 1161 ve 1488. Bu yazarlar, devralanın iyiniyetli olması hâlinde bile üçüncü kişinin sınırlı aynî hakkını devralana karşı ileri sürebileceğini belirtmektedir.

⁷⁹ Aksi yönde Nomer (n 71) 154. Bu yazara göre, üçüncü kişinin dolaysız zilyet olması durumunda iyiniyet şartının gerçekleşmesi zordur; ancak imkânsız değildir. Bu görüşü desteklemek için, devralanın üçüncü kişiyi saklayan (vedia alan) sanması iyiniyetli olmasına örnek olarak gösterilebilir. Bu yönde Stark ve Lindenmann (n 5) Art 924 para 41. Ancak, yazarların aynı paragrafta yer alan ifadelerine göre, devredenin dolaylı zilyet olması nedeniyle, devralanın mülkiyeti nakledilen taşınır üzerinde üçüncü kişinin sınırlı aynî hakkı olmadığını kabul etmesi hâl ve şartlara uygun olmayacaktır.

⁸⁰ Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 4) para 384 dn 115; Ünal ve Başpınar (n 3) 162.

⁸¹ Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 4) para 384; Ergüne (n 14) para 298; Nomer ve Ergüne (n 6) para 149.

⁸² Serozan (n 4) para 112-14. Aynı yönde Hatemi, Serozan ve Arpacı (n 4) 18-19.

dayalı olarak, zilyetliğin nisbî hakları kuvvetlendirme⁸³ işlevinin olduğu kabul edilmektedir.⁸⁴

Hâkim görüşü savunan bazı yazarlar, Türk/İsviçre hukukunda şahsî (nisbî) hakların kuvvetlendirilmesinin sadece tapu siciline şerh verilmekle mümkün olduğunu ve tapu siciline şerh edilme dışında bir yolla şahsî (nisbî) hakların etkisinin kuvvetlendirilemeyeceğini belirtmektedir.⁸⁵ Ancak Alman hukuku ile bir karşılaştırma, böyle bir yorumun zorunlu olmadığını göstermektedir. Alman Medenî Kanunu'nun § 883 hükmü uyarınca da bazı şahsî hakların tapu siciline şerh edilmesi mümkündür ve şahsî hakların şerh edilmesi onların etkilerini kuvvetlendiren hâllerden biri –hatta en önemlisi – olarak kabul edilmektedir.⁸⁶ Dolayısıyla, şahsî hakkın etkisinin tapu siciline şerh verilerek kuvvetlendirilebilmesi, şahsî hak sahibinin zilyet olması sonucunda da hakkının dolaylı olarak kuvvetlendiğinin kabulüne⁸⁷ engel olarak görülmemektedir.

Türk ve İsviçre doktrinlerinde hâkim görüşü destekleyen bir husus, İsviçre Medenî Kanunu Öntasarısı'nı hazırlayan *Eugen Huber*'in öntasarının gerekçesinde açıkça bu görüşü kabul etmiş olmasıdır.⁸⁸ Ancak *Eugen Huber*, İsviçre parlamentosunun halk temsilcilerinden oluşan kanadında (*Nationalrat, Conseil national*) hukuk

⁸³ Alman doktrininde bu tür durumlar için 'nisbî hakların aynileşmesi' (*Verdinglichung obligatorischer Rechte*) kavramı kullanılmaktadır. Nisbî hakkın aynileşmesi, nisbî (şahsî) hakkın aynı hak hâline gelmesi anlamına gelmemektedir. Bu kavram, nisbî (şahsî) hakkın aynı hakların sadece bazı özelliklerini kazanmasını ifade etmektedir. Ancak, söz konusu hak, aynı hak olmak için gereken bütün özelliklere sahip olmamaktadır. Aksi takdirde, söz konusu hakkı zaten doğrudan aynı hak olarak nitelendirmek gerekecektir. Bu konuda bkz Claus-Wilhelm Canaris, 'Die Verdinglichung obligatorischer Rechte', Horst Heinrich Jacobs ve diğerleri (edr), *Festschrift für Werner Flume zum 70. Geburtstag* (Verlag Dr. Otto Schmidt KG 1978) 371, 372; Waltermann (n 1) 525. Alman doktrininde zilyetlik, nisbî hakların aynileşmesi sonucunu doğuran en önemli araçlardan biri olarak kabul edilmektedir; ancak nisbî hakların aynileşmesi için zilyetlik ne zorunludur ne de yeterlidir. Canaris (n 83) 380.

⁸⁴ Baur ve Stürmer (n 33) § 6 para 4. Ayrıca bkz Harm Peter Westermann, Karl-Heinz Gursky ve Dieter Eickmann, *Sachenrecht* (8. Bası, CF Müller 2011) § 7 para 5. Bu yazarlar, alacaklının zilyetlik sayesinde aynı haklara benzer mutlak bir koruma elde ettiğini belirtmektedir.

⁸⁵ Ünal ve Başpınar (n 3) 162.

⁸⁶ Canaris (n 83) 381.

⁸⁷ Alman hukukunda bu yönde Wilhelm Weimar, 'Die Erhaltungsfunktion des Besitzes gem. § 986 Abs. 2 BGB' [1982] JR 364.

⁸⁸ Markus Reber ve Christoph Hurni (edr), *Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Materialien zum Zivilgesetzbuch, Die Erläuterungen von Eugen Huber*, Band II (Stämpfli 2007) para 2077: 'Behält der Dritte die Sache, so ist zweierlei zu ordnen: Sein Besitz im Namen des neuen Berechtigten beginnt mit der Mitteilung dieses Vorganges durch den Geber, und die Rückleistungspflicht darf gegenüber dem neuen Berechtigten nicht verschärft sein, so dass also der Dritte die Rückgabe dem Empfänger aus den gleichen Gründen verweigern darf, wie dem Geber. Doch ist dies natürlich nur auf die dingliche Berechtigung zu beziehen. Steht der Mieter dem Vermieter gegenüber, so hat er gegen diesen, insofern nicht eine Vormerkung im Grundbuch [...] vorliegt, nur einen persönlichen Anspruch, der sich gegenüber einem neuen Eigentümer nicht in einen dinglichen verwandelt wird. Der Dritte vermag die Herausgabe also nur zu verweigern aus Gründen, die er als dinglich wirkende jedermann oder als persönlich wirkende gerade der Person des Empfängers gegenüber geltend machen kann. Retinieren darf er sie, wie wenn noch der Geber ihm gegenüber stände.' (Üçüncü kişi eşyayı elinde bulundursa, ikili bir düzenleme yapılmalıdır: Onun yeni hak sahibi için zilyet olması, bu işlemin [zilyetliğin havalesi işleminin] devreden tarafından [ona] bildirimini üzerine başlar ve [onun] geri verme yükümlülüğü yeni hak sahibine karşı ağırlaşmamalıdır; öyle ki, üçüncü kişi devredene karşı ileri sürebildiği sebeplere dayalı olarak devralana [eşyayı] geri vermeden kaçınabilir. Ancak bu doğal olarak sadece aynı hak sahipliğine ilişkindir. Kiracı kiraya verenin karşısında yer alıyorsa, tapu siciline şerh verilmesi söz konusu olmadığı takdirde, [kiracı] [kiraya verene] karşı sadece şahsî hak sahibidir ve bu hak yeni malike karşı aynı hakka dönüşmez. Yani üçüncü kişi sadece aynı etkili olarak herkese karşı ileri sürülebilen veya şahsî etkili olarak tam da devralana karşı ileri sürülebilen sebeplere dayalı olarak [eşyayı] vermeden kaçınabilir. Hapis hakkını sanki karşısında hâlen devreden varmış gibi kullanabilir.) (Tercüme bu makalenin yazarına aittir.)

komisyonunun Almanca raportörü olarak genel kurula hitaben konuşmasında bu konuda özel olarak herhangi bir açıklamaya yer vermemiştir.⁸⁹ Buna mukabil, hukuk komisyonunun Fransızca raportörü olan *Virgile Rossel*, genel kurula hitaben konuşmasında, özel bir hukukî ilişkiye dayalı olarak zilyet kalmaya devam eden üçüncü kişinin devredene karşı ileri sürebildiği bütün savunmaları devralana karşı da ileri sürebilmesini açıklarken, özel hukukî ilişkiye örnek olarak kira ve kullanım ödücü (ariyet) sözleşmelerini vermiştir.⁹⁰ İsviçre parlamentosunun iradesinin oluşmasında iki raportörün genel kurula yönelik açıklamalarının da etkili olduğunun dikkate alınırca, tarihî yorum aracının aslında İsviçre (ve Türk) doktrininde hâkim olan görüşten ziyade bu makalede savunulan görüşü desteklediği ifade edilebilir.⁹¹

Son olarak belirtilmelidir ki, doktrinde bazı yazarlar tarafından kullanılan ifadeler, aynî hak ile şahsî hakkın birbirine karşı ileri sürülmesi durumunda, aynî hakkın üstün olduğu yönünde anlaşılabilir niteliktedir.⁹² Aynî hakları (genel olarak mutlak hakları) şahsî (nisbî) haklardan daha kuvvetli kılan husus, aynî hakların herkese karşı ileri sürülebilmesidir. Şahsî (nisbî) haklar ise sadece belirli kişi veya kişilere ileri sürülebilmektedir. Ancak aynî hak sahibine karşı ileri sürülebilen bir şahsî (nisbî) hak mevcutsa,⁹³ aynî hakkın şahsî hakka üstün olması söz konusu değildir. Bu durum, istihkak davasına dair düzenlemeden görülebilmektedir. Davacının aynî hakkına dayalı olarak istihkak davası açması durumunda, davalı davacıya karşı bir şahsî hak sahibi ise haksız zilyet değildir ve davanın reddi gerekir.⁹⁴

⁸⁹ (1906) 16 Amlt Bull 1014.

⁹⁰ (1906) 16 Amlt Bull 1016.

⁹¹ Karş Eitel (n 32) 77. Yazara göre, kanunlaştırma sürecine dair kaynaklar hâkim görüşü açıkça destekler nitelikte değildir.

⁹² Mesela bkz Esener ve Güven (n 6) 53: 'Esas itibarıyla aynî hak ile nisbî hak arasında uyumsuzluk çıktığı zaman aynî hakka itibar olunur.' Aslında yazarlar, aynî hak sahibinin aynı zamanda şahsî (nisbî) hakkın muhatabı (borçlu) olması durumunda, şahsî (nisbî) hakkın aynî hakka üstün olduğunu belirtmektedir. Ancak yazarlar, bu durumu '[a]ynî hak ile nisbî hakkın çatışması halinde aynî hakkın üstün tutulacağı prensibinin bir [...] istisnası' olarak kabul etmektedir (*ibid*).

⁹³ Türk ve İsviçre doktrinlerinde savunulan bir görüşe göre, eşyaya zilyet olma yetkisi veren (sınırlı aynî veya şahsî) hakkın sahibi (mesela kiracı), malik ile arasındaki ilişkisinin (mesela kira sözleşmesinin) hükümlerine aykırı davranmaksızın, başka bir kişiye (mesela alt kiracıya) eşyaya zilyet olma yetkisi veren bir şahsî hak tanımış ve bu kişiye (alt kiracıya) eşyanın zilyetliğini devretmişse, söz konusu kişi (alt kiracı) haksız zilyet değildir ve ona karşı malik tarafından istihkak davası açılmaması gerekir. Bu durumda, davalı (alt kiracı) aslında davacıya (malike) karşı ileri sürülebilen bir şahsî hak sahibi değildir. Davalının (alt kiracının) şahsî hakkı, sadece onunla borçlandırıcı işlem (alt kira sözleşmesi) yapan kişiye (kiracıya) ileri sürülebilir. Alman Medenî Kanunu'nun § 986 hükmünün ilk fıkrasında, bahsedilen durumda olan davalının (mesela alt kiracının) eşyayı davacıya (malike) iadeden kaçınabileceğine dair açık bir düzenleme vardır. Türk ve İsviçre hukuklarında bu tür açık bir kanun hükmü olmamasına rağmen doktrinde aynı sonuç kabul edilmektedir. Bu yönde Oğuzman, Selici ve Oktay-Özdemir (n 4) para 1141; Sirmen (n 3) 275; Wolfgang Wiegand, 'Art. 641', Heinrich Honnell, Nedim Peter Vogt ve Thomas Geiser (edr), *Basler Kommentar – Zivilgesetzbuch II* (5. Bası, Helbing Lichtenhahn 2015) para 50. Malike karşı eşyaya zilyet olma yetkisi veren hakkın sahibi (mesela kiracı), başka birini eşyaya zilyet kılma yetkisine sahip değilse (mesela kira sözleşmesinde alt kira sözleşmesi yapılması yasaklanmışsa), söz konusu hakkın sahibinden (kiracıdan) şahsî hak elde eden kişi (alt kiracı) malike karşı haklı zilyet değildir. Bu konuda bkz Ertaş (n 4) para 977. Bu durumda, Alman Medenî Kanunu'nun § 986 hükmünün ilk fıkrasında düzenlenmiş olduğu gibi, malikin eşyanın haklı zilyede (kiracıya) iadesini talep edebileceği; bu kişinin iadeyi kabul etmemesi durumunda ise, malikin kendisine iadeyi talep edebileceği belirtilmektedir. Bu yönde Ruth Arnet, 'Art. 641', Peter Breitschmid ve Alexandra Jungo (edr), *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Sachenrecht* (3. Bası, Schulthess 2016) para 36; Wiegand (n 93) para 50.

⁹⁴ Bu durumda, davalının şahsî hak sahibi olduğu dava dosyasından anlaşılabiliriyorsa, hâkimin bu hakkı re'sen dikkate alıp alamayacağı tartışmalıdır. Bu konudaki görüşler hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz Burak Özen, *Haksız Zilyetlikte İfade* (Beta 2003) 9-28.

B. Kira Sözleşmesine Dair Özel Hükümler Hakkında Değerlendirmeler

Türk ve İsviçre doktrinlerinde hâkim olan görüşü savunanlar, kira sözleşmesine dair hükümlerin kendi görüşlerini desteklediğini kabul etmektedir.

a. 818 Sayılı Borçlar Kanunu'nun ve İsviçre Borçlar Kanunu'nun Önceki Hükümleri Hakkında Değerlendirme

Bu kapsamda, ilk olarak, 818 sayılı (önceki) Borçlar Kanunu'nun 254. maddesi ve İsviçre Borçlar Kanunu'nun 01.07.1990 tarihinden önceki (ilk) hâli ile 259. maddesi ele alınmalıdır. Bu maddelerin ilk fıkrasına göre, kira sözleşmesinin kurulmasından sonra kiralananın mülkiyetinin devredilmesi durumunda, devralan bu yönde irade beyanında bulunmadıkça kira sözleşmesinden doğan bir borç altına girmemektedir;⁹⁵ dolayısıyla da kiracı kira sözleşmesinden doğan borcun ifasını ondan talep edemez. Kiracı sadece devredene karşı hak ileri sürebilecektir. Ancak, maddenin ikinci fıkrasına göre, kiralanan taşınmaz ise, devralan, kira sözleşmesinin feshedilmesi mümkün olan ilk ana kadar, kiralananın kiracı tarafından kullanılmasına katlanmakla yükümlüdür.⁹⁶

Doktrinde hâkim olan görüşe göre, kiralananın devrine dair açıklanan hüküm, üçüncü kişinin eşyaya zilyet olmasının en önemli hâli olan kira ilişkilerinde, kiracının kira sözleşmesinden doğan alacak hakkını devralana karşı ileri sürememesini öngörerek, aynı hak – şahsî hak ayırımına dayalı olarak hukukî sonuçların belirlenmesi düşüncesini teyit etmektedir.⁹⁷ Dolayısıyla, bu hüküm, zilyetliğin havalesinde üçüncü kişinin şahsî hakka dayanan savunmaları devralana karşı ileri sürememesi yönündeki görüşü desteklemektedir.⁹⁸ Bu durumda, kanun koyucunun genel kuralı neden kira sözleşmesine dair özel bir hükümde tekrar etmeye gerek gördüğünün sorulması mümkündür. Hâkim görüşü savunanlar tarafından bu soruya verilebilecek cevap, kira sözleşmesinin önemi nedeniyle kanun koyucunun bu sözleşme ile ilgili düzenlemeler arasında genel kuralı yansıtan bu hükme yer vermiş olabileceğidir.⁹⁹ Ayrıca, kanun koyucunun taşınmazlar ile ilgili (sınırlı) bir istisna öngörmeden önce, genel kuralı yansıtan düzenlemeye yer vermeyi yararlı görmüş olabileceğinin de ileri sürülmesi mümkündür.¹⁰⁰

⁹⁵ Bu konuda bkz yukarıda dn 37.

⁹⁶ Bu konuda bkz yukarıda dn 38.

⁹⁷ Homberger (n 3) Art 924 para 10; Ostertag (n 8) Art 924 para 12.

⁹⁸ Akipek ve Akıntürk (n 3) 156.

⁹⁹ Karş Homberger (n 3) Art 924 para 10. Yazar, kanun koyucunun önemli kuralları tekrar etme eğilimine işaret etmektedir.

¹⁰⁰ Bucher (n 32) 171. Yazara göre, İsviçre Borçlar Kanunu'nun 01.07.1990 tarihinden önceki (ilk) hâli ile 259. maddesinde 'kira satımı bozar' kuralının öngörülmüş olmasının nedeni, bu ilkenin kanunda düzenlenmesine ihtiyaç duyulması değildir. Söz konusu kural temel ilkelerden zaten çıkarılabilmektedir. Kanun koyucunun söz konusu hükmü getirmesinin amacı, bu kuralın taşınmazlar açısından belli ölçüde zayıflatılmasıdır.

b. 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun ve İsviçre Borçlar Kanunu'nun Yeni Hükümleri Hakkında Değerlendirme

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 310. maddesine ve İsviçre Borçlar Kanunu'nun (yürürlükte olan) 261. maddesine göre, kira sözleşmesinin kurulmasından sonra kiraya veren kiralananın mülkiyetini devrederse, devralan kira sözleşmesinde devredenin yerini almaktadır. Hâkim görüşü savunan yazarlara göre, kanun koyucu bu hükmü sevk ederek üçüncü kişinin (kiracının) devredenle (kiraya verenle) olan sözleşmesinden doğan bir şahsî hakkını devralana karşı da ileri sürebilmesi imkânını yaratmıştır.¹⁰¹ Söz konusu hüküm ile özel bir düzenleme yapılmasına ihtiyaç duyulması, Türk Medenî Kanunu'nun 979. maddesinin 3. fıkrası (İsviçre Medenî Kanunu'nun 924. maddesinin 3. fıkrası) uyarınca üçüncü kişinin (kiracının) alacak hakkına dayanan savunmaları devralana karşı ileri süremeyeceğini göstermektedir.¹⁰²

3. İsviçre Doktrinde Savunulan Yeni Görüş

A. Görüşün Açıklanması

İsviçre doktrinde savunulan yeni görüşe göre, zilyetliğin havalesinin üçüncü kişiye bildirilmesi üzerine, devreden ile üçüncü kişi arasındaki hukukî ilişkide devredenin yerini kanunen devralan alır (İsvMK 924/II, TMK 979/II).¹⁰³ Üçüncü kişinin kanunen gerçekleşen bu taraf değişikliğine etkisi yoktur.¹⁰⁴ Üçüncü kişinin devredenle olan ilişkisinden doğan şahsî hakka dayanan savunmaları devralana karşı ileri sürebilmesi (İsvMK 924/III, TMK 979/III), devralanın bu ilişkinin yeni tarafı olmasından kaynaklanmaktadır. Bu görüşü savunan *Happel*'e göre, İsviçre Medenî Kanunu'nun 924. maddesinin (Türk Medenî Kanunu'nun 979. maddesinin) bütün fıkralarının birbirleriyle uyumlu olarak yorumu ancak bu şekilde mümkün olmaktadır¹⁰⁵ ve maddenin son fıkrası bu sayede sözüne uygun şekilde anlaşılabilir.¹⁰⁶

¹⁰¹ Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 4) para 384.

¹⁰² Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 4) para 384-85. Ayrıca bkz Sirmen (n 3) 66.

¹⁰³ Ernst (n 5) para 10 ve 16; Happel (n 5) 65-66. Bu görüşün ilk olarak *Stark* tarafından savunulmuş olduğu belirtilmektedir (Happel (n 5) 69). *Stark, Berner Kommentar*'ın 2001 basısında İsviçre (ve Türk) doktrinde hâkim olan görüşe katılmaktaydı (Emil W Stark, *Kommentar zum schweizerischen Privatrecht*, Band IV: Das Sachenrecht, 3. Abteilung: Besitz und Grundbuch, 1. Teilband: Der Besitz, Art. 919-941 ZGB (3. Bası, Bern 2001) Art 924 para 22 vd ve 37); ancak *Basler Kommentar*'ın 2003 basısında yeni görüşü savunmuştur (Emil W Stark, 'Art. 924 ZGB', Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt ve Thomas Geiser (edr), *Basler Kommentar – Zivilgesetzbuch II* (2. Bası, Helbing Lichtenhahn 2003) para 10 vd). *Basler Kommentar*'ın 2014 basısında İsviçre Medenî Kanunu'nun 924. maddesini şerh eden *Ernst, Stark* tarafından ileri sürülen yeni görüşü savunmaya devam etmiştir (Ernst (n 5) para 10 vd.). *Ernst*, bu görüşün *Happel* tarafından ayrıntılı olarak gerekçelendirilmiş olduğunu belirtmektedir (Ernst (n 5) para 10). *Berner Kommentar*'da *Stark* tarafından kaleme alınan şerhin *Lindenmann* tarafından güncellenen 2016 basısında ise hâlen hâkim görüş savunulmaktadır (Stark ve Lindenmann (n 5) Art 924 para 22 vd ve 37).

¹⁰⁴ Ernst (n 5) para 16; Happel (n 5) 66-67.

¹⁰⁵ Happel (n 5) 70.

¹⁰⁶ Happel (n 5) 69.

Bu görüşü savunanların hareket noktası, dolaysız zilyedin¹⁰⁷ başka bir kişinin zilyetlik aracısı olması için söz konusu iki kişi arasında (geçerli olsun veya olmasın)¹⁰⁸ özel bir hukukî ilişki bulunmasının zorunlu olmasıdır¹⁰⁹ (İsvMK 924/I, TBK 979/I).¹¹⁰ Hukukî ilişkinin borçlandırıcı bir işlemde doğması zorunlu değildir; kanundan doğan bir ilişki olması da mümkündür. Ancak, iki kişi arasında herhangi bir hukukî ilişki olmaksızın bir kişinin öteki kişinin zilyetlik aracısı olması mümkün değildir.¹¹¹ Eşyanın dolaysız zilyet tarafından neticede dolaylı zilyede iadesinin kararlaştırılmış olması durumunda taraflar arasında bir hukukî ilişki (hiçbir sözleşme tipine uymuyorsa isimsiz bir sözleşme) meydana gelir.¹¹² Zilyetliğin havalesinin üçüncü kişi açısından hüküm doğurması, üçüncü kişinin devreden yerine devralan için zilyetlik aracısı olması sonucunu doğurur. Üçüncü kişi ile devralan arasında ayrı bir hukukî ilişki olmaması nedeniyle, burada açıklanan görüşü savunanlara göre üçüncü kişi ile devreden arasındaki ilişkinin kanunen devralana geçtiğini kabul etmek zorunlu olmaktadır.¹¹³ Üçüncü kişi ile devreden arasındaki hukukî ilişki devralana geçmiş olduğundan üçüncü kişinin bu ilişkiden doğan hakları ve borçları da artık sadece devralana yönelik haklar ve borçlardır.¹¹⁴

Zilyetliğin havalesi ile devreden tarafından devralana mülkiyetin geçirilmesi yerine ona bir rehin hakkı kazandırılması durumunda, burada açıklanan görüşü savunan *Happel*'e göre daha farklı bir hukukî durum ortaya çıkmaktadır. Nitekim bu durumda üçüncü kişi ile devreden arasındaki hukukî ilişkide devreden

¹⁰⁷ Zilyetlik aracısının dolaysız zilyet olması zorunlu değildir. Kendisi dolaylı zilyet olan bir kişinin başka bir kişi için zilyetlik aracısı olması ve ona da dolaylı zilyet kazandırması mümkündür. Mesela, intifa hakkı konusu olan bir eşyanın intifa hakkı sahibi tarafından ödünç verilmesi ve ödünç alana teslim edilmesi durumunda, intifa hakkı sahibi dolaylı zilyettir ve malik için zilyetlik aracısı olması nedeniyle ona da dolaylı zilyetlik kazandırmaktadır. Ancak, anlatımda kolaylık olması için, metnin ilerleyen kısımlarında zilyetlik aracısının dolaysız zilyet olması ihtimali dikkate alınacaktır.

¹⁰⁸ Dolaysız zilyet ile dolaylı zilyet arasındaki hukukî ilişki geçersiz olsa da, bu kişiler aralarında geçerli bir hukukî ilişki varmış gibi davranıyorlarsa, dolaylı zilyetlik söz konusu olur. Nicolas Fuchs, *Die Besitzschutzklagen nach Art. 927 ff. ZGB* (Dike 2018) para 75; Homberger (n 3) Art 920 para 11; Stark ve Lindenmann (n 5) Art 924 para 15.

¹⁰⁹ Bu düşünce özellikle Alman hukukuna ve doktrinine dayandırılabilir. Alman Medenî Kanunu'nun dolaylı zilyetlik ile ilgili § 868 hükmüne göre, bir kişi (dolaysız zilyet), bir süre boyunca eşyanın zilyedi olma hakkı veren veya borcu yükleyen bir ilişkiye dayalı olarak eşyaya zilyet olmuşsa, bu ilişkinin diğer tarafında olan kişi de zilyettir (dolaylı zilyettir). Alman doktrininde bu hukukî ilişki 'zilyetlik aracılığı ilişkisi' (*Besitzmittlungsverhältnis*) olarak adlandırılmaktadır. İsviçre doktrininde 'zilyetlik aracılığı ilişkisi' kavramı sadece bazı yazarlar tarafından kullanılmaktadır. Bu yönde Fuchs (n 108) para 75; Stark ve Lindenmann (n 5) Art 924 para 14 vd. Türk doktrininde ise, 'zilyetlik aracılığı ilişkisi' kavramı kullanılmamaktadır. Bu nedenle, bu makalede söz konusu kavram yerine 'özel hukukî ilişki' kavramı kullanılacaktır.

¹¹⁰ Ernst (n 5) para 11; Fuchs (n 108) para 75; Happel (n 5) 66. Ayrıca bkz Arnet ve Eitel (n 11) para 3. İsviçre doktrininde savunulan bir görüşe göre, zilyetliğin havalesi için üçüncü kişi ile devreden arasında özel bir hukukî ilişki olmasına gerek yoktur. Bu görüşü savunan yazarlara göre, kanunun sözü aksine anlaşılabilse de, özel hukukî ilişki şartı sadece hükmen teslim için aranmaktadır. Bu yönde Stark ve Lindenmann (n 5) Art 924 para 18. Ancak yazarlar, eserlerinin başka bir yerinde, dolaysız zilyedin borçlandırıcı işlemde doğan bir şahsî hakka veya bir sınırlı aynı hakka dayalı olarak eşyaya zilyet olması nedeniyle dolaysız zilyet ile dolaylı zilyet arasında bir hukukî ilişki olduğundan bahsetmektedir. Stark ve Lindenmann (n 5) Art 924 para 36. Zilyetliğin havalesinde üçüncü kişi ile devreden arasında özel hukukî ilişki şartını aramayan görüşün eleştirisi için bkz Happel (n 5) 64-65.

¹¹¹ İsviçre Medenî Kanunu'nun 924. maddesinin 3. fıkrasının (Türk Medenî Kanunu'nun 979. maddesinin 3. fıkrasının) yorumu açısından hâkim görüşe katılmakla beraber dolaylı zilyetlik açısından bu yönde bkz Sutter-Somm (n 5) para 1218. Hükmen teslim açısından bu yönde Stark ve Lindenmann (n 5) Art 924 para 16.

¹¹² Ernst (n 5) para 12.

¹¹³ Ernst (n 5) para 11; Happel (n 5) 66.

¹¹⁴ Borçlar açısından Ernst (n 5) para 13.

yerini devralanın alması (kanunen ilişkinin tarafının değişmesi) uygun bir çözüm olmamaktadır. Bu nedenle *Happel*, zilyetliğin havalesinin bildirimine üzerine üçüncü kişi ile devralan arasında yeni ve ayrı bir hukukî ilişkinin kanunen meydana geldiğini kabul etmektedir.¹¹⁵

Açıklanan görüşe göre, kira sözleşmesine dair özel düzenleme (İsvBK 261/I, TBK 310) olmasaydı bile, kira sözleşmesinin kurulmasından ve kiralananın kiracıya tesliminden¹¹⁶ sonra kiralananın devri hâlinde, İsviçre Medenî Kanunu'nun 924. maddesinin 3. fıkrası (Türk Medenî Kanunu'nun 979. maddesinin 3. fıkrası) uyarınca devralanın kira sözleşmesinin tarafı olması sonucu doğacaktı.¹¹⁷ Bu görüş kabul edilse bile, kira sözleşmesine dair düzenlemelerin yine de bazı açılardan hukukî durumu değiştirdikleri kabul edilebilirdi. İlk olarak, kira sözleşmesinin yeni tarafı olan devralana kira sözleşmesini sona erdirmek için ek imkânlar tanınmasına dikkat çekilebilirdi (İsvBK 261/II, Türk hukukunda sadece konut çatılı işyeri kiralari açısından TBK 351). Ayrıca, devralanın kira sözleşmesini bu şekilde sona erdirmesi durumunda devreden sorumlu olduğuna dair hükme işaret edilebilirdi (İsvBK 261/III).¹¹⁸ Son olarak, İsviçre Medenî Kanunu'nun 924. maddesinin 3. fıkrasının (Türk Medenî Kanunu'nun 979. maddesinin 3. fıkrasının) sadece taşınırlar açısından uygulanacağını kabulü durumunda, kira sözleşmesine dair hükümlerin taşınmazlar açısından sözleşmenin kanunen devri sonucunu doğurduğu belirtilebilirdi.

B. Görüşün Eleştirisi

Üçüncü kişinin devralan için zilyetlik aracısı olması, üçüncü kişi ile devralan arasında kanundan doğan bir hukukî ilişki meydana geldiğinin kabulü ile mümkündür. Dolayısıyla, üçüncü kişi ile devreden arasındaki hukukî ilişkinin devredenden devralana geçtiğinin kabulü zorunlu değildir. Nitekim *Happel* da, devralana rehin hakkı kazandırılması durumunda üçüncü kişi ile devralan arasında kanundan doğan bir hukukî ilişki meydana geldiğini ifade etmektedir. Aynı sonucun devralana mülkiyet hakkı kazandırılması durumunda da kabulüne herhangi bir engel bulunmamaktadır.

Üçüncü kişi ile olan hukukî ilişkinin devredenden devralana geçmesi üçüncü kişiyi koruyan bir düzenleme olarak açıklanmaktadır.¹¹⁹ Bu görüşü savunanlara göre, zilyetliğin havalesinin üçüncü kişiye bildirilmesi üzerine üçüncü kişi ile olan hukukî ilişkide devreden yerini devralanın aldığı kabul edilmemesi durumunda,

¹¹⁵ *Happel* (n 5) 74-79.

¹¹⁶ İsviçre Borçlar Kanunu'nun 261. maddesinin ilk fıkrasının ve Türk Borçlar Kanunu'nun 310. maddesinin uygulanması için kiralananın kiracıya tesliminin şart olup olmadığına dair tartışma yukarıda açıklanmıştır. Bkz yukarıda dn 50. İsviçre Medenî Kanunu'nun 924. maddesinin 3. fıkrasının ve Türk Medenî Kanunu'nun 979. maddesinin 3. fıkrasının kiralananın devrine uygulanması gündeme gelirse, kiralananın kiracıya teslim edilmiş olması şart olacaktır. Bunun nedeni, zilyetliğin havalesinin söz konusu olabilmesi için kiracının kiralananı zilyet olmasının gerekmesidir.

¹¹⁷ *Happel* (n 5) 69.

¹¹⁸ Türk hukuku için bkz yukarıda dn 57.

¹¹⁹ Ernst (n 5) para 13.

üçüncü kişi sadece aynî hak sahibi olmasına dayanan savunmaları devralana karşı ileri sürebilecektir;¹²⁰ yani Türk ve İsviçre doktrinlerinde hâkim olan görüşün kabulü gerekecektir. Ancak, bu şekilde bir yorum yapılmasının zorunlu olmadığı önceki kısımlarda (bu makalede savunulan görüş açıklanırken) gösterilmiştir.

Üçüncü kişinin haklarını devreden yerine sadece devralana karşı ileri sürebilmesi ve devralana karşı borçlu olması onun menfaatine olmayabilir. Burada açıklanan görüşü savunanlar, üçüncü kişinin devralan ile hukukî ilişki içinde olmayı istememesi durumunda, bu ilişkiyi sözleşmede ve kanunda öngörülen sebeplere dayalı olarak sona erdirebileceğini belirtmektedir.¹²¹ Ancak bu sonuç üçüncü kişinin menfaatlerini korumak için yeterli değildir. Bu durumda, üçüncü kişinin devreden ile olan hukukî ilişkiye devam etme imkânı elinden alınmaktadır. Üçüncü kişi hukukî ilişkiye kendisi tarafından seçilmeyen bir kişi (devralan) ile devam etme veya ilişkiyi sona erdirmeye yollarından birini seçmeye zorlanmaktadır.

Açıklanan nedenlerle, İsviçre doktrininde savunulan yeni görüş bu makalede kabul edilmemektedir.

IV. Alman Hukukunun Düzenlemelerinin Açıklanması

Bu makalede Türk ve İsviçre hukukları için savunulan görüş, Alman hukukunun konu ile ilgili düzenlemeleri ile büyük ölçüde örtüşmektedir. Bu durum, Alman kanun koyucusu tarafından devreden, devralanın ve üçüncü kişinin menfaatleri arasında bu makalede savunulana benzer bir denge tesis edildiğini göstermektedir.

Türk ve İsviçre hukuklarında zilyetliğin havalesine yüklenen işlevi Alman hukukunda ‘iade talebinin devri’ (*Abtretung des Herausgabeanspruchs*) yerine getirmektedir.¹²² Alman Medenî Kanunu’nun § 931 hükmüne göre, üçüncü kişi taşınırın zilyedi ise, malik iade talebinin devri yoluyla taşınır mülkiyetini

¹²⁰ Ernst (n 5) para 21. Ayrıca bkz Stark ve Lindenmann (n 5) Art 924 para 37. Türk ve İsviçre doktrininde hâkim olan görüşün savunulmuş olduğu bu eserde, üçüncü kişinin devredenle olan borç ilişkisinden doğan şahsî hakları devralana karşı ileri sürebilmesinin sadece (kira sözleşmesine dair düzenlemedeki gibi) devralanın borç ilişkisinde devredenini yerini alması hâlinde mümkün olduğu belirtilmektedir.

¹²¹ Ernst (n 5) para 10; Happel (n 5) 67.

¹²² Eitel (n 32) 77. Alman Medenî Kanunu’nda düzenlenmemiş olmakla beraber, Alman doktrininde ‘zilyetliğin havalesi’ (*Besitzanweisung*) adı verilen bir işlem yapılması da kabul edilmektedir. Ancak, bu işlem, Türk ve İsviçre hukuklarında düzenlenen zilyetliğin havalesinden farklıdır. Devreden üçüncü kişiye yönelik irade beyanı (‘havalesi’) üzerine, üçüncü kişi devralan için zilyetlik aracı olma iradesini devralana beyan eder ve devralan da zilyet olma iradesine sahip olursa, devralan dolaylı zilyetlik kazanmış olmaktadır. Bu konuda bkz Wieling (n 18) 455-56. Alman doktrininde kabul edilen zilyetliğin havalesi, İngiliz hukukundaki ‘attornment’ işlemine tekabül etmektedir. Bu yönde Andreas Rahmatian, ‘A Comparison of German Moveable Property Law and English Personal Property Law’ (2008) 3 J Comp L 197, 209 dn 108. Alman Medenî Kanunu’nda düzenlenen ‘iade talebinin devri’ (*Abtretung des Herausgabeanspruchs*), üçüncü kişinin rızası ve bilgisi olmaksızın devreden ile devralan arasında yapılan bir işlem olması nedeniyle, Türk ve İsviçre hukuklarında düzenlenen zilyetliğin havalesine benzer bir işleve sahiptir.

nakledilebilir.¹²³ Taşınır mülkiyetinin bu yolla nakli durumunda, § 986 hükmünün 2. fıkrası uyarınca, taşınırın zilyedi olan üçüncü kişi, devredenine iade talebine karşı ileri sürmesi mümkün olan bütün savunmaları devralana karşı da ileri sürebilir. Bu düzenleme, borç ilişkisinin nisbiliğine getirilen bir istisna olarak kabul edilmektedir.¹²⁴ Söz konusu hüküm, taşınır mülkiyetinin devrinde teslim ilkesine (*Traditionsprinzip*) getirilen istisnanın üçüncü kişinin hukukî durumunu kötüleştirmemesi amacına hizmet etmektedir.¹²⁵ § 986 hükmünün 2. fıkrası, sadece savunmaların (devralana karşı da ileri sürülebilecek şekilde) ‘uzatılması’ (*Einwandserstreckung*) sonucunu doğurmaktadır; devralanın üçüncü kişi ile devreden arasındaki borç ilişkisinde devredenine yerine geçmesine yol açmamaktadır.¹²⁶ Bu açıdan, kira sözleşmesinin kurulmasından ve kiralananın kiracıya tesliminden sonra kiralananın devrine dair § 571 hükmünden farklıdır.¹²⁷

Alman Medenî Kanunu’nun § 986 hükmünün 2. fıkrası, birkaç açıdan Türk ve İsviçre hukuku için bu makalede savunulan görüş ile aynı yödedir. Söz konusu hüküm sadece taşınırlar için öngörülmüştür; taşınmazlarda uygulanmamaktadır.¹²⁸ Ayrıca, bu hüküm, taşınıra üçüncü kişinin zilyet olması ve üçüncü kişinin rızası olmaksızın taşınırın mülkiyetinin devri durumunda uygulanmaktadır.¹²⁹ Alman doktrininde üçüncü kişinin bu hükme dayalı olarak şahsî (nisbî) hakkından kaynaklanan savunmaları devralana karşı ileri sürebileceği açıkça kabul edilmektedir.¹³⁰ Son olarak, söz konusu hükmün üçüncü kişi ile devreden arasındaki borç ilişkisinde taraf değişikliğine yol açmadığı belirtilmektedir.¹³¹

Taşınmazlar açısından Alman Medenî Kanunu’nun kira sözleşmelerine dair düzenlemeleri olan § 566¹³² ve § 578¹³³ hükümleri devreye girmektedir. Bu hükümlere

¹²³ Taşınır mülkiyetinin bu yolla nakli için, devredenine taşınırın dolaylı zilyedi olması şart değildir. Dolayısıyla, Türk ve İsviçre hukuklarından farklı olarak, Alman hukukunda çalınan veya kaybolan bir taşınırın mülkiyetinin devri mümkündür. Eğer devreden taşınırın dolaylı zilyedi ise, Alman Medenî Kanunu’nun § 870 hükmüne göre, iade talebinin devri ile dolaylı zilyetlik de devralana kazandırılmış olacaktır.

¹²⁴ Karl-Heinz Gursky, *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Buch 3: Sachenrecht, §§ 985-1011 (Eigentum 3) (Sellier – de Gruyter 2013) § 986 para 49.

¹²⁵ Gursky (n 124) § 986 para 49.

¹²⁶ Gursky (n 124) § 986 para 49; Waltermann (n 1) 523.

¹²⁷ Waltermann (n 1) 523.

¹²⁸ Christian Baldus, ‘§ 986’, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 8: Sachenrecht (8. Bası, CH Beck) para 6 ve 71; Gursky (n 124) § 986 para 59.

¹²⁹ Hükümde sadece taşınır mülkiyetinin ‘iade talebinin devri’ yoluyla nakledilmesinden söz edilmektedir. Ancak, Alman doktrininde, taşınıra zilyet olan üçüncü kişinin rızası olmaksızın mülkiyetin devrinin diğer hâllerinde de § 986 hükmünün 2. fıkrasının uygulanması kabul edilmektedir. Mesela, dolaylı zilyet olan devredenine hükmen teslim yoluyla devralana dolaylı zilyetlik kazandırması veya kısa elden teslim yoluyla devralanın zilyetlik sıfatını değiştirmesi böyle durumlar olarak kabul edilmektedir. Bu yönde Baldus (n 128) para 70; Gursky (n 124) § 986 para 55; Waltermann (n 1) 530; Weimar (n 87) 365.

¹³⁰ Baldus (n 128) para 6 ve 68; Gursky (n 124) § 986 para 49.

¹³¹ Gursky (n 124) § 986 para 49; Waltermann (n 1) 523; Weimar (n 87) 364.

¹³² Türk Borçlar Kanunu’nun 310. maddesinin muadili sayılabilecek olan bu hüküm sadece konutlara (*Wohnraum*) uygulanmaktadır. Karavan konut olarak kabul edilmemektedir. Ancak, zemin ile daha kuvvetli bağlantısı olan (konteyner gibi) taşınırların konut teşkil edebileceği kabul edilmektedir. Bu yönde Hans Jürgen Bieber, ‘§ 549’, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 5: Schuldrecht – Besonderer Teil II (8. Bası, CH Beck 2020) para 3.

¹³³ Konut teşkil etmeyen taşınmazlara § 566 hükmünün uygulanması § 578 hükmünde yapılan yollama ile öngörülmüştür.

göre, kiraya verilen konutun (§ 566) veya konut teşkil etmeyen taşınmazın (§ 578) kiracıya tesliminden sonra, kiraya veren kiralananın mülkiyetini devrederse, devralan kira sözleşmesinin tarafı olur. Kira sözleşmesine dair bu hükümler – Türk Borçlar Kanunu’nun 310. maddesinden ve İsviçre Borçlar Kanunu’nun 261. maddesinden farklı olarak – konut teşkil etmeyen taşınırlara uygulanmamaktadır. Konut teşkil etmeyen taşınırların mülkiyetinin ‘iade talebinin devri’ yoluyla nakli hâlinde üçüncü kişinin menfaatlerinin korunması için § 986 hükmünün 2. fıkrası yeterli görülmektedir.¹³⁴ Bu makalede de, Türk Borçlar Kanunu’nun 310. maddesinin ve İsviçre Borçlar Kanunu’nun 261. maddesinin konut veya çatılı işyeri teşkil etmeyen taşınırlara uygulanan hükümler olarak öngörülmesi eleştirilmiştir.

Sonuç

Bu makalede savunulan görüş, Türk ve İsviçre doktrinlerinde hâkim olan görüşten birçok açıdan ayrılmaktadır. Makalede kabul edilen görüş şu şekilde özetlenebilir:

Türk Medenî Kanunu’nun 979. maddesinin 3. fıkrasına göre, üçüncü kişi özel bir hukukî ilişkiye dayalı olarak taşınıra zilyetse ve taşınırın dolaylı zilyedi (devreden) zilyetliğin havalesi yoluyla başka bir kişiye (devralana) dolaylı zilyetlik ve aynî hak kazandırırorsa, üçüncü kişi ister aynî hak ister devredene karşı ileri sürülebilir şahsî hak sahibi olsun, kural olarak hakkını devralana karşı ileri sürerek taşınırı iadedden kaçınabilir. Bu durumda, üçüncü kişi ile devreden arasındaki ilişkide devredenini yerini devralanın alması söz konusu değildir. Hukukî ilişki üçüncü kişi ile devreden arasında kalmaktadır; üçüncü kişi kanunun özel hükmü sayesinde bu ilişkiden doğan hakkını (şahsî hak olsa bile) ilişkinin tarafı olmayan devralana karşı da ileri sürerek iadedden kaçınabilmektedir.

Taşınırlara uygulanan bu kuralın iki istisnası bulunmaktadır. İlk olarak, taşınırı üzerinde aynî hak kazanılması için taşınırın zilyetliğinin devrinin şart olmadığı hâllerde bu kural uygulanmayacaktır. İkinci olarak, üçüncü kişinin taşınıra zilyet olmasına dayanak teşkil eden özel hukukî ilişki devreden ile onun arasındaki kira sözleşmesinden doğmuşsa, Türk Borçlar Kanunu’nun 310. ve 311. maddeleri uygulanacak ve Türk Medenî Kanunu’nun 979. maddesinin 3. fıkrasını devre dışı bırakacaktır. Bu durumda, devreden (kiraya veren) tarafından devralana kiralanan taşınırın mülkiyeti devredilir veya taşınırı üzerinde sınırlı aynî hak kazandırılırsa, üçüncü kişi (kiracı) ile devreden (kiraya veren) arasındaki hukukî ilişkide (kira sözleşmesinde) devredenini yerini kanunen devralan alacaktır. Üçüncü kişi (kiracı), bu durumda da kira sözleşmesinden doğan alacak hakkını devralana karşı ileri sürebilecek ve böylece kiralanan taşınırı iadedden kaçınabilecektir. Ancak, Türk Medenî Kanunu’nun 979. maddesinin 3. fıkrasından farklı olarak, kira sözleşmesinin

¹³⁴ Beetschen (n 42) 15. Yazara göre, Alman hukukunda kiralanan taşınırın devri durumunda § 986 hükmünün 2. fıkrası ile kiracıya tam bir koruma sağlandığından kiralananın devrine dair düzenlemenin taşınırları kapsamına gerek görülmemiştir.

tarafı değişmiş olduğundan kiracıya karşı hak sahibi ve borçlu olan kişi kiracının iradesi hilafına değişmiş olmaktadır. Türk Medenî Kanunu'nun 979. maddesinin 3. fıkrasının bu makalede savunulan şekilde yorumlanması durumunda, konut veya çatılı işyeri teşkil etmeyen taşınır kiralalarında kiracının korunması için gerekli olmayan bu düzenleme, kiracının irade serbestisine ölçsüz bir müdahale teşkil etmektedir.

Üçüncü kişinin özel bir hukukî ilişkiye dayalı olarak zilyedi olduğu eşyanın taşınmaz olması hâlinde, devreden tarafından devralana aynî hak ve zilyetliğin havalesi yoluyla dolaylı zilyetlik kazandırılmışsa, Türk Medenî Kanunu'nun 979. maddesinin 3. fıkrası uygulanmayacaktır. Dolayısıyla, üçüncü kişi, sadece taşınmaz üzerinde aynî hak sahibi ise, bu hakkını (mutlak hak olması nedeniyle) devralana karşı ileri sürebilecektir. Üçüncü kişi devreden ile arasındaki ilişkiden doğan şahsî (nisbî) hakkını ise devralana karşı ileri sürerek taşınmazı tahliyeden kaçınamayacaktır. Ancak, söz konusu ilişkinin kira sözleşmesinden doğması durumunda, Türk Borçlar Kanunu'nun 310. ve 311. maddeleri devreye girer ve üçüncü kişi ile olan ilişkide devredenin yerini devralan alır. Bu hâlde, üçüncü kişi (kiracı), kira sözleşmesinden doğan şahsî (nisbî) hakkını bu sözleşmenin yeni tarafı olan devralana karşı ileri sürebilecek ve kira sözleşmesi sona erdirilmedikçe kiralanan taşınmazı tahliyeden kaçınabilecektir.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Teşekkür: Koç Üniversitesi Medenî Hukuk Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi Dr. Işık Öney'a makalenin taslak hâlini okuması ve değerlendirmeleri paylaşması için teşekkür ederim.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

Grant Support: The author declared that this study has received no financial support.

Acknowledgements: I would like to thank Dr. Işık Öney, Assistant Professor of Civil Law at Koç University, for reading the draft of the article and sharing his comments.

Bibliyografya/Bibliography

- Acar F, *Kira Hukuku Şerhi* (3. Bası, Beta 2016).
- Akipek JG ve Akıntürk T, *Eşya Hukuku* (Beta 2009).
- Altınok Ormancı P, 'Kira Sözleşmesinin Kurulmasından Sonra Kiralananın El Değiştirmesi: "Satım Kirayı Bozmaz" İlkesinin Sonuçları' (2013) 12 İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi 125-141.
- Arnet R, 'Art. 641', Breitschmid P ve Jungo A (edr), *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Sachenrecht* (3. Bası, Schulthess 2016).
- Arnet R ve Eitel P, 'Art. 920', Breitschmid P ve Jungo A (edr), *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Sachenrecht* (3. Bası, Schulthess 2016).
- Aybay A ve Hatemi H, *Eşya Hukuku* (Vedat 2009).
- Baldus C, '§ 986', *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 8: Sachenrecht (8. Bası, CH Beck).
- Başoğlu B, *Mülkiyeti Saklı Tutma Anlaşması* (Vedat 2019).
- Baur JF ve Stürner R, *Sachenrecht* (18. Bası, CH Beck 2009).
- Beetschen R, *Der Grundsatz 'Kauf bricht Miete' im schweizerischen Recht* (Effingerhof 1925).
- Bieber HJ, '§ 549', *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 5: Schuldrecht – Besonderer Teil II (8. Bası, CH Beck 2020).
- Bucher E, *Obligationenrecht Besonderer Teil* (3. Bası, Schulthess 1988).
- Canaris CW, 'Die Verdinglichung obligatorischer Rechte', Jacobs HH ve diğerleri (edr), *Festschrift für Werner Flume zum 70. Geburtstag* (Verlag Dr. Otto Schmidt KG 1978) 371-427.
- Eitel P, 'Bricht Kauf Miete und Leihe bei Fahrnis?', Wiegand W, Koller T ve Walter HP (edr), *Tradition mit Weitsicht – Festschrift für Eugen Bucher zum 80. Geburtstag* (Stämpfli 2009) 69-80.
- Ergüne MS, *Taşınır Mülkiyeti* (On İki Levha 2017).
- Ernst W, 'Art. 924 ZGB', Honsell H, Vogt NP ve Geiser T (edr), *Basler Kommentar – Zivilgesetzbuch II* (5. Bası, Helbing Lichtenhahn 2015).
- Ertaş Ş, *Eşya Hukuku* (13. Bası, Barış 2017).
- Esener T ve Güven K, *Eşya Hukuku* (7. Bası, Yetkin 2017).
- Fuchs N, *Die Besitzesschutzklagen nach Art. 927 ff. ZGB* (Dike 2018).
- Gursky KH, *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Buch 3: Sachenrecht, §§ 985-1011 (Eigentum 3) (Sellier – de Gruyter 2013).
- Gümüş MA, *Yeni 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Sözleşmesi* (Vedat 2011).
- Gürsoy KT, Eren F ve Cansel E, *Türk Eşya Hukuku* (2. Bası, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1984).
- Happel M, *Die Besitzessurrogate im schweizerischen Sachenrecht* (Helbing Lichtenhahn 2012).
- Hatemi H, *Eşya Hukuku* (On İki Levha 2020).
- Hatemi H, Serozan R ve Arpacı A, *Eşya Hukuku* (Filiz 1991).
- Häublein M, '§ 566 BGB', *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 5: Schuldrecht – Besonderer Teil II (8. Bası, CH Beck 2020).
- Hedinger MP, *System des Besitzesrechts* (Stämpfli 1985).
- Higi P ve Wildisen C, *Zürcher Kommentar*, Obligationenrecht, Vorbemerkungen zum 9. Titel, Art. 253-265 OR (5. Bası, Schulthess 2019).

- Hombberger A, *Kommentar zum Schweizerischen Gesetzbuch*, Band IV: Das Sachenrecht, Dritte Abteilung: Besitz und Grundbuch (2. Bası, Schulthess 1938).
- Huguenin C, *Obligationenrecht Allgemeiner und Besonderer Teil* (2. Bası, Schulthess 2014).
- Hulliger U ve Heinrich P, 'Art. 260-261a', Müller-Chen M ve Huguenin C (edr), *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht*, Vertragsverhältnisse Teil 1: Innominatkontrakte, Kauf, Tausch, Schenkung, Miete, Leihe (3. Bası, Schulthess 2016).
- Hürlimann-Kaup B, *Grundfragen des Zusammenwirkens von Miete und Sachenrecht* (Schulthess 2008).
- Inceoğlu M, *Kira Hukuku* (On İki Levha 2014).
- Kocayusufoğlu N, *Borçlar Hukukuna Giriş – Hukukî İşlem – Sözleşme* (4. Bası, Filiz 2008).
- Nomer HN, *Beklenen Haklar Üzerindeki Tasarrufların Hukukî Sonuçları* (Beta 2002).
- Nomer HN ve Ergüne MS, *Eşya Hukuku* (7. Bası, On İki Levha 2019).
- Oğuzman MK, Seliçi Ö ve Oktay-Özdemir S, *Eşya Hukuku* (22. Bası, Filiz 2020).
- Ostertag F, *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch*, Band IV: Sachenrecht, III. Abteilung: Art. 919-977 (2. Bası, Stämpfli 1917).
- Öktem Çevik S, *Kira Sözleşmesine Etkisi Bakımından Kiralananın Devri ve Sınırlı Ayni Hakka Konu Olması* (On İki Levha 2016).
- Özen B, *Haksız Zilyetlikte İade* (Beta 2003).
- Özen B, 'Kira Konusunun Devri' (2010) 16/1-2 MÜHF – HAD 137-179.
- Rahmatian A, 'A Comparison of German Moveable Property Law and English Personal Property Law' (2008) 3 J Comp L 197.
- Reber M ve Hurni C (edr), *Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Materialien zum Zivilgesetzbuch, Die Erläuterungen von Eugen Huber*, Band II (Stämpfli 2007).
- Schmid J ve Hürlimann-Kaup B, *Sachenrecht* (5. Bası, Schulthess 2017).
- Schöbi F, *Der Besitzschutz* (Stämpfli 1987).
- Serozan R, *Eşya Hukuku I* (3. Bası, Filiz 2014).
- Sirmen AL, *Eşya Hukuku* (8. Bası, Yetkin 2020).
- Stark EW, *Kommentar zum schweizerischen Privatrecht*, Band IV: Das Sachenrecht, 3. Abteilung: Besitz und Grundbuch, 1. Teilband: Der Besitz, Art. 919-941 ZGB (3. Bası, Bern 2001).
- Stark EW, 'Art. 924 ZGB', Honsell H, Vogt NP ve Geiser T (edr), *Basler Kommentar – Zivilgesetzbuch II* (2. Bası, Helbing Lichtenhahn 2003).
- Stark EW ve Lindenmann B, *Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Der Besitz, Art. 919-941 ZGB* (4. Bası, Stämpfli 2016).
- Steinauer PH, *Les droits réels*, vol 1 (5. Bası, Stämpfli 2012).
- Sutter-Somm T, *Schweizerisches Privatrecht*, Band V/1: Eigentum/Besitz (2. Bası, Helbing Lichtenhahn 2014).
- Tekinay SS ve diğerleri, *Tekinay Eşya Hukuku*, Cilt I (5. Bası, Filiz 1989).
- Tuor P ve diğerleri, *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch* (13. Bası, Schulthess 2009).
- Ünal M ve Başpınar V, *Şekli Eşya Hukuku* (10. Bası, Savaş 2018).
- Vardar Hamamcıoğlu G, *Medenî Hukuk'ta Tasarruf İşlemi Kavramı* (On İki Levha 2014).

- Waltermann R, ‘§ 986 Abs. 2 BGB als Ausdruck einer Verdinglichung schuldrechtlicher Rechtspositionen durch das Gesetz? – Zur Rechtsstellung des schuldrechtlich berechtigten Besitzers’ [1993] JURA 521-532.
- Weber R, ‘Art. 261’, Honsell H, Vogt NP ve Wiegand W (edr), *Basler Kommentar – Obligationenrecht I* (6. Bası, Schulthess 2015).
- Weber R, ‘Art. 261a’, Honsell H, Vogt NP ve Wiegand W (edr), *Basler Kommentar – Obligationenrecht I* (6. Bası, Schulthess 2015).
- Weimar W, ‘Die Erhaltungsfunktion des Besitzes gem. § 986 Abs. 2 BGB’ [1982] JR 364-365.
- Westermann HP, Gursky KH ve Eickmann D, *Sachenrecht* (8. Bası, CF Müller 2011).
- Wiegand W, ‘Art. 641’, Honsell H, Vogt NP ve Geiser T (edr), *Basler Kommentar – Zivilgesetzbuch II* (5. Bası, Helbing Lichtenhahn 2015).
- Wieling H, ‘Voraussetzungen, Übertragung und Schutz des mittelbaren Besitzes’ (1984) 184 AcP 439-464.
- Zycha A, ‘Eigentumsverfolgung und Verkehrsschutz bei Fahrnis nach dem Schweizerischen Zivilgesetzentwürfe’ (1903) 22 ZSR 74-150.



Kamulaştırmaz El konulan Taşınmazın İdarenin Mülkiyetine Geçmesinden Sonra Eski Mal Sahibinin Taşınmazına Tekrar Kavuşması

Atıla Erkal^{*}

Öz

Mülkiyet hakkına müdahale kanunun öngördüğü şekillerde kamu yararı amacıyla gerçekleştirilebilir. Bu amaçla kanunda farklı imkânlar öngörülmüşse de özel mülkiyete tabi taşınmazlar kamulaştırma yoluyla elde edilmektedir. Kamulaştırma Kanunu (KK) eski taşınmaz sahiplerine, taşınmaza ihtiyaç kalmaması durumunda belli şartlar altında iade imkânı ve geri alma hakkı tanımaktadır. İdare özel mülkiyete tabi taşınmazlara, kamulaştırma yapmadan da hukuka aykırı bir şekilde fiili olarak el atabilmektedir. Bunun yanında hukuki olarak el atıldığı taşınmazları uzun süre mülkiyetine geçirmeden kişilerin mülkiyet hakkını ihlal edebilmektedir.

Kamulaştırmaz el atıldıktan sonra açılan dava neticesinde mahkemece idare adına tesciline karar verilen taşınmazlara ihtiyaç kalmaması, kamu yararı ya da başka bir kamu hizmetine tahsis edilmemesi durumunda, eski maliklerin taşınmazına tekrar kavuşmasını sağlayan, idare tarafından iade ya da malikin geri alma hakkını düzenleyen bir hüküm bulunmamaktadır. Bu konuda bir hukuk boşluğu mevcuttur. Bu hukuk boşluğu KK'daki hükümlerin kıyas yoluyla uygulanmasıyla giderilebilecektir.

Bir kanun hükmünün kıyasen uygulanması için, uygulanacak olaya ilişkin kanun hükmünün olmaması, olayın benzerlik taşıması ve sonucun aynı olması gerekmektedir. Özel hukukta kural olarak kıyas yoluyla akıl yürütme önünde bir engel bulunmamaktadır. Kamu hukukunun özelliği sebebiyle kıyas belli şartlar altında uygulanabilmektedir. İdare Hukuku'nda ağırlıklı olarak hak yaratıcı bazı durumlarda kıyas yapılabilmektedir. KK'nun kamulaştırılan taşınmazın eski malikine iadesine ve malikin geri alma hakkına ilişkin hükümleri, uyumsuzlukta adli yargı öngörüldüğünden özel hukuk bağlamında kıyasen kamulaştırmaz el atmalar bakımından da uygulanabilir niteliktedir.

Anahtar Kelimeler

Kamulaştırmaz El Koyma, Fiili El Atma, Hukuki El Atma, Eski Malike İade, Malikin Geri Alma Hakkı

Re-acquisition of the Land by Former Owner After Administrative Authority confiscated the land without expropriating

Abstract

Interferences with property rights can only be carried out in the public interest in a manner prescribed by law. Although the law provides different options for this purpose, land that is subject to private property is acquired through expropriation. The Expropriation Act grants former owners the right to return the property under certain conditions and to take it back if the property is not needed. The administration can de facto take possession of privately owned land illegally without expropriation. In addition, it can violate the property rights of individuals without legally taking over the property that it has long confiscated.

As a result of the lawsuit that was filed after the confiscation without expropriation and the court has made a decision to register the property on behalf of the administration and accordingly the administration does not need the property after

* **Sorumlu Yazar:** Atıla Erkal (Doç. Dr.), Sakarya Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı, Sakarya, Türkiye. E-posta: atilaerkal@sakarya.edu.tr ORCID: 0000-0002-7394-5414

Atf: Erkal A, "Kamulaştırmaz El konulan Taşınmazın İdarenin Mülkiyetine Geçmesinden Sonra Eski Mal Sahibinin Taşınmazına Tekrar Kavuşması" (2021) 79(3) İstanbul Hukuk Mecmuası 963. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2021.79.3.2604>



a while or not for the public benefit or another public service is not regulated by law that the former owner can take back the property from the administration or the right of return of the property. There is a legal loophole in this regard. This legal loophole can be closed by analogy with the provisions of the Expropriation Act.

In order for a legal provision to be applied by analogy, there should be no legal provision regarding the event to be applied, the event should be similar and the result should be the same. As a rule, there is no obstacle to analogous application in private law. Due to the nature of public law, an analogy can be made under certain conditions. There are different views in the areas of constitutional, criminal, tax and administrative law under public law. In administrative law, analogy is mainly carried out in some favorable cases. The provisions of the Expropriation Act on the return of the expropriated property to the previous owner and the owner's right of repossession apply comparatively to hand assignments without expropriation.

Keywords

Confiscation Without Expropriation, Actual Confiscation, Legal Confiscation, Return to Former Owner, Right of Owner to Take Back

Extended Summary

The administration needs immovables belonging to private persons in order to perform public services. The right to property is among the rights and duties of the person in article 35 of the Constitution. Expropriation is among the social and economic rights and duties in Article 46 of the Constitution. Since the confiscation of the immovables belonging to private persons by the administration brings a limitation to the property right, it is obligatory to comply with the basic principles of regulation and restriction. The Expropriation Law stipulates the expropriation of privately owned real estates for public benefit and regulates the procedure of legal intervention in detail. In addition, the 18th article of the Zoning Law gives the authority to confiscate up to 45% of the immovable property free of charge in cases listed in the article.

It is against the law for the administration to take possession of an immovable property without expropriation. In the actual confiscation, it causes an arbitrary behavior without relying on any decision of the administration and without paying the price of the immovable, causing a violation of the property right. In case of actual confiscation, the owner of the immovable property has the right to open lawsuits such as prevention of confiscation, demanding the value of the property, compensation or compensation in return for occupation. However, by making temporary arrangements, the legislator has made legal regulations stating that the ownership of the immovables that are actually confiscated without expropriation will be transferred to the administration and the cost will be paid to the owner of the immovable. These regulations are in the nature of an amnesty against the unlawful act of the administration. In addition to this, as in the zoning plans of a real property, if it does not expropriate or carry out other applications within a period of 5 years, legal confiscation without expropriation is in question. In legal seizure, it is illegal because the administration did not make a zoning program to implement the zoning plans within 5 years, did not take a decision to transfer the property to the administration or expropriated.

The Expropriation Law allows the former owner to regain his property under certain conditions. According to Article 22 of the Law, if there is no need to allocate the property for the purpose of expropriation or a need for public benefit after the expropriation is finalized, the situation is announced to the former owner in accordance with the provisions of the Notification Law, and to pay the expropriation value of him or his inheritors within three months, together with the legal interest that will accrue from the day they receive the expropriation value. provided that he can take back the immovable. Article 23 of the Law regulates the former owner 's right to take back the immovable. Accordingly, within five years from the date of the expropriation value, the expropriation authority does not carry out any operation or installation suitable for the purpose of expropriation and transfer, or if the immovable property is left as it is, by not allocating it to a need for public benefit, the owner or the heirs shall be legally charged with the expropriation fee from the day they receive the expropriation fee. He can take back the real estate by paying it together with the interest. The former owner must request from the administration to return the immovable to him within one year from the date of his right to take back.

As a result of a legal expropriation, the possibility of the former owner to regain his / her immovable property is foreseen by law, but there is no regulation for the immovables that have been illegally seized, especially after the court has made a registration decision on behalf of the administration. For this reason, there is a legal loophole. This gap can be eliminated by applying the provisions regarding the return of the immovable property to the former owner or the right to take it back in the Expropriation Law by analogy.

While the comparison is free as a rule in private law, it is a controversial issue in public law. On the other hand, freedom of comparison is considered predominantly in terms of beneficial transactions in Administrative Law. However, since Article 24 of the Expropriation Law mandates the judicial judiciary for disputes regarding the return of the relocation to the former owner and the right of the owner to take back, it should be compared within the framework of private law. Benchmark is the application of a provision laid down in the law for a specific event to a similar event not regulated by law. In order to be able to apply for a comparison procedure, there must be a provision in the law on the compared subject, this provision must not be exceptional, there is no provision regarding the compared event, and the compared event must have the same quality in terms of reason and purpose. Since these conditions for comparison are also available in terms of immovables that are actually confiscated without expropriation, there is no obstacle to the application of the aforementioned provisions by comparison. In addition to the Constitution and the ECHR, which protect the property right, it necessitates the strictness in accordance with the principles of justice and equity. As in the case of the administration selling

the said immovables to someone else, a situation on the contrary will constitute a violation of both the aforementioned regulations and principles, and will lead to the violation of the personal right and fair balance recognized by the property right. Moreover, the failure to recognize the rights of the former owner in the acquisition of property by arbitrarily and unlawfully violating the property right of the former owner in the immovable property, which was transferred to the ownership as a result of the decision of the administration to comply with the law, is incompatible with the Rule of Law.

Kamulaştırmaz El konulan Taşınmazın İdarenin Mülkiyetine Geçmesinden Sonra Eski Mal Sahibinin Taşınmazına Tekrar Kavuşması

Giriş

İdare, kamu hizmetlerini ifa edebilmek için özel mülkiyette bulunan taşınmazlara ihtiyaç duyabilmektedir. İdarenin ihtiyaç duyduğu taşınmazları hukuka uygun bir şekilde mülkiyetine geçirmesi esastır. Mülkiyet hakkına ilişkin temel esaslar Anayasa'nın 35. maddesinde yer almaktadır. Bunun yanında kamulaştırma yoluyla hukuka uygun müdahale konusunda Anayasa'nın 46. maddesi temel ilkelere yer vermekte ve KK ile bu usul düzenlenmektedir. Kamulaştırmanın temel ögesi kamu yararı olmakla birlikte, bir taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkının, karşılığı ödenmek kaydıyla malikin rızasına bakılmaksızın idarece kaldırılması ve taşınmazın kendi mülkiyetine geçirilmesidir.¹ Bunun yanında idare İmar Kanunu'nun 18. maddesi uyarınca kamu hizmetleri için gerekli olan ve maddede sayılan durumlarda düzenleme ortaklık payı olarak özel mülkiyetteki taşınmazlara bedelsiz olarak el atabilmekte ve mülkiyetine geçirebilmektedir. Kanunla öngörülen bu yetkiler dışında özel mülkiyette bulunan taşınmazlara idarenin el koyması hukuka aykırılık teşkil etmektedir. Ancak idarenin bir kamulaştırma kararı olmaksızın, kanunun verdiği bir yetkiye dayanmadan özel mülkiyette yer alan bir taşınmaza el koyması uygulamada karşılaşılan bir durumdur. Kamulaştırmaz el koyma² olarak ifade edilen bu durumda idarenin mevzuat dışına çıkarak keyfi davranması söz konusudur.

Kamulaştırmaz el koymada taşınmaz, idarenin mülkiyetine geçmemekte, ancak idare söz konusu taşınmaza fiili ya da hukuki olarak el atmaktadır. Mülkiyet hakkı hukuka aykırı bir şekilde sınırlandırılan taşınmaz sahibi buna karşı yargı yoluna başvurma hakkına sahiptir. Fiili el atmada malik müdahalenin men'ini talep edebileceği gibi ecrimisil, bedel veya tazminat talep ederek idare adına tescilini de isteyebilmektedir. Buna karşılık kanun koyucu belli dönemlerde kamulaştırmaz fiili el atılan taşınmaz sahibine sadece bedel ve tazminat talep etme hakkı tanıyarak mülkiyetin idareye geçeceğini düzenlemiştir. Kamulaştırmaz el konulan taşınmazların gerek malik tarafından mahkemeden idare adına tescilinin istenmesi, gerekse kanun koyucunun bu yönde bir kural getirmesi sebebiyle idarenin mülkiyetine geçen taşınmazların ihtiyaç kalmaması durumunda akıbeti konusunda bir hüküm bulunmamaktadır. Benzer durum hukuki el atmalarda da ortaya çıkmaktadır. İdarenin zamanla taşınmaza ihtiyacının kalmaması sebebiyle malike iade yetkisi ya da malikin geri alma hakkı olup olmadığı tartışmalı bir konudur. Buna karşılık hukuka uygun bir kamulaştırma işleminde, KK'ndaki şartlar gerçekleşmişse, malikin kamulaştırılan

¹ Anayasa Mahkemesi, 2003/33, 10.04.2003; Halil Kalabalık, *İmar Hukuku Dersleri*, (9. Bastı, Seçkin 2019) 276.

² Kamulaştırmaz el koyma yerine "kamulaştırmaz el atma", "fiili el atma" ayrımı yapılarak "dolayısıyla el koyma" ya da "de facto kamulaştırma" kavramları da kullanılmaktadır. Bu çalışmada yeri geldikçe el koyma ve el atma kavramları birlikte kullanılacaktır.

taşınmazı geri alma hakkı bulunmaktadır. Ayrıca idarenin kamulaştırdığı taşınmaza ihtiyacı kalmamışsa, eski malike iade yetkisi de mevcuttur.

Bu çalışmada kamulaştırmaz fiili ve hukuki el atma üzerine mahkemece idare adına tescil kararı³ verilen taşınmaza, ihtiyaç kalmaması üzerine eski mal sahibine iadesi ve malikin geri alma hakkının bulunup bulunmadığı sorunu incelenecektir. Öncelikle mülkiyet hakkı bağlamında kamulaştırma ve kamulaştırmaz el atma kavramlarına yer verilerek mülkiyetin idareye geçme süreci ele alınacaktır. Daha sonra mal sahibinin geri alma hakkı ya da idarenin ihtiyacı kalmayan taşınmazı mal sahibine iade yetkisi olup olmadığı, mevcut hükümlerin kıyasen uygulanıp uygulanamayacağı irdelenecektir.

I. Kamulaştırmaz El Koyma Kavramı

Kamulaştırmaz fiili el koyma kavramı⁴ yargısal içtihatların yanında doktrin tarafından da tanımlanmaktadır. Buna karşılık açık bir kanuni tanım bulunmamakla birlikte, KK'nun Geçici 6. maddesinde lafzen geçmese de, kamulaştırmaz fiili el koymayı dolaylı tanımladığını kabul edebiliriz.⁵ Kamulaştırmaz hukuki el atma ise KK Ek 1. madde ile kanuni bir zemine kavuşmuştur. Kavramsal olarak kamulaştırmaz el koymayı ele almadan önce mülkiyet hakkı karşısındaki durumunu incelemekte fayda bulunmaktadır.

A. Kamulaştırmaz El Koyma ve Mülkiyet Hakkı

Hukuk devletinde kişilere tanınan önemli temel haklar arasında yer alan mülkiyet hakkı, anayasal güvence altındadır. Anayasa'nın 35. maddesinde, herkesin mülkiyet hakkına sahip olduğu ve bu hakka ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlandırma getirilebileceği hüküm altına alınmıştır. AİHS Ek 1 nolu Protokolün 1. maddesine göre de, mülkiyet hakkına kamu yararı amacıyla ancak kanunla ve uluslararası hukukun genel ilkelerine göre müdahale edilebilir.⁶

Mülkiyet hakkının Anayasa'da kişi hak ve ödevleri içerisinde yer alması sebebiyle Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ya da başka bir düzenleyici işlemlerle sınırlandırılması

³ Hukuki el atmada farklı bir süreç işlemektedir. Bunun için bkz. III.B. Kamulaştırmaz El Atmada Mülkiyetin İdareye Geçmesini Sağlayan Durumlar başlığı.

⁴ Kamulaştırma kavramı yerine "dolayısıyla kamulaştırma" kavramının tercih edilmesi yönünde yaklaşımlar bulunmaktadır. Bkz. Fatma Ayhan, 'Kamulaştırma Kanunu'nun Geçici 6. Maddesi ve Türk Hukukunda "Dolayısıyla Kamulaştırma" Uygulanması Üzerine Bir Deneme' (2011) 69 (1-2) İÜHF 1125, 1127.

⁵ Danıştay 6 D, 2014/4122, 27.05.2014, (Legalbank); Aksi yönde bkz. Türker Yalçınduran, '6745 Sayılı Kanun İle Hukuki El Koymalara Dair Yapılan Değişiklikler İle Hukuki Ve Fiili El Koymalara Uygulanacak Hükümler' (2017), 66 (2), AÜHF 491, 500.

⁶ Mülkiyet hakkına ilişkin AİHM karar örnekleri için bkz. Oğuz Sancakdar, 'AİHM'in Gayrimenkul Mülkiyeti ve İmar Hukuku Uyuşmazlıklarına Yaklaşımından Kesitler Ve Karar Örnekleri' İzmir BD (2019), 84 (3) 511, 512 ff.

mümkün değildir.⁷ Mülkiyet hakkına el atma yetkisini düzenleyen kanunun Anayasa'nın temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasına ilişkin 13. maddesinde yer alan temel yükümlülükleri de içermesi bir zorunluluktur. Buna göre ilgili kanun mülkiyet hakkını, özüne dokunmaksızın yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak sınırlandırabilir. Bu sınırlama Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzenine ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olmalıdır. Ayrıca genel nitelikte olmalı, güvenin korunması ve eşitlik ilkesine uygun olmalıdır.⁸

Anayasa'nın 46. maddesi kamulaştırmayı özel olarak hüküm altına alarak mülkiyet hakkını sınırlandırmaktadır. Sosyal ve ekonomik haklar ve ödevler arasında yer alan kamulaştırmayla⁹; Kamu yararının gerektirdiği hallerde, gerçek karşılıklarını peşin ödemek şartıyla, özel mülkiyette bulunan taşınmaz mallara kanunla gösterilen esas ve usullere göre hukuka uygun el atılabileceği belirtilmektedir.¹⁰ Her ikisi de Anayasa'da düzenlenmekle birlikte, mülkiyet hakkı 1961 Anayasa'sında¹¹ sosyal ve iktisadi haklar ve ödevler başlığı altında düzenlenirken, 1982 Anayasası'yla kişi hak ve ödevleri kapsamına alınmıştır.¹² Bu değişikliklerle birlikte ve Anayasa'nın 46. maddesinin mevcut haliyle mülkiyet hakkının daha güçlü bir konuma geldiği aşikardır.¹³

Kamulaştırmaya ilişkin esas ve usuller ise 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu ile belirlenmiş ve hukuka uygun el atma süreci ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir. Ancak Kanunun Geçici 6. maddesi bunun dışına çıkarak, kamulaştırmaz el atma

⁷ Anayasa'nın 104. maddesine göre Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri ile temel hak ve ödevler alanında sadece sosyal ve ekonomik hak ve ödevleri düzenlenebilir. Kişi hak ve ödevleri ile siyasi hak ve ödevler düzenlenemez. Kamulaştırma her ne kadar sosyal ve ekonomik hak ve ödevler arasında yer alsada kanunla gösterilen usul ve esaslara göre yapılacağı açıkça düzenlendiğinden, Anayasanın 104/17. fıkrasına göre Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile düzenlenemez. Bu konuda münhasıran kanunla düzenleme yapılabilir. Anayasa Mahkemesine göre Anayasa koyucunun bir konunun kanunla düzenlenmesini özel olarak öngörmesi bu alanın münhasıran kanunla düzenlenmesini istediği anlamına gelir. Anayasa'da kanunla düzenleneceği belirtilen alanlarda CBK çıkarma yetkisi bulunmamaktadır. Anayasa Mahkemesi, 2020/5, 23.01.2020; Anayasa Mahkemesi, 2020/4, 22.01.2020.

⁸ Hartmut Maurer, *Allgemeines Verwaltungsrecht* (14. Bası, C.H. Beck 2004) 710.

⁹ Karşılaştırmalı hukukta Almanya örneğine baktığımızda kamulaştırma Alman Anayasası'nın 14. maddesinde mülkiyet hakkıyla birlikte düzenlenmektedir. Maddenin ilk iki fıkrası mülkiyet hakkını 1982 Anayasası'nın 35. maddesine benzer bir şekilde düzenlerken 3. fıkrası kamulaştırmayı hüküm altına almaktadır.

¹⁰ İdare kendisine Anayasa tarafından tanınan olanak ve yetkileri Yasa'ya uygun bir biçimde kullanmaksızın taşınmazla el atarak kamulaştırma ilkelere aykırı davranamaz. Anayasa'nın sınırlarını belirleyerek izin verdiği kamulaştırma yöntemini kullanmadan yapılan el atmalar anayasal dayanağı olmayan kamulaştırmaz el koymadır ve mülkiyet hakkına müdahaledir. Anayasa Mahkemesi, 2003/33, 10.04.2003; Hukuk sisteminde öngörülen usuller dışında kamulaştırma yapmaksızın ve taşınmaz bedeli ödenmeksizin el atılması mülkiyet hakkını ihlal eder. Anayasa Mahkemesi, İkinci Bölüm, Emel Kaynar ve Diğerleri kararı, B. no: 2013/3667, 10.06.2015; Papamichalopoulos v Greece App no 14556/89 (ECHR 24 Juny 1993); Carbonara and Ventura v Italy, App no 24638/94 (ECHR 2000- VI) ve Belvedere Alberghiera S R. L. Italy, App no 31524/96 (ECHR 30 May 2003).

¹¹ Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, Kanun Numarası: 334, Kabul Tarihi: 09.07.1961, RG 20.07.1961/10859.

¹² 1961 Anayasası'nın 36. maddesinde yer alan mülkiyet hakkına ilişkin hüküm aynen korunarak 1982 Anayasası'nda kişi hak ve hürriyetleri kapsamına alınmıştır. Meltem Kutlu Gürsel, *Kamulaştırma Hukuku* (3. Bası, Seçkin 2019) 36 ff.

¹³ Necmi Yüzbaşıoğlu, '2001 Anayasa Değişiklikleri Üzerinde Bir Değerlendirme' Yıldızhan Yaylaya Armağan (Galatasaray Üniversitesi Yayınları no: 4, 2003) 587, 594; Kutlu Gürsel (n12) 40.

kavramını kanuni bir zemine taşımıştır.¹⁴ Kamulaştırmasız el atma, kamulaştırma mahiyetinde olmadığı için Anayasa'nın 46. maddesi değil, 35. maddesi bağlamında mülkiyet hakkına müdahale kapsamındadır.¹⁵

Kamu hizmetinin ifasında kamu yararı ile bireysel hak ve menfaatler çatıştığı durumda kamu yararı önce gelmektedir. Taşınmaz malikleri hukuka uygun kamulaştırmalara kamu yararı uyarınca katlanmak zorundadır. Buna karşılık devlet, kamu yararı sebebiyle hakları ve menfaatlerinden fedakârlık yapmaya zorlanan, hak kaybına uğrayan kişilerin zararını ödemekle yükümlüdür.¹⁶ Hukuka aykırı müdahalelere karşı ise taşınmaz sahipleri kendisini savunabilmelidir.¹⁷ KK Geçici 6. maddesinin yukarıda ifade ettiğimiz mülkiyet hakkına hukuka uygun müdahaleyi düzenleyen anayasal hükümlerle uyum içinde olduğunu söylemek güçtür. Söz konusu madde idare tarafından belli yıllar arasında el konulmuş özel mülkiyette yer alan taşınmazların bedelinin ödenerek idarenin mülkiyetine geçmesini öngörmektedir.¹⁸ Bu hükümle birlikte taşınmaz mal sahiplerine sadece bedel talep etme hakkı tanınmış, mülkiyet hakkından kaynaklanan diğer hakları kısıtlanmıştır.¹⁹ Sadece bedel talep hakkı tanıyıp, diğer hakları için yargıya müracaat hakkı sınırlandırılarak Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınmış hak arama özürlüğü ve bu bağlamda adil yargılanma hakkının ihlal edildiği söylenebilir. Anayasa Mahkemesi hak arama özgürlüğünün kapsamını belirlerken, herkesin yargı

¹⁴ Geçmişte de benzer düzenlemeler yapılmıştır. 221 sayılı Amme Hükmi Şahıslar veya Müesseseleri Tarafından Fiilen Amme Hizmetine Tahsis Edilmiş Gayrimenkuller Hakkındaki Kanununun 1. Maddesine göre "6830 sayılı İstimlak Kanununun yürürlüğe girdiği tarihe kadar, kamulaştırma işlerine dayanmaksızın, kamulaştırma kanunlarının göz önünde tuttuğu maksatlara fiilen tahsis edilmiş olan gayrimenkuller ilgili amme hükmi şahsı veya müessesesi adına tahsis tarihinde kamulaştırılmış sayılır." Geçmişteki kanuni düzenlemelerin tarihi seyri için bkz. Sadullah Özel, 'Anayasa Mahkemesi ve Kamulaştırmasız El Atmanın Yasallaştırılması Girişimleri' (2015) 13 (154) LHD 61, 68 ff.; Ayhan (n 4) 1135.

¹⁵ Hans Dieter Jarass ve Bodo Pieroth, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar*, (5. Bası, C.H. Beck 2000) 376.

¹⁶ Maurer (n 8) 699; Kamulaştırma yoluyla mülkiyet hakkına el atılması karşılığında bedel ödenmesi konusunda ilk pozitif düzenleme 18. YY. da "Prusya Devletleri Genel Memleket Hukuku" (Allgemeines Landsrecht für Preußischen Staaten- ALR) isimli kanun kodifikasyonunun 74 ve 75. maddelerinde yer verilmiştir. Bu hükümler sadece kamulaştırmayı kapsamamakta, kamu yararı ile bireysel hak ve menfaatler çatıştığı durumda kamu yararının önce geleceğini düzenlemektedir. Bireyler haklarının kısıtlanmasına katlanmak zorundadır, buna karşılık devlet, kamu yararı sebebiyle hakları ve menfaatlerinden fedakârlık yapmaya zorlanan, hak kaybına uğrayan kişilerin zararını ödemekle yükümlüdür. Bu hükümler birçok hukuk sistemini etkilemiş ve günümüzde de geçerli olan fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesini ortaya çıkarmıştır.

¹⁷ Maurer (n 8) 707.

¹⁸ 221 sayılı Kanun 9.10.1956 tarihinden önceki kamulaştırmasız el atılan taşınmazlarda, 2 yıllık bedel talep hakkı tanıdığından ve bu süreyi hak düşürücü olarak öngördüğünden, sürenin kaçırılması durumunda bedel talep hakkı sona ermiştir. Ali Çuvacı, *Kamulaştırma Kanunundan Doğan Bedel Ve Tescil Davaları* (1. Bası, Seçkin 2019) 671.

¹⁹ Anayasa Mahkemesi, KK'nun 38. maddesinde yer alan; "Kamulaştırma yapılmış, ancak işlemleri tamamlanmamış veya kamulaştırma hiç yapılmamış iken kamu hizmetine ayrılarak veya kamu yararına yönelik bir ihtiyaca tahsis edilerek üzerinde tesis yapılan taşınmaz malın malik, zilyed veya mirasçılarının bu taşınmaz mal ile ilgili her türlü dava hakkı yirmi yıl geçmekle düşer. Bu süre taşınmaz mala elkoyma tarihinden başlar." hükmünü Anayasa'nın 2., 13., 35. ve 46. maddelerine aykırı bularak iptal etmiştir. Gereğesinde kamulaştırmasız el atılan bir taşınmazın malik, zilyed veya mirasçılarının el atmanın önlenmesi, taşınmazın karşılığı olan bedelinin istenmesi, tazminat veya işgal karşılığı tazminat davası gibi davaları açmaktan men edilemeyecekleri; Temel hak ve özgürlükleri büyük ölçüde kısıtlayan veya kullanılamaz hale getiren sınırlamaların hakkın özüne dokunacağını, temel hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamaların yalnız ölçüsü değil, koşulları, nedeni, yöntemi, kısıtlamaya karşı öngörülen kanun yollarının demokratik toplum düzeni kavramı içinde değerlendirileceğini; Devletin veya bir kamu tüzel kişisinin kamulaştırma işlemi olmaksızın temel insan haklarından olan mülkiyet hakkına keyfi bir şekilde el konularak bireylerin sahip oldukları taşınmazları üzerinde özgürce tasarruf etmelerinin engellenmesi ve yirmi yıl sonunda dava hakkı da tanınmayarak, mülkiyet haklarının ellerinden alınması hukuk devleti ilkesine aykırı olduğunu belirtmiştir. Anayasa Mahkemesi, K. 2003/33, 10.04.2003; Hukuki el atmayla maliklik kişisel tasarrufta bulunma, rayiç değer üzerinden satma, kiralama, değişiklik yapma gibi mülkiyet hakları kısıtlanmaktadır. Yargıtay HGK, 2010/651, 15.12.2010 (Legalbank).

mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddiada bulunma ve savunma hakkına sahip olduğunu²⁰ mahkemeye erişim hakkının Anayasa'nın 36. maddesi ve AİHS'in 6. maddesinde güvence altına alındığını ifade etmektedir.²¹ Mahkemeye erişim hakkı bir uyuşmazlığı mahkeme önüne taşıyabilmenin yanında etkili bir şekilde karara bağlanmasını isteme anlamına da gelmektedir.²² Kamulaştırmaz fiili el atmada sadece bedel talep hakkının tanınması mahkemeye erişim hakkının güvence altına alındığı anlamına gelmez. Hak sahibinin mülkiyet hakkından kaynaklanan tüm dava haklarının tanınmasıyla sağlanabilir. Bunun yanında, örneğin müdahalenin men'ini talep edemediğinden, etkili bir şekilde karara bağlamayı isteme hakkının sağlandığını da söylemek güçtür. Yine Anayasa Mahkemesine göre hak arama özgürlüğü, bir temel hak olmasının yanında diğer temel hak ve özgürlüklerden gereken şekilde yararlanmasını ve bunların korunmasını sağlayan en etkili güvencelerden biridir. Davanın bir mahkeme tarafından görülebilmesi, kişiye iddialarını ortaya koyma imkânının tanınması gerekir.²³ KK Geçici 6. madde uyarınca taşınmaz sahibi müdahalenin men'ini talep edemeyeceğinden, el atmanın hukuka aykırılığını taşınmazın değerine ilişkin bedel tespiti özelinde yapabilecektir. Dolayısıyla iddialarını sınırlı bir şekilde ortaya koyma imkânına sahiptir.²⁴ İdarenin kamulaştırmaz el atma yerine, kamulaştırma yaparak zaten taşınmazın mülkiyetini elde etme yetkisinin olduğu, dolayısıyla kamulaştırmaz el atma sebebiyle mülkiyetin idareye geçmesi arasında bir fark bulunmadığı yaklaşımı hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmaz. Bu durumda niçin hukukun öngördüğü kamulaştırma yapılmadı sorusu akla gelir. İdare açısından mali kaygılar onun haklılığı sonucunu doğurmaz.²⁵ Kamulaştırmaz el atılan taşınmazların mülkiyetinin idareye geçmesini düzenleyen hükümlerin en azından el atma gerekçesi için ileri sürülen kamu hizmeti ve kamu yararının hala devam edip etmediği, el atma için bir zorunluluğun olup olmadığı, diğer temel ilkeler yanında ölçülülük ilkesine uyulup uyulmadığına yargısal denetim imkânı verilmesi gerekir. Maddenin uygulanmasının öngörüldüğü süreler dışındaki kamulaştırmaz fiili el atmalardan farklı olarak, söz konusu hususların varlığı esnetilerek, müdahalenin men'inin de talep edilmesine imkân tanınması, kamu yararında adil dengeyi oluşup oluşmadığının tespitine yardımcı olacaktır.

²⁰ Anayasa Mahkemesi, Aladdin Özdemir kararı, B. No: 2018/36426, 21.10.2020, para 22.

²¹ Anayasa Mahkemesi, Özbakım Özel Sağlık Hiz. İnş. Tur. San. ve Tic. Ltd. Şti. kararı, B. No: 2014/13156, 20.4.2017, para 34.

²² Anayasa Mahkemesi, Özkan Şen kararı, B. No: 2012/791, 07.11.2013, para 52.

²³ Anayasa Mahkemesi, Mohammed Aynosah kararı, B. No: 2013/8896, 23.2.2016, para 33.

²⁴ Mülkiyetin maddi değeri yanında manevi değeri de bulunmaktadır. Örneğin bir kişinin çocukluğunu hatta tüm ömrünü geçirdiği anılarıyla dolu bir evin ya da atalarından miras kalan taşınmazın kamulaştırılmasında dahi psikolojik ve manevi değere önem atfedilerek mülkiyet hakkına en ağır müdahale olarak görülürken, idarenin keyfi olarak kamulaştırmaz el atma sebebiyle müdahalenin hukuka aykırılığını ileri sürerek müdahalenin menini talep edememek mülkiyet hakkının daha ağır ihlaline neden olacaktır. Buna ilişkin tarihi örnek bir olay için bkz. Yunus Emre Yılmazoğlu ve Duman Özgür, 'Acele Kamulaştırmanın Mülkiyet Hakkı Bakımından Yol Açtığı Meseleler: Anayasa Mahkemesi'nin "Ali Ekber Akyol Ve Diğerleri" İle "Ali Hıdır Akyol Ve Diğerleri" Kararlarının Analizi' (2018) 6 (11) UMD 513, 514 ff.

²⁵ 5999 sayılı Kanunla getirilen Geçici 6. maddenin gerekçesinde, kamulaştırmaz el koyma sebebiyle açılacak davalar sebebiyle idareleri mali açıdan zora sokabilecek tazminatlardan korumanın amaçlandığı görülmektedir. Gerekçe için bkz. Mehmet Ali Gölcüklü, *Kamulaştırma Kanunu Şerhi: Fiili Ve Hukuki El Atma Davaları* (2. Bası, Seçkin 2018) 1159.

Anayasa Mahkemesi bireysel başvurularda hak arama özürlüğüne haklı olarak kapsamlı bir şekilde ele alırken, kamulaştırmaz el koymaya ilişkin maddenin iptali için açılan davada kısmen iptal kararı vermiş, kamulaştırmaz fiili el koymaya ilişkin kanunla öngörülen hükmü Anayasa'ya aykırı bulmamıştır. Ancak Mahkeme malik aleyhine olan hükümlerin “*sürekli*” uygulanmasının Anayasa'nın 35 ve 46. maddelerine aykırılık oluşturduğunu ifade etmektedir.²⁶ Mahkeme söz konusu kararıyla fiili olarak el atılan taşınmazların kamu hizmetine özgülenmesi sebebiyle, mülkiyetin idareye geçmemesi durumunda kamu hizmetlerinin aksayabileceği yaklaşımı sergileyerek mülkiyetin idareye geçirilmesine cevaz vermiştir. Ancak bu uygulamanın istisnai olması, kanunla tekerrür etmemesi gerektiğinin altını çizmiştir.

Maddenin Anayasaya aykırılığı sorunu bir tarafa kanun koyucu bu madde ile, idarenin hukuka aykırı keyfi davranışına yetki vermeye ve bunu meşrulaştırmaya yönelik bir kanuni düzenleme yapmamıştır. Kanun koyucu bir taraftan fiilen el atılan taşınmazların kamu hizmetinde kullanılması, diğer taraftan taşınmaz sahiplerinin mülkiyet hakkının ihlal edilmesi sebebiyle ortaya çıkan uyuşmazlıklara bir çözüm getirmek amacıyla geçici bir düzenleme yapmıştır. Bu tür hükümlerin sürekli düzenlenmesi ya da sürekli uygulanır hale gelmesi fiili el atmanın olağan hale gelmesi, idarenin böyle bir hükmün çıkmasına yönelik kanısı da kötüye kullanma tehlikesini beraberinde getirir.²⁷ Ayrıca Anayasa Mahkemesi Geçici 6. maddenin yürürlük tarihinden itibaren 15 yıl ileriye yönelik olarak kamulaştırmaz el atmalara da uygulanacağına ilişkin hükmü iptal etmiştir.²⁸ Dolayısıyla ileriki bir tarihte kanun koyucunun kamulaştırmaz el atılan taşınmazların idarenin mülkiyetine geçeceğine ilişkin getireceği bir hüküm, geçmişteki el atmalara uygulanacaktır. Bu da Anayasa Mahkemesi'nin 15 yıl ileriye yönelik Anayasa ile güvenceye alınan hakların ihlal edileceğine ilişkin kararının, tersinden geriye yönelik ihlal edileceği anlamına gelecektir. Bu, Anayasa Mahkemesinin yukarıdaki iptal kararı ile çelişir, kararının hükümsüz kalması sonucunu doğurur.

Türk Hukuku'nda kamulaştırmaz fiili el atma sebebiyle getirilen düzenlemeler; kanun koyucunun belirlediği süreler için Fransız Hukuku'ndaki dolaylı kamulaştırma teorisinden de farklı olarak konu sınırlaması olmaksızın geçmişe yönelik dolaylı

²⁶ Anayasa Mahkemesi, 2012/169, 01.11.2012; Anayasa Mahkemesi, 2018/111, 20.12.2018.

²⁷ Bu düzenlemelerin de idareyi taşınmazlara hukuka aykırı el atmayı teşvik etmeyecek kapsamda olması gerekmektedir. Anayasa Mahkemesi, 2018/111, 20.12.2018; Hatta doktrinde kamulaştırmaz el atma kavramının hukuk devletinde olmaması gerektiği belirtilmektedir. Yalçınduran (n 5) 491, 493; KK'ndan kaynaklanan bedel tespiti ve tescil davalarının yıllara göre istatistik bilgileri için bkz. Çuvalcı (18) 5. Bunların hatırı sayılı bir kısmı kamulaştırmaz el atma davalardır.

²⁸ Bu hüküm, Anayasa Mahkemesi tarafından malik aleyhine hükümlerin geleceğe yönelik uygulanması halinde kamulaştırma için Anayasa ve Kanun'da bütün güvenceler etkisiz kalabileceği, ileriye yönelik bir uygulamanın özel mülkiyete kamulaştırmaz el atma yoluyla müdahalelerin yol açabileceği, kamulaştırma yerine hukuka aykırı olarak taşınmaza el atma yoluna gideceği gerekçeleriyle iptal edilmiştir. Anayasa Mahkemesi, 2012/169, 01.11.2012.

kamulaştırmayı kabul eder niteliktedir.²⁹ Öngörülen çözüm olan mülkiyetin idareye devri, bedelinin ise taşınmaz malikine ödenmesi, idare lehine malik aleyhine getirilen hükümlerdir. Burada üzerinde durulması gereken diğer bir husus ise, kanun koyucunun geçici de olsa mülkiyet hakkına ilişkin kamu yararı ve adil dengeyi bozan idare lehine, malik aleyhine bu tür düzenlemelerin hukuk devleti ile hangi ölçüde uyuşabildiğidir. Yukarıda maddenin Anayasaya uygunluğu konusundaki çekincelerimiz ifade edilmiştir. Ayrıca KK Geçici 6. maddenin lafzının da sorunlu olduğunu ifade edebiliriz. Kanun koyucu KK Geçici 6. maddede belirttiği üzere bu tür hükümleri elbette kamu yararını dikkate alarak kabul etmektedir. İdare tarafından kamulaştırmaz el atılan ve fiilen kamu hizmetlerinde kullanılan taşınmazlarda kamu yararının³⁰, bireysel yarardan daha ağır bastığı iddia edilebilir. Ancak taşınmazın elde ediliş şekli kural olarak dokunulamaz kişi hakkı olan mülkiyet hakkının ihlal edilmesi sebebiyle hukuka aykırıdır. Dolayısıyla acil bir kamu hizmeti için dahi olsa idarenin taşınmaza hukuka aykırı el atmasında bireysel yarar karşısında kamu yararını üstün duruma getiremez. Çünkü idarenin hukuka aykırı (haksız fiil), eylem ya da işlemleri kamu düzeni ihlal edilmektedir.³¹ Kamu düzeni ihlal edilerek kamu yararı gerçekleşemez. Kaldı ki acil durumlar için idareye acele kamulaştırma yetkisi tanınmaktadır.³² Dolayısıyla idarenin kamu yararı gerekçesi taşınmaza hukuka aykırı el koymalar için haklı bir mazeret tanımaz.³³ Bu nedenle kanun koyucu tarafından getirilen geçici hükümler, idarenin taşınmaza hukuka aykırı kamulaştırmaz fiili el atmasına meşruluk kazandırmaya yönelik değil, idareyi affetmeye yöneliktir.³⁴ İdarenin kamulaştırmaz fiili el attığı taşınmazları şeklen de olsa hukuki bir hale getirmeyi amaçlamaktadır.³⁵

B. Kamulaştırmaz El Koyma Durumları

Mülkiyet hakkına hukuka aykırı el koyma, fiili ve hukuki el koyma olmak üzere iki şekilde gerçekleşmektedir. Kamulaştırmaz el atmanın fiili ya da hukuki el koyma olarak nitelendirilmesi görevli yargı kolu ve uygulanacak hukuk kuralları açısından önem taşımaktadır. Fiili el koymaya ilişkin davalar adli yargının görevine girmekte ve özel hukuk kuralları uygulanmaktadır. Buna karşılık hukuki el atma davaları idari

²⁹ Dolaylı kamulaştırma bayındırlık eserlerinin inşası nedeniyle kamulaştırmaz el atmalar için kabul edilen bir Fransız teorisidir. Buna göre kamulaştırmaz el konulan taşınmaz üzerine bayındırlık eseri inşa edilmişse, taşınmaz idarenin mülkiyetine geçmeli taşınmaz sahibi men-i müdahale davası açamamalı, sadece malın bedeli istenebilmelidir. Bkz. Kemal Gözler, *İdare Hukuku*, C.2 (3. Bası, Ekin 2019) 1017.

³⁰ Kamu yararı için bkz. Cemil Kaya, *Kararlarından Hareketle Kamu Yararı Kavramına Danıştay'ın Bakışı*, (1. Bası, On İki Levha Yayınları 2011).

³¹ A. Şeref Gözübüyük ve Turgut Tan, *İdare Hukuku*, C. 2, *İdari Yargılama Hukuku* (2. Bası, Turhan 2006) 307.

³² Ayrıntılı olarak bkz. Cenk Şahin, *Acele Kamulaştırma* (1. Bası, XII Levha 2018).

³³ Yargıtay HGK, 2010/651, 15.12.2010 (Legalbank).

³⁴ Gürsel Kaplan, 'Yeni Yasal Düzenlemelere Göre Kamulaştırmaz El Koyma Sebebiyle Doğan Tazmin Hakkının Tabi Olduğu Usul Ve Esaslar' 2012 (99) TBBDD 125, 144.

³⁵ Yoklukla sakat olan kamulaştırmaz el atma müdahaleleri sonradan yasal bir düzenlemeyle meşruiyet kazandığı anlamına gelmemekte sadece şekli anlamda legalize edilmektedir. Özel (n 14) 68.

yargının görevine girmekte ve idare hukuku kuralları tatbik edilmektedir.³⁶ Ayrıca İmar Kanunu'nun 18. madde uyarınca taşınmaza %45'e kadar düzenleme ortaklık payı olarak bedelsiz el koyma hukuka uygun kamulaştırmasız el atma olarak ifade edilmektedir.³⁷ Konu itibarıyla sadece hukuka aykırı el koymalar ele alınacaktır.

1. Fiili El Koyma

Fiili el koyma konusunda mevzuatta açık bir tanım bulunmamaktadır. KK'nun tanımlar başlığını taşıyan 2. maddesinde kamulaştırmasız fiili el atma kavramına yer verilmemektedir. Ancak KK Geçici 6. maddesinin, dolaylı bir tanım yaptığını kabul edebiliriz.³⁸ Buna göre; “*Kamulaştırma işlemleri tamamlanmamış veya kamulaştırması hiç yapılmamış olmasına rağmen 9/10/1956 tarihi ile 4/11/1983 tarihi arasında fiilen kamu hizmetine ayrılan veya kamu yararına ilişkin bir ihtiyaca tahsis edilerek üzerinde tesis yapılan taşınmazlara veya kaynaklara kısmen veya tamamen veyahut irtifak hakkı tesis etmek suretiyle malikin rızası olmaksızın fiili olarak el konulması sebebiyle, mülkiyet hakkından doğan talepler, bedel talep edilmesi hâlinde bedel tespiti ve diğer işlemler bu madde hükümlerine göre yapılır*”. Hükmün içeriği ve kullanılan kavramlarla ilgili eleştirilecek tarafları bulunmaktadır. Örneğin tahsis etme ve irtifak hakkı kurulması gibi. İrtifak hakkı MK ve KK'da düzenlenmiş, meşru bir yetki veya hakka dayanan hukuki bir kavramdır. Hukuka aykırı kamulaştırmasız el atmada nasıl bir meşru hakkın kurulacağı ya da idarenin mülkiyetine geçmemiş bir taşınmazın kamu hizmetine nasıl tahsis edileceği merak konusudur.³⁹

Yargıtay kamulaştırmasız fiili el koymayı “*9 Ekim 1956 gününden sonra kamulaştırma işlemi yapılmaksızın ve bir kanun hükmüne dayanılmadan idarenin taşınmaz mal üzerinde fiilen tasarrufa başlaması ve asıl mal sahibinin kullanma hakkına engel olması veya bu hakkı ortadan kaldırmış bulunması*” olarak tanımlamaktadır.⁴⁰ 221 sayılı Kanun ile 9 Ekim 1956 tarihinden önce kamulaştırmasız fiilen el konulan taşınmazlar kamulaştırılmış sayıldığından, kamulaştırmasız el atmalar bu tarihten sonra söz konusu olmaktadır.⁴¹ Yargıtay bu tarihi milat olarak kabul etmekte ve yukarıda ifade edildiği üzere kamulaştırmasız fiili el atma tanımını bunu göz önünde bulundurarak yapmaktadır. Yargıtay 221 sayılı Kanun öncesinde kamulaştırmasız

³⁶ Uyuşmazlık Mahkemesi, 2012/63, 09.4.2012; Uyuşmazlık Mahkemesi, 2019/814, 23.12.2019; Anayasa Mahkemesi 2013/101, 25.9.2013; Danıştay 6 D, 1990/295, 08.9.1990 (Legalbank).

³⁷ Metin Günday, *İdare Hukuku* (10. Bası, İmaj 2011), 276; Kalabalık (n 1) 302.

³⁸ Danıştay'a göre bu madde “*ulusal mevzuatımızda kamulaştırmasız el atma kavramını tanımlayan ve bu durumda izlenecek usulü düzenleyen ilk yasal mevzuattır*.” Danıştay 6 D, 2014/4122, 25.07.2014 (Legalbank).

³⁹ Özel mülkiyete tabi taşınmazların kamu hizmetine tahsis edilmesi için öncelikle hukuka uygun olarak idarenin mülkiyetine geçmesi ve tahsis kararı alınması gerekmektedir. Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer ve Cemil Kaya, *Türk İdare Hukuku* (12. Bası, Savaş 2020) 610.

⁴⁰ Yargıtay HGK, 2005/352, 25.05.2005 (Legalbak).

⁴¹ Kamulaştırmasız el atmaya ilişkin olarak 221 sayılı Amme Hükmi Şahıslar veya Müesseseleri Tarafından Fiilen Amme Hizmetine Tahsis Edilmiş Gayrimenkuller Hakkındaki Kanununun 1. maddesiyle “6830 sayılı İstimlak Kanununun yürürlüğe girdiği tarihe kadar, kamulaştırma işlerine dayanmaksızın, kamulaştırma kanunlarının göz önünde tuttuğu maksatlara fiilen tahsis edilmiş olan gayrimenkuller ilgili amme hükmi şahsı veya müessesesi adına tahsis tarihinde kamulaştırılmış sayılır.”.

el koymayı “*Usulü dairesince istimlak muamelesine tevessül etmeksizin Devlet ve diğer amme hükmi şahsiyeti tarafından gayrimenkulü yola kalbedilen...*” şeklinde tanımlarken usulüne uygun olarak kamulaştırma kararı alınmadan mülkiyet hakkının fiili durum sebebiyle hiçbir surette ihlal edilemeyeceğini belirtmektedir.⁴²

Doktrinde ise kamulaştırma işlemi olmaksızın özel mülkiyette bulunan taşınmaza bir bedel ödemediği hukuka aykırı olarak idarece fiilen el konulması tanımlanmaktadır.⁴³ Kamulaştırmaz el atma bir kanuna dayanmadığı ve buna istinaden idareye tanınan bir yetkinin olmaması, haliyle de tamamen usul dışı olduğundan “*idarilik*” vasfını taşıması sebebiyle idari eylem olarak değil, haksız fiil olarak nitelendirilir.⁴⁴

2. Hukuki El Koyma

Yargıtay 2010 yılında yeni bir içtihadıyla hukuki el koyma kavramını ortaya koymuştur. Bu kararında uzun yıllar programa alınmayan imar planının fiilen hayata geçirilmemesini, kamulaştırma ya da takas cihetine gidilmemesini, mülkiyet hakkının özüne dokunan ve onu ortadan kaldıran bir niteliğe sahip bulunması sebebiyle hukuki el atma olarak nitelendirerek, kamulaştırmaz el atma kapsamında değerlendirmiştir.⁴⁵ Danıştay da bu yaklaşımı benimseyerek hukuki el atmayı benzer şekilde tanımlamaktadır.⁴⁶ Kanun koyucu bu gelişmelere uzak kalmamış, 2016 yılında KK’na Ek1. maddeyi ekleyerek hukuki el atmayı kanun ile düzenlemiştir. Buna göre “*Uygulama imar planlarında umumi hizmetlere ve resmî kurumlara ayrılmak suretiyle mülkiyet hakkının özüne dokunacak şekilde tasarrufu hukukten 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*”. Görüldüğü üzere kanun koyucu hukuki el atmayı da kamulaştırmaz el atma olarak değerlendirerek KK’da düzenlemiştir.⁴⁷ Dolayısıyla gerek fiili gerekse hukuki el atmanın bir üst kavram olarak kamulaştırmaz el atma olarak nitelendirilmesinde bir mahsur bulunmamaktadır.

⁴² Yargıtay HGK, 1956/6, 16.05.1956 (Legalbank).

⁴³ Akyılmaz, Seziner ve Kaya (n 39) 652; Gözler, C.2 (n 29) 1014; Kalabalık (n 1) 303.

⁴⁴ Günday (n 37) 277; Buna karşılık doktrinde kamulaştırmaz fiili el atmanın kamu hukuku alanında değerlendirilmesi gerektiği, idari eylem olduğu yönünde görüşler bulunmaktadır. İftar B. Tarhanlı, ‘Uyuşmazlık Mahkemesi Kararları Işığında Kamulaştırmaz El Atma’ (1990) 11 (1-3) İHİD 41, 45.

⁴⁵ Yargıtay HGK, 2010/651, 15.12.2010 (Legalbank); Kararın tahlili için bkz. Turan Yıldırım, ‘İmar Planı Yoluya Kamulaştırmaz El Atma’ (2011) 7 (81-82) Bahçeşehir ÜHFKHHH 184, 194 ff.

⁴⁶ Danıştay 6 D, 2014/4122, 25.07.2014 (Legalbank); Kamulaştırılması gereken yerin kamulaştırılmaması ve buna istinaden bedel ödenmemesi, taşınmazların mülkiyetinin davacıların üzerinde bırakılması nedeniyle, davacıların mülkiyet hakkının özüne dokunulduğu, taşınmazların süregelen şekilde kullanılmaması sonucunda demokratik toplum düzeninin gerekleriyle uyum sağlayacak şekilde bu hakkın sınırlandırıldığı görülmektedir. Danıştay 6 D, 2014/1124, 18.02.2014 (Legalbank).

⁴⁷ Benzer şekilde KK’nun kamulaştırmaz el atmayı düzenleyen G. 6. maddenin 10. fıkrasının mülga 3. cümlesinde “*Uygulama imar planlarında umumi hizmetlere ve resmî kurumlara ayrılmak suretiyle veya ilgili kanunların uygulamasıyla tasarrufu kısıtlanan taşınmazlar...*” hükmüne yer verilmişti.

Doktrinde ise fiili el atma ve hukuki el atma ayrımını reddedenler yanında kabul eden yaklaşımlar da bulunmaktadır. Ayrımı reddedenler hukuki el atmanın kamulaştırmasız el atma olarak nitelendirilemeyeceği, kamulaştırmasız el atma kavramının hukuka aykırı ve fiili el atma şeklinde gerçekleşebileceğini ifade etmektedir.⁴⁸ Buna karşılık hukuki el atmanın da kamulaştırmasız el atma olduğu, idarenin kanunun verdiği yetkiye dayanarak tesis ettiği bir hukuki işleme (imar palanı) dayanarak, taşınmaz sahibinin mülkiyet hakkını kamulaştırma yapmaksızın uzun süre engellemesi veya kısıtlaması şeklinde gerçekleştiği ifade edilmektedir.⁴⁹ Bunun yanında idarenin özel hukuk kişinin taşınmazına fiili müdahalesi veya görev ve yetkisini aşarak imar mevzuatını mülkiyet hakkını ihlal eder şekilde uygulamasının fiili yol oluşturduğu, bununla haksız fiil niteliğinde olması nedeniyle her iki durumda da adli yargının görevli olacağı yolunda görüşler bulunmaktadır.⁵⁰ Ancak fiili ve hukuki el atmanın ortak noktası taşınmaz sahibinin mülkiyet hakkının kısıtlanması ve her iki durumda da taşınmaz bedelinin ödenmemesidir.⁵¹ Dolayısıyla bir taşınmaza fiilen el atılarak mülkiyet hakkının kısıtlanması ile hukuken el atarak kısıtlanması arasında bir fark bulunmamaktadır.⁵²

KK Ek1. maddesiyle imar planlarına dayanan kamulaştırmaların planın yürürlüğe girmesinden itibaren en geç beş yıl içinde kamulaştırılması zorunluluğu öngörülmüştür. Bütçe imkânlarını aştığı bu nedenle kamulaştırmadığı takdirde, mülkiyet hakkındaki kısıtlamayı kaldıracak şekilde plan değişikliği yapılmalıdır. Madde Ek1'de dava açmadan önce uzlaşma yoluna gitme zorunluluğunu öngören hükmün Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesiyle⁵³, zorunlu idari başvurunun da bulunmaması sebebiyle, idare tarafından beş yıl içinde gerekli karar alınmadığı takdirde doğrudan dava yoluna gidilebilecektir. Maddeyle, kesin bir sürenin getirilmesi AHİM kararları ile de uyumu sağlamaktadır. AHİM, taşınmazın imar planında kamu hizmetine ayrılması ve buna istinaden idarenin herhangi bir süre sınırlaması olmaksızın, taşınmazı herhangi bir tarihte kamulaştırmaya yetkili olmasını, mülkiyet hakkının kullanımını belirsiz ve kullanılamaz hale getirdiğine ve adil dengenin sarsıldığına

⁴⁸ Bazı eserlerde kamulaştırmasız el atma sadece fiili el atma kapsamında tanımlanmaktadır. Kaplan (n 34) 125, 127; Gözler C. 2 (n 29)1014 ff.; Hukuki el atmaya ilişkin görevli yargı mercimin idari yargı olması, çözüm usulleri ve sonuçlarının farklı olması sebebiyle kamulaştırmasız el atma olarak nitelenemeyeceği yaklaşımı konusunda bkz. Egemen Karaca, 'Kamulaştırmasız El Koymanın Unsurları ve Kamulaştırmasız El Koyamaya Karşı Yargısal Başvuru Yolları' 2018 (137) TBBD 273, 276-277.

⁴⁹ Akyılmaz, Sezginer ve Kaya (n 39) 652, 656.

⁵⁰ Kutlu Gürsel (n 12) 487.

⁵¹ Buna karşılık idare bir bedel ödmeden de taşınmazı hukuka uygun elde edebilir. İmar programına alınan taşınmaz üzerinde İmar Kanunu'nun 18. maddesi uygulanarak DOP alınırsa bu bedelsizdir. Bu madde kanunda belirtilen sebeplerle özel amaç için uygulandığından sınırlı bir uygulama alanı olmalıdır. Ayrıca mal sahibi söz konusu taşınmazı özgür iradesi ile rıza göstererek bedelsiz olarak da terk edebilir.

⁵² Yargıtay HGK, 2010/651, 15.12.2010 (Legalbank); Danıştay 6 D, 2013/2702, 14.04.2013 (Legalbank); Yıldırım, 'Kamulaştırmasız El Atma' (n 45) 184, 199.

⁵³ Anayasa Mahkemesi, 2018/111, 20.12.2018.

hükmetmektedir.⁵⁴ AİHM, Sporrng ve Lönnroth/İsveç kararında mülkiyet hakkının barışçıl kullanımı bağlamında bu hakkın dokunulmazlığı; Mülkten mahrum bırakma, kamu yararı arasında adil denge; ve ayrıca kamu yararı amacıyla kanun taşınmaz kullanımını kontrol etmek olmak üzere üç temel unsuru olduğunu ifade etmektedir. AİHM, taşınmazların uzun süreli kamulaştırmasız hukuki el atma sebebiyle mülkiyet hakkının ihlal edildiği ve bu hakkın tanıdığı tüm imkânların kullanılması kısıtlanarak hakkın özüne dokunsa da, mülkiyet hakkının devam ettiğine, ancak kamu yararı ile mülkiyet hakkı arasında adil dengenin bozulması sebebiyle tazmine karar vermektedir. Buna karşılık Ek1. maddesiyle hukuki el atma uygulama imar planları ile sınırlandırıldığından, diğer alanlardaki sorunlara bir çözüm sunmamaktadır. Hukuki el atma uygulama imar planı dışında, başka bir düzenleyici ya da bireysel işlemle de olabilir. Örneğin Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kültür Bölge Müdürlüğü'nün, belli bir yeri sit alanı ilan ederek tapuya şerh edilmesi sonrasında, bu alana ilişkin koruma imar planının⁵⁵ uzun süre yapılmamasında da hukuki el atma mevcuttur.⁵⁶

Yargıtay ve Danıştay hukuki el atmaya benzer tanımlasa da sorumluluğun kaynağını farklı değerlendirmektedir. Yargıtay'a göre imar planlarının zamanında uygulamaya geçirilmemesini, hareketsiz kalmasını idari eylem olarak nitelendirmektedir.⁵⁷ Gerekçesinde idarenin görev ve yetki alanlarına giren konularda hukuka uygun olarak yaptığı fiiller ile bu görevleriyle ilgili hareketsiz kalmalarının idari eylem olduğunu, İmar Kanunu'nun ilgili maddeleri uyarınca tek yanlı idari işlemle düzenlenen imar planları ve bu planlara dayanılarak yapılan işlemlerin idari nitelik taşıdığı söz konusu imar planlarının zamanında uygulamaya geçirilmemesi durumunun da idari eylem niteliğinde olduğunu, buna karşılık idarenin icra yetkisini hukuka aykırı olarak kullanması olarak nitelendirilebilecek fiili el atma durumu olmadığını belirtmektedir.

Danıştay ise imar planında kamu alanında kalan taşınmazın uzun süre kamulaştırılmaması sebebiyle uğranılan zararın idari eylemden kaynaklanmadığını, taşınmaza imar planında getirilen kısıtlamadan kaynaklandığını, diğer bir ifadeyle idari işleme dayandığını ifade etmektedir.⁵⁸ Danıştay imar planını tamamlayan

⁵⁴ Sporrng ve Lönnroth v Sweden App no 7151/75 (ECHR 23 September 1982); Hakan Arı v Turkey App no 13331/07, (ECHR 11 January 2011).

⁵⁵ Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu m. 17/a uyarınca "Belediyeler, valilikler ve ilgili kurumlar söz konusu alanda üç yıl içinde koruma amaçlı imar planı hazırlatıp incelenmek ve sonuçlandırılmak üzere koruma bölge kuruluna vermek zorundadır. Üç yıllık süre içinde zorunlu nedenlerle plan yapılmadığı takdirde koruma bölge kurulunca gerekeceği olarak bu süre uzatılabilir".

⁵⁶ Danıştay bu durumda kamulaştırılması zorunlu bir statüde bulunmadığı ve bu nedenle kamulaştırmasız el atma nedeniyle oluşan bir zarardan bahsedilemeyeceğine karar vermektedir. Danıştay 6 D, 2015/4418, 19.6.2015 (Legalbank); AİHM ise, taşınmazın tapu kaydına konulan şerhin mülkiyet hakkına etkisi olduğunu bunun mülkünün bir bölümüne tahdit getirdiğini, bu mahrumiyetin doğanın ve çevrenin korunması şeklindeki kamu yararına dayalı meşru bir amacının bulunduğunu, hukuka aykırı ve keyfi hiçbir işlem bulunmadığını belirtmiştir. Ancak AİHM, başvurunun mülkiyet hakkından yararlanmasının engellendiği hâlde bir tazminat ödenmemiş olması nedeniyle kamu yararı ile başvurunun mülkiyet hakkının korunmasının gereklilikleri arasındaki adil dengenin bozulduğu sonucuna varmıştır. Başvurucunun şahsi olarak olağan dışı ve aşırı bir yüke katlanmış olduğu kanaatiyle başvurunun mülkiyet hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir. Köktepe v Turkey App no 35785/03, (ECHR 13 October 2009 (Legalbank).

⁵⁷ Yargıtay 18 HD, 2016/12989, 15.12.2016 (Legalbank).

⁵⁸ Danıştay 6 D, 2014/213, 21.1.2014 (Legalbank).

uygulama imar planı ve kamulaştırma gibi idari işlemleri yapmamadaki hareketsizlik üzerinde durmamıştır. Ancak bu hareketsizliği nitelendirmek gerekir.

İdari eylem hukuki durumlarda ya da dış dünyada hukuki sonuçları olan ve olumlu veya olumsuz hareket tarzıdır.⁵⁹ İdari eylemler bir idari işlemin icrası şeklinde gerçekleşebileceği gibi, öncesinde bir idari işleme dayanmadan salt idari eylem olarak da gerçekleşebilir.⁶⁰ Salt idari eylem dış dünyada bir değişiklik meydana getirme amaçlı da, muhatabı açısından hukuki sonuç doğurabilmektedir.⁶¹ Ancak salt idari eylemi idari işlemten ayırt eden temel özellik, öncesinde hukuki sonuç doğurmaya yönelik bir irade beyanının olmamasıdır.⁶² İdari eylemler kanuna dayanır ve idari usuller izlenerek yapılması gerekmektedir.⁶³ Buna rağmen özel hukuktaki haksız fiil ile idari eylemi ayırt etmek bazen zor olabilmektedir. Bu ayırım yapılırken idari eylemin hukuki sebebine ya da idari faaliyet ile arasında yer alan ilişkisine bakılmalıdır. İdare bir mevzuat hükmüne istinaden eylemde bulunuyorsa idari eylemin varlığı konusunda bir şüphe bulunmamaktadır. Bunun yanında idarenin eyleminin (tartışmasız bir şekilde) kamusal bir faaliyet ile doğrudan bir ilişkisi varsa veya kamusal bir konu ile sıkı ilişki içinde ise idari eylem olarak kabul edilir.⁶⁴ Hukuki el atmada zarar, doğrudan idari işlemde değil, idarenin yükümlülüklerini yerine getirmede hareketsiz kalması sebebiyle mülkiyet hakkının belirsiz bir süre için kısıtlanmasından kaynaklanmaktadır.⁶⁵ KK Ek 1. maddenin yanında, İK'nun 10. maddesi uyarınca imar planının yürürlüğe girmesinden itibaren üç ay içinde beş yıllık imar programının hazırlanarak bu program süresinde kamulaştırmanın ya da diğer imar uygulamalarının yapılması zorunludur.⁶⁶ Bu hüküm idareye takdir yetkisi tanımamakta, hukuki olarak el attığı taşınmazı bu süre içinde uygulamaya geçirmede için hukuka aykırı davranmaktadır.⁶⁷ İK. 10. maddeden farklı olarak KK Ek 1. maddede taşınmaz üzerinde beş yıllık süre içinde imar uygulaması yapılmaması

⁵⁹ Akyılmaz, Sezginer ve Kaya (n 39) 317; Markus Müller, *Rechtsschutz gegen Verwaltungsrealakte*, in: Pierre Tschannen (Hrsg.), *Neue Bundesrechtspflege, Auswirkungen der Totalrevision auf den kantonalen und eidgenössischen Rechtsschutz* (BTJP 2006) 320.

⁶⁰ Akyılmaz, Sezginer ve Kaya (n 39) 317 ff.; Stefan Detterbeck, *Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht* (4. Bası, C.H. Beck 2006) 297; İdari eylemler farklı şekillerde tezahür etmekte ve belli başlıklar altında tasnif edilebilmektedir. İdari işlemin icrasına yönelik idari eylemler örneğin yıkım kararına istinaden yıkım yapılması; salt idari eylemler örneğin, belediyenin caddeleri temizlemesi, memurun dosya üzerinde çalışması, kamusal sağlık kuruluşlarında tıbbi müdahale, aşı yapılması, eğitiminin sınıfta ders vermesi, gibi gerçek eylemde bulunma; bilgi ya da görüş verme şeklinde idari eylemler, kamu görevlisinin somut hukuki ve fiili konularda açıklama yapması, örneğin, bir yapının ya da değişikliğin ruhsata tabi olmaması yönünde yapılan açıklama; idarenin bilgi verici- açıklayıcı paylaşımı (willenserklärung) şeklinde idari eylemler, zorlayıcı olmayan, idarenin toplumu uyarıcı ya da tavsiye edici eylemler. Örneğin, Tütün ürünlerinin zararına ilişkin kampanya, aşı olunması yönündeki tavsiyeleri gibi. Müller (n 59) 323 ff.; Maurer (n 8) 409.

⁶¹ Müller (n 59), 319-320.

⁶² Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, (n 39) 319; Detterbeck (n 60) 297; Maurer (n 8) 408; Diğer farklılıklar için bkz. Talha Erdoğan, *Salt İdari Eylem Karşısında İdarenin Sorumluluğu* (1. Bası, XII Levha 2021) 15 ff.

⁶³ Yargıtay İBK, 1959/15, 11.02.1959 (Legalbank); Erdoğan (n 62) 11.

⁶⁴ Detterbeck (n 60) 297.

⁶⁵ Danıştay 6 D, 2015/4767, 30.06.2015 (Legalbank).

⁶⁶ Kalabalık (n 1) 267, 293; Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, (n 39) 362; Danıştay 6D, 2013/7931, 04.12.2013 (Legalbank).

⁶⁷ Mülkiyet hakkına ilişkin konularda, idarenin beş yıl boyunca hareketsiz kalması, malikler lehine bazı haklar doğması bakımından yeterlidir. Danıştay İDDK, 2012/801, 24.05.2012 (Legalbank).

veya kamulaştırılmaması durumunda, mülkiyet hakkındaki kısıtlılığın kaldırılması yönünde idarenin bir karar almasını emretmektedir. Bu bağlamda idarenin imar planlarını uygulamaya yönelik garanti edici idari işlemleri yapmaması⁶⁸, hareketsiz kalması özel hukuk kapsamında değerlendirilemeyeceğinden idari eylem olarak nitelendirilebilir.⁶⁹ Bu durumda idari yargıdaki tam yargı davasının, İYUK'un 12. maddesine istinaden idari işleme dayanan bir dava mı? Yoksa İYUK'un 13. maddesine göre salt idari eyleme dayanan bir dava olup olmadığının da tespiti gerekmektedir. İYUK'un 12. maddesine göre idari işleme dayanan tam yargı davasında 4 farklı alternatif söz konusudur. Doğrudan tam yargı davası, iptal ve tam yarı davasının birlikte, iptal davasının karara bağlanması üzerine tam yargı davası ve idari işlemin icrası nedeniyle tam yargı davası açılması mümkündür.⁷⁰ Son alternatifte idari işlemin icrası kanaatimizce idarenin aktif davranışlarının (idari eylemle verdiği zararlar) yanında, olumsuz davranışları, diğer bir ifadeyle bir işleme (imar planına) istinaden yapmakla yükümlü olduğu garanti edici işlemleri yapmaması şeklindeki hareketsizliğini de kapsamaktadır.⁷¹

Anayasa Mahkemesi'nin bu konuda yaptığı değerlendirmede ise *“davacının mülkü üzerinde tasarruf etme hakkının kısıtlanması, idarenin bir eyleminden değil, idari bir işlem niteliğinde olduğu tartışmasız olan imar planından kaynaklanmaktadır. Olayda, idarenin fiili el koyma niteliği taşıyan bir eylemi henüz bulunmamakta, aksine kanunen yapması gereken kamulaştırma işlemlerini yapmamak biçiminde tezahür eden bir eylemsizliği söz konusudur.”*⁷² Mahkeme kararında kısıtlamanın kaynağını bir taraftan idari işleme dayandırırken, diğer taraftan da aslında hareketsiz kaldığını belirterek idari eyleme dayandırmaktadır.

Uygulamada hukuki ve fiili el atmanın birlikte gerçekleştiği durumlar da söz konusu olabilmektedir. Örneğin uygulama imar planında yol olarak gösterilen özel mülkiyetteki bir taşınmaz hakkında, İK'nun 13/4. fıkrası uyarınca beş yıllık imar programı süresi içinde herhangi bir kamulaştırma kararı almaksızın idarenin⁷³, yol yaparak fiili olarak el atılmasında olduğu gibi. Bu durumda hukuki el atma için *“yargı kararlarına göre”* şartlar oluşmamışken, fiili el koymanın şartları oluşmuştur. Ya da

⁶⁸ İmar planını uygulamaya yönelik imar programı yapma konusunda garanti edici bir işlemdir. Garanti edici işlem idarenin belli bir taahhüdünü içeren, idari makamın bir hizmeti yerine getirme yükümlülüğünü gösteren işlemlerdir. Bahtiyar Akyılmaz, *İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü* (1. Bası, Yetkin 2000, 56.

⁶⁹ Doktrinde idari eylem en geniş tanımla bir üst kavram olarak kullanılmaktadır. Buna göre idarenin idari işlem, idari sözleşme, plan, karar gibi klasik (hukuki) şekilde ortaya çıkan tasarrufları dışında kalan tasarrufları idari eylemdir. Müller (n 59) 317 ff.; İdarenin belli bir tasarrufla bulunması zorunlu iken, hareketsiz kalması idari eylem olmakla birlikte, doktrinde idarenin hareketsiz kalarak bir idari işlem tesis etmemesi durumunda, hareketsizliği hukuki duruma etki yapıp yapmadığına göre nitelendirmek gerekmektedir. Buna göre eğer idare olumlu ya da olumsuz bir cevap verseydi, idari işlem benzeri bir hukuki ilişki kurulacak idiyse idari işlem niteliğinde olduğu ifade edilmektedir. İbid 330.

⁷⁰ Danıştay 6D, 2015/1893, 01.04.2015.

⁷¹ Mülkiyet hakkı idarenin aktif bir tasarrufu ile ihlal edilebileceği gibi yapı ruhsatı talebine, idarenin bir karar almamasında olduğu gibi hareketsiz kalması durumunda da söz konusu olabilmektedir. Detterbeck (n 60) 396.

⁷² Anayasa Mahkemesi, 2013/101, 25.9.2013.

⁷³ Danıştay İDDK, 2012/801, 24.5.2012 (Legalbank).

taşınmaza beş yıllık süre geçtikten sonra fiilen el konulmasında hem hukuki hem fiili el atma şartları oluşmuştur. Hukuki el atmaya istinaden fiili el atma geçerli bir kamulaştırma ya da idarenin mülkiyetine geçmeyi sağlayan bir uygulama yapılmadığı sürece, doğrudan imar planına dayanılarak yapılması durumunda “idarilik” vasfı oluşmadığı için idari eylem olarak da değerlendirilemez. Burada temel sorun aynı taşınmazdan kaynaklanan kamulaştırmaz el atmada farklı yargı kollarının görevli olması sebebiyle ortaya çıkabilecek farklı yargı kararlarının uygulanmasında da sorunun doğabilmesi ve hüküm uyuşmazlığı sebebiyle Uyuşmazlık Mahkemesine kadar gidebilecek ve adil yargılama hakkının ihlaline sebep olabilecek uzun bir yargılama süreci ortaya çıkabilecektir. Bu tür sorunları ortadan kaldırmak amacıyla en azında hukuki el atmaya dayanarak fiilen el atılan taşınmazlara ilişkin uyuşmazlıklar için aynı yargı kolunun görevli olması adil yargılama hakkına ve usul ekonomisi ilkesine hizmet edecektir.

Hukuki el atma konusunda uygulamada karşılaşılan sorunlardan bir diğeri de imar planlarında yol, park ve oyun parkı gibi kamu hizmetleri için ayrılan taşınmaz sahiplerinin idare tarafından terke zorlanabilmesidir. Taşınmaz sahibi yapı ruhsatı talebinde bulunduğu imar planına göre ifraz isteyerek kamulaştırmaz hukuki el atılan yerlerin bedelsiz olarak terki talep edilebilmektedir.⁷⁴ Taşınmaz sahibi bunu reddettiğinde imar planına aykırılık gerekçe gösterilerek ruhsat talebi reddedilebilmektedir. Bu sebeple uygulamada açılacak davaların uzun sürmesi, imar mevzuatında sıkça yapılan değişikliklerle otopark zorunluluğu, yapı alanı ve kat sınırlaması gibi yürürlüğe girecek değişikliklerden etkilenmemek için idarenin bu talebinin sıklıkla kabul edildiği görülmektedir. Dolayısıyla idareler hukuki el koyduğu taşınmazları terk yoluyla bedelsiz olarak elde edebilmektedir.

II. Kamulaştırma Kanunu Uyarınca Malikin Taşınmazı Tekrar Elde Etme İmkânı

KK, kamulaştırma usulünü ayrıntılı bir şekilde düzenlemektedir. Bu usulde mülkiyetin iktisabında KK'nun 8/1. fıkrası uyarınca kamulaştırma kararına istinaden öncelikle satın alma usulü uygulanarak taşınmaz sahibi ile uzlaşmaya çalışılması gerekir. Uzlaşma sağlanırsa KK 8/5-6. fıkralar uyarınca anlaşma tutanağının imzalanmasından sonra, idare adına tapuya tescil veya terkin ile mülkiyet el değiştirmektedir. Eğer taraflar uzlaşamaz ise idare KK 10/2. fıkra uyarınca taşınmazın bulunduğu yer Asliye Hukuk Mahkemesinde bedel tespiti ve idare adına tescil davası açar. Taşınmaz sahibi mahkemece kendisine gönderilen meşruhatlı davetiye için tebliğinden itibaren 30 içinde idari yargıda iptal davası açıp yürütmeyi durdurma kararı alırsa, Asliye Hukuk Mahkemesi KK 10/13. fıkrası uyarınca bekletici mesele

⁷⁴ Bedelsiz terk konusunda bkz. Ramazan, Yıldırım ‘İdareye Taşınmaz Mal Kazandıran Bedelsiz Terk, Devir ve Temlikler’ (2016) 11 (2) Karatay ÜHF 13 ff.

yapmak zorundadır. Yürütmeyi durdurma kararı verilmezse yargılamaya devam olunur. Ancak bu da yeni uyuşmazlıklara neden olabilmektedir. Asliye Hukuk Mahkemesi idare adına tescil kararı verdikten sonra kamulaştırma kararı hukuka aykırı olması nedeniyle idari yargı yerince iptal edilirse iki farklı yargı kolu arasında hüküm uyuşmazlığı ortaya çıkacak ve yargılama süreci Uyuşmazlık Mahkemesine kadar uzayacak, adil yargılanma hakkı ve usul ekonomisi ilkesine zarar verecektir. Ayrıca idari işlemin kamu düzenine ilişkin olması nedeniyle hukuka aykırı bir kamulaştırma kararına dayanan tescil kararı nedeniyle dolaylı olarak kamu düzeni de ihlal edilmiş olacaktır.

Kaldı ki yürütmeyi durdurma kararının verilmiş olması, esas bakımından işlemin iptal sonucunu da doğurmamaktadır. Yürütmeyi durdurma kararına rağmen idari yargı mercii davayı esastan reddedebilir. Dolayısıyla sadece yürütmeyi durdurma kararının verilmiş olmasına dayanan bekletici mesele yapma zorunluluğu, yargılama usulü bakımından da eşitsizliği beraberinde getirir. Bir taraftan yürütmeyi durdurma kararına rağmen esastan reddedilen dava, diğer taraftan yürütmeyi durdurma kararı olmadan esastan reddedilen ve hukuki sonuçları aynı olan bir dava bulunmaktadır. Birinde bekletici mesele yapma zorunluluğu olması diğerinde olmaması nedeniyle Asliye Hukuk Mahkemesinin yargılamaya devam ederek taban tabana zıt kararlar çıkmasına neden olabilmektedir. İptal ihtimali olan bir kamulaştırma kararı nedeniyle dava yükü fazla olan hakime, yeni bir yük yüklemek gerekir. İdari yargıda açılan iptal davası kararının, adli yargı için bekletici mesele yapma zorunluluğunun getirilmesi konusunda kanun koyucunun bir düzenleme yapması elzemdir. Ancak, Asliye Hukuk Hakiminin idari yargıda açılmış olan kamulaştırma işleminin iptali davası varsa, bunu gerekçe yaparak HMK'nın 165. maddesi uyarınca bekletici mesele yapması önünde bir engel bulunmamaktadır.⁷⁵ Doktrinde idari yargıdan bir karar çıkana kadar, Asliye Hukuk Mahkemelerinin en azından tescil kararı için idari yargı kararını beklemesi uygun olacağı yönünde görüşler bulunmaktadır.⁷⁶

Nihayet Asliye Hukuk Mahkemesi bedel tespiti yaparak idare adına tescil kararı verir. Tescille birlikte taşınmaz mülkiyeti KK'nın 25. maddesi uyarınca idareye geçmiş olmaktadır.⁷⁷ İdarenin mülkiyetine geçtikten sonra taşınmaza ihtiyacı kalmazsa, eski malike iade edebilir. Ayrıca Kanunda yer alan şartlar gerçekleşmişse eski malikin geri alma hakkı doğmaktadır.

KK'nun 21. maddesi idareye kamulaştırmadan tek taraflı vazgeçme yetkisi tanımaktadır. Buna göre idare kamulaştırmanın her safhasında tek taraflı olarak kısmen ya da tamamen vazgeçebilir. İdarenin kamulaştırma kararından vazgeçmesi,

⁷⁵ HMK 165/1. fıkraya göre; “Bir davada hüküm verilebilmesi, başka bir davaya, idari makamın tespitine yahut dava konusuyla ilgili bir hukuki ilişkinin mevcut olup olmadığına kısmen veya tamamen bağlı ise mahkemece o davanın sonuçlanmasına veya idari makamın kararına kadar yargılama bekletilebilir”.

⁷⁶ Kutlu Gürsel (n 12) 413.

⁷⁷ İbid 546.

kamulaştırma kararının geri alınması niteliğinde olduğundan bu yönde yeni bir idari işlemin tesis edilmesi gereklidir.⁷⁸ Burada mülkiyet henüz idareye geçmediğinden, taşınmaz malikin mülkiyetinde kalmaya devam eder.

A. Malikin Kamulaştırılan Taşınmazı Geri Alma Hakkı

KK'nın 23. maddesinde yer alan şartlar gerçekleşmişse kamulaştırılan taşınmazın eski sahibinin geri alma hakkı doğmaktadır. Buna göre kamulaştırmayı yapan idare, kamulaştırma bedelinin kesinleşmesi tarihinden itibaren beş yıl içinde, kamulaştırma ve devir amacına uygun hiçbir işlem veya tesisat yapmaz veya kamu yararına yönelik bir ihtiyaca tahsis etmeyerek taşınmazı olduğu gibi bırakırsa, mal sahibi veya mirasçıları kamulaştırma bedelini aldıkları günden itibaren işleyecek kanuni faiziyle birlikte ödeyerek, taşınmazı geri alabilir. Eski malik geri alma hakkının doğmasından itibaren bir yıl içinde idareden taşınmazın kendine geri vermesini talep etmelidir. Eski mal sahibi süreci kendisi takip ederek şartların oluştuğunu tespit ederek resen başvurabilir. Ancak süreci takip etme gibi bir yükümlülüğü bulunmamaktadır. Buna karşılık idarenin, eski mal sahibinin geri alma hakkının oluştuğunu bildirmesi zorunludur.⁷⁹ Aynı durum KK 22/4. fıkra uyarınca taşınmaza ihtiyacı kalmayan idarenin, kamulaştırdığı taşınmazı kamu hizmeti amacıyla başka bir idareye devir veya tahsis etmemesi halinde de geçerlidir. Diğer bir ifadeyle devralan idare söz konusu taşınmazı süresi içinde kamu yararına yönelik bir hizmete tahsis etmezse eski mal sahibinin geri alma hakkı doğmaktadır. Bir yıllık süre hak düşürücü süre olduğundan, kaçırılması durumunda geri alma hakkı düşer. Bu süreler geçtikten sonra idareden herhangi bir hak, bedel ya da tazminat talebi bulunulamaz.

Kanunda geri alma hakkının istisnalarına yer verilmektedir. Buna göre KK ve özel kanunlarda bu maddenin uygulanmayacağına ilişkin hükümler bulunmaktadır. KK 3/2. fıkra uyarınca Cumhurbaşkanınca kabul olunan, büyük enerji ve sulama projeleri ile iskân projelerinin gerçekleştirilmesi, yeni ormanların yetiştirilmesi, kıyıların korunması ve turizm amacıyla yapılacak kamulaştırmalarda, Arsa Üretimi ve Değerlendirilmesi Hakkında Kanununa göre yapılacak kamulaştırmalarda, Karayolları Genel Müdürlüğünün Hizmetleri Hakkında Kanun uyarınca görev alanına giren karayolunun yapımı, geliştirilmesi, çevresinin korunması ve düzenlenmesi ve/veya tesislerin yapımı için kamulaştırılan taşınmazlarda, Kanunun 22/3. fıkrası uyarınca geri alma hakkı kullanılamaz.

B. Kamulaştırılan Taşınmazın İdare Tarafından Malike İadesi

Malike taşınmazını tekrar elde etme imkânı veren diğer bir durum ise idarenin ihtiyacı kalmayan taşınmazı iade etmesidir. KK'nın 22. maddesine göre

⁷⁸ Akyılmaz, Sezginer ve Kaya (n 39), s. 645.

⁷⁹ Yargıtay 18 HD, 2014/88, 13.01.2014 (Legalbank).

kamulaştırmanın kesinleşmesinden sonra taşınmazın kamulaştırma amacına ya da kamu yararına yönelik bir ihtiyaca tahsisine gerek kalmamışsa, bu durum eski mal sahibine Tebligat Kanunu hükümlerine göre duyurularak, kendisinin ya da mirasçılarının kamulaştırma bedelini aldıkları günden itibaren işleyecek kanuni faizi ile birlikte üç ay içinde ödemek şartıyla taşınmazı geri alabilir. Eğer kamulaştırma ve bedelinin kesinleşmesinden sonra 1 yıl içinde iade gerçekleşirse faiz alınmaz. KK'nun 22. maddesi uyarınca taşınmazın iadesindeki amaç, kamulaştırılan malın idare tarafından kullanılmaması halinde, hem idarenin kamulaştırma bedeli oranında zarar etmesinin önüne geçmek, hem de taşınmazın hiçbir işe yaramadan atıl durumda kalmasına engel olmaktır.⁸⁰

Taşınmazın iade edilebilmesi için kamulaştırma amacına ilişkin bir ihtiyacın kalmaması ya da kamulaştırmayı yapan idarenin başka bir hizmetine tahsis edilmemiş olması gerekmektedir. Ayrıca KK'nun 22/4. fıkrası uyarınca başka bir idareye tahsis edilmiş ya da mülkiyet devredilmişse kamulaştırılan taşınmaz iade edilmez.

Taşınmazın iadesinde kamulaştırmanın kesinleşmesinden itibaren beş yıllık bir süre öngörülmüştür. Bu süre hak düşürücüdür.⁸¹

C. Geri Alma ve Taşınmazın İadesinde Süre Sorunu

Malikin taşınmazı geri alma ve idare tarafından iadesinde öngörülen sürelerin hak düşürücü süreler olduğunu yukarıda ifade etmiştik. Ancak burada süreler konusunda getirilen hükümlerin hangi tarihte yürürlüğe girdiğine bakarak ikili bir ayrıma gidilmesi gerekmektedir.

İş Kanunu İle Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması İle Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılmasına Dair Kanun'un⁸² 100. maddesi ile KK'nun 22. maddesine “*Bu madde hükümleri, kamulaştırmanın kesinleşmesi tarihinden itibaren beş yıl geçmiş olması hâlinde uygulanmaz*” ve “*Bu madde hükümlerine göre taşınmaz malı geri almayı kabul etmeyen mal sahibi veya mirasçılarının 23 üncü maddeye göre geri alma hakları da düşer*” fıkraları eklenmiştir. KK'nun 23. maddesine eklenen “*birinci ve ikinci fıkrada belirtilen süreler geçtikten sonra kamulaştırılan taşınmaz malda hakları bulunduğu iddiasıyla eski malikleri veya mirasçıları tarafından idareden herhangi bir sebeple hak, bedel veya tazminat talebinde bulunulamaz ve dava açılmaz*” fıkrası, bu hükümlerin yürürlüğe girdiği tarihten sonraki uyuşmazlıklarda uygulanabilir. Madde hükümleri 11 Eylül 2014 tarihinde yürürlüğe girdiğinden bu tarihten sonra uygulanacaktır. Anayasa Mahkemesine göre maddenin yürürlüğe girmesinden önce kesinleşmiş

⁸⁰ Yargıtay HGK, 2007/849, 14.11.2007 (Legalbank).

⁸¹ Yargıtay 5 HD, 2014/25072, 05.11.2014 (Legalbank),

⁸² Kanun Tarihi: 10.09.2014, Kabul numarası: 6552, RG 11.09.2014/29116.

mahkeme kararlarında bu süre geçerli değildir. Anayasa Mahkemesi; “...ihlal iddiasına konu taşınmaza ilişkin olarak tazminat istemiyle açılan davada verilen karar Yargıtay Dairesince karar düzeltme isteminin reddedildiği 30/5/2013 tarihinde kesinleşmiş olup geri alma hükümlerine dayalı dava açma sürelerini sınırlayan ve 2942 sayılı Kanun’a 10/9/2014 tarihli ve 6552 sayılı Kanun’un 100. maddesiyle eklenen 22. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkraları, 23. maddesinin üçüncü fıkrası ile geçici 9. madde hükümlerinin somut olayda uygulanma olanağının bulunmadığı anlaşılmaktadır.”⁸³ şeklinde karar vermektedir. Mahkeme bu hükmüyle söz konusu sürelerin maddenin yürürlük tarihi olan 11.09.2014 sonrası kesinleşen mahkeme kararlarında uygulanacağını açıkça ifade etmektedir. Yargıtay’ın Kanunda değişiklik yapılmadan önceki kararlarına bakıldığında 22. madde bağlamında iadede süre sınırı olmadığı yönünde istikrar kazanmış kararları bulunmaktadır.⁸⁴ Yine Yargıtay’a göre; 22. madde uyarınca taşınmazın iadesindeki amaç, kamulaştırılan malın idare tarafından kullanılmaması halinde, hem idarenin kamulaştırma bedeli oranında zarar etmesinin önüne geçmek, hem de taşınmazın hiçbir işe yaramadan atıl durumda kalmasına engel olmaktır.⁸⁵

Yukarıdaki açıklamalar ışığında 22. maddede öngörülen sürelerin Kanunun yürürlüğe girmesinden önce uygulanmayacağını, aynı şekilde 23. madde uyarınca da geri alma hakkına ilişkin beş ve bir yıllık süreler geçtikten sonra da eski mal sahibi ve mirasçılarının idareden hak, bedel ve tazminat talepleri ile dava haklarını kaldıran fıkranın yürürlüğe girmesinden önce uygulanamayacağı sonucuna varabiliriz.

III. Kamulaştırmaz El Koyma Nedeniyle Malikin Taşınmazı Tekrar Elde Etmesi

Kamulaştırmaz el konulan taşınmazlarda mülkiyet idareye geçmediğinden idare tarafından iade ya da malikin geri alma hakkı gibi bir durum söz konusu değildir. Buna karşılık kamulaştırmaz fiili ya da hukuki el atılan taşınmazın idarenin mülkiyetine geçmesinden sonra malike iadesi ya da malikin geri alma hakkı konusunda bir hüküm bulunmamaktadır. İdarelerin kamulaştırmaz el attığı taşınmazlara ihtiyacı kalmaması ya da kamu hizmetine yönelik herhangi bir faaliyette bulunmaması (tahsis etmemesi) durumunda KK hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı hususunda belirsizlik bulunmaktadır.

Bu konuya geçmeden önce kamulaştırmaz el koyma durumunda mülkiyetin idareye geçme hallerine yer vermek uygun olacaktır.

⁸³ Anayasa Mahkemesi ikinci bölüm, B. No: 2013/6151, 21.04.2016.

⁸⁴ Yargıtay 18 HD, 2014/88, 13.01.2014 (Legalbank); Yargıtay 18 HD, 2011/8016, 30.06.2011 (Legalbank).

⁸⁵ Yargıtay HGK, 2007/849, 14.11.2007 (Legalbank).

A. Kamulaştırmaz Fiili El Koymada Mülkiyetin İdareye Geçmesini Sağlayan Durumlar

Kamulaştırmaz el koymada taşınmaz sahibinin başvuracağı hukuki yollar bulunmaktadır. Ancak KK Geçici 6. maddesiyle özel hüküm getirerek 09.10.1956 - 04.11.1983 tarihleri arasındaki kamulaştırmaz el atmada bu özel usulün uygulanması öngörülmektedir.

1. Kamulaştırmaz El Atmada Genel Usul

Kamulaştırmaz el atma nedeniyle idarenin müdahalesine son vermek amacıyla müdahalenin menı, el konulan taşınmazın bedelini talep ederek mülkiyetin idareye geçmesi için bedel davası, uğramış olduğu zararların giderilmesi için tazminat ve haksız işgal sebebiyle ecrimisil davası açılabilir.⁸⁶ Bu davaların bir kısmı birlikte açılabileceği gibi ayrı ayrı da açılabilir.

Müdahalenin menı davasında idarenin taşınmazı tahliye etmesine karar verilebilir. Bu takdirde mülkiyet taşınmaz sahibinde kalır. Taşınmaz sahibi buna istinaden idarenin hukuka aykırı olarak mülkiyet hakkına müdahalesinden kaynaklanan zararların giderilmesi amacıyla tazminat davası ve taşınmazın haksız işgali sebebiyle ecrimisil davası açabilir.

Bedel davası açarsa malik mülkiyetin idareye geçmesine rıza göstermekte ve taşınmazın idare adına tescilini isteyebilmektedir.

2. Kamulaştırmaz El Atmada Özel Usul

KK Geçici 6/1. maddesine göre malikin rızası olmadan taşınmaza fiili olarak el konulması sebebiyle, mülkiyet hakkından doğan taleplerde, bedel talep edilmesi hâlinde bedel tespiti ve diğer işlemlerde, öncelikle uzlaşma usulünün uygulanması dava şartıdır. Taşınmaz sahibinin önce idareye başvurması zorunludur. Bir sonuç çıkmaz ise dava yoluna başvurabilecektir. Bu usul süreci sonunda taşınmaz idarenin mülkiyetine geçmektedir. Bu özel usul yukarıda belirtilen tarihler arasında fiili el konulan taşınmazın mülkiyetinin idareye geçmesini öngörmektedir. Taşınmaz sahibinin mülkiyetin el değiştirmesi konusunda bir hakkı olmasa da bedele ilişkin haklara sahiptir.

a. İdare İle Uzlaşma

KK Geçici 6. maddesine göre idarenin daveti ya da malikin başvurusu üzerine uzlaşma görüşmeleri başlamakta, talep sahibinin uzlaşma görüşmelerine davet edilmesinden itibaren 6 ay içinde sonuçlandırılması gerekmektedir. Uzlaşma

⁸⁶ Yargıtay HGK, 1956/61, 6.05.1956 (Legalbank).

görüşmelerinde mülkiyet hakkından doğan talepler ve bu bağlamda uzlaşılacak hakkın türü ve varsa bedel üzerinden bir sözleşme akdedilir. Eğer taşınmazın mülkiyetinin idareye devri ve karşılığında bedelini⁸⁷ ödeme konusunda anlaşılırsa uzlaşma konusu taşınmaz resen tapuya tescil ve terkin edilmektedir. Buna istinaden taşınmazın mülkiyeti idareye geçer.

b. Yargısal Başvurular

KK Geçici 6/6. fıkrası uyarınca uzlaşma görüşmeleri sonuçsuz kalırsa uzlaşmazlık tutanağı düzenlenir. Tutanağın düzenlenmesinden itibaren taşınmaz sahibi malik ya da idare bedel tespiti davası açabilir. Bu takdirde mahkeme bedel tespiti yaparak taşınmazın idare adına tesciline veya terkinine hükmeder. Tescile veya terkinine ilişkin hüküm kesin olup tarafların hükmedilen bedele ilişkin kanun yolu hakkı saklıdır. Bu hükme istinaden taşınmaz sahibi ancak bedele ilişkin dava açabilir.

B. Kamulaştırmasız Hukuki El Atmada Mülkiyetin İdareye Geçmesini Sağlayan Durumlar

KK Ek 1. madde uygulama imar planlarının yürürlüğe girmesinden itibaren beş yıllık süre içerisinde imar programları veya imar uygulamaları yapılarak ve bütçe imkânları dâhilinde bu taşınmazlar ilgili idarelerce kamulaştırılacağı düzenlendiğinden, öngörülen sürede bu kararlar alınmazsa, mülkiyet hakkını kullanmasına engel teşkil edecek kısıtlılığı kaldıracak şekilde imar planı değişikliği yapılacağını belirtmektedir. Bu hükümle getirilen asıl yenilik ise taşınmaz hakkında beş yıl içerisinde idarenin mülkiyetine geçirilecek karar alınmazsa, kısıtlılığı kaldıracak şekilde plan değişikliği yapılması, aksi takdirde malike iade edilmesi gerekmektedir. Danıştay’a göre de Ek 1. maddeyle “*en geç beş yıllık süre içerisinde bütçe imkanları dahilinde ilgili idarelerce kamulaştırılması veya taşınmazların mevcut imar planı bulunup bulunmadığı veya imar planı yapılabilecek yerlerden olup olmadığı durumuna göre imar planı/imar uygulaması/toplulaşma yapılmak/yaptırılmak suretiyle başka yerden mümkün ise müstakil, değilse hisseli parsel verilmesi veyahut taşınmazların tahliye edilerek kullanıma imkan verecek biçimde malikine iade edilmesi amaçlanmıştır*”.⁸⁸

Kanun hükmü her ne kadar mülkiyet hakkının özüne dokunacak şekilde tasarrufu hukuken kısıtlanan taşınmazları bu kapsama alsada⁸⁹ yukarıda ifade edildiği üzere imar planlarının yapılmasıyla birlikte süresi içinde gerekli kararlar alınmadığı,

⁸⁷ KK Geçici 6/3. fıkraya göre uzlaşma; idareye ait taşınmazın trampası, idareye ait taşınmaz üzerinde sınırlı ayni hak tanınması veya imar mevzuatı çerçevesinde başka bir yerde imar hakkı kullanılması suretiyle veya bunların mümkün olmaması hâlinde nakdi bedel üzerinden yapılabilir.

⁸⁸ Danıştay 6 D, 2016/4782, 20.09.2016 (Legalbank); Danıştay 6 D, 2015/6995, 20.09.2016 (Legalbank).

⁸⁹ Doktrinde mülkiyet hakkının özüne dokur şekilde kısıtlanması durumunda madde kapsamına girdiği hakkın özüne dokunmayan kısıtlamalarda ise idari yargıda mülkiyetin bedele çevrilmesi için dava açılacağı yönünde görüşler bulunmaktadır. Yalçınduran (n 5) 491, 507 ff.

kamulaştırma yapılmadığı ve bazı haklar kullanılmadığından, kamulaştırmaz hukuki el atma nedeniyle AHİM, Danıştay ve Yargıtay ve kararlarında da belirtildiği üzere mülkiyet hakkının özüne dokunur şekilde kısıtlanmaktadır. Dolayısıyla bu hüküm imar planının uygulama kapsamına giren tüm taşınmazlar için uygulanabilir niteliktedir. Buna göre taşınmazlar kamulaştırma yoluyla idarenin mülkiyetine geçebilmektedir. Kamulaştırma ya da diğer uygulamalarla beş yıllık süre zarfında taşınmazlar idarenin mülkiyetine geçirilmezse, hükmün emredici olması nedeniyle kısıtlılığı kaldırarak şekilde imar planı yapılması zorunludur. Aksi durumda mülkiyet taşınmaz sahibinde kalmaya devam etmekte ve hukuki el atma gerçekleşmektedir. Beş yıllık sürenin maddenin yürürlüğe girdiği tarihten sonra başlayacağını düzenleyen KK Geçici 11. maddenin Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesiyle⁹⁰ birlikte, Ek1. maddenin yürürlüğe girmesinden önceki imar planlarında süre planın yürürlüğe girdiği tarihten başlayacaktır. Beş yıllık süre geçmesine rağmen idare kısıtlılığı kaldırmaz ve malike taşınmazı iade etmezse yapılacak idari başvuru ile iptal davası açılıp, bununla birlikte uğranılan zararlarda istenebilecektir.

Kamulaştırmaz hukuki el atılan taşınmazların mülkiyeti taşınmaz sahibinde kalmakla birlikte mülkiyet hakkının kısıtlanması sebebiyle uğradığı zararları tam yargı davasıyla idareden isteyebilmektedir. İdare bu süreçte kamulaştırma ya da DOP yoluyla mülkiyeti kazanabilir. Kamulaştırdıktan sonra da şartlar oluşursa eski malik iade veya geri alma hakkını kullanabilir. İdari yargıda açılacak iptal davasıyla Danıştay içtihatlarına göre idare kamulaştırmaya zorlanamayacağından bu usulde mülkiyetin idareye geçmesi zor görünmektedir.

KK Ek 1/ 2. fıkrası ile Asliye Hukuk Mahkemesinde kamulaştırmaz el atmaya uygulanan usule benzer bir usul idari yargı için de öngörülmüştü. Buna göre *“birinci fıkra uyarınca dava açılması hâlinde taşınmazın ya da üzerinde tesis edilen irtifak hakkının dava tarihindeki değeri, mahkemece; bu Kanunun 15 inci maddesine göre bilirkişi incelemesi yapılarak, taşınmazın hukukten tasarrufunun kısıtlandığı veya fiilen el konulduğu tarihteki nitelikleri esas alınmak suretiyle tespit edilir ve taşınmazın veya hakkın idare adına tesciline veya terkinine hükmedilir”*. İdari yargının idare adına tescil kararı verememesinden, taşınmaz bedelini ödeyen idarenin aynı yargı kararıyla mülkiyeti kazanamamasından kaynaklanan sorunların giderilmesi amacıyla⁹¹ getirilen bu fıkra başka sorunlara neden olmuştur. Özellikle taşınmazın veya hakkın idare adına tescil veya terkinine de karar vereceği hükmü idari yargı mercilerince İYUK 2. madde uyarınca iptal kararı ve tam yargı davası (tazminata hükmetme) dışında idare adına tescil veya terkin kararı veremeyecekleri, bunun adli yargının görevine girdiği bahsiyle uygulama alanı bulamamıştır. İdari yargı mercileri *“...hükmedilen kamulaştırma bedelinin söz konusu taşınmazın davacı*

⁹⁰ Anayasa Mahkemesi, 2018/34, 28.3.2018.

⁹¹ Emrah, Kulaklı, ‘İdari Yargının Görevli Olduğu Kamulaştırmaz El Atma Davalarında Taşınmazın Tescili Sorunu’ (2015) 2 (1) İstanbul Medipol ÜHFD 185, 192-193.

tarafından her türlü kısıtlamadan ari olarak davalı idare lehine ferağ vermesi koşuluyla ödenmesine” hüküm tesis etmeye devam etmiştir.⁹² Dolayısıyla taşınmaz sahiplerinin kendi rızaları ile tapuda ferağ vermesi, vermezlerse idarenin ayrıca adli yargıda tapu iptali ve tescil davası açması gerekmektedir.⁹³ Anayasa Mahkemesinin KK Ek 1/2. fıkrayı iptal etmesiyle birlikte bu duruma son verilerek⁹⁴, idari yargıda önceki usule tekrar dönülmüştür. Dolayısıyla beş yıllık imar programı içinde kamulaştırılmayan yerler için taşınmaz sahipleri idareye başvurarak, kamulaştırmasını isteme ve uğranılan zararların giderilmesini isteyebilecektir. Zımnî ya da açık ret üzerine idari yargıda işlemin iptali ile birlikte uğranılan zararların giderilmesi için tam yargı davası açabileceklerdir. Her ne kadar Danıştay, idari yargının idareleri kamulaştırmaya zorlayıcı kararlar vermesinin mümkün olmadığını belirtse de⁹⁵, yargı kamulaştırma kararı vermemekte, idari başvuruya ilişkin idarenin ret kararının diğer iptal davalarında olduğu gibi iptali istenmektedir. İdarenin yükümlülüğünde bulunan bir kamulaştırmayı yapmaması sebebiyle iptal edilmesi durumunda, İYUK’un 28. maddesi uyarınca tersine bir işlemle kamulaştırma kararını idare alacaktır.⁹⁶

KK Ek 1. maddede beş yıllık süre içerisinde kamulaştırma, diğer uygulama ya da kısıtlılığın sona erdirilmesini öngörmesi sebebiyle, bu süreyi aşması durumunda şartları oluşacak hukuki el atmaya istinaden idari yargı organlarının idarenin kamulaştırmaya zorlanamayacağına karar vermesinden ötürü mülkiyetin idareye geçmesi zor görünmektedir. Buna rağmen el atma devam ederse idari başvuru yaparak iptal davasıyla birlikte ya da doğrudan tam yargı davasıyla taşınmazın bedele çevrilmesinin istenmesi önünde bir engel bulunmamaktadır. Bu yönde bir karar çıkarsa taşınmaz sahibi tapuda idare adına ferağ vererek, ya da idare adli yargıda tapu iptalini ve tescilini isteyecektir. Taşınmazın mülkiyeti bu şekilde iktisap edilecektir.

KK Ek 1/2. fıkranın yürürlükte olduğu dönemde idarenin mülkiyetine geçen taşınmazların eski sahibinin taşınmazına kavuşmasını sağlayan hükümlerin kıyasen uygulanabilirliği konusunda fiili el atmadaki gibi belirsizlik bulunmaktadır.

IV. Kamulaştırma Kanununun Kıyasen Uygulanması Sorunu

KK’nun, kamulaştırmatsız el atma sonrasında idarenin mülkiyetine geçen taşınmazlara da uygulanacağı hususunda bir hüküm bulunmamaktadır. Buna karşılık, kamulaştırmatsız el koymalarda bedele ilişkin hükümlerde olduğu gibi birçok konuda Kanunun kıyasen uygulanacağı hüküm altına alınmaktadır. Burada açıklanması gereken sorun, kanunda açık bir hüküm olmasa da, kamulaştırmatsız el koyma

⁹² İstanbul 9 İdare Mahkemesi, 2015/443, 10.03.2015; İstanbul 1 İdare Mahkemesi, 2014/2390, 26.12.2014. Nakleden İbid 193.

⁹³ İbid 193.

⁹⁴ Anayasa Mahkemesi, 2018/111, 20.12.2018.

⁹⁵ Danıştay 6 D, 2009/5534, 13.5.2009 (Legalbak); Danıştay 6 D, 5794, 10.12.2002 (Legalbank).

⁹⁶ Kalabalık (n 1) 299 ff.

sonrasında yukarıda belirttiğimiz usuller izlenerek idarenin mülkiyetine geçmiş olan taşınmazın, idare tarafından eski malike iadesi ve malikin geri alma hakkının bulunup bulunmadığıdır. Diğer bir ifadeyle, malike iade ve malikin geri alma haklarına ilişkin KK'da yer alan hükümler, kamulaştırmaz el konulan taşınmazın idarenin mülkiyetine geçmesinden sonra kıyas yoluyla uygulanabilir mi?

A. Kıyas Kavramı

Kıyas, kanunda belli bir olay için konulmuş olan bir hükmün, kanunla düzenlenmemiş benzer bir olaya uygulanmasıdır.⁹⁷ Tanımdan da anlaşılacağı üzere kıyas yoluyla akıl yürütebilmek için sözkonusu olaya uygulanabilecek bir pozitif düzenlemenin olmaması, bir boşluk olması gerekir. Bu açıdan olaya ilişkin mevcut bir hükmün yorumlanmasından farklılık arz eder. Kanun metnine bağlı kalmak kaydıyla lafzı anlamının ötesinde kelimelerin çok geniş yorumlanması dahi, doğru yanlış olması bir tarafa, kanunla bağlantıyı koparmaz.⁹⁸ Dolayısıyla yorum kanunu uygulamakta kullanılan bir yöntem, kıyas ise mevcut bir hükmün genişletilerek benzer bir olaya uygulanmasıyla kanun boşluğunu dolduran, bir nevi o konuya ilişkin kural koyma anlamına gelmektedir.

Kıyas yoluna başvurulabilmesi için kıyaslanan konuda kanunda hüküm olması, bu hükmün istisnai olmaması, kıyaslanan olaya ilişkin bir hükmün olmaması ve kıyas konusu olayın kıyaslanan olay ile sebep ve amaç bakımından aynı niteliğe haiz olması gerekmektedir.⁹⁹ Bu şartlarla birlikte kanun hükmüyle düzenlenen sonucun da mevzubahis olaya uygulanabilir olması gerekmektedir.¹⁰⁰ Kanun koyucu kıyası açıkça düzenleyerek izin verebileceği gibi, yasaklayabilir de. Bunun yanında kıyas konusunda herhangi bir hükme yer vermeyebilir.¹⁰¹ Bu durumda kıyas yapılıp yapılmayacağını hukukun alanına ve temel ilkelere göre tespit etmek gerekmektedir. Kanunda kıyasa ilişkin hüküm bulunmayan hallerde, kıyasa cevaz veren hukuk dallarında kıyas yoluna gidilebilecektir.¹⁰²

Kanunda, kıyasa uygulama konusunda açık bir hüküm varsa kanun boşluğundan bahsedilemez. Danıştay bu durumda kıyasın mevcut olmadığını, kanunlar arası bir atfın yapıldığını, bunun da doğrudan kanuni bir düzenleme olduğunu belirtmektedir.¹⁰³

⁹⁷ Adnan Güriz, *Hukuk Başlangıcı* (19. Bası, Siyasal 2019) 101; Necip Bilge, *Hukuk Başlangıcı* (22. Bası, Turhan 2007) 204; Kemal Gözler, *Hukukun Genel Teorisine Giriş, Hukuk Normlarının Geçerliliği Ve Yorumu Sorunu* (1. Bası, US-A 1998) 173.; Gökhan Antalya, *Hukuk Teorisi ve Hukuk Metodolojisi, C.1* (1. Bası, Seçkin 2019) 525; Kıyasın hukukta faydalı olup olmadığı, etkili bir akıl yürütme yöntemi olup olmadığı hususunda tartışmalar için bkz. Aslan Topakkaya, *Hukuk Hermeneutiği, Hukukta Anlama ve Yorumlama Sanatı*, (1. Bası, Adalet 2019) 41, 51 ff.

⁹⁸ Gözler, *Hukukun Genel Teorisine Giriş* (n 97) 183.

⁹⁹ Kemal Gözler, *Hukuka Giriş* (16. Bası, Ekin 2019) 368.

¹⁰⁰ Thorsten Ingo Schmidt, 'Die Analogie im Verwaltungsrecht' (2006) 97 (2) VerwArch 139, 146.

¹⁰¹ Gözler *Hukukun Genel Teorisine Giriş* (n 97) 175.

¹⁰² Bilge (n 97) 204.

¹⁰³ Danıştay 1 D, 2020/293, 3.3.2020 (Lexpera).

Kanun koyucu daha çok ilgili kanunlarda tekrar yapmaktan kaçınmak amacıyla bu yönde hükümler tesis etmektedir. Bunlar ilgili kanunda yer alan hükümlerin uygulanması ya da başka bir kanun hükmünün uygulanması şeklinde karşımıza çıkabilmektedir. Kıyas daha çok gerçek kanun boşluğunda, yani herhangi bir hükmün bulunmaması durumunda bu boşluğun doldurulması için yapılmaktadır.¹⁰⁴

Özel hukukta kıyas yasağı öngörülmediğinden, kıyasa genel olarak cevaz verilmektedir.¹⁰⁵ MK 1/2. fıkrasına göre; “*Kanunda uygulanabilir bir hüküm yoksa, hâkim, örf ve âdet hukukuna göre, bu da yoksa kendisi kanun koyucu olsaydı nasıl bir kural koyacak idiyse ona göre karar verir.*”. Bu hüküm özellikle kanunda mevcut olan boşlukların doldurulmasında hakime kendi hukuk kuralını yaratabilmesi yanında kıyas yoluyla da hukuk kuralı yaratmasına izin vermektedir.¹⁰⁶ Bunun yanından özel hukuk ilişkilerini düzenleyen birçok kanun başka hükümlere atıfta bulunarak kıyas yoluyla uygulamayı düzenlemektedir. Örneğin BK’nın 246. maddesine göre taşınır satışına ilişkin kurallar kıyas yoluyla taşınmaz satışına da uygulanır.

Kamu Hukuku’nda kıyas yasağı ve kıyas serbestisi uzun süredir tartışılan ve farklı görüşlerin ortaya çıktığı bir konudur. Bu görüşler Kamu Hukuku’nun dalları olan Anayasa, Ceza, Vergi ve İdare Hukuku’nun özelliğine göre değişmektedir. Doktrinde Kamu Hukuku alanında hukuk güvenliği bakımından kesin kıyas yasağını savunan görüşler ağırlıklı olarak kanunilik ilkesine dayanmaktadır.¹⁰⁷ Buna karşın istisnai hükümler dışında bazı hallerde kıyasın varlığını kabul eden görüşler bulunmaktadır.¹⁰⁸

Kamu Hukuku’nda kıyas serbestisi ya da yasağı konusunda kişi aleyhine yükümlendirici nitelikte kıyas ve lehine hak doğurucu kıyas olmak üzere ikiye ayrılarak incelenmesi gerekir. Bu açıdan bakıldığında her iki durumda da kıyas serbestisini savunan görüşler bulunmaktadır.¹⁰⁹ Ağırlıklı görüş kişi aleyhine yükümlendirici kıyasın yasak olduğu, kişi lehine hak yaratıcı durumlarda ise kıyas serbestisinin bulunduğu yönündedir.¹¹⁰ Kamu hukukunda geniş kapsamlı kıyas, kanunla öngörülen idari faaliyetin öngörülebilirliğini olumsuz yönde etkileyerek hukuki güvenliği zedeleyebileceğinden kıyasın şartlarını aşacak şekilde yapılmaması gerekir.¹¹¹

¹⁰⁴ Çiğdem Kırcı, ‘Örtülü (Gizli Boşluk Ve bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama (Teleologische Reduktion)’(2001) 50 (1) AÜHFD 91, 97.

¹⁰⁵ Ingo Schmidt (n 100) 139, 162.

¹⁰⁶ Antalya (n 97) 525.

¹⁰⁷ Şaban Kayıhan, *Hukukun Temel Kavramları* (7. Bası, Seçkin 2017) 245.

¹⁰⁸ Kemal Gözler, *Kamu Hukukçuları Platformu, Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması, Tebliğler* (TBB 2012) 61, 65, 71; Failin lehine olan kurallar kanunilik ilkesine aykırılık taşımamakta, kıyasa yasağı failin lehine uygulamalara engel olmamaktadır. İçel Kayıhan ve Süheyl Donay, *Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku, Genel Kısım 1* (1. Bası, Beta 2005) 88.

¹⁰⁹ Michael Sachs, § 44 VwVfG, in: *Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), VwVfG Kommentar* (6. Bası, C.H. Beck 2001) Rn. 53.

¹¹⁰ Christoph Gusy, ‘Richterrecht und Grundgesetz’ (1992) 45 (11) DÖV 461, 464.

¹¹¹ Guy Beaucamp, ‘Zum Analogieverbot im öffentlichen Recht’(2009) 134 (1) AöR 83, 99.

İdare Hukuku'nda, kesin kıyas yasağı bulunmamakla birlikte özel hukukta olduğu gibi bir kıyas serbestisi bulunmamaktadır.¹¹² Kanun koyucu, kanunda bazı maddelere atıfta bulunarak kıyasen uygulanacağını hüküm altına almasında kanun boşluğu olmadığından doğrudan uygulanır. İdare hukuku mevzuatı kanunlara açıkça atıf yaparak diğer kanun veya madde hükümlerinin kıyas yoluyla uygulanacağını açıkça hüküm altına almaktadır.¹¹³ Danıştay, hukuk boşluğunun ortaya çıktığı durumlarda MK'nın 1/2. fıkrası uyarınca, bu boşluğun idari yargı organlarınca doldurulması gerektiğine karar vermektedir.¹¹⁴ Hukuk boşluğunu doldururken de kıyas yoluyla akıl yürütebilmektedir.

İdare Hukuku'nda kıyasın uygulanabilirliği konusunda, hak yaratıcı durumlarda ve yükümlülük getiren durumlarda kıyas arasında ayırım yapılarak konunun incelenmesi gerekir. Yükümlendirici işlemler kişilerin hukuk güvenliğini zedeleyebildiğinden kıyas yasağının kabulü gerekir. Özellikle suç ve cezalara ilişkin hükümler, yaptırım içeren hükümlerde kıyas yapılamaz.¹¹⁵ Buna karşılık bireyler lehine hak yaratıcı konularda İdare Hukuku'nda kıyasın varlığının kabul edilmesi gerekir. Hak yaratıcı işlemlerde kıyas kişi aleyhine bir sonuç doğurmadığından hukuki güvenliğe aykırılık taşımamaktadır. Bu konuda özellikle karşılaştırmalı hukukta hem yargısal hem de bilimsel içtihatlar bu yönde görüş birliği içerisindedir.¹¹⁶

B. Kamulaştırma Kanunu 22 ve 23. Maddenin Kıyasen Uygulanabilirliği

Kamulaştırmaz el atma sonucu idarenin mülkiyetine geçen taşınmazı malikin geri alma hakkı ya da idare tarafından iadesi konusunda, idarenin 22 veya 23. maddeye yapacağı kıyasın öncelikle hukukun hangi alanına girdiğinin tespiti gerekmektedir. Her ne kadar idarenin eski malike iade etme-etmeme kararı ve malikin geri alma kararı uyarınca geri verme-vermeme kararı idari işlem olsa da, 22 ve 23. madde uyarınca çıkacak uyuşmazlıklar KK 24/2. fıkra uyarınca adli yargının görevine girmektedir. Dolayısıyla özel hukuka ilişkin kurallar uygulanmaktadır.¹¹⁷ Buna istinaden söz konusu maddelerin kamulaştırmaz el atma sonucu idarenin mülkiyetine geçen taşınmazın eski malike iade veya geri verilmesinde yapılacak kıyasın, özel hukukta kıyas serbestisi sebebiyle, önünde bir engel bulunmamaktadır.

¹¹² Ingo Schmidt (n 100) 139, 155.

¹¹³ Özel personel kanunları DMK'ya atıflar yapmaktadır. Bunun yanında Yükseköğretim Kanunu'nun 53/c.-8, 4483 sayılı kanuna atfı, KK'nun, kamulaştırmaz el atmalarda bedel tespitine ilişkin 8. maddeye atfı örnek verilebilir. Bunun yanında Anayasada da atıflar bulunmaktadır. Örn. md. 28/4, 8; 33/son;133/son fıkrası.

¹¹⁴ Danıştay İDDK, 2012/801, 24.5.2012 (Legalbank); Danıştay İDDK, 2014/2763, 23.6.2014 (Legalbank).

¹¹⁵ Kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesinin bir gereği olarak başka ceza hükümlerinin kıyasen uygulanmasına olanak bulunmamaktadır. Danıştay 1 D, 1998/357, 25.11.1998.

¹¹⁶ HOVG, 5 Bf 25/17, 21.08.2018; Beucamp (n 111) 86.

¹¹⁷ Kemal Gözler ve Gürsel Kaplan, 'İdari Eylemlerden Kaynaklanan Zararlara İlişkin Davalar Adli Yargının Görev Alanına Sokulabilir mi (HMK m.3 ve TBK, m.55/2 Hakkında Eleştiriler)' (2011) 6 (63) TAHD 36, 36.

Diğer taraftan taşınmazın iadesi veya geri alma hakkı kapsamında verilecek karar idari işlem olduğundan İdare Hukuku kapsamında da bir engel bulunmamaktadır. Hak yaratıcı konularda kıyas imkânı bulunduğundan, kamulaştırma işlemine bağlı olarak tanınan taşınmazın eski malike resen iadesi ya da geri alma hakkı bağlamında verilmesine ilişkin hükümler kamulaştırmatsız el atılan taşınmazların mülkiyetinin idareye geçmesinden sonrada kıyasen uygulanabilir.¹¹⁸ Danıştay kıyasın şartlarının geniş değerlendirerek taşınmazın iadesi hususunda İK'nun 11. maddesinde imar planlarında yol ve park gibi umumi hizmetlere ayrılan hazine ve özel idareye ait taşınmazların, belediye ya da il özel idarelerine bedelsiz terki ve devrinden sonra, devralan idarece kullanılış şekli yeni bir imar planıyla değiştirilerek özel mülkiyete konu olabilecek hale getirildiği takdirde, devreden idareye aynı usulle iade edeceği hükmünü, özel kişiler tarafından terk edilen taşınmazlar için de uygulanacağına hükmetmektedir.¹¹⁹ Söz konusu kanun hükmünün kıyasen özel mülkiyete konu olan taşınmazlarda uygulanmasının mülkiyet hakkını koruyan Anayasaya ve AİHS'ye, adalet ve hakkaniyet ilkelerine uygun olacağını belirterek yararlandırıcı işlemler bakımından kıyası kabul etmektedir.

KK 22 ve 23. maddelerin kamulaştırmatsız el atmalarda uygulanmasında kıyasın şartları mevcuttur.

a. Kanunun Mevcudiyeti

Yukarıda ifade edildiği üzere, idarenin hukuka uygun davranarak kamulaştırma işlemiyle mülkiyetine geçirdiği taşınmazı, KK 22 ve 23. maddelerde yer alan koşullar oluştuğunda malike iade ya da malikin geri alma hakkı bulunmaktadır. Buna karşılık idarenin keyfi ve hukuka aykırı el attığı taşınmazlar yukarıda ifade edilen süreç sonucu idarenin mülkiyetine geçmesi durumunda eski malike iade ve geri almasını düzenleyen bir kanun hükmü bulunmamaktadır.

b. Uygulanacak Hükümde Benzerlik

Kamulaştırmada, kamu hizmetini gerçekleştirmek için kamu yararı amacıyla özel mülkiyete el atılmaktadır. Malikin rızası varsa satın alma yoluyla idarenin mülkiyetine geçebileceği gibi, malikin rızası dışında kamulaştırma kararıyla idarenin mülkiyetine geçebilir.¹²⁰ Kamulaştırmatsız el atmada ise kamulaştırma yapılmamasına

¹¹⁸ İdarenin kamulaştırmadan vazgeçmesi veya kamulaştırmanın kesinleşmesi durumunda kamulaştırmanın sonuçlarını anlaşılarak ortadan kaldırma imkânı, kıyasen kamulaştırmatsız el koymaya da uygulanır. Salih Şahiniz, *Teoride ve Uygulamada Kamulaştırmatsız El Koyma: İdarenin Özel Mülkiyetteki Taşınmazlara Hukuka Aykırı El Koyması* (1. Bası, Seçkin 2006) 235.

¹¹⁹ "Devletin veya bir kamu tüzel kişisinin kamu yararı amacıyla aldığı bir taşınmazı daha sonra imar planı değişikliği ile kamu yararına kullanma amacı dışında kendi özel mülkü olarak tescil ettirmesi temel insan haklarından olan mülkiyet hakkına keyfi bir şekilde el konularak bireylerin sahip oldukları taşınmazları üzerinde özgürce tasarruf etmelerinin engellenmesi, mülkiyet haklarının ellerinden alınması hukuk devleti ilkesine aykırıdır". Danıştay 6 D, 2015/5917, 13.10.2015.

¹²⁰ KK 8/7. fıkraya göre satın alma veya trampa yoluyla elde edilen taşınmaz mallar kamulaştırılmış sayılır.

rağmen taşınmazı malikin rızası olmadan, fiilen kamu hizmetine ayrılmakta ya da kamu yararına ilişkin bir ihtiyaca tahsis edilmektedir. Hem kamulaştırmada, hem de kamulaştırmaz el koymada kamu hizmetini gerçekleştirme sebebiyle taşınmaza el konulmakta, “*kamu yararı*” amaçlanmaktadır. Kamulaştırma sonrasında kamu yararı ortadan kalkarsa malike iade veya geri alma hakkı tanınmaktadır. Kamulaştırmaz el atma neticesinde idarenin mülkiyetine geçen taşınmaz üzerinde de kamu yararının ortadan kalkması arasında bir fark bulunmamaktadır.

Taşınmaz sahibinin rızası ile kamu yararına terk ettiği taşınmaz üzerinde dahi kamu yararının ortadan kalkması durumunda belli şartlarda mülkiyet hakkının varlığı söz konusu olmaktadır. AİHM Karaman-Türkiye davasında KK’nun 35. maddesinde yer alan “*malikin muvafakati ile kamu hizmet ve tesisleri için ayrılmış bulunan yerler için eski malikler tarafından mülkiyet iddiasında bulunamaz ve karşılığını isteyemez*” hükmüne rağmen, taşınmaz sahibinin kamu yararı için terk ettiği taşınmaz üzerinde, terk amacına uygun bir kamu hizmeti kurulmaz ve buna istinaden eski malikin iade talebine rağmen reddedilmesi durumunda, maddenin eski malikler aleyhine mülkiyet hakkı veya tazminat talebini ileri süremeyecekleri şeklinde yorumlanamayacağını, aksi takdirde kamu yararı gerekleri ile kişisel hakların korunması arasında hüküm sürmesi gereği adil dengeyi bozacağını bunun da mülkiyet hakkını ihlal edeceğini belirtmektedir.¹²¹ Diğer bir benzerlik ise idarenin taşınmazı kamulaştırma kararından sonra malikin rızası olmaması durumunda açacağı tescil davası yoluyla elde etmesi ile idarenin taşınmaza kamulaştırmaz el koyması üzerine malikin dava açması sonucunda mahkemece idare adına tescil kararı vermesi arasında bir fark bulunmamaktadır. İdarenin taşınmazı satın alma yoluyla elde etmesi durumunda da kamulaştırma yoluyla mülkiyetine geçmektedir. Dolayısıyla kıyas için öngörülen sebep ve amaç bakımından benzer nitelikte olmak şartını da bünyesinde taşımaktadır.

c. Sonuç Bakımından Uygulanabilirlik

KK’nun taşınmazın eski malike devrini öngören 22. maddesi ile malikin geri alma hakkını düzenleyen 23. maddesinde, mülkiyetin eski malike devri hüküm altına alınmaktadır. Bu maddelerin kıyasen kamulaştırmaz el atmalara uygulanmasında da eski malike devri mümkün kılacak şekilde sonuç bakımından da uygunluk taşımaktadır. Kaldı ki idarenin hukuka uygun davranmasında kişiye bu hakları kanunla tanınırken, idarenin hukuka aykırı ve keyfi davrandığı kamulaştırmaz el atmalara tanınmaması hukuk mantığı ve hukukun temel ilkeleri ile bağdaşmaz.

Kanun koyucunun bilinçli ya da bilinçsiz olarak düzenlemediği ve kanun boşluğu olan bu durumda 22 ve 23. maddeler kıyasen uygulanabilecektir. Diğer taraftan MK. 732. madde kişilere malik olmadığı taşınmazlarda dahi önalım hakkı tanırken,

¹²¹ Karaman v Turkey, App no 6489/03 (ECHR 15 January 2008); Danıştay 6 D, 2014/372, 24.01.2014 (Legalbank).

idarenin kamulaştırmasız el attığı taşınmazları fedakârlıkta bulunmak durumunda kalan eski malik dışında üçüncü kişilere satması hukuki yorum ve mantıkla da bağdaşmamaktadır.

Bir kanun hükmünün kıyasen uygulanması durumunda, adaletin sağlanabilmesi için o kapsama giren herkese eşit uygulanmalıdır.¹²² Eşit davranma kıyasın şartları arasında sayılmasa da uyulması gereken anayasal bir yükümlülüktür. Kamulaştırmasız el atma neticesinde mülkiyeti idareye gecen taşınmazların iadesinde yargı ve idare bu hükmün kapsamına giren ve bu hak bağlamında taşınmazın iadesinde eşit olarak kıyas yapılmalıdır. Bir kısmında yapılması diğer bir kısmında böyle bir kıyas yapılmaması eşitliğe aykırılık teşkil eder. Kanun koyucunun bunun önüne geçebilmek amacıyla yaptığı geçici düzenlemede kamulaştırmasız el atmalar neticesi mülkiyetin idareye geçtikten sonra ihtiyacı kalmaması ya da başka bir kamu hizmetine tahsisine lüzum kalmaması durumunda eski malike iade ve geri alma hakkı KK'da düzenlenmesi ya da en azından ilgili madde hükümlerine atıfta bulunması uygun olur.

A. Bedele İlişkin Sorunlar

KK 22 ve 23. maddelere göre eski malik taşınmaz bedelini faizi ile birlikte ödeyerek taşınmazını tekrar elde edebilmektedir. Uygulamada kamulaştırmasız el atma neticesinde açılan davada Asliye Hukuk Mahkemesinin kamulaştırma bedelinin tespit edilerek malike ödenmesi ve idare adına tescil kararı vermesine rağmen, idarenin bu bedeli ödemediği ve tapuda idare adına tescil işlemi yapılmadığı durumlar söz konusu olabilmektedir.

KK Geçici 6. maddesine göre; “*Bu madde uyarınca ödenecek olan bedelin tahsili sebebiyle idarelerin mal, hak ve alacakları haczedilemez*”. Bu madde idareye güvence sağladığından bedel ödeme hususunda çekingen davranabilmektedir. Dolayısıyla kesinleşmiş yargı kararına istinaden başlatılan icra takibine rağmen aradan uzun yıllar geçse de idarenin taşınmaz bedelini mal sahiplerine ödemediği durumlar söz konusu olabilmektedir. Ancak bu hüküm idareyi borcundan kurtarmamakta ve dava tarihinden itibaren kanuni faiz işlemektedir. Bedelin ödenmemesi adil yargılama ve mülkiyet hakkının ihlali olarak kabul edilmektedir. Bu konuda Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay kararları istikrar kazanmıştır. Örnek bir olayda kesinleşen mahkeme kararına istinaden alacaklının idareden taşınmaz bedelinin ödenmesi talebi üzerine Belediye 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu'nun 34. maddesi gereği ödeme yapılmak üzere sıraya alındığını bildirmiş ancak bedel ödenmemiştir. Yapılan bireysel başvuru üzerine Anayasa Mahkemesi;

“Mahkemece hükmedilen taşınmaz bedelinin ödenmesindeki normal olmayan gecikmeler, paranın değer kaybetmesi göz önünde tutulduğunda, taşınmazına el

¹²² Reinhold Zippelius, *Rechtsphilosophie* (4. Bası, C.H. Beck 2003) 275 ff.

konulan kişileri belirsizlik içinde bırakarak maddi kayıplara neden olabilir. Hatta mahkemece faize hükmedilse dahi bu faiz miktarının, maddi zararların tamamını karşılama imkânı olmayabilir (bkz. Akkuş / Türkiye, B.No:19263/92, 9/7/1997, § 29).

52. *Ancak hukuka aykırı olarak bireyin mülkiyet hakkına müdahale eden idarenin, kesinleşen mahkeme kararlarıyla hükmedilen alacakları veya tazminatları ödememekte ısrar etmesi halinde, adil yargılanma hakkının kapsamında mahkemeye erişim hakkı ihlal edilmiş olur. Anılan düzenleme, kesinleşen mahkeme kararlarıyla hükmedilen alacak veya tazminatları ödememe sebebi olamaz.*

70. *Ancak idarelerin, mal, hak ve alacaklarının haczedilememesi kuralının arkasına sığınarak mahkeme kararıyla hükmedilen ve kesinleşen kamulaştırmaz el atılan taşınmaz bedelini ödemekten imtina etmeleri, kamu yararı ile kişi hakları arasındaki dengeyi kişilerin zararına olacak şekilde bozabilir. Bu durum, taşınmazına el konulduğu halde, Mahkemece hükmedilen taşınmazının bedeli ödenmeyen kişi yönünden mülkiyet hakkının ihlali niteliğinde kabul edilir.”¹²³*

Kaldı ki yeni tarihli Yargıtay kararlarına göre 1983 yılından sonraki kamulaştırmaz el atmadan kaynaklanan tazminatlara ilişkin ilamların infazında borçlunun gayrimenkul, menkul, hak ve alacaklarında haciz yasağı bulunmamaktadır.¹²⁴ Dolayısıyla bunlar üzerinde haciz yapılabilir.

KK'nun Geçici 6/8. fıkrası idarenin, mahkeme kararı gereğince nakdi ödeme yerine 3. fıkradaki uzlaşma yollarını da teklif edebilmektedir. Uzlaşma idareye ait taşınmazın trampası, idareye ait taşınmaz üzerinde sınırlı ayni hak tanınması veya imar mevzuatı çerçevesinde başka bir yerde imar hakkı kullanılması suretiyle veya bunların mümkün olmaması hâlinde nakdi bedel üzerinden yapılabilir. Bu fıkraya istinaden idarenin bedeli ödememesi ve taşınmaza ihtiyacının da bulunmaması sebebiyle uzlaşma sağlayarak iadesinin önünde bir engel bulunmamaktadır.

İdare kesinleşen mahkeme kararına rağmen taşınmazın bedelini, sahibine ödememişse ve taşınmaza ihtiyacı kalmamışsa, mal sahiplerine iade etmesi ya da eski mal sahibinin taşınmazı geri alma hakkı kapsamında bedeli zaten ödemediğinden, idarenin bedeli faiziyle birlikte talep etmesi mümkün değildir. Bedel dışında devir masraflarını mal sahiplerinden alarak iade etmesi hakkaniyete de uygun olacaktır. Kaldı ki kamulaştırılan malın idare tarafından kullanılmaması idareye (kamulaştırma) bedeli oranında zarar etmesine ve ayrıca taşınmazın hiçbir işe yaramadan atıl durumda kalmasına sebebiyet vermektedir.¹²⁵

¹²³ Anayasa Mahkemesi, Birinci Bölüm Kenan Yıldırım ve Turan Yıldırım kararı, B. No: 2013/711, 03.04.2014.

¹²⁴ Yargıtay 12 HD, 2019/4845, 20.03.2019 (Legalbank).

¹²⁵ Yargıtay HGK, 2007/849, 14.11.2007 (Legalbank).

Sonuç

İdare tarafından mülkiyet hakkına müdahale, ancak Anayasa, AİHS ve Kanunun öngördüğü şekilde gerçekleşebilir. Taşınmazlara el atma usulü Kamulaştırma ve İmar Kanunu'nda öngörülmüş ve bir kamu hizmetinin ifası için kamu yararı amacıyla bir idari kararla gerçekleşeceği açıkça düzenlenmiştir. KK uyarınca taşınmaz bedel karşılığında iktisap edilebilirken, İK bedelsiz iktisaba da cevaz vermektedir.

İdarenin hiçbir karara dayanmadan özel mülkiyette bulunan bir taşınmaza mal sahibinin rızası olmadan, kamu yararı gerekçesiyle olsa dahi, el koyması hukuka aykırılık teşkil eder. Ancak idare tarafından “*kamu hizmeti ve kamu yararı*” gerekçesine dayanarak hukuka aykırı el atılan özel mülkiyetteki taşınmazların, idarenin mülkiyetinde kalmak şartıyla bedelinin ödenmesi, kanuni düzenlemelere konu olmuştur. Bu düzenlemeler daha çok idarenin hukuka aykırı el koymalarını af niteliğinde olup, bu soruna kamu lehine çözüm üretmeye yöneliktir. Bu nedenle idareyi cesaretlendirici bu tarz düzenlemelerin olağan hale gelmemesi gerekmektedir.

İdarenin taşınmazlara hukuka aykırı bir şekilde fiilen el koymasının yanında bir idari işleme dayanarak hukuken el koyması da söz konusu olabilmektedir. Fiilen el koymayla birlikte kamulaştırmaz el atma gerçekleşmektedir. Buna karşılık hukuki el koymada imar planlarının uygulanmasına yönelik beş yıllık imar programı süresinde, idarenin mülkiyetine geçmesine yönelik kamulaştırma ya da diğer uygulamalar yapılmaması durumunda mülkiyet hakkı kısıtlanmakta ve idarenin bu hareketsizliği sebebiyle el atma hukuka aykırı hale gelmektedir.

Mülkiyetin idarede kalarak bedelin ödenmesini öngören kanuni çözümler belli zaman aralığında idare tarafından el atılan taşınmazlara ilişkin olsa da bu zaman dilimi dışında kamulaştırmaz el atmalarda taşınmaz sahiplerinin mülkiyet hakkının tanıdığı bütün imkânları kullanarak hukuki başvuru yollarına müracaat hakkı bulunmaktadır. KK'nun eski mal sahiplerine tanıdığı iade ve mal sahibinin geri alma hakkı kamulaştırmaz el atmalar için kanunla tanınmamıştır. Bu nedenle uygulamada sorunlar ortaya çıkmaktadır.

Kanunda bir hüküm bulunmaması sebebiyle kamulaştırmaz el atma neticesinde verilecek tescil kararından sonra eski mal sahibine iade veya geri alma hakkının kullanılması hususunda KK'daki ilgili maddelerin kıyasen uygulanması özel hukuk ve idare hukukunda kıyas yasağı-serbestisi açısından ele aldığımızda bir engel bulunmamaktadır. KK'da bu konularda çıkacak uyuşmazlıklar için adli yargının görevli kılınması sebebiyle, özel hukuktaki kıyas ilke ve şartları çerçevesinde yapılacaktır. Kıyas yapılması için aranan, kanunda mevcut bir hükmün bulunmaması, uygulanacak benzer bir hüküm olması ve sonuç bakımından uygulanabilirliği şartları mevcuttur. Dolayısıyla kamulaştırmaz el atma neticesinde mahkemelerce verilen tapuda idare adına tescil kararından ya da başka bir şekilde mülkiyetine geçmesinden

sonra, idarenin söz konusu taşınmazlara ihtiyacı kalmaması, kamu yararının ortadan kalkması, başka bir kamu hizmetine tahsise lüzum olmaması durumunda eski malike iade edilmesi ya da geri alma hakkının kullanılması konusunda KK 22 ve 23. maddelerinin kıyas yoluyla uygulaması gerekmektedir. Hatta mülkiyet hakkını koruyan Anayasa ve AİHS'in yanında, adalet ve hakkaniyet ilkeleri gereğince kıyası gerekli kılmaktadır. İdarenin söz konusu taşınmazları başkasına satmasında olduğu gibi, aksine bir durum hem söz konusu düzenleme ve ilkelere aykırılık teşkil edecek, hem de mülkiyet hakkının tanıdığı kişisel hakkın ve adil dengenin ihlaline sebebiyet verecektir. Kaldı ki idarenin hukuka uyun kararı neticesinde mülkiyetine geçen taşınmazda eski malikin sahip olduğu hakların, mülkiyet hakkının keyfi ve hukuka aykırı bir şekilde ihlal edilerek, sonrasında kanuna uygun hale getirilerek mülkiyetin elde edilmesinde söz konusu hakların tanınmaması, Hukuk Devleti ile bağdaşmaz.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

Grant Support: The author declared that this study has received no financial support.

Bibliyografya/Bibliography

- Akyılmaz B, *İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü* (1. Bası, Yetkin 2000).
- Akyılmaz B, Sezginer M ve Kaya C, *Türk İdare Hukuku* (12. Bası, Savaş 2020).
- Antalya G, *Hukuk Teorisi ve Hukuk Metodolojisi, C.1* (1. Bası, Seçkin 2019).
- Ayhan F, 'Kamulaştırma Kanunu'nun Geçici 6. Maddesi ve Türk Hukukunda "dolayısıyla kamulaştırma" Uygulaması Üzerine Bir Deneme'(2011) 69 (1-2) İÜHFMD 1125-1148.
- Bilge N, *Hukuk Başlangıcı* (22. Bası, Turhan 2007).
- Çuvalcı A, *Kamulaştırma Kanunundan Doğan Bedel Ve Tescil Davaları* (1. Bası, Seçkin 2019). Ankara 2019.
- Detterbeck S, *Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht* (4. Bası, C.H. Beck 2006).
- Erdogmuş T, *Salt İdari Eylem Karşısında İdarenin Sorumluluğu* (1. Bası, XII Levha 2021).
- Gölcüklü M A, *Kamulaştırma Kanunu Şerhi: Fiili ve Hukuki El Atma Davaları* (2. Bası, Seçkin 2018).
- Gözler K ve Kaplan G, 'İdari Eylemelerden Kaynaklanan Zararlara İlişkin Davalar Adli Yargının Görev Alanına Sokulabilir mi (HMK m.3 ve TBK, m.55/2 Hakkında Eleştiriler)' (2011) 6 (63) TAHD 36-41.
- Gözler K, *Hukukun Genel Teorisine Giriş, Hukuk Normlarının Geçerliliği Ve Yorumu Sorunu* (1 Bası, US-A 1998).
- Gözler K, *Kamu Hukukçuları Platformu, Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm somutlaşması, Tebliğler* (TBB 2012).
- Gözler Kemal, *İdare Hukuku, C. 2* (. Bası, Ekin 2019).
- Gözübüyük A Ş ve Tan T, *İdare Hukuku C. 2, İdari Yargılama Hukuku* (2. Bası, Turhan 2006).
- Gusy C, 'Richterrecht und Grundgesetz'(1992) 45 (11) DÖV 461- 470.
- Günday M, *İdare Hukuku* (10. Bası, İmaj 2011).
- Güriz A, *Hukuk Başlangıcı* (19. Bası, Siyasal 2019).
- Jarass H D ve Pieroth B, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar* (5. Bası, C.H. Beck 2000).
- Karaca E, 'Kamulaştırmaz El Koymanın Unsurları ve Kamulaştırmaz El Koymaya Karşı Yargısal Başvuru Yolları' 2018 (137) TBBD 273- 309.
- Kaya C, *Kararlarından Hareketle Kamu Yararı Kavramına Danıştay'ın Bakışı*, (1. Bası, On İki Levha Yayınları 2011).
- Kayıhan İ ve Donay S, *Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku, Genel Kısım I* (1. Bası, Beta 2005).
- Kayıhan Ş, *Hukukun Temel Kavramları* (7. Bası, Seçkin 2017).
- Kırca Ç, 'Örtülü (Gizli Boşluk Ve bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama (Teleologische Reduktion)' (2001) 50 (1) AÜHFD 91-119.
- Kulaklı E, 'İdari Yargının Görevli Olduğu Kamulaştırmaz El Atma Davalarında Taşınmazın Tescili Sorunu'(2015) 2 (1) İstanbul Medipol ÜHFD 185-198.
- Kutlu Gürsel M, *Kamulaştırma Hukuku* (3. Bası, Seçkin 2019).
- Maurer H, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, (14. Bası, C.H. Beck 2004).
- Müller M, *Rechtsschutz gegen Verwaltungsrealakte, in: Tschannen Pierre (Hrsg.), Neue Bundesrechtspflege, Auswirkungen der Totalrevision auf den kantonalen und eidgenössischen Rechtsschutz* (BTJP 2006).

- Özel S, 'Anayasa Mahkemesi ve Kamulaştırmaz El Atmanın Yasallaştırılması Girişimleri' (2015) 13 (154) LHD 61-144.
- Sachs M, § 44 *VwVfG*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), VwVfG Kommentar* (6. Bası, C.H. Beck 2001).
- Sancakdar O, 'AİHM'in Gayrimenkul Mülkiyeti ve İmar Hukuku Uyuşmazlıklarına Yaklaşımından Kesitler Ve Karar Örnekleri' İzmir BD (2019), 84 (3) 511-558.
- Şahin C, *Acele Kamulaştırma* (1. Bası, XII Levha 2018).
- Şahiniz S, *Teoride ve Uygulamada Kamulaştırmaz El Koyma: İdarenin Özel Mülkiyetteki Taşınmazlara Hukuka Aykırı El Koyması* (1. Bası, Seçkin 2006).
- Tarhanlı İ B, 'Uyuşmazlık Mahkemesi Kararları Işığında Kamulaştırmaz El Atma' (1990) 11 (1-3) İHİD 41-47.
- Thorsten I S, 'Die Analogie im Verwaltungsrecht' (2006) 97 (2) *VerwArch* 139-164.
- Topakaya A, *Hukuk Hermeneutiği, Hukukta Anlama ve Yorumlama Sanatı* (1. Bası, Adalet 2019).
- Yalçınduran T, '6745 Sayılı Kanun İle Hukuki El Koymalara Dair Yapılan Değişiklikler İle Hukuki Ve Fiili El Koymalara Uygulanacak Hükümler' (2017), 66 (2), AÜHF 491- 515.
- Yıldırım R, 'İdareye Taşınmaz Mal Kazandıran Bedelsiz Terk, Devir ve Temlikler' (2016) 11 (2) Karatay ÜHF 13-23.
- Yıldırım T, 'İmar Planı Yoluyla Kamulaştırmaz El Atma' (2011) 7 (81-82) Bahçeşehir ÜHF 184-199.
- Yılmazoğlu Y E ve Duman Ö, 'Acele Kamulaştırmanın Mülkiyet Hakkı Bakımından Yol Açtığı Meseleler: Anayasa Mahkemesi'nin "Ali Ekber Akyol Ve Diğerleri" İle "Ali Hıdır Akyol Ve Diğerleri" Kararlarının Analizi' (2018) 6 (11) UMD 513- 583.
- Yüzbaşıoğlu N, '2001 Anayasa Değişiklikleri Üzerinde Bir Değerlendirme' Yıldızhan Yaylaya Armağan (Galatasaray Üniversitesi Yayınları no: 4, 2003) 587-604.
- Zippelius R, *Rechtsphilosophie* (4. Bası, C.H. Beck 2003).



İstanbul Hukuk Mecmuası

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Başvuru: 14.02.2021
Revizyon Talebi: 18.08.2021
Son Revizyon: 22.10.2021
Kabul: 22.10.2021

Osmanlının Son Döneminde Bir Hukuk Mecrası: Ravza-İ Hukuk

Ahmet Yaman^{*}, Bahaddin Karakuş^{**}

Öz

Osmanlı Devleti'nin son yüzyılında özellikle Tanzimat Fermanı'nın ilanından sonra yaşanan gelişmelerden biri de yükseköğretim kurumunu hüviyetini taşıyan modern hukuk mekteplerinin açılması olmuştur. Bu mekteplerin ders programı, müfredatı ve kitapları, artık klasik fıkıhın eğitim modeli ve zihniyetinden oldukça farklı bir mahiyet arz etmiştir. Fıkıh usulü ve feraiz dışındaki derslerde, bu meyanda mesela hukuk tarihi ve felsefesi, siyaset tarihi ve felsefesi ile iktisat tarihi ve felsefesi gibi alanlarda daha ziyade Batılı hukukçu, feylosof ve iktisatçıların teorileri esas alınmıştır. Bu yeni durum ve süreçler, Osmanlı'nın daha önce "fıkıh" merkezli olan yargısal ve normatif yapısını "hukuk" merkezli bir yapıya dönüştürmeye başlamış ve gelenekselden farklı yeni yeni hukuk mecralarının zuhurunu sağlamıştır. İşte bu bağlamda Mahmud Esad Seydişehirî de henüz Mekteb-i Hukuk öğrencisi iken 1884 yılında aldığı ruhsat ile *Ravza-i Hukuk* adını verdiği bir dergi çıkarmıştır. Bu dergi, hukuk alanında yazılar neşretmenin yanında Mekteb-i Hukuk programındaki derslerle ilgili kitap bölümlerini de tefrika suretiyle yayımlamıştır. Tespit edebildiğimiz kadarıyla bu seride farklı alanlarda 6 (altı) kitap yayımlanmıştır. Bunların biri Mahmud Esad'ın Fransızcadan yaptığı hukuk felsefesiyle ilgili *Hikmet-i Hukuk yahut Hukuk-ı Tabîiyye* isimli çeviridir. *Telhîs-i Hikmet-i Hukuk* ve *İlm-i Servet* başlığını taşıyan diğer iki kitap, çok takdir ettiği hocası Münif Paşa'nın Mekteb-i Hukuk'taki takrirlerinde tuttuğu ders notlarının birebir neşri konumundadır. Hanefî fıkıh metodolojisini konu edinen *Usûl-i Fıkıh* ile İslam miras hukuku alanındaki Ferâidü'l-feraiz isimli eserler doğrudan kendisinin telifidir. Serinin son kitabı ise 1858 tarihli yeni ceza kanununa (*Ceza Kanunname-i Hümayunu*) yapmaya başladığı şerh çalışması olan Şerh-i Kanun-ı Ceza'dır. Bu makalede önce Mahmud Esad Seydişehirî'nin hukukçu ve devlet adamı kimliği tespit edilecek, ardından söz konusu altı eser ana hatlarıyla incelenecektir.

Anahtar Kelimeler

Seydişehirî, Mahmud Esad, Ravza-i Hukuk, Osmanlı Devleti, Mekteb-i Hukuk, Hukuk felsefesi

A Platform for Jurisprudence in the Last Period of the Ottoman State: Rawdha-i Hukuk

Abstract*

One of the developments that took place in the last century of the Ottoman state, especially after the proclamation of the Tanzimat Edict, was the opening of modern law schools recognized as higher education institutions. The curriculum and books used in these schools differed substantially from the education model and mentality of classical fiqh. In courses other than fiqh methodology and Islamic inheritance law, topics were based on the theories of Western jurists, philosophers, and economists. This novel situation led to the rise of alternate legal channels than the traditional ones. In this context, Maktab-i Huquq student, Mahmud Asad Seydişehirî, published a magazine named Rawdha-i Huquq under the license he received in 1884. In addition to articles in the field of law, the journal published books on courses in the Maktab-i Huquq program. As far as we can determine, six books in different fields were published in this series. One of

* **Sorumlu Yazar:** Ahmet Yaman (Prof. Dr.), Necmeddin Erbakan Üniversitesi İlahiyat Fakültesi, Temel İslam Bilimleri Bölümü, Konya, Türkiye. E-posta: yamanahmet@hotmail.com Orcid: 0000-0001-5358-1687

** Bahaddin Karakuş (Doktora Öğrencisi), Necmeddin Erbakan, Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya, Türkiye. E-posta: bahaddinkarakuş42@gmail.com Orcid: 0000-0003-1980-0705

Atrf: Yaman A, Karakuş B, "Osmanlının Son Döneminde Bir Hukuk Mecrası: Ravza-İ Hukuk" (2021) 79(3) İstanbul Hukuk Mecmuası 1001. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2021.79.3.1109>



them, *Telhis-i Hikmat-i Huquq*, was a translation by Mahmud Asad of a French work on the philosophy of law. Two books, titled *Hikmat-i Huquq* and *İlm-i Tharwat*, were one-to-one publications of notes taken by Mahmud Asad during lectures delivered by his much admired teacher Münif Pasha. Two more books, related to the method of jurisprudence (fiqh methodology) and faraidh (Islamic inheritance law), were his own writings, while the final book was an annotation that he had started to write on the new penal code. In this article, the identity of Mahmud Asad Seydişehirî as a jurist and statesman will be considered first, and later, the six books will be examined in outline.

Keywords

Seydişehirî, Mahmud Asad, Rawdha-i Huquq, Ottoman State, Maktab-i Huquq, Philosophy of Law

Extended Summary

The last century of the Ottoman Empire was a very active and controversial period in several respects. Gaining momentum from the proclamation of the Tanzimat Edict in 1839, structural changes accelerated and embodied a growing transformation in outlook. In this period, when critical decisions were made over political, religious, and culture issues, axial shifts and ruptures reached their peak, as well as educational policies started to evolve. It was unthinkable that Ottoman fiqh and legal life would remain unaffected by these developments, and indeed, they were influenced. Legal historians agree that the Tanzimat period was an important turning point in the history of Turkish law in terms of judicial institutions, legal rules of law, and legal education.

As a matter of fact, since 1840 new laws, some of which had national character, some of which were taken from outside, entered into force. In 1847, commercial courts began to be established alongside the existing sharia courts, and in 1864, the Nizamiye courts came into effect. Conversely, both the implementation of new laws and demand for judges to preside over the new courts made it necessary to train new jurists, which, in turn, required the establishment of new law schools. As a result of this process, the Mekteb-i Hukuk-ı Şâhâne (Maktab-i Huquq; Royal Law School) was launched in 1880 under the auspices of the Ministry of Justice. Mahmud Esad Seydişehirî (Mahmud Asad Seydişehirî) was a particularly bright student of this school and later became one of the leading public officials and jurists during the last century of the Ottoman Empire. While a student, he started publishing *Ravza-i Hukuk* (*Rawdha-i Huquq*), an important law magazine or more precisely, a legal platform for researchers. *Rawdha-i Huquq* was published as a weekly magazine through Mahmud Asad's efforts in 1884–1885, and a series of books was also published in this medium. In addition to articles in the field of law, the journal published books related to the courses in the Maktab-i Huquq program. As far as we can ascertain, six books were published in different fields in this series. One of them was a book on the philosophy of law translated from French by Mahmud Asad. Two books, titled *Telhis-i Hikmet-i Hukuk* and *İlm-i Servet*, are exact transcriptions of notes on lectures delivered by his professor, Münif Pasha. Two more, related to fiqh methodology

and Islamic inheritance law, are Asad's own compilation, while the last book is his annotation of the new penal code.

In this article, the identity of Mahmud Asad Seydişehirî as a jurist and statesman will be considered first, and later, the six works in question will be examined in outline.

The *Rawdha-i Huquq* series appears to have consisted of a total of six works. The series may be divided into three different subcategories: lecture notes by professors, translations, and original works of authorship. Although lecture notes and translated works were originally owned by others, it is understandable that Mahmud Asad wrote his name on the cover page as their author, considering the changes he made to these works and his acknowledgment of this fact at their beginning. It can be stated that he was the editor of the books in terms of organizing lecture notes and managing the publication process.

The works in the *Rawdha-i Huquq* series are as follows:

- A. Hikmet-i Hukuk yahut Hukuk-ı Tabiiyye, 1301/1884, 84 pages
- B. Telhîs-i Hikmet-i Hukuk, 1301/1884, 224 pages
- C. Ferâidü'l-Feraiz, 1301/1884, 383 pages
- D. İlm-i Servet, 1302/1885, 176 pages
- E. Şerh-i Kanun-ı Ceza, 1302/1885, 84 pages
- F. Usûl-i Fıkh, 1302/1885, 384 pages

This article will examine these six books by conducting content analysis and will highlight their unique aspects. Accordingly, it will be shown that theories of legal technique, legal philosophy, and political economy that had been developed in the West were followed in the modern schools that educated Ottoman jurists. Furthermore, this paper will provide insights into the high academic standard of Maktab-i Huquq.

It is also worth mentioning that the long quotations drawn from Western resources on both philosophy of law and macroeconomics, accepted and written in the aforementioned new legal platforms, have not been scrutinized at all. Apart from any critique or discussion, there is almost no reference to the centuries-long legacy of fiqh on related issues, and no parallels are drawn between the two legal systems.

This paper demonstrates that in-depth research into several aspects of the last century of the Ottoman Empire is still required, particularly in terms of legal and educational changes.

Osmanlının Son Döneminde Bir Hukuk Mecrası: Ravza-İ Hukuk

Giriş

Hem siyasî hem askerî hem de dinî ve kültürel açılardan hayatî tartışmaların, eksen kaymalarının ve kopuşların adeta zirveye çıktığı Osmanlı son yüzyılı, hâlâ birçok açıdan tam olarak incelenememiştir. Tartışma konuları, bunların sebep ve sonuçları, tarafları ve gerekçeleri, ideolojik olmaktan uzak soğukkanlı değerlendirmelerle aydınlatılmaya muhtaç görünmektedir. Bu ihtiyacın söz konusu olduğu alanlardan biri de fıkıh-hukuk, yargı teşkilatı ve kanunlaştırma alanıdır.

Aslında XVIII. yüzyılın sonlarında (1774 yılında imzalanan Küçük Kaynarca Antlaşması bu anlamda bir dönüm noktasıdır) başlayan ve 1839 Tanzimat Fermanıyla ivme kazanan yapısal değişiklikler, hissedilmekte olan zihniyet dönüşümünü de hızlandırmış ve somutlaştırmıştı. Bu gelişmelerin Osmanlı fıkıh-hukuk hayatına aksetmemesi düşünülemezdi ve nitekim öyle de oldu. Hukuk tarihçileri, Tanzimat döneminin gerek adlî kurumlar gerek uygulanan hukuk kuralları ve gerekse hukuk eğitimi açısından Türk hukuk tarihinin önemli bir dönüm noktası olduğunda hemfikirdirler.

Gerçekten de hem sosyoekonomik değişiklikler hem mübrem hale gelen mevzuat ihtiyacı ve hem de dış dünyanın, özellikle İngiliz, Fransız ve Rusların baskısıyla 1840 yılından itibaren kimi millî, kimi muktebes yeni kanunlar¹ yürürlüğe girmiş², var olan Şer'îyye Mahkemeleri yanında 1847 yılında Ticaret Mahkemeleri kurulmaya başlamış, 1864'te Nizamiye Mahkemeleri devreye girmişti.³ Bir taraftan yeni kanunların uygulanması diğer taraftan yeni mahkemelerin hâkim ihtiyacının karşılanması, geleneksel meşihat-medrese-fıkıh çizgisi yanında vezâret-mektep-hukuk çizgisini gerekli kılmış ve böylece yeni yapılanma ve zihniyetle mütenasip

¹ 1256/1840 Tarihli *Caza Kanunname-i Hümayunu*, 1267/1851 Tarihli *Kanun-ı Cedid* (Yeni Ceza Kanunu), 1274/1858 Tarihli *Arazi Kanunnamesi*, 1286-1293/1869-1876 yılları arasında peyderpey yürürlüğe giren *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye*, 1336/1917 Tarihli *Hukuk-ı Aile Kararnamesi* ile aynı tarihli *Usul-i Muhakeme-i Şer'îyye Kararnamesi* millî kanunlar; 1254/1838 Tarihli *Askerî Ceza Kanunu*, 1266/1850 Tarihli *Ticaret Kanunnamesi*, 1272/1855 Tarihli *Men-i İrtikâp Kanunnamesi*, 1274/1858 Tarihli *Ceza Kanunname-i Hümayunu* ile 1280/1863 Tarihli *Ticaret-i Bahriyye Kanunnamesi* Batı menşeli kanunlar arasında hatırlanabilir. Ayrıntılar için bk. Mehmet Âkif Aydın, *Türk Hukuk Tarihi* (Hars Yayıncılık 2005) 456 vd.; Mustafa Avcı, *Türk Hukuk Tarihi Dersleri* (Mimmoza Yayıncılık 2015) 559 vd. Tam da bu noktada şu çalışmaya işaret etmekte yarar vardır: Tuncer Namlı, *Tanzimat ve Sonrası Dönem Kanunlaştırmaları Karşısında İslâm Âlimlerinin Aldığı Tavır ve Bunun Neticeleri* (EÜSBE, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 1988)

² Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, “Kanunlaştırma Hareketleri ve Tanzimat”, *Tanzimat- I* (MEB Yayınları 1940), 139 vd.; Gülnihal Bozkurt, *Batı Hukukunun Türkiye’de Benimsenmesi* (TTK Yayınları 1996), 48 vd.; Mustafa Şentop, *Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Hukuku* (Yaylacık Matbaası 2004); Said Nuri Akgündüz, *Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Hukuku Uygulanması* (MÜSBE Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2010); Tahir Taner, “Tanzimat Devrinde Ceza Hukuku”, *Tanzimat-I* (MEB Yayınları 1940), 221-232; Mustafa Şentop, “Tanzimat Dönemi Kanunlaştırma Faaliyetleri Literatürü” (2005) 3 (5) TALİD 647, 672; Mehmet Âkif Aydın, “Arazi Kanunnamesi” (1991) 3 DİA <<https://islamansiklopedisi.org.tr/arazi-kanunnamesi>> Erişim 15.08.2019; Ali Akyıldız, “Tanzimat” (2011) 40 DİA <<https://islamansiklopedisi.org.tr/tanzimat>> Erişim 15.08.2019.

³ Ekrem Buğra Ekinci, *Tanzimat ve Sonrası Osmanlı Mahkemeleri* (Arı Sanat Yayınları 2004); Sedat Bingöl, *Tanzimat Devrinde Osmanlı Yargı Reformu* (Anadolu Üniversitesi Yayınları 2004); Mustafa Reşit Belgesay, “Tanzimat ve Adliye Teşkilâtı”, *Tanzimat I* (MEB Yayınları 1940) 213 vd.; Hulusi Yavuz, “Adliye Nezareti”, (1998) 1 DİA <<https://islamansiklopedisi.org.tr/adliye-nezareti>> Erişim 15.08.2019; M. Macit Kenanoğlu, “Nizâmiye Mahkemeleri” (2007) 33 DİA <<https://islamansiklopedisi.org.tr/nizamiye-mahkemeleri>> Erişim 15.08.2019.

bir hukuk eğitimi de ete kemiğe bürünmüştü. Bu bağlamda önce Adliye Nezareti bünyesinde 1870 tarihinde eğitim süresi bir yıl olan Kavânin ve Nizâmât Dershanesi kurulmuştu. Bunun Adliye Nezâreti'nin memur ve hâkim ihtiyacını karşılayamaması sebebiyle bu defa Maarif Nezaretinin 1874 yılında müdür Sava Paşa'yı (ö. 1904) görevlendirmesiyle Galatasaray Mekteb-i Sultanîsi bünyesinde gayri müslimlerin de kabul edildiği⁴ üç yıllık (1885 yılında dört yıla çıkarılacaktır) bir yükseköğretim kurumu olan Mekteb-i Hukuk-ı Sultanî açılmış, 1880 yılında Adliye Nezareti'ne bağlı olarak da Mekteb-i Hukuk-ı Şâhâne öğretime başlamıştı.⁵ Bir süre sonra bu iki okul Mekteb-i Hukuk adıyla birleştirilmiş ve 1909 yılında da Darülfünun'a bağlanmış ve Mekteb-i Hukuk-ı Âliye adını almıştı.⁶

Yaşanan bu süreçler, Osmanlı'nın daha önce "fıkıh" merkezli olan yargısal ve normatif yapısını "hukuk" merkezli bir yapıya dönüştürmeye başlamıştır.⁷ İşte bu bağlamda oluşan yeni mecralardan biri de Seydişehirli hukukçu ve devlet adamı Mahmud Esad'ın (1856-1917) yönettiği *Ravza-i Hukuk*'tur. Burada önce Osmanlının son yıllarına hem bir devlet adamı hem de müellif bir hukuk adamı olarak tesir etmiş olan Mahmud Esad Seydişehrî'yi bu yönleriyle tanıttık ardından Ravza-i Hukuk serisini ve muhtevasını kısa notlarla dikkatlere sunacağız.

I. Bir Devlet ve Hukuk Adamı Olarak Mahmud Esad Seydişehrî

1856 yılında Seydişehir'de doğan Mahmud Esad, ilk eğitimlerini Seydişehir ve Konya'da aldıktan sonra İstanbul'da 15 yıl resmî medrese eğitimine devam etmiş, 1880'de açılan Mekteb-i Hukuk'a kayıt yaptırdıktan kısa süre sonra hocası Elbasanlı Abdülkerim Efendi'den medrese ilimlerine dair icazet almıştır. 1881'de Bâb-ı

⁴ 1874 yılında açılan Mekteb-i Hukuk-ı Sultanî ilk yılında, Fethi Gedikli'nin tespitlerine göre 21 (yirmi bir) öğrencisini yılsonu sınavlarına almış, iki yıl gecikmeyle 1879 yılında da 6 (altı) kişiyle ilk mezunlarını vermiştir. Gedikli, Mahmud Cevad'ın *Maârif-i Umumiye Nezareti Tarihçe-i Teşkilat ve İcraatı* isimli eserindeki "iki seneden beri malumatlı zevat yetiştirmeye başladığı gibi" ifadesinden ve başka bazı bilgilerden istidlalle ilk mezuniyetin bu tarihte gerçekleşmiş olabileceği sonucuna ulaşmaktadır. Bu ilk mezunlar arasında bir Müslümanın bulunmaması da ayrıca dikkat çekicidir. Nitekim Mahmud Cevad "*Mektepten mezun olan bu altı şâkirin hiçbirisi(nin) İslam'dan olmaması şâyân-ı teessîftür*" demek durumunda kalmıştır. 1880 yılındaki 2. devre mezunları ise biri Müslüman, biri Rum ve beşi Ermeni olmak üzere toplam yedi kişidir. (Bu bilgiler için bk. Fethi Gedikli, "İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ne Zaman Kuruldu?" (2011) 69 İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 93, 96-97). Nuran Koyuncu ise ilk mezuniyetin, yukarıda din ve milliyetleri belirtilen yedi kişiyle 1880 yılında gerçekleştiğini kaydeder. (bk. Nuran Koyuncu, "Hukuk Mektebinin Doğuşu" (2012) 3 (16) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 175).

⁵ Adliye Nâzırı Ahmet Cevdet Paşa, açılışa yaptığı konuşmadaki şu cümleleriyle bu mektebin önemini vurgulayacaktır: "*Efendilerim, ilm-i hukukun lüzum ve fâidesi ve bizim buna ne mertebe muhtaç olduğumuz mâlûm ve müsellemdir. Dersaadette bir hukuk mektebi kışâdı arzu olunuyordu. Divan-ı Ahkâm-ı Adliyye'nin teşkilinde bunun bir mertebe daha ehemmiyeti arttı [...] Efendiler, tahsil edeceğimiz ilmin kadri pek büyüktür. Biliyorsunuz ki hesap ve hendese ve kimya gibi ulûm-ı akliyyeyi tâlim için peygamberler gelmedi ama kavânin-i şer'iyeyi telkin ve tebliği için peygamberler geldi. Bu babta başka delil iradına hâcet görmem". Cemil Bilsel, "Öğrenirken ve Öğretirken Beraber" *Ebû'l'ulâ Mardin'e Armağan* (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1944) 82'den naklen; Koyuncu (n4) 176.*

⁶ Ayrıntılar için bk. Koyuncu (n4) 163 vd.; İlhan Tekeli ve İlkin Selim, *Osmanlı İmparatorluğu'nda Eğitim ve Bilgi Üretim Sisteminin Oluşumu ve Dönüşümü* (TTK Yayınları 1993); Adnan Şişman, "Galatasaray Mekteb-i Sultanîsi" (1996) 13 DİA <<https://islamansiklopedisi.org.tr/galatasaray-mekteb-i-sultanisi>> Erişim 14.08.2019; Gülnihal Bozkurt, "Türkiye'de Hukuk Eğitiminin Tarihçesi" iç Adnan Güriz (edr) *Hukuk Öğretimi Sempozyumu, 13-14 Mayıs 1993* (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1993) 51, 70.

⁷ bk. Abdurrahman Nur, *Disciplinary Transformation of Late Ottoman Legal Education (1826-1926): An Interactional Field Analysis* (İstanbul Şehir Üniversitesi Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi 2015)

Vâlâ-i Fetvâ'daki imtihanları kazanarak dersiâm olmuş ve Fatih Camii'nde medrese öğrencilerine çeşitli dersler okutmuştur. Bu arada askerî lise niteliğinde olan Menşe-i Muallimîn-i Askerî'ye tek sivil öğrenci olarak kaydolmuş, burada cebir, fen bilimleri ve sosyal bilimler alanındaki derslerde üstün başarı göstererek yüksek matematik öğretmeni diploması almaya hak kazanmıştır. Memuriyet hayatına 1879 yılında Gülhane Askerî Rüşdiyesi'nde öğretmenlik yaparak başlamış, muhtelif okullardaki görevleri sırasında o günün ihtiyaçlarına cevap verecek birçok ders kitabı telif etmiştir. Tanzimat döneminde eğitim sisteminin değişen şartlarına uyum sağlayacak şekilde coğrafya ve tabiat bilimleri gibi farklı alanlarda Batı'da öne çıkan önemli kitapları da Türkçe'ye çevirerek büyük bir boşluğu doldurmuştur. Mekteb-i Mülkiye-i Şâhâne yani bugünkü Siyasal Bilgiler Fakültesi'nin ilk şeklinde devletler hukuku, servet ilmi (genel iktisat) ve hukuk tarihi gibi dersler vermiştir. Bu görevlerin yanında 1899'dan itibaren Mekteb-i Hukuk'ta *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye* dersinin sorumluluğunu üstlenmiştir.

Öğretmenlikten sonra 1885 yılında Aydın vilâyeti İzmir Bidâyet Mahkemesi Birinci Reisliğine tayin edilen Mahmud Esad, 11 yıl süren bu görevinin ardından 1896 yılında Maliye Hazinesi Hukuk Müşaviri olarak tekrar İstanbul'a görevlendirilmiştir. Bu süre zarfında Fransa Milletlerarası Tarih Akademisi Derneği'nde daimî üye olarak bulunmuştur.

Mahmud Esad 1909'da Defter-i Hâkânî Nâzirliği'na (Tapu Kadastro Bakanlığı) getirilmiştir. Bu görevdeyken ileride kendi adıyla anılacak olan, taşınmaz malların tasarruf hukukuna ait mevzuatın Avrupa'daki standartlara uygun olarak çıkartılmasını sağlamıştır. Bu bağlamda 1912 tarihli Emvâl-i Gayr-i menkûlenin Tahdit ve Tahriri Hakkında Kanun-ı Muvakkat ile kadastronun temelleri atılmıştır. Bu yasal düzenlemeler, Osmanlı'da toprakların mülkiyet ve tasarruf hakları hakkında sistematik ilk çalışmalar konumundadır. Böylece ilk defa kadastro çalışmaları da başlatılarak şahısların arazileri üzerindeki hakları kanunî teminat altına alınmıştır. Defter-i Hâkânî Nâzirliği yaptığı dönemde ayrıca, aynı anda Adliye Nâzirliği görevini de vekâleten devam ettiren Mahmud Esad Efendi'nin bu mesaisi, birden çok önemli devlet görevini aynı anda devam ettirebilmesi açısından dikkate şâyândır. 1913'te Şûrâ-yı Devlet (Danıştay) Tanzimat Dairesi reisliğine getirilen Mahmud Esad, 17 Ekim 1915 tarihinde Isparta mebusluğuna seçilmiştir. Bu görevi sırasında⁸ 1917 tarihli Hukuk-ı Aile Kararnamesi'ni hazırlayan heyete de başkanlık yapmıştır.

⁸ Bazı kaynaklar Isparta mebusluğunun ancak 17 (on yedi) gün sürdüğünü ve 3 Kasım'da bu görevinden istifa ederek emekliliğini istediğini belirtirler. Mesela bk. Mahmud Esad Seydişehrî, *İslâm Tarihi*, haz. Ahmed Lütfi Kazancı ve Osman Kazancı (Marifet Yayınları, 1995) Süleyman Uludağ'ın girişi 6; *Yaşamları ve Yapıtlarıyla Osmanlılar Ansiklopedisi* (Yapı Kredi Kültür Sanat Yayıncılık 1999) 68; Murtaza Köse, "Seydişehrîli Mahmut Esad'ın Hayatı, Eserleri ve İlmi Kişiliği" *İslâm Hukuku Araştırmaları Dergisi* (2003) (2) 207, 213. Fakat bu bilgi doğru değildir. İstifası kabul edilmemiş ve mebusluğu 1917 yılındaki vefatına kadar sürmüştür. bk. Mehmet Önder, *Seydişehir Tarihi* (Seydişehir Belediyesi Yayınları 1986) 168; <http://konyaninalimvehocalari.konyacami.com/mahmut-esat-efendi/> Erişim: 26.01.2020. Nitekim Meclis'in, Rûmî 1332-1333/Miladî 1917 yılındaki 3. Devre Toplantılarında Isparta mebusu sıfatıyla yaptığı konuşmalar zabıtlarda yer almaktadır. Bk. *Meclis-i Mebusan Zabıt Ceridesi: Dönem 3 [1330-1334]* (Türkiye Büyük Millet Meclisi Matbaası 1991).

Eğitim-öğretim ve siyaset hizmetiyle dolu hareketli hayatı, 27 Mart 1917'de sona eren Mahmud Esad'ın na'sı Fatih Camii haziresine defnedilmiştir. Sahip olduğu ilmî kimliği ve dirayeti, onu devletin en yüksek ilmî makamı olan Şeyhülislâmlık makamına aday gösterilmesini sağlamıştır.⁹

Burada yeri gelmişken merhum Mahmud Esad Seydişehir'i'nin vefat tarihiyle ilgili bir iltibasa da işaret etmekte fayda vardır. Merhumun vefat tarihi birçok kaynaktan yanlış olarak 18 Mart 1918 olarak kaydedilmiştir. Mesela Ebül'ulâ Mardin, *Huzur Dersleri*'nde; *TDV İslam Ansiklopedisi* (DİA) ve *Türk Ansiklopedisi*¹⁰ de ilgili maddelerinde bu hatalı tarihi tekrarlamışlardır. Oysa Seydişehir'i'nin vefatı, Meclis-i Mebûsan kayıtlarına ve bazı günlük gazetelerin haberlerine göre 1917 Martı'nda vuku bulmuştur. Nitekim Meclis-i Mebûsan Reisi Âdil Efendi, Makâm-ı Sâmi-i Sadâret-penâhi'ye hitaben yazdığı 15 Cemâziye'l-âhir 1335/07 Nisan 1333 tarihli -ki 07 Nisan 1917'ye tekabül etmektedir- yazıda "İsparta Mebûsu Mahmud Esad Efendi'den inhilal eden mebûsluğa diğer bir zâtın intihâbı zımında iktizâ-yı hâlin ifâ buyrulması"nı talep etmektedir.¹¹ Diğer taraftan *İkdâm Gazetesi*'nin 06 Cümâde'l-âhira 1335/30 Mart 1333/30 Mart 1917 tarihli nüshasında Mahmud Esad'ın vefatı şu cümlelerle haber yapılmıştır: "Bu müessif haberle acaba memleketimizde müteessir olmayan fert var mıdır? Bir millet içinde öyle nadir şahsiyetler vardır ki, bunların mevcudiyeti millî bir coşku yaratır. Fikirleri de keza millî bir tesiri davet eder."¹²

Böylece Mahmud Esad'ın 1917 yılının Mart ayında vefat etmiş olduğu tebeyyün etmektedir. Fakat acaba vefat hangi gün gerçekleşmiştir? Bu konuda da farklı tespitler yapılmıştır. Her ne kadar Ömer Nasuhi Bilmen (ö. 1971) ve Mehmet Önder (ö. 2004) gibi bazı kaynaklar, vefat tarihi olarak 28 Mart 1917'yi vermiş olsa da merhumun üçüncü kuşak torunu Hande Kadaster'in, merhum Seydişehir'i'nin kızı ve kendisinin de halası olan Minhac Hanım'a dayanan açıklamasına göre doğru tarih 27 Mart 1917'dir.¹³

Mekteb-i Hukuk açıldığı zaman ilk kayıt yaptıran öğrenci olmasından hareketle bu alana ilgisini; aynı mektep/fakülteden 1886'da ikincilikle mezun olması¹⁴ dolayısıyla da bu alandaki yeteneğini görmek mümkündür. Okuttuğu dersler ve içerikleri,

⁹ Bu bilgiler için bk. Mardin, Ebül'ulâ, *Huzur Dersleri*, nşr. İsmet Sungurbey C II (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1966) 337 vd.; Ömer Nasuhi Bilmen, *Hukuk-ı İslâmîyye ve İstilahat-ı Fıkhiyye Kamusu*, C I (Bilmen Yayınevi 1986) 433; Hasan Basri Erk, *Meşhur Türk Hukukçuları*, (yayınevi ve tarihi yok) 354 vd.; Önder (n 8) 167 vd.; Ali Erdoğan, "Mahmud Es'ad Seydişehir, Hayatı, Eserleri ve İslâm Tarihçiliğindeki Yeri" (Marmara Üniversitesi Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2002) 40; Emre Altıntaş, "Mahmud Esad Seydişehir'i'nin Fıkıh Düşüncesi" (Marmara Üniversitesi Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2010) 13; Seydişehir (n 8), Süleyman Uludağ'ın girişi, s. 5-10; Adem Atalay, *Mahmud Es'ad Efendi* (Tekin Kitabevi 2010); Köse (n 8) 207 vd.; Ali Adem Yörük, "Hukuk Tarihi Dersinin İhdâsı ve Mahmud Esad Seydişehir'i" (2012) 70 (1) *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 489, 489 vd.; Ali Erdoğan, "Seydişehir" (2009) 37 DİA <<https://islamansiklopedisi.org.tr/seydişehir>> Erişim 26.01.2020.

¹⁰ *Türk Ansiklopedisi* (Millî Eğitim Basımevi 1975) C XXIII 174 vd.

¹¹ Atalay (n 9) 149.

¹² Atalay (n 9) 191.

¹³ Belgeler ve açıklamalar için bk. Atalay (n 9) 144 vd.; 189 vd.

¹⁴ Erdoğan (n 9) 29.

Osmanlı Devleti'ndeki hukuk eğitiminin tarihine ve Osmanlı modernleşmesine ışık tutması açısından önemlidir. Mekteb-i Hukuk'ta Nikâh, Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye, Mukayese-i Kavânîn (Karşılaştırmalı Hukuk), İktisat; Mekteb-i Mülkiye'de İktisat, Hukuk-ı Düvel (Devletler Hukuku); Darulfünun Edebiyat Şubesi'nde Tarih-i İslâm; Mekteb-i Kudât'ta Hukuk-ı Düvel ve Tarih-i İslâm dersleri vermiştir. Nitekim vefatından hemen öncesine kadar Mekteb-i Hukuk'ta Tarih-i Hukuk derslerini vermeye devam etmiştir.¹⁵

Hukuka dair eserlerinde sadece kanunların formel yönünü değil, ruhunu ve felsefesini de tahlil eden Mahmud Esad, Tanzimat ile birlikte sıkça gündeme gelen; hakkaniyet, adalet, ahlak-hukuk ilişkisi, insan tabiatı ve hukuk ilişkisi gibi kavramları da konuşma ve yazılarına konu etmiş ve bunların içlerini ustalıklarla doldurmuştur. Onun bu kavramlara ne denli önem verdiğini 1913'de Alman Profesör Susheim'a yazdığı mektuptaki şu satırları göstermektedir:

“30 seneden beri bulunduğum memuriyetlerde adalet ve eşitlik fikrinden zerre kadar ayrılmadım. Aslında adaleti icra etmekten vicdani bir zevk aldığım halde bir gayrimüslim lehine adalet icra etmekten fazla olarak bir de milli bir zevk duyuyorum. Bir de mağdur ve biçarelerin hakkını meydana çıkarmakla o derece mutlu olurum ki sevincimden çok kere ağladığımı bilirim.”¹⁶

Öğrencilerinden biri olan Ömer Nasuhi Bilmen de kendisi hakkında şöyle demiştir: “Merhum Mahmud Esad Efendi'den iki sene Devletler Hukuku okumuş, vatanperverâne mütalaalarından da ayrıca istifade etmiştik. Pek çalışkan, intizamperver bir zât idi.”¹⁷

Mahmud Esad'ın hukukçuluğu bağlamında 1917 tarihli *Hukuk-ı Aile Kararnamesi* kuşku yok ki, ayrı bir yerde durmaktadır. Zira onun başkanlığını yaptığı komisyonca hazırlanan Hukuk-ı Aile Kararnamesi, fıkıh tarihinde bir dönüm noktası teşkil etmekte ve bu yönüyle burada ayrıca ele alınmayı hak etmektedir.

1869-1876 yılları arasında peyderpey yürürlüğe giren *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye*'de ele alınmayan konuları hazırlamak ve yapılması düşünülen değişiklikleri gerçekleştirmek için İttihad ve Terakki Fırkası'nın iktidarı sırasında birçok komisyon kurulmuş olmakla birlikte bunlardan sadece Hukûk-ı Âile Komisyonu görevini tamamlayabilmiştir.¹⁸

¹⁵ Yörük (n 9) 487.

¹⁶ Köse (n 8) 3.

¹⁷ Bilmen (n 8) C I 433.

¹⁸ Mehmet Akif Aydın, *İslâm-Osmanlı Aile Hukuku*, (Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınları 1985) 163; Mehmet Akif Aydın, “Hukûk-ı Âile Kararnamesi” (1998) 18 DİA <<https://islamansiklopedisi.org.tr/hukuk-i-aile-kararnamesi>> Erişim 28.01.2020.

Aile hukukunu ilgilendiren kuralların tespit ve kanunlaştırılması amacıyla kurulan komisyona o sırada Isparta mebusu olan Mahmud Esad Efendi başkan olarak seçilmiştir. Komisyonun diğer üyeleri ise Fetvâhâne mümeyyizlerinden Hâfız Şevket Efendi, Mentеше mebusu Mansûrîzâde Said Bey, Şûrâ-yı Devlet âzasından Ali Baş Hanbe (Hampa) Efendi ve Mahkeme-i Evkaf Kadısı Mustafa Fevzi Efendi idi.¹⁹ Bu komisyon o zamana kadar İslâm tarihinde örneği görülmemiş bir yöntem ve zihniyetle çalışmıştır. Sadece Müslümanlarla ilgili hükümleri değil, vatandaş konumundaki Yahudi ve Hristiyanlarla ilgili hükümleri de Hahambaşılık ile Patrikhane'den geldiği şekliyle kanunlaştırmış olması *yöntem*; sadece bir mezhebe (Hanefî mezhebine) göre değil de gereklikçe diğer mezhep ve içtihatlardan da istifadeyle hazırlanmış olması ise *zihniyet* farklılığını göstermektedir.

Mahmud Esad'ın vefatından sonra 25 Ekim 1917 tarihinde yürürlüğe giren Kararname'de, Tanzimat'la birlikte Osmanlı'da güçlenen ve İttihat ve Terakki Cemiyeti'nin Batıcı kanadının da desteğini alan Feminist itirazlar, Mahmud Esad'ın dirayetine takılmış ve her bir konu, İslâm hukukunun zengin mirası çerçevesinde çözüme kavuşturulmuştur. Fakat ne yazık ki, söz konusu kararname, içten ve dıştan gelen yoğun baskılar nedeniyle sadece bir buçuk yıl hükümferma olabilmiş ve nihayet 19 Haziran 1919 yılında yürürlükten kaldırılmıştır.²⁰ Bu tarihten sonra İsviçre Medeni Kanunu'nun 1926 yılındaki kabulüne kadar aile hukuku alanında İslâm hukukuna dayalı kanun yapma faaliyetleri olmuşsa da bunlar ne yürürlüğe girebilmiş ne de seviye olarak Hukûk-ı Âile Kararnâmesi'ne ulaşabilmiştir.²¹

II. Ravza-i Hukuk Serisi

Ravza-i Hukuk, Mahmud Esad Efendi'nin Mekteb-i Hukuk'ta henüz öğrenci olarak bulunduğu (1880-1886) dönemin sonuna doğru 1884-1885 yıllarında kendi gayretleriyle neşrettiği bir haftalık dergi ve bu mecrada yayınlanan kitap serisidir. Derginin ilk sayısı 18 Cemâziye'l-evvel 1301/6 Mart 1300/16 Mart 1884 tarihinde neşredilmiştir.²² Kendisinin ikincilikle mezun olduğu Mekteb-i Hukuk'tan birincilikle mezun olan Sabit Efendi de daha önce 17 Safer 1298/7 Kanun-ı sâni 1296/18 Ocak 1881 tarihinde ilk sayısı neşredilen *Medrese-i Hukuk* adında benzer bir seri çıkarmıştır. Bu ikinci seri, Ravza-i Hukuk'a nazaran sayıca ve muhtevaca daha az eser vermiştir.²³

¹⁹ Aydın, *İslâm-Osmanlı Aile Hukuku*, (n 18) 163; Aydın, "Hukûk-ı Âile Kararnâmesi" (n 18).

²⁰ Altıntaş (n 9) 16.

²¹ Bk. Mehmet Ünal, "Medeni Kanunun Kabulünden Önce Türk Aile Hukukuna İlişkin Düzenlemeler ve Özellikle 1917 Tarihli Hukuk-i Aile Kararnâmesi" (1978) 37 (1) AÜ Hukuk Fakültesi Dergisi 195, 195 vd.; Aydın, *İslâm-Osmanlı Aile Hukuku* (n 18) 150 vd.; Abdullah Akdoğan, *Türkiye'de 1919-1926 Yılları Arasında Aile Hukuku Alanındaki Kanunlaştırma Çalışmaları*, (Marmara Üniversitesi Yüksek Lisans Tezi, 1999).

²² Ravza-i Hukuk'a Ocak 1884'te ruhsat verildiği bilgisi için bk. Mehmed Murad, *Devr-i Hamidî Asârı*, Dersaadet, Matbaa-i Osmaniye, 1308, s. 153'den naklen Ali Âdem Yörük, *Mekteb-î Hukuk'un Kuruluşu ve Faaliyetleri (1878-1900)* (Marmara Üniversitesi Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi 2008) 151.

²³ Yörük (n 9) 150 vd.

Mahmud Esad, niçin böyle bir teşebbüste bulunduğunu Ravza-i Hukuk'un ilk sayısındaki mukaddimesinde “Mekteb-i Hukuk son sınıf öğrencilerinden ve birinci sınıf dava vekillerinden Mahmud Esad” imzasıyla şöyle açıklar:

“Bir memleket ahalisinin vücûd-ı maddîsi için ilm-i tîb ne derece elzem ise vücûd-ı manevîsi için de ilm-i hukuk o kadar ehem idüğü cümle erbâb-ı elbâb [akıl sahipleri] nezdinde müsellem bir keyfiyettir. Hatta eâzim-i hükemâdan bir zat “Hukuk hayattır” diyerek bu dakikaya [önemli hususa] işaret eylemiştir. Bir memlekette mer’iyyü’l-icra kavânîni [yürürlükte olan kanunları] velev icmâlen olsun bilmeyen kimsenin o memlekette yaşaması kâbil olamaz. Ne hacet, davasında haklı olduğu halde kanunlara âşina olmadığı cihetle bazı hukukunu zâyî edenler dahî görülmüyor. Bâhusus hükkâm ve me’murîn-i adliyye ile avukatlar için ilm-i hukukun kâffe-i aksâmına kemaliyle vukuf, derece-i vücûda olup, yalnız mehâkimde istihdam ile ameliyyat ve fiiliyyatını görerek o cihette kesb-i mümârese eylemek bir hâkim ve avukat için kâfi olamaz. Çünkü hükkâm kendilerine arz olunan her türlü davayı hal ve fasletmeye kanunen mecbur olup, hatta o babda sarahat-i kanuniyye [kanunun açık hükmü] olmasa bile kıyas tarikiyle hükmetmeleri lazım olduğu gibi, bir vekil de kendine müracaat vukûunda haklı veya haksız olduğunu görüp ona göre cevap vermek icap eder. Nazariyyât-ı hukuka [hukuk teorilerine] vâkıf olmayan ve kavânîni esbâb ve delâilîyle bilmeyen hâkim, vereceği kararda pek de isabet edemez ve öyle bir avukat, müvekkilinin hukukunu muhafazaya muktedir olamaz. İşte teb’asının nîk-ü bed [iyi ve kötü] ahval-i âlemi, terakkiyât-ı zamana nispetle derk edebilmek iktidarını haiz ve şehd-âb-ı mearıfîle sırâb olmaları [bilgiye doymaları] için yeniden taraf taraf mekâtîb-i ibtidâiyye ve âliyye tesisıyla hakikaten memleketini bir mevki-i âli’l-âl terakkiye isâl eyleyen adaletnisâr [adalet dağıtan] Efendimiz Hazretleri, bilumum memurîn-i adliyyeye menşe’ olmak ve hukuk fenn-i celilinin dahî kaffe-i şubâtı, fûnûn-ı saire gibi memalik-i şâhânelerinde intişar eylemek üzere zir-i cenâh-ı müstelzim’l-felah-ı şehri-yârilerinde [Padişahlığımızın kurtuluşu sağlayan yüce kanatları altında] bir mekteb-i hukuk teşkil ve zimâm-ı idaresini, vücûduyla memleketimizin hakiki-i iftihar eylediği Dersaadet İstinaf Mahkemesi Cinayet Kısmı azasından izzetli Emin Efendi gibi elsine-i şarkiyye ve garbiyyeye vâkıf ve fûnûn-ı şettâyâ ve bâhusus fenn-i celil-i hukukun dekkâikine bi-hakkın aşına bir zat-ı aliyyi kâdirdir ki uhde-i liyakat ve ehliyetlerine ihale, ve cihet-i tedrisine de her biri memleketimizde müşarun bi’l-benân bir takım zevat-ı kirama tefviz buyurmuşlardır.

Mekteb-i mezkûrdan henüz bâ-şehadetname [diplomalı mezun] talebe yetişmeksizin ilm-i hukuktan büyük büyük kitaplar telif ve bâzâr-ı intişara eserler vaz’ edenlerde görüldü ki işbu eserlerden ne derecelere kadar istifade olunduğu erbâb-ı mütalaanın malumudur.

Ezcümle Sabit Efendi biraderimiz *Medrese-i Hukuk*²⁴ ile memleketimizi hakikaten ihya eyledi. Bu muvaffakiyetler mahza, Padişah-ı bi-meydan-ı gazâ Abhülhamid Han-ı Sâni Efendimiz Hazretleri’nin eser-i teveccühâtı mülûkâneleri ve yukarda müdür-i mümâ ileyh Emin Efendi ile esâtiz-i kiram hazretlerinin semere-i sa’y ve himmetleridir.

Acizleri de talebesinden olmakla müftehir bulunduğum mekteb-i mezkûrda, fenn-i celil-i hukuka dair iktîfâf edebildiğim [toplayabildiğim] semerâtı, bir taraftan kütüb-i fikhiyyeye diğer taraftan Avrupa müellefatına bi’l-müracaat daha pek çok fevaid ilavesiyle “Ravza-i Hukuk” namı altında neşrederek işbu lütf-u celil-i bi-âdil cihanbâninin lâzime-i teşekkür ve mahmûdetini ifaya müsâraat eyledim.

²⁴ Mahmud Esad’ın Mekteb-i Hukuk’tan arkadaşı olan Sabit Efendi’nin idaresinde çıkan ve yukarıda kısa bilgi verilen dergidir.

“Ravza-i Hukuk”, başlıca ilm-i hukuka müteallik müellefatı ve tercümelere havi olacağı gibi edebiyat, riyazat [matematik] ve ulûm-ı tabiiyye [fen bilimleri] ile fûnun-ı sâireye dair eserleri de cami olarak şimdilik haftada bir defa arz-ı didâr edilecektir.

İşbu eser-i naçiz, hüsn-i kabule mazhar olur ise inşaallah ileride şimdikinden ziyade kesb-i intizam ve terakkî eyler.

Ve billahi't-tevfik ve aleyhi'l-ittikâl.”²⁵

Ravza-i Hukuk serisindeki kitaplar, hocaların ders notları, yabancı bir eserin tercümesi ve özgün eserler olmak üzere üç farklı kategoriye ayrılmaktadır. Her ne kadar ders notu ve tercüme olan eserler, aslen başkalarına ait olsa da Mahmud Esad'ın bu eserler üzerinde yaptığı ve mukaddimelerinde belirttiği tasarruflar göz önüne alındığında, kitapların muharriri olarak kapak sayfasına kendi ismini yazması anlaşılabilir hale gelmektedir. En azından ders notlarını düzenleyip yayın sürecini yürütmesi açısından kitapların editörlüğünü yürüttüğü söylenebilir.

Kitapların kaynağı, yazım metodu ve yayınlanış süreci hakkındaki bilgiler, her kitabın *mukaddime* ya da *ifade-i mahsusa* bölümünde mevcuttur. Kitapların içeriğinin, Mekteb-i Hukuk'un ders programıyla²⁶ bir arada düşünülünce, daha çok mektebin derslerine yardımcı konuları ihtiva etme veya ders içeriklerini özetleme ya da hocaların takrirlerini bir araya getirme amacıyla şekillendiği görülür. Gerek klasik eserlerden meydana getirilen usûl-i fıkıh ve feraiz kitabının gerekse hikmet-i hukuk, ilm-i servet ve kanun-ı cezaya dair kitapların kısa sürede yayınlanması, programda yer alan derslerde duyulan kaynak ihtiyacını gidermeye yöneliktir.

Söz konusu seri, ulaşabildiğimiz kadarıyla toplam altı eserden oluşmaktadır. Eserlerin tamamı doğrudan ya da dolaylı olarak Mahmud Esad Efendi tarafından hicrî 1301-1302 miladî 1884-1885 yıllarında yayımlanmıştır. Serinin *Telhîs-i Hikmet-i Hukuk* ve *İlm-i Servet* isimli kitaplarının aslında Münif Mehmed Paşa'nın (ö. 1910)²⁷ Mekteb-i Hukuk'taki ders notlarından meydana getirildiği belirtilse de muharrir olarak kapakta Mahmud Esad'dan başka isim zikredilmemiştir. Serinin en az hacimli yayını 84 sayfa iken, bazıları 400 sayfaya yaklaşmaktadır. Yani o dönem için bir derginin hacmini fazlasıyla aşacak boyutlardadır. Bu yüzden bu seriye mecmua demekten öte, hukuk ve iktisat kitapları serisi demek daha uygun görünmektedir. Her biri farklı bir alana ait olmak üzere Ravza-i Hukuk serisinde çıkan eserler şunlardır:

²⁵ Mahmud Esad Seydişehrî (1301) (1) *Ravza-i Hukuk* 1, 1 vd.

²⁶ Bu yıllardaki ders içeriği için bk. Yörük (n 9) 79.

²⁷ Hayatı ve eserleri hakkında bk. M. Kayahan Özgül, *XIX Asrın Benzersiz Bir Politeknîği Münif Paşa* (Dergâh Yayınları 2014); İsmail Doğan, “Münif Mehmed Paşa” (2006) 32 DİA <<https://islamansiklopedisi.org.tr/munif-mehmed-pasa>> Erişim 21.01.2020.

1. *Hikmet-i Hukuk yahut Hukuk-ı Tabîyye*, 1301/1884, 84 sayfa
2. *Telhîs-i Hikmet-i Hukuk*, 1301/1884, 224 sayfa
3. *Ferâidü'l-Feraiz*, 1301/1884, 383 sayfa
4. *İlm-i Servet*, 1302/1885, 176 sayfa
5. *Şerh-i Kanun-ı Ceza*, 1302/1885, 84 sayfa
6. *Usûl-i Fıkıh*, 1302/1885, 384 sayfa

Yukarıda sıralandığı üzere bu hukuk mecrasında altı kitap yayınlanmış görünmektedir. Burada işbu altı kitabı, içeriklerine ve özgün yönlerine temas ederek daha yakından tanımaya çalışacağız.

A. Hikmet-i Hukuk yahut Hukuk-ı Tabîyye

Serinin ilk sayısında yayınlanan bu kitap, gerçekte Alman hukuk ve siyaset felsefecisi Heinrich Ahrens'in (ö. 1874) *Cours de Droit Naturel Ou de Philosophie Du Droit* isimli eserine dayanmaktadır. Münif Mehmed Paşa, Mekteb-i Hukuk'taki derslerinde bu kitabı takrir etmiş, onu adeta Osmanlı Türkçesine aktarmıştır. Bununla birlikte Mahmud Esad eserin önsözünde Ahrens'in kitabını esas alarak ilaveler yaptığına ve ihtiyaç duyulan yerlerde konuyla ilgili başka yayınlara da müracaat ederek muhtevasını zenginleştirdiğine şöyle işaret etmektedir:

“Mukaddimede gösterildiği vechile *Ravza-i Hukuk*, ilm-i hukuka müteallik eserleri cami olacağından işbu vazifesini ifaya, evvel *hikmet-i hukuktan* bed' edecektir.

Bizde kâffe-i ahkâm esasen şer-i şerife müstenid olmakla, ahkâm-ı şer'iyyenin edilleden ahz ve istinbatı tariki, *usul-i fıkıh* namındaki ilm-i şerif ile tahsil edilmektedir ki ulemâ-yı islâmiyye tarafından bu ilme dair pek çok kitaplar tedvin edilmiştir.

Kavânîn-i adliyye ise yeniden teşkil buyurulup bazıları Avrupa kavânîninden iktibas olunmakla onun da esasına kesb-i ittıla eylemek icap ediyor. Fi'l-vâki Avrupa'da, kavânînin esbab-ı mûcibe ve ilelini [dayanak ve gerekçelerini] mübeyyin funun-ı şettâ tedvin olunmakta ise de şimdiye kadar bu ilimler bizde intişar edememiş idi. Bu kere Mekteb-i hukuk programına *Medhal-i Hukuk* ve *Hikmet-i Hukuk* gibi Avrupa kavânîninin esasından bâhis ilimler ithal edilmiş ve bâhusus muallim-i ekremimiz devletlü Münif Paşa hazretleri gibi ulum-ı akliyye ve nakliyyeyi cami bir âlim-i bî-nazîr tarafından, suret-i mükemmele ve fevkaladede izah ve tedris olunmuş olmakla o cihet dahî, matlub-ı vecîhle ikmal buyurulmuştur. *Medhal-i Hukuk* Sabit Efendi biraderimiz tarafından *Medrese-i Hukuk*'a derç edilmiş ise de *Hikmet-i Hukuk*'a müteallik, meydan-ı intişara henüz bir eser vaz' olunmamış idi. İşte *Ravza-i*

Hukuk bu vazifeyi deruhde ediyor. Bu eser Almanya eâzîm-i hükemâsından [önde gelen filozoflarından] Henry Ahrens nam muallim-i meşhurun *Hikmet-i Hukuk yahud Hukuk-ı Tabîî* nam kitabı esas ittihaz edilerek vücuda gelmiş ve tafsilat-ı lâzime için dahî müellefât-ı sâireye müracaat olunmuştur.”²⁸

Mahmud Esad’ın, derslerde tuttuğu notların ötesinde kendisinin de dediği gibi kaynak kitabın Fransızca baskısı yanında başka eserlere de müracaatla vücuda getirdiği kitabın içeriği şu alt başlıklardan oluşmaktadır:

Hikmet-i hukukun tarifi, menşei ve gayesi; Hikmet-i hukukun Tarih-i hukuk ve Hukuk-ı siyasiye ile münasebâtı; Hikmet-i hukukun faidesi; Hukuk-ı tabîiyye’nin tafsilat-ı tarihiyyesi ve Hikmet-i hukuktaki muhtelif mezheplerin tetkiki; Ulûm ve sanayinin teceddüdü zamanından beri Hikmet-i hukukun terakkisi; Hikmet-i hukukun kurûn-ı ahîra esnasındaki [son dönemlerdeki] vukuat-ı tarihiyyesi; İştirâkiyyûn [komünizm] mezhebi.

Büyük ölçüde Henri Ahrens’in kaynak kitabı esas alındığı için içeriğinde İngiliz Thomas More, Jeremy Bentham ve Thomas Hobbes, İtalyan Niccolò Machiavelli ve Jean-Jacques Rousseau, Hollandalı Hugo Grotius ile Alman Georg Wilhelm Friedrich Hegel ve Immanuel Kant’ın düşüncelerini ele alan kitapta, fıkıh mirasına neredeyse hiç atıf yapılmamış olması dikkati çekmektedir.

B. Telhîs-i Hikmet-i Hukuk

Ravza-î Hukuk’un 29 Şaban 1301/11 Haziran 1300 tarihli 15. sayısında yayımlanan bu eser, Mahmud Esad’ın *İfade-i Mahsûsa*’da belirttiğine göre hocası Münif Paşa’nın ders notlarına dayanmaktadır:

“Hikmet-i Hukuk esna-yı tedrisimde muallim-i müşarûn ileyh [Münif Paşa] hazretlerinin takrir-i âlilerini hemen harfiyyen denilecek derecede zabt ve tahrir gayret eylemiş idim. Mektep refiklerimden bazıları, hikmet-i hukuka dair olan derslerin kitap şekline bi-lâ firâğ tab’ ve neşr olunmasını ihtar etmeleri üzerine hakikaten böyle bir metn-i metnin [sağlam bir kitabın] bâzâr-ı intişara vaz’ edilmesi [yayımlanması], mektep şâkirdânına menfaat-ı külliyyeyi mucib olacağı gibi muallim-i müşarûn ileyh hazretlerinden tedrise muvaffak olamayan erbab-ı mütalaaaya ve bâhusus avukatlara ve fenn-i hukuk müşteğillerine fevkalade câlib-i istifade olacağı mülâhazasına mebni, *Ravza-î Hukuk* hakkında ibraz buyurulan teveccüh ve râğbet-i umumiye teşekküren, rüfekâ-yı mûmâ ileyh’in ihtarları [yukarıda zikri geçen dostların hatırlatmaları], kemal-i memnuniyetle telakki ve bu babda bir hizmet ifasına müsâraat olundu. Muallim-i müşarûn ileyh hazretlerinin takrir-i âlilerini mümkün mertebe tahrif edilmemek şartıyla *Telhis-i Hikmet-i Hukuk* namıyla *Ravza-î Hukuk*’a derç ve bu vechile faidesi ta’ mim olunacaktır.”²⁹

²⁸ Seydişehri, *Hikmet-i Hukuk yahud Hukuk-ı Tabîiyye* (Mekteb-i Sanayi-i Şâhâne Matbaası 1301) 6 vd.

²⁹ Seydişehri, *Telhis-i Hikmet-i Hukuk* (Sanayi-i Şâhâne Matbaası 1301) 4 vd.

Hukuk felsefesiyle ilgili bu özet metnin, Ravza'da daha önce yayınlanmaya başlayan *Hikmet-i Hukuk yahut Hukuk-ı Tabîyye* isimli eseri sekteye uğratmayacağı yine burada şu cümlelerle tasrih edilmiştir:

“*Telhis-i Hikmet-i Hukuk*’un bu suretle intişarı, ilm-i mezkura dair *Ravza*’nın tâ ibtidasından başlamış olan *Hikmet-i Hukuk yahut Hukuk-ı Tabîyye* namındaki eserin tab’ ve neşrini, asla bir günâ sekte ve tehir îras etmeyeceği [hiçbir şekilde aksatmayacağı] ayrıca ihtar olunur.”³⁰

Mahmud Esad’ın bu neşrinden bir yıl sonra, arkadaşı Sabit Efendi’nin aynı derslerde tuttuğu notlar da, *Hikmet-i Hukuk* adıyla yayınlanmıştır.³¹ Bu eser Mahmud Esad’ın çalışmasına göre daha hacimlidir. Dikkat çeken diğer bir yön de Sabit Efendi’nin çalışmasında Fransızca terimler kullanılırken, Mahmud Esad’ın bunları terk etmiş olmasıdır. Anlaşılan o ki, Mahmud Esad’ın Hikmet-i Hukuk derslerinin notlarını özetleyerek *Telhis-i Hikmet-i Hukuk* adıyla neşretmesinin ardından, Sabit Efendi kendi notlarını Fransızca terimleri de koruyarak 1302’de *Hikmet-i Hukuk* adıyla daha mufassal bir şekilde neşretmiştir.

Mahmud Esad’ın *Telhis*’i, bir giriş, iki bölüm ve bir ekten meydana gelmektedir. Eserin içeriği ana konularıyla şu şekildedir:

Giriş bölümünde hukuk felsefesinin konusu, kökeni, kaynağı, tarihi, gayesi, faydası anlatıldıktan sonra birinci bölümde hukuk teriminin vicdan ve dil açısından anlamları, insanın tabiatı, nefis-i nâtika yani insan ruhu, insanın hedefleri ve hayatının gerekleri ile hayır ve maksatlar ele alınmıştır. 12 alt başlığa ayrılan ikinci bölümün ana konularını ise hukukun temel hedefinin insan olduğu, insan hakları, bu meyanda şahsî hakları, hayat hakkı, akıl ve beden sağlığına dönük haklar, şeref ve itibar hakkı ile düelloya dair hükümler, eşitlik, hürriyet, yardımlaşma, bir arada yaşama düzeni, mülk edinme ve tasarruf hakkı, meşru müdafaa hakkı gibi hususlar oluşturmuştur.

Kitap her ne kadar Batı’da birkaç yüzyıldır yaygınlaşan hukuk felsefesi eserlerini esas alsada da yeri geldikçe İslâmî bakış açısını yansıtan cümleler de kurulmuştur. Mesela insanın manevi boyutu anlatılırken “Yüce Yaratıcı” fikriyle irtibat kurulması, ilmin öneminden bahsedilirken “العلم فريضة على كل مسلم و مسلمة/Gerekli bilgileri öğrenmek kadın-erkek her Müslümana farzdır” hadisinin³² sevk edilmesi³³, eşitlik ve hürriyet anlayışlarının incelendiği yerlerde İslâmî perspektifle mukayeseler yapması,³⁴ vicdanlara tesirin yalnız Allah’ın kudretiyle olduğunu belirtmesi³⁵ örnek olarak

³⁰ Seydişehri, *Telhis-i Hikmet-i Hukuk* (n 29) 5.

³¹ Sabit Efendi’nin derlemesinin sadeleştirilmiş hali Münif Paşa’ya nispetle 2016 yılında yeniden yayınlanmıştır: Münif Paşa, *Hikmet-i Hukuk: Hukuk Felsefesi*, sadeleştiren: Gökhan Doğan (Çizgi Kitabevi 2016).

³² İbn Mâce, *Sünen* (Çağrı Yayınları, 2000), Mukaddime, 17.

³³ Seydişehri, *Telhis-i Hikmet-i Hukuk* (n 29) 64.

³⁴ Seydişehri, *Telhis-i Hikmet-i Hukuk* (29) 70.

³⁵ “Hükemadan birisi demiştir ki, ‘Vicdanda münferiden Cenab-ı Hak hükümet etmelidir.’ Yani vicdanda hükmetmek Cenab-ı Hak’a mahsustur, başkası karışamaz. Hatta o şahıs razı olsa yine müdahale edemez. Vicdanda hiçbir hükümet-i insaniye kendisine itaat ettirmek iddiasına kıyam etmemelidir.” Seydişehri, *Telhis-i Hikmet-i Hukuk* (n 29) 120.

zikredilebilir. Ancak Avrupalı filozof ve eserlere istinat ettiği için kitabın geneline bunların bakış açısının hâkim olduğu belirtilmelidir.

Mahmud Esad imzasını taşıyan *Hikmet-i Hukuk yahut Hukuk-ı Tabîyye* ve *Telhîs-i Hikmet-i Hukuk* ile Sabit Efendi'nin yayınladığı *Hikmet-i Hukuk* kitapları, Mekteb-i Hukuk'ta eğitim gören öğrenciler üzerinde nasıl bir tesir meydana getirmiştir? Acaba Batılı hukuk nazariyelerinin insan, toplum, devlet ve eşya anlayışları bu mekteplerden mezun olan Osmanlı hukuk adamlarının hukuk tefekkürüne; insan, toplum ve eşya telakkilerine ne ölçüde tesir etmiştir? Acaba bazılarının dediği gibi: “*Hikmet-i Hukuk*'ta yer alan ve kitabın sunuş kısmında yayına hazırlayanın pek azına yer verdiği düşüncelere kabaca bakıldığında bile Münif Paşa'nın hürriyet, birey, toplum, doğal haklar, bireysel mülkiyet gibi kavramlara ilişkin liberal bakışı göze çarpmaktadır. *Hikmet-i Hukuk* vasıtasıyla hürriyet kavramının bir bütünlük arz etmesi, kişisel ve doğal hukuk (haklar) gibi düşünceler Osmanlılardaki hukuk algısını zenginleştirmiştir. *Hikmet-i Hukuk*'ta yer alan düşüncelere binaen, Osmanlılarda yüzyıllardır hüküm süren şer'î/vahyî hukuk anlayışının yanında toplumun ihtiyaçlarına, çağın gereklerine göre cevap verebilecek bir dinamizme sahip, akla dayalı bir doğal hukuk anlayışının giderek güçlendiği ve Osmanlı hukuk yapısında aklı (doğal) hukuk-vahyî (şer'î) hukuk şeklinde bir ayrışmayı derinleştirdiği söylenebilir.”³⁶ mi? Bu sorular ayrıntılı bir araştırmayı hak etmektedir.

C. Ferâidü'l-Ferâiz

Ravza-i Hukuk'un 3 Cemaziye'l-âhir 1301/20 Mart 1300 tarihli 3. sayısında neşredilen ve *Ferâizin İncileri* anlamına gelen kitap, Hanefî fakihî Muhammed b. Muhammed es-Secâvendî'nin (ö. 596/1200'den sonra)³⁷ İslâm miras hukukuna dair *el-Ferâizü's-Sirâciyye* isimli eserine dayanmaktadır.

Eserin telif ve neşir sebebini Mahmud Esad, İfade-i Mahsûsa'da şöyle açıklar:

“İlm-i şerif-i mezkûr [ferâiz/İslâm miras hukuku], Türkçemize dahî nakledilerek muteber kitaplar yapılmış ise de bunlarda fevkalade îcaz [çok kısa tutma] ihtiyar buyurulduğundan ebhâs-ı gâmizasını [kapalı meselelerini] halledecek derecede tafsilat-ı kâfiyyeyi hâvî bir kitabımız yoktur. Âcizleri, iktidarsızlığımı itiraf ile beraber ilm-i mezkûr ile kesret-i iştigalim cihetiyle bu iştigalin bir yadigârı olmak üzere, meşhur *Sirâciyye* metn-i metînini esas ittihaz ile kütüb-i mu'teberadan istinbat eylediğim malumatı bir yere toplayarak bir risalecik kaleme almış idim [...] Mekteb-i Hukuk programına İlm-i Ferâiz, ayrıca bir ders tarzında ilave edilmekle bunu vesile addederek risale-yi mezkûreyi, perişanlıktan kurtarmayı arzu eyledim.”³⁸

³⁶ Münif Paşa, *Hikmet-i Hukuk: Hukuk Felsefesi*, sadeleştiren: Gökhan Doğan, sadeleştirenin sunuş yazısı 14.

³⁷ Bk. Ahmet Özel, “Secâvendî, Muhammed b. Muhammed” (2009) 36 DİA <<https://islamansiklopedisi.org.tr/secavendi-muhammed-b-muhammed>> Erişim 26.01.2020.

³⁸ Seydişehrî, *Ferâidü'l-Ferâiz* (Mekteb-i Sanayi Matbaası 1301) 4 vd.

Söz konusu kitap bir mukaddimeyi takiben iki bölüm ve bir hâtimeden oluşmaktadır. Mukaddimede, feraiz hesaplamaları kendisine dayandığı için matematik meseleleri (mesâil-i hisâbiyye) anlatılmış, birinci bölüm feraiz ilminin temel ilke, kural ve kaynaklarına dair teorik bilgilere (mebâdi-i ilm-i feraiz), ikinci bölüm ise feraiz ilminin, kişinin yani mûrisin vefatını takiben başlayan uygulamasına (makâsıd-ı ilm-i feraiz) tahsis edilmiştir. Miras hukukuyla ilgili diğer bazı ayrıntılar (mesâil-i şettâ) ise Hâtime başlığı altında ele alınmıştır.

Ferâidü'l-Ferâiz'in ikinci baskısı 1311, üçüncü baskısı ise 1326 yıllarında yine İstanbul'da yapılmıştır.³⁹ İlk baskıda sayfa sayısı 376 iken diğer baskılarda 304'e düşürülmüştür. Bunun sebebi, ilk baskının baş tarafında bulunan, dört işlem, kesirli sayılar ile feraiz işlemlerinde ihtiyaç duyulan diğer matematik konularına dair 76 sayfalık bölüme diğer baskılarda yer verilmemiş olmasıdır. Mekteb-i Hukuk öğrencilerine yönelik olan bu ilk baskıda dört işlem ve rasyonel sayılar gibi temel matematik konularının anlatımına yer verilmesi, öğrencilerin bu konulara olan ihtiyacından olsa gerektir.

Eserin birinci bölümünde Mahmud Esad, şer'î ilimlerin bir cüzü olan ferâiz ilminin, ilimler tasnifindeki yerini göstermek üzere geniş bir ilimler tasnifi yapar. Buna göre ilimler öncelikle tabiî/aklî ilimler ve vaz'î/naklî ilimler olmak üzere ikiye ayrılır. Tabiî ilimler akıl ve duyular ile elde edilebildiği gibi eğitim-öğretim ile de bilinebilir. Felsefî ve hikemî ilimleri bu kümede zikrettikten sonra bunların kaynağı olan tabiat, akıl ve vicdanın ilahî bir armağan olması itibarıyla bu gruptaki ilimlerin ayrıca ilm-i ilahî diye de isimlendirildiğini belirtmiştir.

Vaz'î/naklî ilimler ise herhangi bir vaz eden tarafından konulduğundan burada aklın tasarrufuna mecal yoktur; bunlar ancak nakil ve talim ile bilinebilir. Vaz'î ilimler de lisanî/edebî ilimler ve şer'î ilimler olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Lisanî ilimler, aslî olanları lügat (sözlük), sarf (kelime bilimi), iştikak (köken bilimi), nahiv (gramer), meâni (yerinde söz söyleme sanatı), beyan (ifadeyi güzelleştirme sanatı), aruz ve kâfiye; fer'î olanları ise hat, karz-ı şiir (şiir okuma), inşa-yı nesir (güzel yazı sanatı) ve muhâdarat (edebî tartışma sanatı) olmak üzere toplam on iki adettir.

Şer'î ilimler, mevzusu itibarıyla iki kısımdır; biri mükelleflerin fiillerine taalluku olmayan ilimlerdir ki, bunlara ulûm-i asliyye denir. Bu da ulûm-i Kur'âniyye ve ilm-i hadis olmak üzere ikiye ayrılır. Şer'î ilimlerin ikinci kısmı ise mükelleflerin fiilleriyle alakalı olanlardır ki, bunlara da ulûm-i müstenbata denir. Bu da kendi içinde ikiye ayrılır; biri ulûm-i asliyye ve itikadiyye yani ilm-i tevhid ve sıfat [akâid ve kelâm] iken diğeri ulûm-i fer'iyye ve amelîyye yani ilm-i şerâi ve ahkâmî [fıkıh].

³⁹ Eser *Delilleri ile İslâm Miras Hukuku* (Esra Yayınları, 1994) başlığıyla İsmail Hakkı Uca tarafından günümüz Türkçesiyle de yayımlanmıştır.

İlm-i şerâi ve ahkâm da kendi içinde ilm-i usûl-i fıkıh ve ilm-i fıkıh olmak üzere iki şubeye ayrılır. Bunlardan ilm-i fıkıh, dinî ve dünyevî olmak üzere iki kısımdır. Dinî hükümler namaz, oruç ve hac gibi sırf ahirete dair olan ibadetleri ihtiva ederken dünyevî hükümler ise biri dirilerle diğeri ölümlerle alakalı olmak üzere ikiye ayrılmıştır. Dirilerle alakalı olanlar münâkehat [aile hukuku], muâmelat [genellikle borçlar, eşya ve ticaret hukuku] ve ukûbat [ceza hukuku] olmak üzere üç kısımdır. Fıkıhın ölümlere taalluk eden kısmı da ferâiz [miras hukuku] ilmidir ki, vefat edenin terekesine taalluk eden hukuktan ve terekenin hak sahiplerine taksiminden bahseder.⁴⁰

Mahmud Esad'ın pozitif hukuk bağlamında ferâiz ilminin hukukla bağlantısını kurduğu yerde yaptığı bir sınıflama da dikkati çekmektedir:

“Bir memlekette câri olan hukuk başlıca üç kısma ayrılabilir. Birincisi siyasî, ikincisi zabtî ve üçüncüsü âdîdir.

Hukuk-ı siyasiyye, o memleketin hey'et-i siyasiyyesini ve suret-i idaresini tayin eder; asker vermek, vergi almak gibi. Bu gibi kavâninin i'tâ ettiği hukuktan yalnız o memleket ahali istifade edebileceği gibi, tahmil ettiği vezâif ile de ancak o ahali mükellef olur. Binaenaleyh ecnebi bir devlet memleketinde bulunan bir şahıs o memlekette bulunduğu müddet zarfında bu kanunun ahkâmıyla mükellef olmaz. Çünkü mükellef olmuş olsa bir anda iki tâbiyyet [vatandaşlık] altında bulunması lazımdır. Bu ise caiz değildir.⁴¹

Kavânin-i zabtiyye, bir memlekette emn ü asayişin muhafazası için yapılmış kanunlar olup o memlekette sâkin bilcümle ahali ondan istifade ettikleri cihetle cümlesi ona tâbidir.

Hukuk-ı âdiyye, umum insanlar beyninde tekevvün eden münâzaat [ihtilaf ve çekişmeler] ve muâmelâtın hasm ü faslına kâfil olduğundan [çözümlemlenip hükme bağlanmasını sağladığından] bir devletin hukuk-ı âdiyyesi o memlekette bulunan kâffe-i eşhâsa [bütün herkese] şâmil olur.

İlm-i ferâiz [...] kaide-i umumiyeye tevfikân Memalik-i Şâhâne'de bulunan kâffe-i eşhâsa tesir ve taalluk etmesi icab eder. Binaenaleyh ecnebi bir şahıs, tebea-i Devlet-i Aliyye'den verasete nail olamaz. Çünkü ihtilaf-ı dâr, mâni-i irs olduğu yakında gelecektir [...] Fakat verese-i tebea sıfatıyla Devlet-i Aliyye mehâkimine müracaat ederler ise o vakit ilm-i ferâiz ahkâmıyla muamele edilir. Bilakis memalik-i ecnebiyyede mutavattın bir Osmanlının orada bulunan veresi yine oradaki emvâl hakkında o memleket kanununa tâbi olur.”⁴²

⁴⁰ Seydişehri, *Ferâidü'l-Feraiz* (n 36) 78 vd.

⁴¹ Seydişehri bu cümleleriyle Hanefîlerin benimsediği “hükümlerin mülkiliği” ilkesine işaret etmektedir. Ayrıntı için bk. Ahmet Özel, *İslam Hukukunda Milletlerarası Münasebetler ve Ülke Kavramı* (Marifet Yayınları 1982), 227 vd.

⁴² Seydişehri, *Ferâidü'l-Feraiz* (n 36) 87 vd.

D. İlm-i Servet

İskoç düşünür Adam Smith'in 1776 yılında yayınlanan *The Wealth Of Nations* (Milletlerin Zenginliği) kitabıyla başladığı kabul edilen modern iktisat ilminin Osmanlı toplumundaki ilk örneklerinden⁴³ biri sayılabilecek *İlm-i Servet*, Ravza-i Hukuk'un 16 Ramazan 1302/17 Haziran 1301 tarihli 68. sayısında neşredilmiştir. Mahmud Esad'ın "Birinci sınıf davâ vekillerinden olup Menşe-i Muallimîn-i Askerî Mektebi⁴⁴ riyâziyye-i âliye tatbikat sınıfı muallimliği şehâdetnâmesini hâiz" kimliğiyle yayınladığı eser, jeneriğinde de ifade edildiği gibi "Devletlû Münif Paşa Hazretlerinin Mekteb-i Hukuk-ı Şâhâne'de tadrîs buyurdıkları esnâda takrîr-i (ğ) âlilerinden zabt ve tahrîr edilerek vücûda gelmiştir."⁴⁵

Eser 176 sayfa olup bir mukaddime (giriş), üç bölüm ve bir hatime (sonuç bölümü) nden oluşmaktadır. Bazı terimlerin tanımı ile özellikle servet, menfaat, kıymet ve bahâ kavramlarının açıklandığı mukaddime sayfalarını *Tahsil-i Servet* ana başlığını taşıyan birinci bölüm takip etmektedir. İkinci bölümde *Taksim-i Servet*, üçüncü bölümde ise *İstihlâk-i Servet* ana başlıkları altında genel olarak arazi, îrad, para (akçe), istikraz ve vergi meseleleri ele alınmaktadır.

Münif Paşa'nın derslerde takrir ettiği ve Mahmud Esad'ın yorum katmaksızın adeta harfiyyen not edip aktardığı konulardan biri de ribâ yani faiz meselesidir. İlm-i Servet'in sayfalarında yerini alan bu takrirlerden bazı satırları iktibas etmek yerinde olacaktır. Zira İslâm'ın kesin olarak yasakladığı fakat modern iktisadın, liberal ekonominin vaz geçilmezlerinden biri olarak kabul ettiği faiz konusuna Mekteb-i Hukuk'ta nasıl bakıldığı önem arz etmektedir. *İlm-i Servet*'in Akçe İrâdî başlığı altında şunlar yazılmıştır:

"Şeriat-ı ğarrâ-yı İslâmiyyede akçe faizi câiz olmadığı gibi hiçbir memlekette faizciler makbûl değildir. Hattâ Aristo zamanından beri bütün milel-i muhtelifede hükemâsı, faizin adem-i meşruiyetine kâil olmuşlardır [...] Ama fâiz ile akçe ikrazını [borç verme] bil-küllüyye men etmek, sermayenin tevessü ve terakkisine manidir. Çünkü sâhib-i sermaye olan kimse, zımında bir fayda ve temettü olmadıkça akçesini ikraz edip de ma' rız-ı telefde [yok olmaya açık] bulundurmaz. Bunun neticesi olarak çok ehl-i arz âdemler [üretim yapacak kişiler], bir sanata teşebbüs edecek ise de kendi sermayesi olmadığı gibi başkalarından dahi istikraz etmediğinden sanattan mahrum olur. Hem kendilerini geçindiremez hem de sanat ve ticaretin terakkisine hizmet edemezler. Lakin faiz men edilirse akçe sahipleri ona tamâ ederek ikraz ve emlak gibi ondan istifade ederler. Ehl-i sanat dahi onu sermaye edinip hem kendileri taayyüş eder [geçinir] ve hem sanayinin terakkisine hizmet etmiş olurlar.

⁴³ Bu konuda bk. Gökhan Doğan, *Münif Paşa'nın İlm-i Tedbîr-i Memleket'i'nin Türk İktisat Tarihindeki Yeri* (Ankara Üniversitesi Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2013) 1 vd.; Sakızlı Ohannes Efendi, *Osmanlı'da Modern İktisadın İzinde 1/Mebâdî-i İlm-i Servet-i Milel*, haz. H. Genç, F. Diğiroğlu, M. E. Özgür (Dergâh Yayınları 2015); Musa Akyığıtza, *Osmanlı'da Modern İktisadın İzinde 2 / İlm-i Servet veyahut İlm-i İktisat*, haz. G. Albayrak, H. Genç, S. Kocakaplan (Dergâh Yayınları 2016).

⁴⁴ Askerî okullara öğretmen yetiştirmek üzere açılan eğitim kurumlarıdır. Ayrıntı için bk. Faik Unat, *Türkiye'de Eğitim Sisteminin Gelişmesine Tarihi Bir Bakış* (MEB Yayınları, 1964) 36; Osman Ergin, *Türkiye Maarif Tarihi I-II* (Eser Kültür Yayınları 1977) 715; İlhan Tekeli ve Selim İlkin, *Osmanlı İmparatorluğunda Eğitim ve Bilgi Öğretim Sisteminin Oluşumu ve Dönüşümü* (TTK Yayınları 1993) 69.

⁴⁵ Seydişehri, *İlm-i servet* (Mekteb-i Sanayi Matbaası 1302) 2.

Zamanımızda olan muâmelatın pek çoğu bu yoldadır. Bankalarda milyonlarla akçe toplanmıştır. Bunların kâffesi servet sahiplerinin akçesidir. Kadınlar, çocuklar, amele güruhu işlerinden dışlarından artırdıkları akçelerini bankalara ikraz ederler. Bu veçhile hem kendileri sermaye tedarik eder ve hem de faiziyle temettü eylerler. Eğer faiz olmazsa bu bankalar teşekkül etmeyeceği gibi halk da sermaye sahibi olamaz. Faizin kanunen adem-i cevazi, sermayenin telefine sebep olur. Çünkü eldeki sermaye durdukça sarf edilir [...]

Kanunen faiz ne kadar tecviz edilse bile mümkün mertebe az olmasına çalışmalıdır [...] Eğer faiz çok olursa âmile pek az bir şey kalır. Onunla taayyüş edemez [geçinemez] ve sanatı terke mecbur olur. Hangi memlekette akçe faizi az olursa o memleket ahalisi, sanat ve ticarete ona nisbetle faiz daha ziyade olan memlekete galebe eder. Dünyada faizi en ziyade olan memleket bizim memlekettir ki, hadd-i nizamı yüzde on iki (%12) derecesindedir. Bu da akçenin nedreti ve tâlibin kesreti sebebiyledir.

Faiz de emtia gibidir. Metalara nasıl narh koymak caiz değil ise faiz için dahi narh koymak caiz olmaz. Fil-vâki hükümetler ‘faiz yüzde üç, yüzde dört, yüzde on iki nisbetinde olacaktır’ diyerek bir nizam vaz ederler ise de bu, narh gibi değildir. Belki faizin hadd-i âzamisini beyan etmektedir.”⁴⁶

Bu satırların yazıldığı sıralarda Osmanlı Devleti’nin resmi faiz uygulamalarının ve hatta oranlarını belirleyen nizamnamelerin olduğu hatırlanmalıdır. Nitekim Devlet-i Aliyye daha 1256/1840 yılında Sultan Abdülmecid döneminde “Kâime-i Mu’tebere-i Nakdiye” adıyla, karşılığı %8 (sekiz) faizle sekiz yıl sonra ödenmek üzere tahvil niteliğinde kâğıt paralar basmıştı.⁴⁷ Bunun yanında, mer’î mevzuat içerisinde *Murâbaha Nizamnamesi* adlı bir düzenleme vardı ve bu nizamnameye göre, borçlanmalarda belli oranlar dâhilindeki faizler meşru görülmüştü. 16 Şevval 1280/13 Mart 1280/25 Mart 1864 tarihli *Murâbaha Nizamnamesi*’ne göre, borçlanmalarda yıllık %12 (on iki) resmî faiz uygulanıyordu. *Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye* yürürlükteyken 9 Receb 1304/22 Mart 1303/03 Nisan 1887 tarihinde çıkarılan ve öncekini fesheden *Murâbaha Nizamnamesi* oranları yeniden düzenlemişti. Buna göre:

Madde 1 — İşbu nizamnamenin tarihi neşrinden itibaren her nevi müdâyenât-ı âdiyye ve ticariyye faizinin haddi a’zâmı, senevî yüzde dokuz olarak tayin kılınmıştır.

Madde 2 — İşbu nizamnamenin tarih-i neşrinden mukaddem, senevî yüzde on iki hesabı ile akdedilmiş olan faiz mukaveleleri işbu nizamın ilânı gününe kadar mer’î ve muteberdir.

Madde 3 — İkrâzat faizi her kaç sene mürur eder ise etsin nihayet re’sülmal [anapara] miktarını tecavüz etmeyecektir. Re’sülmali tecavüz eden faizi hükmetmekten, bilcümle hükkâm memnudur.⁴⁸

⁴⁶ Seydişehir, *İlm-i servet* (n 45) 147 vd.

⁴⁷ bk. İbrahim Artuk ve Cevriye Artuk, *İslâmî Sikkeler Kataloğu* (Millî Eğitim Basımevi 1974) C II 719.

⁴⁸ *Düstür*, I. Tertip, c. V (Başvekalet Matbaası 1937) 775 vd.

Aynı Nizamnamenin *Kanunu 'l-Murâbahati 'l-Osmâni* adıyla Lübnan'da uygulanan şekilde de oran yine %9 (dokuz) olarak tespit edilmişti.⁴⁹

E. Şerh-i Kanun-i Ceza

Osmanlı Devleti'nde Tanzimat sonrası kanunlaştırma çalışmaları bağlamında 1840 yılında şer'î ve örfî hukuk kurallarını birleştiren *Ceza Kanunname-i Hümayunu* çıkarılmıştır. Bunu yine millî sayılabilecek olan 1851 tarihli *Kanun-ı Cedid* takip etmiştir. 1858 yılında radikal sayılabilecek bir tavırla 1810 tarihli Fransız Ceza Kanunu'nu (Code Pénal de 1810) esas alan Ceza Kanunnamesi (*Ceza Kanunname-i Hümayunu*) yürürlüğe girmiştir.⁵⁰ Mahmud Esad'ın *Şerh-i Kanun-i Ceza* isimli kitabı işte bu son kanunun açıklama ve yorumlanmasını hedefleyen bir çalışmadır.

Ravza-i Hukuk'un ikinci senesinde 20 Cemaziye'l-âhir 1302/25 Mart 1301 tarihli 56. sayısında neşredilen kitap 84 sayfadan müteşekkildir.

Mahmud Esad mezkûr eserinde maddeleri tek tek şerh yoluna gitmemiş, Mekteb-i Hukuk'un daha çok Batılı kaynakların hukuk anlayışını esas alan müfredatına uygun olarak hukuka dair umumi bilgiler verdikten sonra altı makale ile kanunun özünü teşkil eden hukukun küllî kaidelerinden bahsetmiştir. Kitabın içeriği ana hatlarıyla şu şekildedir:

- a. İlm-i hukukun tarifi, taksimi, gayesi, kaynakları, taksimi ve ceza hukukunun taksimi,
- b. Cezalandırma hakkı, cezalandırmanın şartları, ceza kanununun vaz'ı ve ilanı, tatbiki ve tenfizi,
- c. Ceza Kanunu'nun faydası hakkında bazı ayrıntılar,
- d. Ceza Kanunu'nun çeşitli açılardan tesirleri: Zamana, mekâna, şahıslara ve fiillere tesiri,
- e. Ceza Kanunu'nun tefsiri ve kıyası,
- f. Ceza Kanunu alanında hukuk ilminin koyduğu küllî kaidelerin hülasası.

Mahmud Esad bu son başlık altında şu yirmi kaideye yer vermiştir:⁵¹

Birinci Kaide: Osmanlıların kâffesi hürriyyet-i şahsiyyelerine mâlik ve âharın hukuk-ı hürriyyetine tecavüz etmemekle mükelleftir.

⁴⁹ Abdürrezzak Senhûri, *Masâdiru'l-hak fi'l-fikhi 'l-İslâmi* (Câmiattü'd-Düveli'l-Arabiyye 1954-1959) C III 247 vd.

⁵⁰ Bk. Ahmet Gökcen, *Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları ve Bu Kanunlardaki Ceza Müeyyideleri* (yayın evi yok 1989); Bozkurt (n 2) 95 vd.; Şentop (n 2) 10 vd.; Avcı (n 1) 559 vd.; ayrıca bk. Said Nuri Akgündüz (n 2).

⁵¹ Seydişehri, *Şerh-i Kanun-i Ceza* (Mekteb-i Sanayi Matbaası 1302) 73 vd.

İkinci Kaide: Hiçbir kimse kanunen memnu olmayan ef'âli icradan men olunamaz ve kanunun emretmediği hiçbir şeyi yapmak için icbar olunamaz.

Üçüncü Kaide: Hürriyet-i şahsiyye her türlü taarruzdan masûndur. Hiç kimse kanunun tayin ettiği sebep ve suretten mâadâ bir bahane ile mücâzât olunamaz.

Dördüncü Kaide: Her bir şahıs beriyyü'z-zimme [suçsuz ve borçsuz] addolunur; meğerki müttehem olduğuna dair, ait olduğu mahkemeden bir hüküm sadır ola.

Beşinci Kaide: Bir kimsenin cinayete müteallik bir fiilden dolayı mahkeme-i cinayette beraet-i zimmetine hükmolunduktan sonra yine ol fiilden dolayı ol kimseyi bir daha tevkif ve muhakeme etmek caiz değildir.

Altıncı Kaide: Mevâdd-ı cinaiyyede bir kimsenin ittifak veya sülûsân-ı ârâ [üçte iki çoğunlukla] ile mücrimiyyetine karar verilmedikçe mahkûm olamaz.

Yedinci Kaide: Eşhâs kanun huzurunda müsâvî addolunur. Binaenaleyh aynı maddeden dolayı tayin olunacak ceza, eşhasın ihtilafıyla tebeddül etmez. Meğer esbab-ı muhaffife veya müşeddide-i şahsiyye bulunur ise ol vakit muktezası icra olunur. Ve keza muhakemede ve hükmün icrasında kadınların ahval-i mahsusasına riayet edilir.

Sekizinci Kaide: Bir fiili, kanundan mâadâ hiçbir kimse mücrimiyyet ile tavsif edemez. Çünkü ef'alde aslolan ibahadır.

Dokuzuncu Kaide: Bir fiil işlendikten sonra men edilir ve bir ceza tayin olunur ise ol fiil, işbu ceza ile mücâzât olunamaz.

Onuncu Kaide: Umûr-ı cezaiyyede kıyas ile hükmetmek caiz değildir. Çünkü bir fiilin cürüm olmasını ancak kanun tayin eder.

On birinci Kaide: Memalik-i Osmaniyyede herkesin mesken-i menzili, taarruzdan masûndur. Kanunun tayin eylediği ahvâlden ma adâ bir sebeple hükümet tarafından cebren hiç kimsenin mesken ve menziline girilemez.

On ikinci Kaide: Mekâtîb [bilumum posta ve mektuplar] açılmaktan masûndur.

On üçüncü Kaide: Herkes hâkim-i tabîisini istemeye hakkı vardır. Binaenaleyh usûl-i muhakeme kanunu mucebince hiç kimse kanunen mensup olduğu mahkemeden başka bir mahkemeye gitmeye icbar olunamaz.

On dördüncü Kaide: Müsâdere, angarya ve cerime memnudur. Fakat muharebe esnasında usûlen tayin olunacak tekâlîf ve ahvâl bundan müstesnadır.

On beşinci Kaide: Mücâzât şahsîdir. Binaenaleyh bir kimsenin işlemiş olduğu cürümden dolayı onun akraba ve taallukatına ve sair hiçbir kimseye mücâzât olunamaz.

On altıncı Kaide: İşkence ve sair her nevi eziyet kat'iyen memnudur. Çünkü eşhastâ beraet-i zimmet asıl olduğundan bunun hilafını ispat etmek için hariçten delil getirmek lazım gelir.

On yedinci Kaide: Müdafaa serbesttir. Binaenaleyh herkes huzur-ı mahkemede hukukunu muhafaza için lüzum gördüğü vesâit-i meşruayı istimal edebilir.

On sekizinci Kaide: Âmirine itaat mucib-i beraet değildir. Memurun âmirine hürmet ve riayeti, lâzımeden ise de itaatı, kanunun tayin ettiği daireye mahsustur.

On dokuzuncu Kaide: Cehalet, mucib-i mazeret değildir. Bir fiil, kanunen men olunup halka ilan edildikten sonra onu herkes bilmüş addolunur.

Yirminci Kaide: Mahkemelerde her nevi muhakeme alenen cereyan eder ve i'lâmâtın neşrine mezuniyet vardır. Ancak kanunda musarrah esbaba mebni, mahkeme muhakemeyi hafî [duruşmanın kapalı yapılması] tutabilir.

Mahmud Esad “Bu makalede dahi Kanun-i Ceza hakkında ilm-i hukuk tarafından vaz' olunan kavaid-i külliyyeyi hulasaten zikir u îrâd ile kitabımızın medhaline hıtam verip maksada şurû edeceğimiz”⁵² diyerek bu yirmi kaide ile *Şerh-i Kanun-i Ceza*'nın aslında mukaddime bölümünü bitirdiğini beyanla asıl konuya yani kanun maddelerinin şerhine geçeceğini söylemekle birlikte, eser burada nihayete ermektedir. Hal böyle olunca onun birtakım sebeplerle devamını yazmaya imkân bulamadığı anlaşılmaktadır.⁵³

F. Usûl-i Fıkıh

Ravza-i Hukuk'un, kapağında “15 Cemâziye'l-evvel 1302/17 Şubat 1300” tarihi bulunan ikinci yılının 51. sayısında neşredilen eser 384 sayfa olup içeriği bütünüyle fıkıh usûlü meselelerine aittir. Ne var ki, özgün olarak yazılan bu eser tamamlanamamış ve “Nazmın, manaya vaz'ı itibariyle aksâmı” bahsi ile sona ermiştir.

Ravza-i Hukuk serisi içinde çıkan *Usûl-i fıkıh*, tertibi itibariyle Molla Hüsrev'in (ö. 885/1480) *Mir`âtü'l-usûl* ve Ebû Saîd el-Hâdimî'nin (ö. 1176/1762) *Mecâmiu'l-hakâik*'i gibi Osmanlı usûl geleneğinde klasikleşmiş eserlerin konu dizilimine uygun olarak sistematize edilmiştir.

⁵² Seydişehrî, *Şerh-i Kanun-i Ceza* (n 49) 73.

⁵³ Seydişehrînin bu eseri ile birlikte “Nazariyat-ı Ceza” isimli ders notları için bk. M. Aykanat ve İ. Ülker (edr), *Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Hukukuna Giriş-Mahmud Esad Seydişehrî'nin Ceza Hukuku Dersleri* (On İki Levha Yayıncılık 2020).

Fıkıh usûlünün tarifi, mevzusu ve gayesi gibi konulara değindikten sonra, şer’î delillerin ilki olan Kitap/Kur’ân deliline ve bu bağlamda elfaz bahislerine geçilmiştir. Manaya vaz’ı açısından lafızları incelerken, hâs, âm, müşterek ve cem-i münekker konularını işleyen müellif “intihâ-i cild-i evvel” diyerek kitabı burada sonlandırmaktadır. Müteakip cilt ya da ciltler bu seride neşredilmemiştir. Mahmud Esad daha sonra *Telhîs-i Usûl-i Fıkıh* adıyla usûl-i fıkıhın geriye kalan konularını da içeren, biri nispeten kısa diğeri daha uzun olan iki eser daha yayınlacaktır.⁵⁴

Müellifin vaz’ açısından lafızların dörtlü taksiminde hâs, âm, müşterekten sonra müevvel lafzı ele alan *Pezdevî* ve *Menâr* usûl geleneği yerine Sadru’ş-şeria’nın (ö. 747/1346) *Tavzîh*’i ve Molla Hüsrev’in (ö. 885/1480) *Mir’ât*’ı ile Osmanlıda devam eden usûl geleneğine bağlı olduğunu söylemek mümkündür.

Mahmud Esad niçin böyle bir eser kaleme aldığını şu cümleleriyle açıklamıştır:

“Âcizleri gibi bir tâlib-i pür taksirin böyle meydan-ı bî-pâyân [ucu bucağı olmayan] hakikate sülûk ederek kitap telifine kalkışması, vazife ve iktidarının fersah fersah haricinde olduğuna dair uzun uzadıya temhîd-i mukaddimât ile beyan-ı i’tizâra asla hacet göremem. Bu hakikati, âcizleri dahi derk ü iz’ân eder isem de burada maksadımız, yalnız ulema-i eslâf hazerâtının bâzâr-ı intişara vaz’ buyurdıkları o mukaddes kitaplarındaki kavaidi herkesin anlayacağı derecede lisan-ı Türkî ile ifade ve her bir kaideyi gerek Mecelle ve gerek kütüb-i fihhiyeden getirilecek misaller ile izah eylemektir.”⁵⁵

Eksik kısımlarını daha sonra yayınladığı diğer kitaplarda tamamlayan Mahmud Esad’ın işbu *Usûl-i Fıkıh*’ı, bu alanda yazılan ilk Türkçe eserlerden biri olarak literatürdeki yerini almıştır.

Sonuç

Devlet idaresi, toplumsal hayat ve dinî anlayışta derin tartışmaların, zihniyet kavgalarının ve sert kopuşların yaşandığı Osmanlı Devleti’nin son ve “en uzun” yüzyılı, fıkıh-hukuk eğitimi, kanunlaştırma çalışmaları ve yargı teşkilatı açısından soğukkanlı akademik değerlendirmeleri hâlâ bekleyen bir zaman dilimidir.

İşte bu “uzun” yüzyılda değişen devlet ve yargı teşkilatının ihtiyaç duyduğu hukukçuları yetiştirmek üzere medreseden bağımsız modern hukuk mektepleri açılmıştı. Sadece programıyla değil zihniyetiyle de geleneksel eğitim modelinden oldukça farklı bir yerde duran bu okullar hocalarıyla, talebesiyle, takrir edilen dersler ve telif edilen kitaplarla yeni bir hukuk mecrası hüviyeti taşıyordu.

Bu mecralar içinde iki tanesi, literatüre yaptıkları katkı ile temayüz etmiştir. Her ikisi de Mekteb-i Hukuk’tan sınıf arkadaşı olan Seydişehirli Mahmud Esad’ın *Ravza-i*

⁵⁴ Seydişehri, *Telhîs-i Usûl-i Fıkıh* (1. Bası, Vilayet Matbaası 1309; 2. Bası, Nikolaydi Matbaası 1313).

⁵⁵ Seydişehri, *Usûl-i Fıkıh* (Mekteb-i Sanayi Matbaası 1302) 7.

Hukuk'u ile hakkında fazla bilgimiz olmayan bir numaralı mezun Sabit Efendi'nin *Medrese-i Hukuk* adlarıyla çıkardıkları mecmualar ve tefrika ettikleri eserler, ne yazık ki, yeterince inceleme konusu yapılmamıştır.

Mahmud Esad Seydişehir'i ve onun çıkardığı *Ravza-i Hukuk* serisini ele alan bu makale bize, hukuk tekniği, hukuk felsefesi ve ekonomi-politik bağlamında Batı'da geliştirilen teorilerin Osmanlı hukukçularını yetiştiren modern mekteplerde takip edildiğini göstermiştir. Doğrudan konumuz olmamakla beraber bu takibin, zihniyet dönüşümünde etkili olduğu da burada belirtilmelidir.

Dikkati çeken bir başka sonuç, Mekteb-i Hukuk'lardaki akademik seviye yüksekliğidir. Gerek okutulan dersler gerek öğretim kadrosu ve gerekse mevcut olan ortam, henüz mezun olmadan eser telif veya edisyonunu gerçekleştirecek ve dava vekilliği yapabilecek talebeyi yetiştirmiş ve bunlar azımsanmayacak sayı ve nitelikte ürünler vermiştir.

Burada değinilmesi gereken bir başka husus da söz konusu yeni hukuk mecralarında takrir ve telif edilen gerek hukuk felsefesi gerek makro iktisat konu ve kitaplarında Batı'dan yapılan uzun iktibasların tartışılmamış ve eleştirilmemiş olmasıdır. Tartışma ve eleştirme bir tarafa, ilgili konularda yüzyılların getirdiği fıkıh mirasına atıf da neredeyse hiç yapılmamış, onunla mukayese cihetine gidilmemiştir.

Ulaştığımız bu sonuçlar, kuşkusuz daha derinlikli ve nitelikli araştırmaların tenkidine de açıktır.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Yazar Katkısı: Çalışma Konsepti/Tasarımı: A.Y., B.K.; Veri Toplama: A.Y., B.K.; Veri Analizi /Yorumlama: A.Y., B.K; Yazı Taslağı: A.Y.; İçeriğin Eleştirel İncelemesi: A.Y.; Son Onay ve Sorumluluk: A.Y.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

Grant Support: The author declared that this study has received no financial support.

Author Contributions: Conception/Design of study: A.Y., B.K; Data Acquisition:A.Y., B.K.; Data Analysis/Interpretation: A.Y., B.K.; Drafting Manuscript: A.Y.; Critical Revision of Manuscript: A.Y.; Final Approval and Accountability: A.Y.

Bibliyografya/Bibliography

- Akdoğan A, *Türkiye’de 1919-1926 Yılları Arasında Aile Hukuku Alanındaki Kanunlaştırma Çalışmaları*, (Marmara Üniversitesi Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 1999).
- Akgündüz SN, *Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Hukuku Uygulaması* (Marmara Üniversitesi Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2010).
- Akyıldız A, “Tanzimat”, DİA (2011) 40 <<https://islamansiklopedisi.org.tr/tanzimat>> Erişim 15.08.2019.
- Akyığıtzade M, *Osmanlı’da Modern İktisadın İzinde 2 / İlm-i Servet veyahut İlm-i İktisat*, haz. G. Albayrak, H. Genç, S. Kocakaplan (Dergâh Yayınları 2016).
- Altıntaş E, *Mahmud Esad Seydişehir’ nin Fıkıh Düşüncesi* (Marmara Üniversitesi Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi 2010).
- Artuk İ ve Artuk C, *İslâmî Sikkeler Kataloğu C I-II* (Millî Eğitim Basımevi 1974).
- Atalay A, *Mahmut Es’ad Efendi* (Tekin Kitabevi 2010).
- Avcı M, *Türk Hukuk Tarihi Dersleri* (Mimoza Yayıncılık 2015).
- Aydın MA, *İslâm-Osmanlı Aile Hukuku* (Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınları 1985).
- Aydın MA, “Arazi Kanunnâmesi” DİA (1991) 3 <<https://islamansiklopedisi.org.tr/arazi-kanunnamesi>> Erişim 15.08.2019.
- Aydın MA, “Hukûk-ı Âile Kararnâmesi” DİA (1998) 18 <<https://islamansiklopedisi.org.tr/hukuk-i-aile-kararnamesi>> Erişim 28.01.2020.
- Aydın MA, *Türk Hukuk Tarihi* (Hars Yayıncılık 2005).
- Aykanat M./ Ülker İ. (edr), *Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Hukukuna Giriş-Mahmud Esad Seydişehir’ nin Ceza Hukuku Dersleri* (On İki Levha Yayıncılık 2020).
- Belgesay MR, “Tanzimat ve Adliye Teşkilâtı”, *Tanzimat I* (MEB Yayınları 1940) 213-220.
- Bilmen ÖN, *Hukuk-ı İslâmiyye ve Istilahat-ı Fıkhiyye Kamusu* (Bilmen Yayınevi 1986) C I-VII.
- Bingöl S, *Tanzimat Devrinde Osmanlıda Yargı Reformu* (Anadolu Üniversitesi Yayınları 2004).
- Bozkurt N, *Batı Hukukunun Türkiye’de Benimsenmesi* (TTK Yayınları 1996).
- Bozkurt N , “Türkiye’de Hukuk Eğitiminin Tarihçesi”, *Hukuk Öğretimi Sempozyumu, 13-14 Mayıs 1993*, ed. Adnan Güriz (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1993) 51-70.
- Doğan G, *Münif Paşa’ nin İlm-i Tedbîr-i Memleket’ i’ nin Türk İktisat Tarihindeki Yeri* (Ankara Üniversitesi Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2013)
- Doğan İ, “Münif Mehmed Paşa” DİA (2006) 32 <<https://islamansiklopedisi.org.tr/munif-mehmed-pasa>> Erişim 21.01.2020.
- Düstür*, I. Tertip, C V (Başvekalet Matbaası 1937).
- Ekinci EB, *Tanzimat ve Sonrası Osmanlı Mahkemeleri* (Arı Sanat Yayınları 2004).
- Erdoğan A, *Mahmud Es’ad Seydişehir, Hayatı, Eserleri ve İslâm Tarihçiliğindeki Yeri* (Marmara Üniversitesi Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi 2002)
- Erdoğan A, “Seydişehir” DİA (2009) 37 <<https://islamansiklopedisi.org.tr/seydisehri>> Erişim: 26.01.2020.
- Ergin O, *Türkiye Maarif Tarihi I-II* (Eser Kültür Yayınları 1977).
- Erk HB, *Meşhur Türk Hukukçuları* (yayınevi ve tarihi yok).

- Gedikli F, “İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ne Zaman Kuruldu?” (2011) 69 (1-2) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 91-104.
- Gökçen A, *Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları ve Bu Kanunlardaki Ceza Müeyyideleri* (Yayın evi yok 1989).
- <http://konyaninalimvehocalari.konyacami.com/mahmut-esat-efendi/> Erişim: 26.01.2020.
- Kenanoğlu MM, “Nizâmiye Mahkemeleri” DİA (2007) 33 <<https://islamansiklopedisi.org.tr/nizamiye-mahkemeleri>> Erişim 15.08.2019.
- Koyuncu N, “Hukuk Mektebinin Doğuşu” (2012) 16 (3) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 163-186.
- Köse M, “Seydişehirli Mahmut Esad’ın Hayatı, Eserleri ve İlmî Kişiliği” (2003) 2 İslâm Hukuku Araştırmaları Dergisi 207-217.
- Mardin E, *Huzur Dersleri* nşr. İsmet Sungurbey (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1966).
- Meclis-i Mebusan Zabıt Ceridesi: Dönem 3 [1330-1334]* (Türkiye Büyük Millet Meclisi Matbaası 1991).
- Namlı T, *Tanzimat ve Sonrası Dönem Kanunlaştırmaları Karşısında İslâm Âlimlerinin Aldığı Tavrı ve Bunun Neticeleri* (Erciyes Üniversitesi Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 1988)
- Nur A, *Disciplinary Transformation of Late Ottoman Legal Education (1826-1926): An Interactional Field Analysis* (İstanbul Şehir Üniversitesi Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2015). <https://www.academia.edu/19687169/Disciplinary_Transformation_of_Late_Ottoman_Legal_Education_1826-1926_An_Interactional_Field_Analysis> Erişim 15.08.2019.
- Önder M, *Seydişehir Tarihi* (Seydişehir Belediyesi Yayınları 1986).
- Özel A, *İslam Hukukunda Milletlerarası Münasebetler ve Ülke Kavramı* (Marifet Yayınları 1982).
- Özel A, “Secâvendî, Muhammed b. Muhammed” (2009) 36 DİA <<https://islamansiklopedisi.org.tr/secavendi-muhammed-b-muhammed>> Erişim 26.01.2020.
- Özgül MK, *XIX Asrın Benzersiz Bir Politeknîği Münîf Paşa* (Dergâh Yayınları 2014).
- Sabit E, *Hikmet-i Hukûk: Hukuk Felsefesi*, sadeleştiren: Gökhan Doğan (Çizgi Kitabevi 2016).
- Sakızlı OE, *Osmanlı’da Modern İktisadın İzinde I / Mebâdi-i İlm-i Servet-i Milel* haz. H. Genç, F. Dıġıroġlu, M. E. Özgür (Dergâh Yayınları 2015).
- Senhürî A, *Masâdirü’l-hak fi’l-fikhi’l-İslâmî* (Câmiatü’l-Düveli’l-Arabiyye 1954-1959).
- Seydişehrî ME, *Hikmet-i Hukuk yahut Hukuk-ı Tabîyye* (Mekteb-i Sanayi-i Şâhâne Matbaası 1301).
- Seydişehrî ME, *Ferâidü’l-Feraiz* (Mekteb-i Sanayi Matbaası 1301).
- Seydişehrî ME, *İlm-i servet* (Mekteb-i Sanayi Matbaası 1302).
- Seydişehrî ME, *İslâm Tarihi*, haz. Ahmed Lütfi Kazancı ve Osman Kazancı (Marifet Yayınları 1995).
- Seydişehrî ME, *Şerh-i Kanun-i Ceza* (Mekteb-i Sanayi Matbaası 1302).
- Seydişehrî ME, *Telhîs-i Hikmet-i Hukuk* (Sanayi-i Şâhâne Matbaası 1301).
- Seydişehrî ME, *Usûl-i Fıkah*, (Mekteb-i Sanayi Matbaası 1302).
- Şentop M, *Tanzimat Döneminde Osmanlı Ceza Hukuku Kanunlar, Tadiller, Lâyhalar, Uygulama* (Yaylacık Matbaası 2004).
- Şentop M, “Tanzimat Dönemi Kanunlaştırma Faaliyetleri Literatürü” (2005) 3 (5) TALİD 647-672.
- Şişman A, “Galatasaray Mekteb-i Sultânîsi” (1996) 13 DİA <<https://islamansiklopedisi.org.tr/galatasaray-mekteb-i-sultanisi>> Erişim 14.08.2019.

- Taner T, “Tanzimat Devrinde Ceza Hukuku”, *Tanzimat-I*, (MEB Yayınları 1940) 221-232.
- Tekeli İ ve İlkin S, *Osmanlı İmparatorluğu’nda Eğitim ve Bilgi Üretim Sisteminin Oluşumu ve Dönüşümü* (TTK Yayınları 1993).
- Türk Ansiklopedisi* (Millî Eğitim Basımevi 1975) C XXIII 174-175.
- Unat F, *Türkiye’de Eğitim Sisteminin Gelişmesine Tarihî Bir Bakış* (MEB Yayınları 1964).
- Ünal M, “Medenî Kanunun Kabulünden Önce Türk Aile Hukukuna İlişkin Düzenlemeler ve Özellikle 1917 Tarihli Hukuk-i Aile Kararnamesi” (1978) 34 AÜHFD 195-231.
- Velidedeoğlu HV, “Kanunlaştırma Hareketleri ve Tanzimat”, *Tanzimat- I* (MEB Yayınları 1940) 139-209.
- Yaşamları ve Yapıtlarıyla Osmanlılar Ansiklopedisi* (Yapı Kredi Kültür Sanat Yayıncılık 1999).
- Yavuz H, “Adliye Nezareti” (1988) 1 DİA <<https://islamansiklopedisi.org.tr/adliye-nezareti>> Erişim 15.08.2019.
- Yörük AA, *Mekteb-i Hukuk’un Kuruluşu ve Faaliyetleri (1878-1900)*, (Marmara Üniversitesi Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2008)
- Yörük AA, “Hukuk Tarihi Dersinin İhdâsı ve Mahmud Esad Seydişehirî”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası (2012) 70 (1) 489-504.



İstanbul Hukuk Mecmuası

RESEARCH ARTICLE / ARAŞTIRMA MAKALESİ

The Relationship Between State Aid and Nuclear Energy and A Legal Analysis of Nuclear Energy State Aid Cases in Terms of European Union State Aid Rules

Ahmet Sefa Dinleyici*

Abstract

State aid to the nuclear energy sector has increased significantly within the last decade and in parallel to this increase, controversy about giving state aid to nuclear energy has soared. In addition to this controversy, the existence of a special treaty for nuclear energy, called the Euratom Treaty, exclusion of nuclear energy from the 'Guidelines on State aid for environmental protection and energy 2014-2020' and very intrinsic risks and market failures related to the nuclear energy sector distinguish nuclear state aid cases from other energy state aid cases. Considering the scarcity of research dealing with increasing nuclear state aid cases in detail, this research intended to focus on the relationship between state aid and nuclear energy and analyse prominent nuclear state aid cases. During the research, prominent nuclear state aid cases which have shaped the case law and related legislations were analysed. It could be briefly concluded that nuclear state aid cases will likely continue to increase as energy markets become more competitive. But it is very clear that intrinsic risks of nuclear energy and related market failures stemming from imperfect market conditions are keenly appreciated by the European Commission and the European Courts, and nuclear cases are treated more leniently in line with these conditions. This sends a very clear message that the lenient approach of the Commission and the Courts toward the nuclear state aid cases will remain as long as market failures and the Euratom Treaty exist and in this regard, the absence of guidelines for nuclear energy, while it seems like a disadvantage, will ensure the needed flexibility of the Commission when making its state aid assessment in nuclear state aid cases.

Keywords

State Aid, Nuclear Energy, Euratom Treaty, European Commission, Competitionse

Devlet Yardımları ve Nükleer Enerji İlişkisi ve Avrupa Birliği Devlet Yardımı Kuralları Bakımından Nükleer Enerji Devlet Yardımı Davalarının Hukuksal İncelemesi

Öz

Avrupa Birliği rekabet hukuku, diğer fonksiyonlarının yanında, "Ortak Pazar" oluşturmayı hedefler ve bu pazarda özel teşebbüsler yahut üye devletler eliyle oluşabilecek saptırmaları engellemeye çalışır. Devletlerin yapabileceği saptırmalar ise "Devlet Yardımı Kuralları" marifetiyle kontrol altına alınmaya çalışılır. Bu bakımdan Avrupa Birliği içerisinde geliştirilen devlet yardımları kontrol sistemi benzeri neredeyse olmayan ve gelişmiş bir sistemdir. Avrupa Komisyonu tarafından yayınlanan son devlet yardımı tablosuna göre üye devletlerin devlet yardımı harcamaları 2013 yılından bu yana artmaktadır. Devlet yardımı harcamaları arasında ise enerji sektörü en fazla yardım alanlar sektör konumundadır. Ancak devlet yardımı kuralları

* Bu makale yazarın Türkiye Cumhuriyeti Milli Eğitim Bakanlığı bursu kapsamında Dundee Üniversitesi'nde 2019-2020 yıllarında gerçekleşen "Uluslararası Enerji Hukuku ve Politikası" alanındaki yüksek lisans tezinden üretilmiştir. Makalede ifade edilen fikirler yazara ait olup, Türkiye Cumhuriyeti Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı'nın görüşlerini yansıtmamaktadır.

* **Corresponding author:** Ahmet Sefa Dinleyici (Legal Advisor) (LL.M), Republic of Turkey Ministry of Energy and Natural Resources, Ankara, Turkey. E-mail: asafadinleyici@gmail.com ORCID: 0000-0002-6538-4258

To cite this article: Dinleyici AS, "The Relationship Between State Aid and Nuclear Energy and A Legal Analysis of Nuclear Energy State Aid Cases in Terms of European Union State Aid Rules" (2021) 79(3) *İstanbul Hukuk Mecmuası* 1029. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2021.79.3.1911>



açısından nükleer enerjiye yapılan devlet yardımları diğer enerji kaynaklarına yapılan devlet yardımlarından farklılık arz etmekte ve çeşitli sebeplerden dolayı hususi inceleme gerektirmektedir. Literatürde bugüne değin bazı önemli nükleer enerji devlet yardımları tek tek ele alınmış yahut nükleer enerji konusu devlet yardımı konu alan önemli akademik çalışmalarda yeterince detaya inilmeden yalnızca bir alt bölüm olarak zikredilmiştir. Bu durum dikkate alınarak çalışmamızda nükleer enerji sektörü ve devlet yardımı ilişkisi ele alınarak ve nükleer enerji devlet yardımlarının içtihad hukukunda nasıl değerlendirildiği ve içtihad hukukunun müdahil taraflara berrak bir manzara arz edip etmediği incelenmiştir. Yapılan tüm incelemeler ışığında nükleer enerji sektörüne uygulanacak devlet yardımı kuralları konusunun büyük ölçüde yerleştiği görülmektedir. Bu kapsamda enerji piyasaları daha fazla rekabetçi hale geldikçe nükleer enerji devlet yardımı davalarının da artış gösterebileceği beklenebilir. Ancak Avrupa Komisyonu ve Mahkemeler, nükleer enerji özelinde oluşan riskleri ve buna bağlı olarak gelişen piyasa aksaklıklarını dikkate alarak nükleer devlet yardımı davalarını daha esnek olarak ele almaktadır. Nükleer enerjiye özgü riskler, piyasa aksaklıkları ve en temelde Euratom Anlaşması yürürlükte olduğu müddetçe bu esnek yaklaşımın devam edeceği açıkça görülmektedir. Bu konuda bir kılavuzun olmayışı ilk bakışta bir dezavantaj olarak görülsede, bu durum Avrupa Komisyonu'na gelecekte nükleer enerjiye yapılacak devlet yardımlarını incelerken gerekli esnekliği sağlamada en önemli faktör olmaya devam edecektir.

Anahtar Kelimeler

Devlet Yardımı, Nükleer Enerji, Euratom Anlaşması, Avrupa Komisyonu, Rekabet

Extended Summary

Uncompetitive behaviours of states are controlled through state aid rules. These state aid rules essentially serve to protect internal markets by limiting states' market distortive aid measures. According to the latest state aid scoreboard published by the European Commission, state aid spending of Member States has increased since 2013. Within state aid spending, the energy sector is one the sectors receiving most aid and is the source of serious controversies between Member States.

However, nuclear energy stands out among other types of energy sources and requires particular examination in terms of state aid rules for several reasons. First, it can easily be noticed that numbers of state aid cases to nuclear energy sector have increased significantly within the last decade and could be expected to increase more in the future. Second, the existence of the Euratom Treaty and accompanying issue of the applicability of state aid rules to nuclear energy sector place nuclear state aid cases in a very special position. In addition, nuclear energy is excluded from the 2014 Environmental Protection and Energy Guidelines though it had originally been included in its draft. Moreover, it has been seen that several state aid decisions of the Commission regarding the nuclear energy sector were challenged by other Member States, a situation which has been encountered very rarely within state aid control history. On the very contrary to these negative attitudes toward nuclear state aid, the Commission and European Courts have treated it differently and showed a very lenient approach in nuclear state aid cases.

Given the increasing importance of nuclear energy state aid cases and the growing controversy around these cases, there is an increased need to deal with nuclear state aid case law as a whole to understand accurately how the Commission and the Courts assessed the relationship between state aid and nuclear energy in those cases.

In the Germany Contingency Reserves case, the content of selectivity, one of the main requirements of establishing state aid, was clarified. It was explicitly reiterated that incidentally providing more benefits for one undertaking from the state measure which applied equally to all undertakings does not necessarily make the state measure selective. Accordingly, it was settled that the important thing which prevents state measures from being selective is to set equal criteria for undertakings to benefit from state measure instead of dealing with them as if all undertakings equally benefited from the state measure.

In British Energy decisions, the increasing necessity of state aid for nuclear power plants as energy markets become more competitive was clearly noticed. It has been understood that low prices and a lack of financial instruments, which could hedge market risks for a long time, could expose nuclear power plant operators to unbearable challenges, as was the case for British Energy. After the British Energy decisions, as expected, numbers of nuclear state aid cases have soared due to rising numbers of various risks stemming from increasingly competitive energy market conditions.

The most important advancement of state aid law was achieved thanks to long EDF cases by which the scope of private investor test was widened. After the EDF cases, it was settled that, even if state measures were regulatory measures, the Commission will have to investigate if a private investor test is applicable. In other words, the Commission will have to look at the effect of the measure, not its form of. In the same vein after the EDF cases, the Commission has taken a very important decision in Hungary Paks II as to the content of the private investor test and showed how the private investor test should be applied within nuclear energy state aid cases, taking into consideration the uncertainties of the nuclear energy sector in order to attain more accurate results.

When it comes to most controversial case of nuclear state aid history, the Hinkley case, the main discussions were around the separation of investment and operating aid. While state measures for Hinkley, such as CfD, at first glance, seemed to be operating aid, the Commission decided to look deep inside and then accepted these measures as if they were investment aid. As these state measures were accepted as investment aid, they were found compatible with state aid rules. It has to be accepted that the Commission's effect-based stance is a very important advancement within case law, and it is likely to encourage other states to use different state aid mechanisms similar to CfD in order to minimise risks for private investors.

Considering all of the above, the issue of the application of state aid rules to nuclear energy sector is now mostly settled and, nuclear state aids will continue to be controlled under state aid rules taking into account the objectives of the Euratom Treaty. It could be expected that nuclear state aid cases will likely continue to increase

as energy markets become more competitive. But it is very clear that the intrinsic risks of nuclear energy and related market failures stemming from imperfect market conditions are keenly appreciated by the Commission and the Courts, and nuclear cases are treated more leniently in line with these conditions. This sends a very clear message that the lenient approach of the Commission and the Courts toward the nuclear state aid cases will remain as long as market failures and the Euratom treaty exist and in this regard, the absence of guidelines for nuclear energy, while it seems like a disadvantage, will ensure the needed flexibility of the Commission when making its state aid assessment in nuclear state aid cases.

1. Introduction

European Union (EU) competition law, in addition to its various functions, aims to facilitate the EU internal market¹ and prevent distortions caused by private undertakings or Member States.² Uncompetitive behaviours of private undertakings are controlled through antitrust and merger regulations.³ Meanwhile, uncompetitive behaviours of states are controlled through state aid rules.⁴ These state aid rules essentially serve to protect internal markets by limiting states' market distortive aid measures.⁵ Currently, this highly developed system of EU state aid control is very unique and cannot be compared to any other state aid control in the world.⁶

According to the latest state aid scoreboard published by the European Commission (the Commission), state aid spending of Member States has increased since 2013.⁷ Reasons for this state aid spending range from furthering social or regional objectives⁸ to supporting national companies⁹ or responding to the devastating effects of financial crises¹⁰. In line with these various objectives behind giving state aid, the aims of state aid control also range from avoiding subsidy races between Member States¹¹ to create a level playing field for undertakings or to protect internal market from distortions.¹²

Within state aid spending, the energy sector is one of the sectors receiving most

¹ Richard Whish and David Bailey, *Competition Law* (8th edn, Oxford University Press 2015) 23-24

² Cosmo Graham, *EU and UK Competition Law* (2nd edn, Pearson 2010) 11

³ Whish and Bailey (n 1) 53

⁴ *ibid*

⁵ Ignacio Herrera Anchustegui and Christian Bergqvist, 'The role of State aid law in energy' in Tina Hunters and others (eds), *Handbook of Energy Law* (Routledge 2020) 124

⁶ Andrea Biondi, 'Some Reflections on the Notion of "State Resources" in European Community State Aid Law' (2006) 30 *Fordham Int'l L.J.* 1426, 1428

⁷ European Commission, 'State Aid Scoreboard 2019' 12 <https://ec.europa.eu/competition/state_aid/scoreboard/state_aid_scoreboard_2019.pdf> accessed 19 August 2020

⁸ Piet Jan Slot, 'EU State Aids Law' in Dennis Patterson and Anna Södersten (eds), *A Companion to European Union Law and International Law* (Wiley 2016) 334

⁹ *ibid*

¹⁰ Kelyn Bacon, *European Union Law of State Aid* (3rd edn, Oxford University Press 2017) 8

¹¹ *ibid* 9

¹² *ibid* 10

aid¹³ and is the source of serious controversies between Member States.¹⁴ It is no surprise that the very important cases which developed the state aid law originated from the energy area.¹⁵ In accordance with this growing importance and attention on energy state aid cases, state aid to the energy sector was for the first time explicitly covered in one of the guidelines of the Commission.¹⁶

However, nuclear energy stands out among different types of energy sources and requires particular examination in terms of state aid rules for several reasons. First, it can easily be noticed that numbers of state aid cases to the nuclear energy sector have increased significantly within the last decade and could be expected to increase more in the future. Second, the existence of the Euratom Treaty and accompanying issue of the applicability of state aid rules to the nuclear energy sector place nuclear state aid cases in a very special position. In addition, nuclear energy is excluded from the 2014 Environmental Protection and Energy Guidelines though it had been included in its original draft.¹⁷ Moreover, it has been seen that several state aid decisions of the Commission regarding nuclear energy sector were challenged by other Member States, a situation which is encountered very rarely within state aid control history.¹⁸ On the very contrary to these negative attitudes toward nuclear state aid, the Commission and European Courts (the Courts), as it will be detailed in section 3.2, have treated them differently and showed a very lenient approach in nuclear state aid cases.

In the literature, some important nuclear state aid cases were examined separately¹⁹ or nuclear energy was reviewed as a subsection in certain seminal state aid books without getting into more detail on the relation between state aid rules and nuclear energy sector.²⁰ However, given the increasing importance of nuclear energy state aid cases and the growing controversy around these cases, there is now an increased need to deal with nuclear state aid case law as a whole to accurately understand how the

¹³ European Commission, 'Scoreboard 2019' (n 7) 4

¹⁴ Falk Schoning and Clemens Ziegler, 'What is State Aid?' in Leigh Hancher and others (eds), *State Aid and the Energy Sector* (Bloomsbury 2018) 54

¹⁵ Case C-379/98 *PreussenElektra AG v Schlesweg AG* [2001] ECR I-2159; Case C-124/10 P. European Commission v *Électricité de France (EDF)* [2012] ECLI:EU:C: 2012:318.

¹⁶ Guidelines on State aid for environmental protection and energy 2014–2020 [2014] OJ C 200

¹⁷ Erika Szyszczak, 'State aid for energy infrastructure and nuclear power projects' (2015) 16 *ERA Forum* 25, 28

¹⁸ Case T-356/15 *Republic of Austria v European Commission* [2018] ECLI:EU: T: 2018:439; Case T-101/18 *Action brought on 21 February 2018 — Austria v Commission* [2018] OJ C 152

¹⁹ Dörte Fouquet, 'The Hinkley Point C Judgment of the General Court in view of a changing internal electricity market' (2018) 9 (1) *Renewable Energy Law and Policy Review* 35; Dietmar O. Reich, 'No Level Playing Field for Nuclear Power Reserves?': Comment on the Judgment in Case T-92/02 of 26 January 2006' (2006) 5(2) *European State Aid Law Quarterly* 445; Erika Szyszczak, 'The Survival of the Market Economic Investor Principle in Liberalised Markets' (2011) 10(1) *European State Aid Law Quarterly* 35; Phedon Nicolaidis, 'The Compatibility of State Aid with the Internal Market: Annotation on the Judgment of the General Court (Fifth Chamber) of 12 July 2018 in Case T-356/15 Republic of Austria v European Commission' (2018) 17(4) *European State Aid Law Quarterly* 534

²⁰ Leigh Hancher and Max Klasse, 'Aid to Nuclear and Coal' in Leigh Hancher and others (eds), *State Aid and the Energy Sector* (Bloomsbury 2018); Leigh Hancher and Francesco Salerno, 'Coal and Nuclear Aid' in Christopher Jones (ed), *EU Energy Law, Volume II: Competition Law and Energy Markets* (5th edn, Claeys & Casteels 2019)

Commission and the Courts assessed the relationship between state aid and nuclear energy in those cases.

Therefore, in this dissertation, the relationship between state aid and the nuclear energy sector will be discussed and it will be asked how nuclear state aid cases have been dealt with and if the case law provides a clear outlook for involved parties. Considering the limits of the research, only prominent nuclear state aid cases which have shaped the case law will be analysed in terms of their important points and the nuclear public procurement cases which have sometimes been dealt together with state aid cases will be excluded from the scope of this research.

In the next part of the dissertation, the state aid law of the EU and main discussions will be reviewed in order to better understand the grounds of the nuclear state aid cases. In the third part, first, the necessity of state aid to nuclear energy sector and the application of state aid rules for the nuclear energy sector will be deeply discussed. Then, nuclear state aid cases will be analysed. In the last part, key findings of the case law will be summarised and the outlook for future nuclear state aid cases will be given in light of the analyses.

2. EU State Aid Rules

2.1. Development of State Aid Rules

Primary state aid rules of EU are laid down over Articles 107 and 109 of Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU). Article 107(1) sets out what constitutes state aid, and certain aid categories which shall be compatible are specified in article 107(2) and certain aid categories which may be found compatible by the Commission are specified in article 107(3). Article 108 is concerned with the enforcement of state aid control and article 109 explains the role of the European Council regarding regulations.

While the wording of the state aid rules has been kept substantially the same from the beginning of state aid control,²¹ its content has evolved significantly through the interpretations of the Courts.²² In particular, the functional interpretation of concepts such as the concept of undertaking or the concept of aid have eased this evolution.²³ In accordance with this functional approach, even the very fundamental concept of state aid has not been defined precisely in TFEU.

²¹ Only difference between the Article 92(1) of Treaty Establishing the European Economic Community and the Article 107(1) of Treaty on the Functioning of the European Union is using of common market term instead of internal market.

²² Cecilie Fanøe Petersen, *Award of Public Contracts as a Means to Conferring State Aid: A Legal Analysis of the Interface Between Public Procurement Law and State Aid Law* (PhD series Number 10.2018, Copenhagen Business School 2018) 67

²³ Andrea Biondi and Elisabetta Righini, 'An Evolutionary Theory of State Aid Control' in Damian Chalmers and Anthony Arnull (eds), *The Oxford Handbook of European Union Law* (Oxford University Press 2015) 5

State aid is a wider concept than subsidy, because state aid could be both in the form of direct payment (as in the case of subsidy) but also a way of easing the burden that undertaking normally would create.

²⁴ At the same time, the concept of state aid is an objective concept²⁵ which means that the form or intention of aid do not matter, rather, what does matter is the effect of the measure.²⁶ If any state measure meets the criteria set out in article 107(1), then any argument of public interest or public prerogative for avoiding state aid control will be of no avail.²⁷ This objective concept of state aid, for instance, plays a very significant role in dealing with state aids which are covered under the scheme of tax regulations.²⁸ It would have been difficult to effectively prevent the circumvention of state aid rules if this functional interpretation and objective concept of state aid had not been used.

The interpretation of the state aid concept outlined in article 107(1) is carried out by the Courts and the Commission decides if the state measure in question involves state aid within the boundaries of the Court's interpretations.²⁹ The only discretion the Commission has is in article 107(3), where it makes compatibility assessments of certain state aid categories.³⁰ Therefore, the Commission usually published guidelines where it showed how it would use its discretionary powers under article 107(3).³¹

However, the Commission, for the first time, issued a notice in which it set forth its understanding of the state aid concept, mainly based on the case law, in order to give clarity regarding the concept.³² It is undeniable that the Notice has presented a clear compilation of case law as to the basic elements of the state aid concept. The Notice not only gives us clues about the Commission's understanding, but it also provides a perspective on how state aid case law has evolved. If the Notice had been published earlier, it might have been more helpful given the clarity it has provided since the publication. However, along with its unusual features, this notice is problematic in terms of legal aspects because it can be seen that the Commission has provided its

²⁴ Case 30/59 *De Gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg v High Authority of the European Coal and Steel Community* [1961] ECR I, 19

²⁵ Case C-83/98 P *French Republic v Ladbrooke Racing Ltd and Commission of the European Communities* [2000] EU:C:2000:248, para 25

²⁶ Case 173-73 *Italian Republic v Commission of the European Communities* [1974] E.C.R. 709, para 13

²⁷ Schoning and Ziegler (n 14) 55

²⁸ Kelyn Bacon, 'State Aids and General Measures' (1997) 17(1) *Yearbook of European Law* 269, 271

²⁹ Andrea Biondi and Oana Stefan, 'The Notice on the Notion of State Aid: Every Light Has Its Shadow' in Bruno Nascimbene and Alessia Di Pascale (eds), *The Modernisation of State Aid for Economic and Social Development* (Studies in European Economic Law and Regulation 14, Springer 2018) 50

³⁰ *ibid*

³¹ *ibid*

³² Commission Notice on the notion of State aid as referred to in Article 107(1) of the Treaty on the Functioning of the European Union [2016] OJ C 262 (The Notice on the notion of State Aid)

own understanding based on its own decision practice regarding some points where the EU case law has not yet developed.³³ While, in doing so, the Commission claimed that its interpretations are without prejudice to the EU Courts' interpretations, this notice by the Commission is likely to shape the development of state aid concept. Therefore, it would have been more proper for the Commission to remain silent on issues which the case law has not yet developed.

2.2. Elements of State Aid

The content of state aid is not defined concretely. Any aid which has the elements set out in the article will be deemed, in principle, incompatible state aid. These elements are laid down in Article 107(1) of TFEU as follows:

Save as otherwise provided in the Treaties, any aid granted by a Member State or through State resources in any form whatsoever which distorts or threatens to distort competition by favouring certain undertakings or the production of certain goods shall, in so far as it affects trade between Member States, be incompatible with the internal market.³⁴

2.2.1. State Origin

The element of state origin refers to the phrase of 'any aid granted by Member State or through State resources' in article 107(1). When read literally, it implies that the conditions of 'granting aid by a Member State' or 'through state resources' are alternatives and if one of them is met, then state origin element is established. However, the Courts have interpreted these conditions cumulatively since the early cases.³⁵ Despite the clear wording of the article, the Courts insisted on this narrow interpretation and decisively interpreted two conditions cumulatively in the famous case of *Preussen Elektra*.³⁶

As a result of the narrow interpretation accepted by the Courts, which requires both state action and using of state resources to establish state origin element, states may avoid state aid control by using private funds for granting state aid to undertakings. Therefore, this narrow interpretation has been severely criticised because of the reason that it may dampen state aid control and it may give rise to a circumvention of state aid rules by states.³⁷

³³ Biondi and Stefan (n 29) 51

³⁴ Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union [2012] OJ C 326

³⁵ Marianne Clayton and Maria J Segura Catalan, 'The Notion of State Resources: So Near and yet So Far' (2015) 14(2) *European State Aid Law Quarterly* 260, 260

³⁶ Case C-379/98 *Preussen Elektra AG v Schleswag AG* [2001] ECR I-2159 para 58

³⁷ Erika Szyszczak, 'Criterion of State Origin' in Herwig C H Hofmann and Claire Micheau (eds), *State Aid Law of the European Union* (Oxford University Press 2016) 66

In order to minimise circumvention problems related to the narrow interpretation, the first element of state origin, state resources, is defined extensively.³⁸ In that sense, state resources mainly cover state budgets including the resources of public undertakings.³⁹ Even state commitment may fall under the scope of state resources.⁴⁰ It also covers private resources when they come under public control even if they do not become permanent assets of state budget.⁴¹ Moreover, using of state resources does not have to be a direct transfer of state resources to the recipient, but it may also be an indirect transfer of state resources. For example, if a state foregoes its revenue or sells something under its value or exempts certain undertakings from tax, this would be indirectly using state resources.⁴²

Using state resources as a second constituent of state origin element must be attributable to the state. For ascertaining this, it is asked if public authorities were involved.⁴³ Where the aid is given directly by public authorities, i.e., through legislation, imputability can be automatically deducted.⁴⁴ But, when aid comes from the resources of publicly owned undertakings, it must be thoroughly examined if this aid is attributable to the state.⁴⁵ Therefore, aid given by public undertakings cannot be imputed to the state in a straightforward manner. Imputability may only be inferred in cases where some indicators exist.⁴⁶ For instance, if a public undertaking cannot make a decision without considering the requirements of the state or if the supervision over the decisions of public undertakings is very strict, then aid given by public undertakings could be imputed to the state. In other words, what is important in the imputability issue is to find the actual influence over public undertaking.

2.2.2. Selectivity

Another necessary element of state aid is selectivity, in that any aid granted by the state must favour ‘certain undertakings or the production of certain goods.’ In that sense, aid given under the scheme of general legislative or regulatory measures will

³⁸ Bacon, *European Union Law of State Aid* (n 10) 62

³⁹ The Notice on the notion of State Aid (n 32) paras 48-49

⁴⁰ *ibid* para 51

⁴¹ *ibid* para 57

⁴² *ibid* para 51

⁴³ Case C-482/99 *French Republic v Commission of the European Communities* [2002] European Court Reports 2002 I-04397, para 52

⁴⁴ Case T-358/94 *Compagnie Nationale Air France v Commission of the European Communities* [1996] ECR II-02109, para 59

⁴⁵ The Notice on the notion of State Aid (n 32) para 40

⁴⁶ *French Republic* (n 43) paras 55-56

not meet selectivity requirements and therefore will not be state aid.⁴⁷ In essence, selectivity criterion distinguishes general measures from state aids.⁴⁸

Basically, the Courts assess selectivity under two categories, namely, regional and material. For regional selectivity, although the Courts have established principles especially for selective tax measures,⁴⁹ these principles could be easily applied to all regional selectivity issues. According to these principles, any aid which is only applied for the specific region of the Member State, in principle, will be selective.⁵⁰ However, as established by the Courts, if the region has institutional, procedural, and financial autonomy, state measures applied to that specific region may avoid being selective.⁵¹ As regional state aid cases are rare and related principles are clear-cut, it could be expected that regional selectivity will not bring out many disputes in the future.

On the other hand, material selectivity covers all selective measures apart from regional selective measures. In other words, any aid granted specifically to certain undertakings or sectors are assessed under material selectivity.⁵² In this regard, material selectivity can occur either *de jure* or *de facto*.⁵³ If selectivity results from pre-established selective criteria provided to favour only certain undertakings, this could be assessed as being *de jure* selective.⁵⁴ In contrast, if selectivity results from the misapplication or misinterpretation of objective and general criteria, then it could be assessed as being *de facto* selectivity.⁵⁵ *De facto* selectivity will likely occur where authorities have a wide margin of discretion in applying general state measures.⁵⁶

The case law regarding the selectivity element has been criticised with respect to its allegedly broad scope.⁵⁷ In other words, it is argued that selectivity is so wide that any state measure could easily be assessed as being selective. However, contrary to this criticism, it could be claimed that the scope of selectivity has been significantly narrowed down by the Courts. First, aid does not have to be applied to all undertakings in the country in order to avoid being selective. Aid will only be selective if it

⁴⁷ Bacon, 'State Aids and General Measures' (n 28) 290

⁴⁸ Miro Prek and Silvère Lefèvre, 'The Requirement of Selectivity in the Recent Case-Law of the Court of Justice' (2012) 11(2) *European State Aid Law Quarterly* 335, 335

⁴⁹ The Notice on the notion of State Aid (n 32) para 143

⁵⁰ Andreas Bartosch, 'The Concept of Selectivity' in Erika Szyszczak (ed), *Research Handbook on European State Aid Law* (Edward Elgar 2011) 176

⁵¹ Case C-88/03 *Portuguese Republic v Commission of the European Communities* [2006] ECR I-07115, para 67

⁵² The Notice on the notion of State Aid (n 32) para 120

⁵³ Anna Nykiel-Mateo and Joachim Wiemann, 'Selectivity' in Nicola Pesaresi and others (eds), *EU Competition Law* (Volume 4 Book 1, 2nd edn, Claeys Casteels 2016) 268

⁵⁴ *ibid*

⁵⁵ *ibid*

⁵⁶ Case C-241/94 *French Republic v Commission of the European Communities* [1996] ECR I-04551, paras 23-24

⁵⁷ Nykiel-Mateo and Wiemann (n 53) 263

discriminates undertakings which are in a ‘comparable factual and legal situation’.⁵⁸ Whether or not these undertakings are in a comparable factual and legal situation is discovered in light of the objective pursued by the granting of aid.⁵⁹ Therefore, aid to certain undertakings will not be automatically selective unless it discriminates undertakings under a comparable situation, which is, therefore, significantly narrowing the scope of selectivity. As another narrowing step, it has been established that even discriminative aids between comparable undertakings could escape from being selective if they can be justified by the nature or the general scheme of the discriminative aid.⁶⁰ But, this justification must be related to the internal functioning of system, not to the objectives attributed externally.⁶¹

2.2.3. Advantage

The third constituent element of state aid is the existence of advantage, in other words, in order to be state aid, aid given by state resources to certain undertakings must provide economic benefits which undertakings could not have obtained under market conditions.⁶² Advantage, in this regard, does not only refer to positive economic benefits i.e., giving direct subsidy, but also easing the cost of the undertaking i.e., tax exemptions may be deemed as an advantage.⁶³ At first glance, to discern if there is an advantage may seem so easy but discovering the existence of advantage is not always straightforward because states may sometimes be involved in commercial activities, such as giving loans to undertakings and these activities could be in line with market conditions.⁶⁴ If the transaction of state is in line with market conditions, then there would be no advantage. In order to distinguish states’ commercial acts in line with normal market conditions from pure state aids, the ‘market economy investor principle’ (MEIP) was invented.⁶⁵

MEIP, which is not explicitly mentioned in the TFEU, is applied with the interpretation of Article 345 of the TFEU which allows states to be involved in commercial activities under equal terms with private undertakings.⁶⁶ This principle was first used in Commission practice and then became a principle recognised by

⁵⁸ Case C-487/06 P *British Aggregates Association v Commission of the European Communities and United Kingdom* [2008] ECR I-10515, para 82

⁵⁹ Joined Cases C-78/08 to C-80/08 *Ministero dell’Economia e delle Finanze and Others v Paint Graphos Soc. coop. arl and Others* [2011] ECR I-07611, para 49

⁶⁰ The Notice on the notion of State Aid (n 32) para 138

⁶¹ *ibid*

⁶² C-39/94 *Syndicat français de l’Express international (SFEI) and others v La Poste and others* [1996] ECR I-3547, para 60

⁶³ Aindrias Ó Caoimh and Wolf Sauter, ‘Criterion of Advantage’ in Herwig C H Hofmann and Claire Micheau (eds), *State Aid Law of the European Union* (Oxford University Press 2016) 85

⁶⁴ The Notice on the notion of State Aid (n 32) para 73

⁶⁵ *ibid* para 74

⁶⁶ Samuel Cornella, ‘The Market Economy Investor Principle to Evaluate State Aid: Latest Developments and New Perspectives’ (2015) 22 *Maastricht J Eur & Comp L* 553, 555

the Courts.⁶⁷ While this principle, at the beginning, was applied in the investment activities of states, i.e., capital injections, the principle was then extended to cover different commercial activities,⁶⁸ thus, the principle is sometimes known as the ‘market economy operator’ (MEO) test.⁶⁹

In MEIP, commercial activity of a state is analysed in terms of determining what would be the behaviour of hypothetical private investors in the same situation. As a first option, the behaviour of hypothetical investors could be determined when state activity is carried out simultaneously with private investors, called ‘*pari passu*’, or when given commercial activity is carried out through competitive tender procedure.⁷⁰ If so, it could be inferred that a state’s commercial activity is, in principle, in line with market conditions and there is no advantage. However, in the absence of *pari passu* or tender procedure, if benchmarking with comparable hypothetical private investors could still be established, then it may also make commercial state activity in line with MEIP.⁷¹ When doing the benchmarking with a comparable hypothetical private investor, this private investor must be rational and prudent.⁷² The investor does not have to be seeking short term profit maximisation, but, at least, must seek to make revenue in the long term.⁷³ A state which claims its commercial activity is in line with a comparable private investor must support this claim with indicators showing that the state sought to make profit before taking its investment decision.⁷⁴ Whether a state’s commercial activity is in line with market conditions cannot be determined only by looking at *ex post* profits. Finally, if benchmarking with a comparable hypothetical private investor is not possible, the last option is to use other assessment methods, i.e., calculating the internal rate of return of commercial activity and comparing it with normal rate of return for such activity carried in market conditions.⁷⁵

While MEIP seems a well-developed test to distinguish a state’s commercial activities from state aids, in practical terms it is not always possible to find appropriate private investors to compare because even the behaviours of prudent private investors may range in market conditions.⁷⁶ In the same vein, calculating rate of returns, demonstrated as a last option, may not always reflect accurate rates of returns in

⁶⁷ Juan Jorge Piernas López, *The Concept of State Aid Under EU Law: From internal market to competition and beyond* (Oxford University Press 2015), ch4, 9

⁶⁸ Md. Rezaul Karim, ‘The EU Market Economy Investor Principle: A Good Paradigm?’ (2014), 13 <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2498873> accessed 21 August 2020

⁶⁹ The Notice on the notion of State Aid (n 32) para 75

⁷⁰ Cornella (n 66) 567

⁷¹ *ibid* 569

⁷² Anchustegui and Bergqvist (n 5) 129

⁷³ *ibid*

⁷⁴ The Notice on the notion of State Aid (n 32) para 78

⁷⁵ Bacon, *European Union Law of State Aid* (n 10) 40

⁷⁶ Karim (n 68) 16

normal market conditions.⁷⁷ One possible way to ease the practical problems of MEIP could be to use different benchmarks and assessment methods together to get more accurate results as private investor behaviours.

2.2.4. Distortion of Competition and Effect on Trade Between Member States

Lastly, any aid granted by the state from state resources which gives selective advantage must ‘distort or threaten to distort competition’ and ‘affect trade between Member States’. These two conditions are usually examined together⁷⁸ but they are distinct conditions in that aid which distorts competition may not necessarily affect trade between Member States.⁷⁹ Mostly, these conditions are easily met as the thresholds for establishing these conditions have been constantly kept low by the Courts.⁸⁰ For meeting the requirement of distortion of competition, the Commission does not make a detailed relevant market analysis.⁸¹ If aid merely improves the competitive position of undertaking compared to its competing undertakings, aid will be deemed as distortive.⁸² For example, aid which relieves an undertaking’s day to day operation costs is likely to improve its competitive position and, thus, will be deemed as distortive.

Concerning the requirement of effect on trade between Member States, this does not have to be actually effect. It is sufficient to be capable of affecting trade between states.⁸³ But, the Commission must state the reasons why such a measure is capable of affecting the trade.⁸⁴ Effects on trade do not have to be substantial or appreciable, in that even a small amount of aid could affect trade.⁸⁵ However, it must be noted that the Commission applies specific ‘de minimis rule’, removing aids under certain amounts from its state aid control.⁸⁶ Though this specific de minimis rule is based on the Commission’s discretion on economic assessment,⁸⁷ it needs to be revisited because even very small aids in local areas could significantly affect trade.

⁷⁷ *ibid* 17

⁷⁸ Case T-288/97 *Regione Friuli Venezia Giulia v Commission of the European Communities* [2001] ECR II-01169, para 41

⁷⁹ Anchestegui and Bergqvist (n 5) 131

⁸⁰ Bacon, *European Union Law of State Aid* (n 10) 12

⁸¹ Biondi and Elisabetta Righini (n 23) 19

⁸² Cases 730/79 *Philip Morris Holland BV v Commission of the European Communities* [1980] ECR-02671, para 11

⁸³ The Notice on the notion of State Aid (n 32) para 190

⁸⁴ Joined cases T-447/93, T-448/93 and T-449/93 *Associazione Italiana Tecnico Economica del Cemento and British Cement Association and Blue Circle Industries plc and Castle Cement Ltd and The Rugby Goup plc and Titan Cement Company SA v Commission of the European Communities* [1995] II-01971, para 140

⁸⁵ Case T-214/95 *Het Vlaamse Gewest (Flemish Region) v Commission of the European Communities* [1998] II-00717, para 48

⁸⁶ Commission Regulation (EU) No 1407/2013 of 18 December 2013 on the application of Articles 107 and 108 of the Treaty on the Functioning of the European Union to de minimis aid Text with EEA relevance [2013]

⁸⁷ L 352

⁸⁷ Case C-351/98 *Kingdom of Spain v Commission of the European Communities* [2002] I-08031, para 52

In its Notice, the Commission clarified its understanding of the requirement of effect on trade. According to it, the Commission first looks to see if the recipient of aid is involved in cross-border trade activity.⁸⁸ If so, then it could be inferred that aid is liable to affect trade between Member States. But if aid recipient is not involved in cross-border activity, this does not automatically close the investigation for the Commission. The Commission will then investigate if such aid improves the position of the undertaking, making it more difficult for other undertakings in other Member States to enter the market.⁸⁹ If the aid makes it difficult for other undertakings to enter the market, then this will again be deemed as affecting trade between Member States. While the approach taken by the Commission is not strictly based on the Courts' practice and has been criticised for this reason,⁹⁰ it must be stated that this approach does not bring any novelty or new interpretation, rather it only refines the case law on this issue.

2.3. Conditions of Compatibility

2.3.1. Compatibility Conditions in Article 107(3) of the TFEU

Any aid which has the elements set out in article 107(1), in principle, will be deemed as incompatible state aid. Considering various possible justifying reasons behind giving state aid, there has not been laid down complete state aid prohibition. But what has been provided are certain conditions in article 107(2) which make state aid compatible and conditions in article 107(3) which may make state aid compatible. In essence, article 107(2) and 107(3) which set out compatibility conditions could be viewed as a compromise between protection of internal market through state aid control and a state's right of pursuing public objectives by giving state aid.

Article 107(2) lays down 'de jure' compatibility conditions in that the Commission must find these sorts of state aids compatible because the article uses the phrase "the following shall be compatible with the internal market".⁹¹ Aids given in unusual circumstances, such as for natural disasters or social aids given to individuals fall under the scope of article 107(2). The Commission has no margin of discretion in finding these aids compatible if they meet other requirements in the article.⁹² On the contrary, article 107(3) uses the phrase 'the following may be considered to be compatible' which gives the Commission a wide margin of discretion in appreciating

⁸⁸ The Notice on the notion of State Aid (n 32) para 191

⁸⁹ *ibid*

⁹⁰ Biondi and Stefan (n 29) 55

⁹¹ Massimo Francesco Orzan, 'De Jure Compatible Aid under Article 107(2) TFEU in Herwig C H Hofmann and Claire Micheau (eds), *State Aid Law of the European Union* (Oxford University Press 2016) 234

⁹² *ibid* 234-235

the compatibility of certain aid categories.⁹³ In making its compatibility assessment, the Commission has exclusive competence and the Court's review is limited in this respect.⁹⁴

The Commission has published some guidelines for certain aid categories in which it specified how its compatibility assessment will be conducted based on article 107(3). In these guidelines, the Commission provided specific compatibility assessment principles. These guidelines include, for example, 'Guidelines on State aid for environmental protection and energy 2014-2020',⁹⁵ 'Guidelines on regional State aid for 2014-2020'.⁹⁶ The reason behind publishing these guidelines is to give clarity as to the compatibility assessment of the Commission.⁹⁷ Actually, these guidelines may be regarded as self-limiting by the Commission's own discretion.⁹⁸ In doing so, the Commission is creating legitimate expectation and therefore cannot, in principle, depart from its guidelines.⁹⁹

While at the beginning there was no consistency between different Commission guidelines, with the modernisation process of state aid control, compatibility assessment principles have been streamlined, and these streamlined principles have been inserted into different Commission guidelines.¹⁰⁰ These assessment principles are: contribution to a well-defined objective of common interest, need for state intervention, appropriateness of the aid measure, incentive effect, proportionality, avoidance of undue negative effects on competition and trade between Member States and transparency.¹⁰¹ It must be noted that if certain aid is not covered in one of the guidelines, the Commission will apply article 107(3) directly for the compatibility assessment.¹⁰² For example, state aid to nuclear concerns is usually assessed directly under article 107(3)(c) as it is not covered in the 'Guidelines on State aid for environmental protection and energy 2014-2020'.

2.3.2. Compatibility Conditions in Article 106(2) of TFEU

In addition to the compatibility conditions set out in article 107(2) and 107(3), another compatibility condition is laid down in article 106(2) which provides that

⁹³ Antonios Bouchagiar, 'The Binding Effects of Guidelines on the Compatibility of State Aid: How Hard is the Commission's Soft Law?' (2017) 8(3) *Journal of European Competition Law & Practice* 157, 157

⁹⁴ *ibid*

⁹⁵ Communication from the Commission — Guidelines on State aid for environmental protection and energy 2014-2020 [2014] OJ C 200/01 (Guideline for environmental protection and energy 2014-2020)

⁹⁶ Guidelines on regional State aid for 2014-2020 Text with EEA relevance [2013] OJ C 209

⁹⁷ Bacon, *European Union Law of State Aid* (n 10) 103

⁹⁸ *ibid* 103

⁹⁹ *ibid* 103-104

¹⁰⁰ Leigh Hancher and others, *EU State Aids* (5th edn, Sweet & Maxwell 2016) para 4-052

¹⁰¹ *ibid*

¹⁰² Bacon, *European Union Law of State Aid* (n 10) 99

undertakings entrusted with services of general economic interest (SGEI) are subject to state aid rules in so far as these rules do not obstruct their performance of services. In this regard, article 106(2) could be seen as a key concept between Member States' rights to pursue their public policy objectives and protection of internal market conditions.¹⁰³ If article 106(2) had not been provided, the state would have been troubled by state aid rules when they tried to pursue public policies through compensating their SGEI entrusted undertakings. Thanks to this article, states can entrust their undertakings with SGEI and compensate their costs accordingly in accordance with the conditions of the article 106(2).

One problem is that services of general economic interest have not been defined precisely and thus determining what constitutes SGEI depends on the wide discretion of Member States.¹⁰⁴ These are generally considered as services which cannot be provided sufficiently in normal market conditions, in other words, which are not profitable for private undertakings.¹⁰⁵ Considering the public interest entrusted to these unprofitable services, states compensate the losses of these undertakings. At this stage, state aid control comes into play for this state compensation and the Commission assesses these compensations under article 106(2).

The Commission has published the SGEI Decision¹⁰⁶ and SGEI Framework¹⁰⁷ by which it explained and clarified how the compatibility assessment under article 106(2) will be made. In the SGEI Decision, SGEI compensations for certain categories and/or under certain amounts are exempted, and thereby there is no need for any authorisation from the Commission.¹⁰⁸ However, if such compensation is not covered by the SGEI Decision, then it must be notified and examined by the Commission under the SGEI Framework.¹⁰⁹

When making its examination under the SGEI Framework, the Commission first checks if there is a genuine and clearly defined SGEI.¹¹⁰ The assessment of the

¹⁰³ Wolf Sauter, 'The Criterion of Advantage in State Aid: Altmark and Services of General Economic Interest' (2014) 3-4 <<https://ssrn.com/abstract=2426230>> accessed 22 August 2020

¹⁰⁴ Jorge Padilla and Urs Haegler, 'Compensation for SGEI: An Economist's Look at the Altmark Test and the Community Framework' in Jacques Derenne and Massimo Merola (eds), *Economic Analysis of State Aid Rules- Contributions and Limits-* (Lexion 2007) 82

¹⁰⁵ Communication from the Commission on the application of the European Union State aid rules to compensation granted for the provision of services of general economic interest Text with EEA relevance [2012] OJ C 8/02 SGEI Communication, paras 47-48

¹⁰⁶ 2012/21/EU: Commission Decision of 20 December 2011 on the application of Article 106(2) of the Treaty on the Functioning of the European Union to State aid in the form of public service compensation granted to certain undertakings entrusted with the operation of services of general economic interest (notified under document C(2011) 9380) Text with EEA relevance [2011] OJ L 7 (SGEI Decision)

¹⁰⁷ Communication from the Commission — European Union framework for State aid in the form of public service compensation (2011) Text with EEA relevance [2012] OJ C 8/03 (SGEI Framework)

¹⁰⁸ SGEI Decision, article 2

¹⁰⁹ SGEI framework, para 7

¹¹⁰ *ibid* para 13

Commission is limited to checking if there is any manifest error in defining the SGEI, that is, if there exists any genuine market failure which requires states to intervene and compensate these undertakings.¹¹¹ Then, the Commission checks if compensation parameters were established beforehand so that compensation does not exceed what is necessary.¹¹² After all, this compensation will be found compatible with state aid rules if compensation for undertaking entrusted with SGEI complies with public procurement rules and other related conditions set out in the Framework.

3. The Nuclear Energy Sector and State Aid

State aid has been given in different forms to the nuclear energy sector.¹¹³ The main reason behind constantly giving state aid to this sector is related to the intrinsic risks of the sector. States, in order to alleviate these risks and promote nuclear development, have been inclined to use different forms of state aids throughout the development of the nuclear energy sector. In that sense, three different risks which affect the sector very deeply can be identified - market risk, construction risk and political risk.¹¹⁴

With respect to market risk, nuclear power plants require very significant investment cost and very low operation cost, therefore they must be operated as much as possible to recover their significant investment costs.¹¹⁵ Thus, nuclear power plants have less flexibility to stop their operation when prices are low, making nuclear power plants very vulnerable to low prices.¹¹⁶ Construction risk is also very high due to the poor track record of construction estimates because most of the nuclear projects have encountered significant cost overruns.¹¹⁷ Lastly, political risk is an important risk factor in nuclear energy sector due to serious controversy regarding its safety perception.¹¹⁸ Even one accident on one side of the world may lead to the closure of plants on the other side, or a successive government may cancel nuclear projects which were executed by its predecessor due to the politically sensitive nature of nuclear energy.¹¹⁹ While these risks, especially political risk, are more or less also valid for other energy sources, a longer operational lifetime ranging from 60 years to 80 years makes these risks more intensified and deterring.¹²⁰

¹¹¹ *ibid*

¹¹² *ibid* paras 21-50

¹¹³ Stephen Tromans, 'State support for nuclear new build' (2019) 12(1) *The Journal of World Energy Law & Business* 36, 36

¹¹⁴ *ibid* 38

¹¹⁵ Steve Thomas, *The Economics of Nuclear Power: An Update* (Publication Series on Economy, Heinrich-Böll-Stiftung 2010) 16

¹¹⁶ Steve Thomas, 'Competitive energy markets and nuclear power: Can we have both, do we want either?' (2010) 38 *Energy Policy* 4903, 4904

¹¹⁷ *ibid*

¹¹⁸ Nicole Robins and Tridevi Chakma, 'State Aid in Energy under the Spotlight' (2016) 15(2) *European State Aid Law Quarterly* 247, 252

¹¹⁹ *ibid* 253

¹²⁰ Catalin Gabriel Stanescu, 'Stabilization Mechanisms for Nuclear Investments vs. Electricity Market Liberalization: The Case of Contract for Difference. Lessons from the United Kingdom and Romania' (2018) 27(6) *European Energy and Environmental Law Review* 223, 223

With the liberalisation of energy markets, all intrinsic risks of the nuclear energy sector have become more evident. Private investors, due to a lack of corresponding hedging instruments, cannot now bear these risks in liberalised markets which significantly increases the need for state aid.¹²¹ For example, while the average operational life of a nuclear plant is about 60 years, price hedging instruments that go beyond 20 years are not available for alleviating related market price risks for nuclear energy.¹²² In order to ease these market risks for private investors, for example, the UK has given state aid through the ‘Contract for Difference Mechanism’ for ensuring revenue stability for private nuclear investors.¹²³

In addition to the various risks of nuclear energy which have increased the need of state aid, market failures caused by imperfect energy market conditions are also important factors behind granting huge amounts of state aids to the nuclear sector. The market is imperfect in terms of securing energy supply in that the value of ensuring the security of a supply is not adequately priced and this brings out problems in competitive energy markets.¹²⁴ In addition, a market fails in terms of incentivising low carbon energy sources as it does not adequately take into account the negative externalities of fossil fuels.¹²⁵ These two market failures affect nuclear energy very badly, as nuclear energy is an important low carbon energy source and it provides security of supply. States, therefore, intervene to correct these failures through granting state aids such as in the form of capacity payments to nuclear power plants.¹²⁶

3.1. Application of State Aid Rules to Nuclear Energy

Application of competition law and, in particular, state aid rules to nuclear energy is a very controversial issue due to the existence of a specific treaty concerning nuclear energy, The Treaty establishing the European Atomic Energy Community Treaty (Euratom Treaty).¹²⁷ The Euratom Treaty is one of the foundational treaties of the European Community and seeks to promote and facilitate the nuclear development within Europe.¹²⁸ According to Article 106a(3) of Euratom, the provisions of TFEU cannot derogate from Euratom, placing the Euratom Treaty in *lex specialis* position with respect to nuclear energy.

¹²¹ Robins and Chakma (n 118) 252

¹²² *ibid*

¹²³ *Support to Hinkley Point C Nuclear Power Station (2014/C 69/06) Commission Decision SA.34947* [2014] OJ C/69, paras 6-48 (Hinkley Decision)

¹²⁴ Thomas, ‘Competitive energy markets and nuclear power’ (n 116) 4906

¹²⁵ Stephen Tromans, ‘Subsidies for Nuclear Power in the UK: Putting the Debate into the Context’ (2014) 11 < https://www.39essex.com/docs/articles/nuclear_power_and_subsidies_january_2014_final.pdf > accessed 22 August 2020

¹²⁶ Thomas, ‘Competitive energy markets and nuclear power’ (n 116) 4906

¹²⁷ Miguel Sousa Ferro, ‘Competition Law and the Nuclear Sector: An EU Outlook’ (2011) 2010(2) Nuclear Law Bulletin 13, 15

¹²⁸ Consolidated version of the Treaty establishing the European Atomic Energy Community [2012] OJ C 327, art 2

However, the Commission has applied state aid rules to nuclear energy when state aid distorts competition.¹²⁹ Considering the fact that Euratom does not contain rules regarding state aid, the application of TFEU will not cause any derogation problem as long as it takes into account the objectives of Euratom. As the decisions of the Commission have mostly not been challenged, the Courts have not been able to find a chance to provide their views on this issue.¹³⁰ But, in the recent Hinkley Point C power plant nuclear state aid case, which was challenged by Austria, the Court has provided its concurring views with the Commission and accepted the application of state aid rules in line with the objectives of Euratom.¹³¹

Beside the consistent case law regarding this issue, it would also be very unwise if the Euratom Treaty had any intention of excluding the applicability of competition rules from the nuclear energy sector. Otherwise, in order to support nuclear development in line with the objectives of Euratom, anti-competitive behaviours, such as state aids might have taken place in the nuclear energy sector and this could distort the competition in the internal market.¹³² Moreover, it must be acknowledged that Article 101 and 102 of the TFEU, provisions regarding anti-competitive agreements and abuse of a dominant position, have also been consistently applied to nuclear energy¹³³ which, therefore, leaves no room for doubt as to the applicability of state aid rules to the nuclear energy sector. Considering the Court's affirmative view in the recent Hinkley judgment and other convincing indicators which leave no doubt for the applicability of state aid rules, it could be expected that state aid rules will continue to be applied to the nuclear energy sector, taking into account the objectives of Euratom.

The second important issue concerning the applicability of state aid rules to nuclear energy concerns the compatibility assessment of nuclear state aids. The Commission, as discussed in section 2.3.1, has published several guidelines in which it laid down some common assessment principles to make its compatibility assessment. In this regard, several energy aid categories have been included in 'Guidelines on State aid for environmental protection and energy 2014-2020' however, nuclear energy is not included in these guidelines. The exclusion of nuclear energy from the guidelines, while it had been included in the Draft guidelines, could be related to the pressures of certain anti-nuclear Member States.¹³⁴ Due to this exclusion, apart from some specific

¹²⁹ *Commission Decision of 4 April 2006 on the State Aid which the United Kingdom is planning to implement for the establishment of the Nuclear Decommissioning Authority* (C(2006) 650) [2006] OJ L 268, para 78 (NDA Decision); *Commission decision of 22 September 2004 on the State aid which the United Kingdom is planning to implement for British Energy plc* (C(2004)3474) [2004] OJ L 142, para 239 (British Energy Decision 2004)

¹³⁰ *Stanescu* (n 120) 228

¹³¹ *Case T-356/15 Republic of Austria v European Commission* [2018] ECLI:EU:T:2018:439, paras 72-78 (General Court Hinkley Judgment)

¹³² *Hancher and Salerno* (n 20) 639

¹³³ *Hancher and Klasse* (n 20) 250

¹³⁴ *Szyszczak*, 'State aid for energy infrastructure and nuclear power projects' (n 17) 28

guidelines which may cover certain nuclear state aids,¹³⁵ compatibility assessment of nuclear state aid is currently made directly according to Article 107(3) of TFEU.

The assessment of nuclear state aid cases directly under article 107(3) due to the exclusion from the guidelines might be considered as a victory for anti-nuclear Member States. It must be stated that if nuclear energy had been included in the guidelines, this would have provided much clarity and relief for states which grant state aid to the nuclear energy sector.¹³⁶ However, the exclusion of nuclear energy from the guidelines brought unexpected outcomes in that as there are no guidelines which bind the discretion of the Commission, the Commission is now making its compatibility assessment in more flexible way. When making its compatibility assessment directly under article 107(3), while it usually adheres to common assessment principles set out in other guidelines,¹³⁷ the Commission may, when needed, use its discretion very broadly.

3.2. Nuclear Energy State Aid Cases

3.2.1. German Reserves for nuclear power station waste management and decommissioning¹³⁸

A group of electricity generation and distribution companies in Germany submitted a letter to the European Commission in which they complained about German Income Tax Act Section 5(1) which had allegedly granted selective advantage to nuclear power plants.¹³⁹ In Germany, companies were required by Commercial Code to constitute contingency reserves in order to cover their future statutory liabilities, if any.¹⁴⁰ In accordance with the provision, nuclear power plant operators constituted reserves for radioactive waste disposal and decommissioning costs due to their duties stemming from the Nuclear Power Act.¹⁴¹ According to Section 5(1), these contingency reserves are exempt from tax.¹⁴² The complainants argued that the tax exemption for contingency reserves was giving selective advantage to nuclear power operators as the amounts reserved in the nuclear sector were huge and disproportionate to other reserves.¹⁴³

¹³⁵ Communication from the Commission — Guidelines on State aid for rescuing and restructuring non-financial undertakings in difficulty [2014] OJ C 249; Commission Communication relating to the methodology for analysing State aid linked to stranded costs [1997] OJ L 27

¹³⁶ Jürgen Kühling and Corinne Ruechardt, 'Nuclear Energy Reloaded – New State Aid for an Old Industry' (2017) 8(9) *Journal of European Competition Law & Practice* 561, 567

¹³⁷ Hancher and Klasse (n 20) 252

¹³⁸ *Germany Reserves for nuclear power station waste management and decommissioning – State aid NN 137/01* [2001] OJ C 77/27 (Germany Reserves Commission Decision)

¹³⁹ *ibid* 1-2

¹⁴⁰ *ibid* 2-3

¹⁴¹ *ibid* 3

¹⁴² *ibid*

¹⁴³ *ibid* 2

The Commission refuted the arguments of the complainants because the Income Tax Act did not give selective advantage to nuclear power plant operators as the tax exemption was open to any undertakings obligated to constitute contingency reserves by law.¹⁴⁴ The huge amounts of nuclear contingency reserves and accompanying significant tax advantages are a corollary of heavy liabilities of the nuclear power sector, and, therefore, any selective advantage accrued to nuclear energy operators is no more than other companies.¹⁴⁵

The complainant appealed against the Commission decision arguing that the German Income Tax Act had given a concealed selective advantage to nuclear power plant operators. The Court of First Instance (CFI), in its judgment,¹⁴⁶ accepted that tax exemption for contingency reserves constituted an advantage for companies as this measure relieved those companies from the burden they would normally have to bear.¹⁴⁷ But, according to the CFI, the measure in question did not meet the selectivity requirement of state aid because all companies were able to benefit from the tax exemption.¹⁴⁸ In line with the Commission, the CFI stressed that the mere fact that nuclear operators received more advantage than others would not entail selectivity.¹⁴⁹ The complainants again appealed to the European Court of Justice (ECJ) to dismiss the judgment of the CFI, but the ECJ dismissed the action due to the lack of standing of the complainants.¹⁵⁰

In this case, the complainants did not sufficiently support their claims of concealed selectivity or de facto selectivity.¹⁵¹ Even if they had supported their claims, they would not have been successful because given that the advantages of nuclear reserves were proportionate to their liabilities, the Commission and the Court naturally declined their claims as to the disproportionate advantage of nuclear operators. If nuclear operators had been able to reserve more than they had to, then this would have given them selective advantage. As stated in one of the previous notices of the Commission,¹⁵² incidental benefits resulting from general measures do not necessarily mean that they are selective, as clearly demonstrated in this case.

¹⁴⁴ *ibid* 6

¹⁴⁵ *ibid*

¹⁴⁶ Case T-92/02 *Stadtwerke Schwäbisch Hall GmbH, Stadtwerke Tübingen GmbH and Stadtwerke Uelzen GmbH v Commission of the European Communities* [2006] ECLI:EU:T:2006:26

¹⁴⁷ *ibid* para 52

¹⁴⁸ *ibid* para 108

¹⁴⁹ *ibid*

¹⁵⁰ Case C-176/06 P *Stadtwerke Schwäbisch Hall GmbH, Stadtwerke Tübingen GmbH and Stadtwerke Uelzen GmbH v Commission of the European Communities* [2007] ECLI:EU:C:2007:730

¹⁵¹ Dietmar O. Reich, 'No Level Playing Field for Nuclear Power Reserves?' (2006) 5(2) *European State Aid Law Quarterly* 445, 448

¹⁵² Commission Notice on the application of the State aid rules to measures relating to direct business taxation [1998] OJ C 384, para 14

3.2.2. British Energy

British Energy plc (BE), which was the operator of certain nuclear power plants in the United Kingdom (UK), after decreasing electricity prices in 2002 due to the increasing competition in the electricity market, started to incur significant losses.¹⁵³ In essence, lower prices affected BE significantly as nuclear power plants are very vulnerable to low prices due to their inflexibility stemming from their cost structure which consists of high investment but low operation cost. In order to keep BE afloat, the UK decided to apply a rescue aid package consisting of credit facilities and a state guarantee for BE 's loans.¹⁵⁴ Then, this rescue package was notified to the Commission for state aid control.

In its assessment, the Commission examined if all the required state aid elements were present. Regarding the advantage element of state aid, the Commission stated that the credit facility granted by the UK was giving a benefit which BE could not have obtained under market conditions given the hardships and financial difficulties it faced.¹⁵⁵ After the assessment, the Commission considered the rescue package to be involving state aid, and started to make its compatibility assessment. As state aid granted to BE was a sort of rescue aid, it was assessed under 'Guidelines on State aid for rescuing and restructuring non-financial undertakings in difficulty'. Having made the assessment under these guidelines, the Commission found the rescue aid subject to some conditions compatible with state aid rules.¹⁵⁶ Accordingly, the UK undertook to inspect the aid and submit restructuring plans of British Energy to the Commission within 6 months.¹⁵⁷

After having received BE's restructuring plan, the Commission commenced the second state aid investigation due to concerns that this restructuring plan might involve state aid. The restructuring plan consisted of 7 different measures and these measures were between BE, the UK Government, and BE creditors, including British Nuclear Fuel Limited (BNFL) which was a publicly owned company.¹⁵⁸ The first restructuring measure was related to the funding of BE nuclear liabilities by the Government.¹⁵⁹ This measure, as it had all the elements of state aid, was deemed as involving state aid, and assessed under the Rescue and Restructuring guidelines and was found compatible. Some other measures between creditors and BE were not found as involving state aid because they were not funded from public resources.¹⁶⁰

¹⁵³ *State Aid NN 101/2002 – United Kingdom Rescue aid to British Energy plc* (C (2002)4480) [2002], 3-4

¹⁵⁴ *ibid* 5-7

¹⁵⁵ *ibid* 9

¹⁵⁶ *ibid* 16

¹⁵⁷ *ibid* 13

¹⁵⁸ *British Energy Decision 2004* (n 29) para 27

¹⁵⁹ *ibid* paras 29-47

¹⁶⁰ *ibid* para 249

Lastly, measures between BE and BNFL in which parties were to renegotiate their contracts necessitated special assessment by the Commission. In line with the settled case law, the Commission did not automatically attribute the acts of the publicly owned undertaking BNFL to the state. The reason for this was that in order to be imputable, there must be some indicators which show that public authorities were actually involved in that act. The fact that BNFL had decided to renegotiate with BE before the UK Government had implemented the restructuring plan, showed that the acts of BNFL were not attributable to the state and therefore did not constitute state aid.¹⁶¹ In sum, only the first restructuring measure of funding BE nuclear liabilities was found to be compatible with state aid.

In terms of showing that some guidelines may still be applicable for some nuclear aid categories, British Energy decisions are important. In addition, the second British Energy decision clearly reiterated the settled case law on imputability of publicly owned undertakings' acts within the nuclear energy sector. The Commission stressed that there had to be some indicators showing the actual influence of public authorities for establishing that a public undertaking's acts are imputable to the state. And most importantly, these two British Energy decisions were important in terms of showing the increasing need of state aid for nuclear energy in competitive energy markets because it was clearly understood by the example of BE that nuclear power plant operators would face heavy burdens in competitive energy markets in the future without state aid. Unsurprisingly, nuclear state aid cases have risen all around Europe with the widening of competitive energy markets.

3.2.3. EDF

The Commission opened a state aid investigation in 2002 to look into advantages which *Électricité de France* (EDF) had been granted through non-payment of corporate tax due.¹⁶² These advantages originated from the restructuring of EDF's balance sheet in 1997, by which some of company's assets were excluded from taxation. France, as a sole shareholder of EDF, argued that this reclassification of taxable assets and ensuing unpaid taxes must be assessed as capital injection to the company.¹⁶³ Therefore, this measure should be assessed as private investment of state in line with the market economy investor principle, not as state aid in the form of a tax waiver. However, the Commission rejected this argument by asserting that states cannot advance the private investor argument when they act within their public prerogative.¹⁶⁴ In other words, according to the Commission, as tax regulation

¹⁶¹ *ibid* para 294

¹⁶² *Commission Decision of 16 December 2003 on the State aid granted by France to EDF and the electricity and gas industries (notified under document number C (2003) 4637)* [2005] OJ L 49, para 3

¹⁶³ *ibid* para 45

¹⁶⁴ *ibid* para 96

is under the exclusive prerogative of the state, the private investor test cannot be applicable, simply because of the absence of comparable private investors in this area. Therefore, the Commission considered the restructuring of the balance sheet which gave selective advantage to EDF as involving incompatible state aid.

The decision of the Commission was appealed by EDF and France and went to the General Court (GC).¹⁶⁵ They argued that the measure under the form of capital injection should be regarded as private investment in line with market conditions.¹⁶⁶ According to them, as this private investment was in line with market conditions, it would consequently prevent the measure from being state aid because of the absence of any advantage for EDF. In its judgment, the GC firstly stated that only commercial activities of state can be compared to private investors, and, thus, the private investor test cannot be applied to the regulatory measures of states.¹⁶⁷ But, for the GC, what is important for distinguishing commercial activities from regulatory measures of state is nature and object of the measure, not its form.¹⁶⁸ Therefore, the GC annulled the Commission decision because of the erroneous formal approach of the Commission in which the Commission categorically excluded the application of the private investor test to regulatory measures of state without looking at the nature and object of the measure. For the GC, the Commission should have applied the private investor test to ascertain if France had behaved as a prudent investor when making these tax adjustments and capital injections.¹⁶⁹

After the annulment of its decision, the Commission appealed the GC's judgment to the Court of Justice of European Union (CJEU).¹⁷⁰ In its judgment, the CJEU firstly clarified the application of the private investor test. According to the CJEU, a Member State which relies on the test must bring verifiable evidence showing that the state had acted as a prudent private investor, before or at the same time taking the investment decision.¹⁷¹ Then, it is for the Commission to make its assessment by looking at the nature and objective of the measure, not at the form of the measure, in order to ascertain if the state had acted in its public capacity or as a shareholder.¹⁷² In the end, the appeal of the Commission was dismissed as the GC had not erred in finding that the private investor test should be applicable even when the state used tax regulations.

¹⁶⁵ Case T-156/04 *Électricité de France (EDF) v European Commission* [2009] ECR II-04503

¹⁶⁶ *ibid* paras 156-194

¹⁶⁷ *ibid* para 224

¹⁶⁸ *ibid* para 229

¹⁶⁹ *ibid* para 249

¹⁷⁰ Case C-124/10 P *European Commission v Électricité de France (EDF)* [2012] ECLI:EU:C: 2012:318

¹⁷¹ *ibid* paras 82-83

¹⁷² *ibid* para 86

After the CJEU upheld the GC's judgment, the Commission made a new extension decision regarding the annulment reasons of its decision.¹⁷³ On this occasion, the Commission applied the private investor test to the tax measure of the state. In doing so, the Commission examined all verifiable evidence submitted by France which could show that the measure had been taken out of private investment motives. However, the Commission could not verify that France acted as a private investor.¹⁷⁴ In the end, this tax measure was found to be incompatible state aid. While EDF appealed this decision, this time it was dismissed on the grounds that the Commission had not erred in applying the private investor test.¹⁷⁵

The insistence of the Commission in the first leg of the process was essentially a reflection of the classic approach in which the role of the state as a public authority and the role of state as a commercial actor are strictly separated.¹⁷⁶ According to the classic approach, it is impossible for the Commission to apply the private investor test within this sphere as taxation is under the sole competence of state. This approach was also defended by the Advocate General due to the legal clarity of this approach.¹⁷⁷ It may also be added that the approach taken by the GC and adopted by the CJEU could increase the workload of the Commission,¹⁷⁸ because, due to this new approach, the Commission would have to apply the private investor test even where states used fiscal measures.

However, it must be acknowledged that this new approach is the natural extension of the functional approach taken by the Courts in state aid control.¹⁷⁹ In that sense, the Court, indeed, had showed its willingness to apply the functional approach in the Ryanair case¹⁸⁰ where the form of the measure was not taken into consideration in applying the private investor test. With the EDF cases, it was decisively confirmed that the form of the state measure was no longer relevant in determining the application of the private investor test. This will likely increase the application of the private investor test in future nuclear state aid cases and this will likely make state aid control more effective in the future.

¹⁷³ *Commission Decision (EU) 2016/154 of 22 July 2015 on State aid SA.13869 (C 68/2002) (ex NN 80/2002) — reclassification as capital of the tax-exempt accounting provisions for the renewal of the high-voltage transmission network (RAG) implemented by France in favour of EDF (notified under document C(2015) 4959)* [2015] OJ L 34

¹⁷⁴ *ibid* para 154

¹⁷⁵ Case T-747/15 *Électricité de France (EDF) v European Commission* [2018] ECLI:EU: T: 2018:6

¹⁷⁶ Szyszczak, 'The Survival of the Market Economic Investor Principle in Liberalised Markets' (n 19) 36

¹⁷⁷ Case C-124/10 P *European Commission v Électricité de France (EDF)* [2011] ECR 2012 -00000, Opinion of Mr Advocate General Mazák, para 77

¹⁷⁸ Sebastien Thomas, 'The EDF judgment of the CJEU in case C-124/10 P: towards a public investor test in EU State aid law?' (European Law Blog 2012) <<https://europeanlawblog.eu/2012/09/18/the-edf-judgment-of-the-cjeu-in-case-c-12410-p-towards-a-public-investor-test-in-eu-state-aid-law/>> accessed 23 August 2020

¹⁷⁹ Szyszczak, 'The Survival of the Market Economic Investor Principle in Liberalised Markets' (n 19) 37

¹⁸⁰ Case T-196/04 *Ryanair Ltd v Commission of the European Communities* [2008] ECR II-03643, para 101

3.2.4. Hinkley Point C

The United Kingdom notified the Commission concerning certain measures with respect to the Hinkley Point C nuclear power plant which was to be built by EDF. These measures consisted of a Contract for Difference (CfD), a state credit guarantee and a secretary of state agreement. According to the CfD, which was an agreement between NNB Generation Company (NNBG) controlled by EDF and state-owned Low Carbon Contracts Company, NNBG would sell its electricity into the market and would receive another payment from the CfD counterparty equivalent to the difference between the market price (reference price) and determined strike price.¹⁸¹ If the strike price was above the reference price, then the difference was to be paid to NNBG.¹⁸² Thanks to this mechanism, NNBG stabilised its revenue and minimised market risks. The second measure was the state credit guarantee by which state would guarantee timely payment of bonds issued by NNBG.¹⁸³ With the last measure, the Secretary of State gave a guarantee to investors that they would be compensated if a nuclear power plant were to close on political grounds and if the CfD counterparty defaulted on compensation payments.¹⁸⁴

Having been notified by the UK, the Commission opened a state aid investigation for these measures. The UK initially defended their argument that these measures did not involving state aid because these measures were provided as compensation for SGEI based on the Altmark criteria.¹⁸⁵ The Commission did not accept this defence because, in order to comply with Altmark, there must be a clearly defined assignment of public service and this must entrust an undertaking with the obligation to provide that service.¹⁸⁶ However, according to the CfD, there was no obligation for NNBG to provide electricity and sell it to the state. After having rejected the SGEI defence, the Commission went on to examine these measures under article 107(1) in terms of whether they involved state aid for NNBG. With respect to the Secretary of State Agreement, EDF and the UK contended that the right to compensation was a general right of private investors when their property rights are breached, therefore this measure did not entail any advantage.¹⁸⁷ However, the Commission explicitly stated that as this special agreement relieved the NNBG investor from spending time and fees by resorting to general compensation mechanisms used by other investors, this would entail an advantage for investors in NNBG.¹⁸⁸ Regarding the credit guarantee, the Commission found that the price paid by NNBG for the guarantee was below

¹⁸¹ *Hinkley Decision* (n 123) paras 6-8

¹⁸² *ibid* para 9

¹⁸³ *ibid* paras 48-49

¹⁸⁴ *ibid* paras 74-75

¹⁸⁵ *ibid*

¹⁸⁶ *ibid* paras 290-291

¹⁸⁷ *ibid* paras 319-320

¹⁸⁸ *ibid* para 322

the market price which would again entail an advantage for NNBG.¹⁸⁹ After all examinations, three UK measures in favour of NNBG were found to involve state aid by the Commission.¹⁹⁰

As nuclear energy is not included in the ‘Guidelines on State aid for environmental protection and energy 2014-2020’, the compatibility assessment of nuclear state aid cases is usually made directly under article 107(3)(c). In its assessment, the Commission firstly stated that state measures which are intended to maintain the current situation or relieves undertakings’ operational costs, namely operating aids, are not, in principle, compatible¹⁹¹ because, only aids which facilitates the development of certain economic activities are allowed under article 107(3)(c). In that sense, while the measures of the UK Government, such as the CfD which stabilised NNBG’s revenue, seemed as if they did involve operating aid, the Commission likened these measures to investment aid because these measures were, in essence, intended to facilitate the investment.¹⁹² In other words, the Commission did not take into consideration the form of aids, instead, their effects were considered.

As a compatibility condition, a measure must pursue objectives of common interest under article 107(3)(c). In this regard, the Commission accepted the promotion of nuclear energy as an objective of common interest taking into consideration the objectives of the Euratom Treaty.¹⁹³ Then, with respect to the other condition of necessity, the Commission investigated the existence of market failures relevant to the nuclear energy sector. In that sense, the Commission pointed out the high upfront costs and long recovery times which make nuclear power plant operators vulnerable to market risks and therefore compelling them to hedge these risks with various financial instruments.¹⁹⁴ In the same vein, the Commission accepted the necessity of CfD type risk hedging instruments for nuclear energy investments given the scarcity of long time hedging instruments.¹⁹⁵ After all of these compatibility assessments, the Commission concluded that any potential distortion of competition of the UK’s measures was limited and offset by their positive effects. Therefore, UK state aid measures were found compatible, and were subject to certain amendments, under article 107(3)(c).¹⁹⁶

¹⁸⁹ *ibid* para 338

¹⁹⁰ *ibid* para 342

¹⁹¹ *ibid* para 344

¹⁹² *ibid* para 346

¹⁹³ *ibid* paras 369-374

¹⁹⁴ *ibid* para 382

¹⁹⁵ *ibid* para 382

¹⁹⁶ *ibid* para 550

After the Commission's affirmative decision, very exceptionally,¹⁹⁷ another Member State, Austria, contested the decision. While Luxemburg supported Austria in this action,¹⁹⁸ other Member States, such as France, Hungary, Poland, and Slovakia intervened in favour of the United Kingdom.¹⁹⁹ Due to the extensive controversy around the case, the GC had to touch upon nearly all aspects of state aid law which, therefore, has made this judgment one of the longest in state aid history. However, there were some important points in the judgment which have put the Hinkley case in a very special position within state aid case law.

Firstly, the GC laid down its view on the applicability of state aid rules to the nuclear energy sector and concluded that the state aid rules are applicable to nuclear energy taking into consideration the objectives of Euratom.²⁰⁰ During the appeal, Austria maintained that promoting nuclear energy cannot be accepted as an objective of common interest, considering the anti-nuclear sentiments of some Member States, therefore it is not possible to find any nuclear state aid which is compatible with article 107(3)(c).²⁰¹ However, the Court made a very important interpretation regarding the phrase 'common' interest, stating that the objective of common interest does not have to be the objective shared by all or the majority of Member States.²⁰² With reference to its previous case law, the Court stated that measures pursuing public interest, not private interest of aid beneficiary, can be deemed as pursuing objective of common interest.²⁰³ With this broad interpretation, the Court has widened the meaning of the objective of common interest. However, this new interpretation is unnecessary for nuclear energy because of the special position of Euratom according to which promoting nuclear energy is already an objective of common interest as accepted by the Commission.

Austria also argued that the Commission's explanations with respect to market failures which made these measures compatible were erroneous.²⁰⁴ Moreover, during the appeal, Austria challenged the Commission's view of accepting these measures as involving investment aid instead of operating aid.²⁰⁵ However, the Court refused these claims and upheld the Commission's decision, stating that the compatibility assessment under article 107(3)(c) does not necessarily require finding a market

¹⁹⁷ Leigh Hancher, 'State Aid to the Nuclear Power Sector: The General Court's Ruling on the UK Reactor at Hinkley Point C' (2018) OGEL, 5 <<https://www.sipotra.it/wp-content/uploads/2019/02/State-Aid-to-the-Nuclear-Power-Sector-The-General-Courts-Ruling-on-the-UK-Reactor-at-Hinkley-Point-C.pdf>> accessed 23 August 2020

¹⁹⁸ *General Court Hinkley Judgment* (n 131), 1

¹⁹⁹ *ibid* 1-2

²⁰⁰ *ibid* para 78

²⁰¹ *ibid* para 69

²⁰² *ibid* para 84

²⁰³ *ibid* para 86

²⁰⁴ *ibid* para 147

²⁰⁵ *ibid* para 576

failure²⁰⁶ nor does it necessarily exclude operating aid.²⁰⁷ This is because, as the Court explained, these are requirements specified only in the guidelines but article 107(3)(c) does not necessarily require the existence of market failure or there being investment aid in order to find nuclear state aid compatible.²⁰⁸ The Court's here clearly supported the flexibility of the Commission when making its nuclear state aids compatibility assessment directly under article 107(3)(c) instead of under the guidelines.

Considering the positive decision and the judgment, it could be expected that this case, which allows the granting of huge amounts of state aids, will be a precedent for other states planning to use state aid to further their nuclear development policies. Also, this case has clearly demonstrated how the Commission and the Court appreciated the very specific risks of the nuclear sector and accordingly behaved leniently with respect to state aid measures to the nuclear energy sector. Even though any nuclear state aid case is assessed on its basis as there is not one specific guideline for nuclear energy, in light of the previous cases and Hinkley, it is very clearly seen that nuclear energy cases are treated differently by the Commission and the Courts. This lenient treatment will likely remain as long as the Euratom Treaty and market failures and risks for the nuclear energy sector exist.

3.2.5. The Paks II Nuclear Power Station²⁰⁹

Hungary planned to finance the construction of new nuclear power units which would be owned and operated by the state owned Paks II company.²¹⁰ In response, the Commission started a state aid investigation into the financing of this nuclear power construction. Hungary mainly defended the non-existence of aid regarding its financing measures and claimed that it acted as a private investor and sought to make profit from this investment.²¹¹ The private investor test, or market economy investor principle (MEIP), is a recognised principle which examines whether or not a private investor would have invested under the same conditions in which the state invested.²¹² For a private investor, basically, the internal rate of return (IRR) of the project must be higher than the weighted average cost of capital (WACC) of the project.²¹³ If the IRR is higher than the WACC, then it can be accepted that a private investor would have invested in the project. In accordance with this test, Hungary asserted that the IRR was higher than the WACC and accordingly, this measure

²⁰⁶ *ibid* para 150

²⁰⁷ *ibid* para 583

²⁰⁸ *ibid* para 151

²⁰⁹ *Commission Decision (EU) 2017/2112 of 6 March 2017 on the measure/aid scheme/State aid SA.38454 (C/2017/1486) [2017] OJ L 317 (Hungary Paks II Decision)*

²¹⁰ *ibid* para 52

²¹¹ *ibid*

²¹² *ibid* para 53

²¹³ *ibid* para 54

would not give any advantage to Paks II and this would prevent the measure from being state aid.²¹⁴

However, the Commission decided to calculate its own estimation with respect to the IRR and WACC in order to make sure that a private investor would have invested under the same conditions. In doing so, the Commission took an important step²¹⁵ and provided a range of benchmarks instead of providing exact figures for the IRR or WACC due to the inherent uncertainty of the nuclear energy sector.²¹⁶ Based on its own calculations, the Commission concluded that the expected internal return of the project was not higher than the capital cost of the project and therefore a private investor would not have invested under these conditions.²¹⁷ As the measure of state aid did not pass the private investor test, this meant that the measure gave an advantage to Paks II. Having established the advantage element and other required elements of state aid, the state measure to finance the construction of new nuclear units was deemed as involving state aid. However, the Commission made its compatibility assessment under article 107(3) and found this measure compatible as the objectives of the measure outweighed the potential distortions of the competition.²¹⁸

The Court had widened the scope of application of private investor test in the earlier EDF judgment, and with this Paks II decision, the Commission clarified how to apply this test especially for the nuclear energy sector so that it could give more accurate results. Moreover, this case showed the possibility that states may be involved in the construction of new nuclear power plants as a private investor under market conditions. Therefore, it is likely that states planning to build their own nuclear plant will bring the private investor test argument more frequently in the future in order to avoid state aid control of the Commission.

4. Conclusion

This research is based on the premises that state aid cases to nuclear energy have increased significantly within the last decade and in parallel to this increase, controversy about state aid being granted to the nuclear energy sector has soared. In addition to this popularity, the existence of the special treaty, Euratom, exclusion of nuclear energy from the ‘Guidelines on State aid for environmental protection and energy 2014-2020’ and the numerous risks and market failures related to the nuclear energy sector distinguish nuclear state aid cases from other energy state aid cases. Given its distinctness and increasing importance, the intention of this research was to

²¹⁴ *ibid*

²¹⁵ Adina Claiici and Norbert Maier, ‘State Aid for Electricity in Hungary - New Insights into the MEIP Test’ (2019) 2019 Eur St Aid LQ 76, 82-83

²¹⁶ *Hungary Paks II Decision* (n 209) para 206

²¹⁷ *ibid* paras 261-262

²¹⁸ *ibid* para 391

focus on the relationship between state aid and the nuclear energy sector and analyse prominent nuclear state aid cases. In this research, it was asked what the relationship between state aid and nuclear is, how nuclear energy state aid cases have been dealt with and how does the case law provide an outlook for the future.

With the Germany Contingency Reserves case, the content of selectivity, one of the main requirements of establishing state aid, was clarified. It was explicitly reiterated that the fact that an undertaking gets more benefit incidentally than other undertakings, thanks to the state measure, which is applied equally to all undertakings, does not necessarily make concerning state measure selective. Accordingly, it was settled that the important thing which prevents state measures from being selective is to set equal criteria for undertakings to benefit from state measures instead of dealing with them as if all undertakings equally benefited from the state measure.

In the British Energy decisions, it was clearly understood that there is an increasing need for state aid to nuclear power plants as energy markets become more competitive. It has been understood that low prices and lack of financial instruments which could hedge market risks for a long time could expose nuclear power plant operators to unbearable challenges, as happened to British Energy. After the British Energy decisions, as expected, numbers of nuclear state aid cases have soared due to the rises in the various risks stemming from increasingly competitive energy market conditions.

The most important advancement of state aid law was achieved thanks to the long EDF cases by which the scope of the private investor test was widened. After the EDF cases, it was settled that, even if a state measure were a regulatory measure, the Commission would have to investigate if the private investor test were applicable. In other words, the Commission will have to look at the effect of the measure, not its form. In the same vein, after the EDF cases, the Commission made a very important decision in Hungary Paks II as to the content of the private investor test and showed how the private investor test should be applied within nuclear energy state aid cases, taking into consideration the uncertainties of the nuclear energy sector in order to attain more accurate results. Thanks to these important cases which clarified and developed the private investor test, it might be expected that states will be more likely to participate in works in the nuclear energy sector more often as a private investor and they could frequently use the private investor test in order to prove that their investments do not give any advantage.

When it comes to the most controversial case of nuclear state aid history, the Hinkley case, the main discussions were around the separation of investment and operating aid. While the state measures for Hinkley, such as the CfD, at first glance, seemed like operating aid, the Commission decided to look deep inside and then

accepted these measures as if they were investment aid. As these state measures were accepted as investment aid, they were found compatible with state aid rules. It has to be accepted that the Commission's effect-based stance is a very important advancement within case law, and it is likely to encourage other states to use different state aid mechanisms similar to the CfD in order to minimise risks for private investors.

Considering all of the above, it could be concluded that the issue of the application of state aid rules to the nuclear energy sector is mostly settled and that nuclear state aids will continue to be controlled under state aid rules, taking into account the objectives of the Euratom Treaty. It might be expected that numbers of nuclear state aid cases will likely continue to increase as energy markets become more competitive. However, it is patently clear that the intrinsic risks in the nuclear energy sector and related market failures stemming from imperfect market conditions are keenly appreciated by the Commission and the Courts, and nuclear power sector cases are treated more leniently in line with these conditions. This sends a very clear message that the lenient approach of the Commission and the Courts toward nuclear state aid cases will continue as long as market failures and the Euratom treaty exist and in this regard, the absence of guidelines for nuclear energy, while it seems like a disadvantage, will ensure the needed flexibility of the Commission when making its state aid assessments in nuclear state aid cases.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

Grant Support: The author declared that this study has received no financial support.

Bibliography/Bibliyografya

Primary Sources

Cases

- Case C-124/10 P. *European Commission v Électricité de France (EDF)* [2012] ECLI:EU:C:2012:318.
- Case T-356/15 *Republic of Austria v European Commission* [2018] ECLI:EU: T: 2018:439
- Case 30/59 *De Gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg v High Authority of the European Coal and Steel Community* [1961] ECR 1
- Case C-83/98 P *French Republic v Ladbroke Racing Ltd and Commission of the European Communities* [2000] EU:C:2000: 248
- Case 173-73 *Italian Republic v Commission of the European Communities* [1974] ECR 709
- Case C-379/98 *Preussen Elektra AG v Schleswag AG* [2001] ECR I-2159
- Case C-482/99 *French Republic v Commission of the European Communities* [2002] ECR 2002 I-04397
- Case T-358/94 *Compagnie Nationale Air France v Commission of the European Communities* [1996] ECR II-02109
- Case C-241/94 *French Republic v Commission of the European Communities* [1996] ECR I-04551
- Case C-487/06 P *British Aggregates Association v Commission of the European Communities and United Kingdom* [2008] ECR I-10515
- Joined Cases C-78/08 to C-80/08 *Ministero dell'Economia e delle Finanze and Others v Paint Graphos Soc. coop. arl and Others* [2011] ECR I-07611
- Case C-88/03 *Portuguese Republic v Commission of the European Communities* [2006] ECR I-07115
- C-39/94 *Syndicat français de l'Express international (SFEI) and others v La Poste and others* [1996] ECR I-3547
- Case T-288/97 *Regione Friuli Venezia Giulia v Commission of the European Communities* [2001] ECR II-01169
- Cases 730/79 *Philip Morris Holland BV v Commission of the European Communities* [1980] ECR-02671
- Joined cases T-447/93, T-448/93 and T-449/93 *Associazione Italiana Tecnico Economica del Cemento and British Cement Association and Blue Circle Industries plc and Castle Cement Ltd and The Rugby Goup plc and Titan Cement Company SA v Commission of the European Communities* [1995] II-01971
- Case T-214/95 *Het Vlaamse Gewest (Flemish Region) v Commission of the European Communities* [1998] II-00717
- Case C-351/98 *Kingdom of Spain v Commission of the European Communities* [2002] I-08031
- Case T-101/18 *Action brought on 21 February 2018 — Austria v Commission* [2018] OJ C 152
- Case T-92/02 *Stadtwerke Schwäbisch Hall GmbH, Stadtwerke Tübingen GmbH and Stadtwerke Uelzen GmbH v Commission of the European Communities* [2006] ECLI:EU:T:2006:26
- Case C-176/06 P *Stadtwerke Schwäbisch Hall GmbH, Stadtwerke Tübingen GmbH and Stadtwerke Uelzen GmbH v Commission of the European Communities* [2007] ECLI:EU:C:2007:730
- Case T-156/04 *Électricité de France (EDF) v European Commission* [2009] ECR II-04503

- Case T-196/04 *Ryanair Ltd v Commission of the European Communities* [2008] ECR II-03643
- Case T-747/15 *Électricité de France (EDF) v European Commission* [2018] ECLI:EU: T: 2018:6
- Case C-124/10 P *European Commission v Électricité de France (EDF)* [2011] ECR 2012 -00000, Opinion of Mr Advocate General Mazák
- Commission Decision (EU) 2016/154 of 22 July 2015 on State aid SA.13869 (C 68/2002) (ex NN 80/2002) — reclassification as capital of the tax-exempt accounting provisions for the renewal of the high-voltage transmission network (RAG) implemented by France in favour of EDF (notified under document C(2015) 4959)* [2015] OJ L 34
- Commission Decision (EU) 2017/2112 of 6 March 2017 on the measure/aid scheme/State aid SA.38454 (C/2017/1486)* [2017] OJ L 317
- Commission Decision of 16 December 2003 on the State aid granted by France to EDF and the electricity and gas industries (notified under document number C (2003) 4637)* [2005] OJ L 49
- Germany Reserves for nuclear power station waste management and decommissioning – State aid NN 137/01* [2001] OJ C 77/27
- State Aid NN 101/2002 – United Kingdom Rescue aid to British Energy plc* (C (2002)4480) [2002]
- Support to Hinkley Point C Nuclear Power Station (2014/C 69/06) Commission Decision SA.34947* [2014] OJ C/69
- Commission Decision of 4 April 2006 on the State Aid which the United Kingdom is planning to implement for the establishment of the Nuclear Decommissioning Authority* (C(2006) 650) [2006] OJ L 268
- Commission decision of 22 September 2004 on the State aid which the United Kingdom is planning to implement for British Energy plc* (C(2004)3474) [2004] OJ L 142

Legislations

- Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union [2012] OJ C 326
- Consolidated version of the Treaty establishing the European Atomic Energy Community [2012] OJ C 327
- Commission Notice on the notion of State aid as referred to in Article 107(1) of the Treaty on the Functioning of the European Union [2016] OJ C 262
- Commission Regulation (EU) No 1407/2013 of 18 December 2013 on the application of Articles 107 and 108 of the Treaty on the Functioning of the European Union to de minimis aid Text with EEA relevance [2013] OJ L 352
- Communication from the Commission — Guidelines on State aid for environmental protection and energy 2014-2020 [2014] OJ C 200/01 (Guideline for environmental protection and energy 2014-2020)
- Guidelines on regional State aid for 2014-2020 Text with EEA relevance [2013] OJ C 209
- Communication from the Commission on the application of the European Union State aid rules to compensation granted for the provision of services of general economic interest Text with EEA relevance [2012] OJ C 8/02 SGEI Communication
- 2012/21/EU: Commission Decision of 20 December 2011 on the application of Article 106(2) of the Treaty on the Functioning of the European Union to State aid in the form of public service compensation granted to certain undertakings entrusted with the operation of services of general economic interest (notified under document C(2011) 9380) Text with EEA relevance [2011] OJ L 7

Communication from the Commission — European Union framework for State aid in the form of public service compensation (2011) Text with EEA relevance [2012] OJ C 8/03

Communication from the Commission — Guidelines on State aid for rescuing and restructuring non-financial undertakings in difficulty [2014] OJ C 249

Commission Communication relating to the methodology for analysing State aid linked to stranded costs [1997] OJ L 27

Commission Notice on the application of the State aid rules to measures relating to direct business taxation [1998] OJ C 384

Secondary Sources

Books

Anchustegui H I and Bergqvist C, 'The role of State aid law in energy' in Tina Hunters and others (eds), *Handbook of Energy Law* (Routledge 2020)

Bacon K, *European Union Law of State Aid* (3rd edn, Oxford University Press 2017)

Bartosch A, 'The Concept of Selectivity' in Erika Szyzszak (ed), *Research Handbook on European State Aid Law* (Edward Elgar 2011)

Biondi A and Righini E, 'An Evolutionary Theory of State Aid Control' in Damian Chalmers and Anthony Arnull (eds), *The Oxford Handbook of European Union Law* (Oxford University Press 2015)

Biondi A and Stefan O, 'The Notice on the Notion of State Aid: Every Light Has Its Shadow' in Bruno Nascimbene and Alessia Di Pascale (eds), *The Modernisation of State Aid for Economic and Social Development* (Studies in European Economic Law and Regulation 14, Springer 2018)

Caoimh O A and Sauter W, 'Criterion of Advantage' in Herwig C H Hofmann and Claire Micheau (eds), *State Aid Law of the European Union* (Oxford University Press 2016)

Graham C, *EU and UK Competition Law* (2nd edn, Pearson 2010)

Hancher L and Klasse M, 'Aid to Nuclear and Coal' in Leigh Hancher and others (eds), *State Aid and the Energy Sector* (Bloomsbury 2018)

Hancher L and others, *EU State Aids* (5th edn, Sweet & Maxwell 2016)

Hancher L and Salerno F, 'Coal and Nuclear Aid' in Christopher Jones (ed), *EU Energy Law, Volume II: Competition Law and Energy Markets* (5th edn, Claeys & Casteels 2019)

López P J J, *The Concept of State Aid Under EU Law: From internal market to competition and beyond* (Oxford University Press 2015)

Nykiel-Mateo A and Wiemann J, 'Selectivity' in Nicola Pesaresi and others (eds), *EU Competition Law* (Volume 4 Book 1, 2nd edn, Claeys Casteels 2016)

Orzan F M, 'De Jure Compatible Aid under Article 107(2) TFEU in Herwig C H Hofmann and Claire Micheau (eds), *State Aid Law of the European Union* (Oxford University Press 2016)

Padilla J and Haegler U, 'Compensation for SGEI: An Economist's Look at the Altmark Test and the Community Framework' in Jacques Derenne and Massimo Merola (eds), *Economic Analysis of State Aid Rules- Contributions and Limits-* (Lexxion 2007)

Petersen F C, *Award of Public Contracts as a Means to Conferring State Aid: A Legal Analysis of the Interface Between Public Procurement Law and State Aid Law* (PhD series Number 10.2018, Copenhagen Business School 2018)

Schoning F and Ziegler C, 'What is State Aid?' in Leigh Hancher and others (eds), *State Aid and the Energy Sector* (Bloomsbury 2018)

- Slot J P, 'EU State Aids Law' in Dennis Patterson and Anna Södersten (eds), *A Companion to European Union Law and International Law* (Wiley 2016)
- Szyszczyk E, 'Criterion of State Origin' in Herwig C H Hofmann and Claire Micheau (eds), *State Aid Law of the European Union* (Oxford University Press 2016)
- Thomas S, *The Economics of Nuclear Power: An Update* (Publication Series on Economy, Heinrich-Böll-Stiftung 2010)
- Whish R and Bailey D, *Competition Law* (8th edn, Oxford University Press 2015)

Journal Articles

- Bacon K, 'State Aids and General Measures' (1997) 17(1) Yearbook of European Law 269
- Biondi A, 'Some Reflections on the Notion of "State Resources" in European Community State Aid Law' (2006) 30 Fordham Int'l L.J. 1426
- Bouchagiar A, 'The Binding Effects of Guidelines on the Compatibility of State Aid: How Hard is the Commission's Soft Law?' (2017) 8(3) Journal of European Competition Law & Practice 157
- Claici A and Maier N, 'State Aid for Electricity in Hungary - New Insights into the MEIP Test' (2019) 2019 Eur St Aid LQ 76
- Clayton M and Catalan S J M, 'The Notion of State Resources: So Near and yet So Far' (2015) 14(2) European State Aid Law Quarterly 260
- Cornella S, 'The Market Economy Investor Principle to Evaluate State Aid: Latest Developments and New Perspectives' (2015) 22 Maastricht J Eur & Comp L 553
- Ferro S M, 'Competition Law and the Nuclear Sector: An EU Outlook' (2011) 2010(2) Nuclear Law Bulletin 13
- Kühling J and Ruechardt C, 'Nuclear Energy Reloaded – New State Aid for an Old Industry' (2017) 8(9) Journal of European Competition Law & Practice 561
- Prek M and Lefèvre S, 'The Requirement of Selectivity in the Recent Case-Law of the Court of Justice' (2012) 11(2) European State Aid Law Quarterly 335
- Reich O D, 'No Level Playing Field for Nuclear Power Reserves?' (2006) 5(2) European State Aid Law Quarterly 445
- Robins N and Chakma T, 'State Aid in Energy under the Spotlight' (2016) 15(2) European State Aid Law Quarterly 247
- Stanescu G C, 'Stabilization Mechanisms for Nuclear Investments vs. Electricity Market Liberalization: The Case of Contract for Difference. Lessons from the United Kingdom and Romania' (2018) 27(6) European Energy and Environmental Law Review 223
- Szyszczyk E, 'The Survival of the Market Economic Investor Principle in Liberalised Markets' (2011) 10(1) European State Aid Law Quarterly 35
- Szyszczyk E, 'State aid for energy infrastructure and nuclear power projects' (2015) 16 ERA Forum 25
- Thomas S, 'Competitive energy markets and nuclear power: Can we have both, do we want either?' (2010) 38 Energy Policy 4903
- Tromans S, 'State support for nuclear new build' (2019) 12(1) The Journal of World Energy Law & Business 36

Online Sources

- European Commission, 'State Aid Scoreboard 2019' <https://ec.europa.eu/competition/state_aid/scoreboard/state_aid_scoreboard_2019.pdf> accessed 19 August 2020

Hancher L, 'State Aid to the Nuclear Power Sector: The General Court's Ruling on the UK Reactor at Hinkley Point C' (2018) OGEL <www.sipotra.it/wp-content/uploads/2019/02/State-Aid-to-the-Nuclear-Power-Sector-The-General-Courts-Ruling-on-the-UK-Reactor-at-Hinkley-Point-C.pdf> accessed 23 August 2020

Karim R Md, 'The EU Market Economy Investor Principle: A Good Paradigm?' (2014) <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2498873> accessed 21 August 2020

Sauter W, 'The Criterion of Advantage in State Aid: Altmark and Services of General Economic Interest' (2014) <<https://ssrn.com/abstract=2426230>> accessed 22 August 2020

Thomas S, 'The EDF judgment of the CJEU in case C-124/10 P: towards a public investor test in EU State aid law?' (European Law Blog 2012) <<https://europeanlawblog.eu/2012/09/18/the-edf-judgment-of-the-cjeu-in-case-c-12410-p-towards-a-public-investor-test-in-eu-state-aid-law/>> accessed 23 August 2020

Tromans S, 'Subsidies for Nuclear Power in the UK: Putting the Debate into the Context' (2014) <https://www.39essex.com/docs/articles/nuclear_power_and_subsidies_january_2014_final.pdf> accessed 22 August 2020



İstanbul Hukuk Mecmuası

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Başvuru: 15.02.2021
Revizyon Talebi: 23.08.2021
Son Revizyon: 21.10.2021
Kabul: 21.10.2021

Türkiye ile Avrupa Birliği Arasında Doğu Akdeniz Meselesine İlişkin Güncel Siyasi Gelişmeler ve Meselenin Uluslararası Hukuk Boyutu

Tülay Yıldırım Mat^{*}, Miray Azaklı Köse^{**}, Merve İspirli Armağan^{***}

Öz

Doğu Akdeniz meselesi son dönemde Türkiye'nin uluslararası ilişkilerindeki en önemli sorunlardan biri haline gelmiştir. Doğu Akdeniz'de Türkiye ve Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti'ne karşı Yunanistan ve Güney Kıbrıs Rum Yönetimi bloğu arasında yaşanan gelişmeler, bölgede kıyasıya bulunan diğer devletlerle birlikte Avrupa Birliği ülkeleri için de oldukça önemli bir hâle gelmiştir. Bu makalede Doğu Akdeniz meselesinin hukuki ve siyasi temel sebeplerine değinilmiş ve meseleye ilişkin Türkiye ile Avrupa Birliği arasındaki güncel siyasi gelişmeler irdelenmiştir. Deniz yetki alanlarının esas olarak devletler arasında akdedilecek anlaşmalar ile belirlenmesi prensibi, Doğu Akdeniz'e kıyasıya olan devletleri bir antlaşma akdetme yarışına sokmuştur. Ancak bu antlaşmalar neticesinde ortaya çıkan tablo, Doğu Akdeniz'de birbiri ile çakışan deniz yetki alanlarının oluştuğunu göstermektedir. Türkiye, Güney Kıbrıs Rum Yönetimi'nin Kıbrıs Cumhuriyeti sıfatıyla diğer devletlerle yaptığı anlaşmaları hükümsüz kabul ettiğini ifade etmektedir. Türkiye'nin 2019'da Libya ile akdetmiş olduğu deniz yetki alanlarının sınırlandırılmasına ilişkin antlaşma ile belirlenen sınır ise Yunanistan'ın iddia ettiği münhasır ekonomik bölgede yer almaktadır. Diğer yandan Doğu Akdeniz konusunda Yunanistan'dan taraf olan Avrupa Birliği, Türkiye'ye karşı sert yaptırımların uygulanmasını dile getirmektedir. Avrupa Birliği'nin bu tavır müzakerelerin yürütülmesini ve elde edilecek sonucun içeriğini etkileyebilecek niteliktedir. Belirtmek gerekir ki, hem Güney Kıbrıs Rum Yönetimi hem de Yunanistan'ın taraf olduğu bu uyuşmazlıkta problemin özünü deniz yetki alanlarının sınırlandırılmasında adalara nasıl bir etki tanınacağı sorusu oluşturmaktadır. Bu noktada adaların da deniz yetki alanlarının sınırlandırılmasında hakça ilkelere tâbi olduğu açıktır. Bu nedenle makalenin son kısmında söz konusu somut uyuşmazlık özelinde hangi ilkelerin gündeme gelebileceği incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler

Doğu Akdeniz, Avrupa Birliği, Kıbrıs, Deniz Yetki Alanlarının Sınırlandırılması, Münhasır Ekonomik Bölge, Kıta Sahaneliği

Current Political Developments Between Turkey and the European Union in the Eastern Mediterranean Conflict and Its International Law Aspect

Abstract

The Eastern Mediterranean conflict has recently become one of the major issues regarding international relations of Turkey. Developments between Turkey-the Northern Republic of Cyprus bloc and Greece-the Greek Administration of Southern Cyprus (TGASC) bloc, have become a significant subject both for the coastal states of the Eastern Mediterranean region and the member states of the European Union (EU). Focusing on the use of international agreements as the primary means of delimitating the maritime zones has brought about a fevered rush among Eastern Mediterranean coastal states seeking to conclude agreements as quickly as possible. The evidence after the conclusion of the agreements indicates that there may well be overlapping maritime zones in the region. Turkey has announced that the agreements concluded

* Sorumlu Yazar: Tülay Yıldırım Mat (Doç.Dr.), İstanbul Medeniyet Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye. E-posta: tulay.yildirim@medeniyet.edu.tr ORCID: 0000-0002-3035-9693

** Miray Azaklı Köse (Dr.), İstanbul Medeniyet Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye. E-posta: miray.kose@medeniyet.edu.tr ORCID: 0000-0002-9723-8618

*** Merve İspirli Armağan (Arş. Gör.), İstanbul Medeniyet Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Uluslar Arası Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye. E-posta: merve.ispirli@medeniyet.edu.tr ORCID: 0000-0002-4928-5321

Atf: Yıldırım Mat T, Azaklı Kose M, İspirli Armağan M, "Türkiye ile Avrupa Birliği Arasında Doğu Akdeniz Meselesine İlişkin Güncel Siyasi Gelişmeler ve Meselenin Uluslararası Hukuk Boyutu" (2021) 79(3) İstanbul Hukuk Mecmuası 1067. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2021.79.3.5211>



between TGASC under the name of the Republic of Cyprus and certain other states have been deemed invalid by Turkey. This article will analyze the primary legal and political reasons for this Eastern Mediterranean conflict as well as current political developments between Turkey and the EU on the subject.

Moreover, the boundaries determined by the agreement on the delimitation of the maritime zones between Turkey and Libya concluded in 2019 are located in the exclusive economic zone claimed by Greece. The EU has announced strict economic and political sanctions against Turkey, siding with Greece. This EU attitude may affect the negotiations and outcome. Given that TGASC and Greece are parties to the dispute, the core of the problem is to what extent islands will affect the delimitation of the maritime zones. At this point, equitable principles should and are applicable also to the islands. Finally, the ultimate principles that will apply to the dispute in question are discussed in the final section of the article.

Keywords

Eastern Mediterranean, The European Union, Cyprus, The Delimitation of The Maritime Zones, Exclusive Economic Zone, Continental Shelf

Extended Summary

Disputes regarding the delimitation of maritime zones in the Eastern Mediterranean have a long history because they do not refer to a purely legal problem. First, the status of the Greek Administration of Southern Cyprus and its presentation and acceptance as the sole representative of the island in the international domain has been subject to objections from Turkey for many years. Because the Turkish Republic of Northern Cyprus and its maritime borders have not been respected and recognized by, such as Greece and the European Union, a purely legal solution to the problem has not been easily discernible. Therefore, the delimitation of maritime zones between Turkey and Cyprus has continued to be a multifaced problem with both political and legal dimensions. Furthermore, as of 2003, while the Greek Administration of Southern Cyprus rapidly began to conclude bilateral agreements on the delimitation of maritime zones with certain coastal Mediterranean states, Turkey had concluded an agreement with the Turkish Republic of Northern Cyprus in 2011 and an agreement with Libya in 2019. In the meantime, both the Turkish Republic of Northern Cyprus and the Greek Administration of Southern Cyprus granted exploration and exploitation licenses to certain companies. Drilling activities by Turkey's TPAO's based on these licenses in Northern Cyprus have drawn adverse reactions from Greece and the European Union particularly and raised the tension between these various parties.

According to international law, the delimitation of the exclusive economic zone and continental shelf is solely a matter between the coastal states. However, the European Union has nonetheless become a party to the dispute. Because Greece and Southern Cyprus have become members of the European Union from in 1981 and 2004, respectively, the Aegean Sea and Cyprus have become a part of the borders of the Union. The candidate status of Turkey for the membership in the Union has been recognized from 1999. Because candidate states must comply with the principle of the peaceful settlement of border disputes or give consent to the jurisdiction of the

International Court of Justice (ICJ) for the same, the European Union has taken part in this ongoing Eastern Mediterranean conflict. Therefore, following the analysis of the reasons for the conflict between Turkey, Greece, and Southern Cyprus, the effects of that dispute on the relationship between Turkey and the European Union will be briefly discussed in this article.

It is well-known that Turkey and Greece have a long-standing history of problems regarding the delimitation of maritime zones in the Aegean Sea and the Eastern Mediterranean. The three primary elements of the Turkish–Greek maritime disputes can be summarized as follows: 1) Disagreement on the breadth of Greek territorial waters and the ownership of certain islands or isles in the Aegean Sea; 2) the extent of the two states’ exclusive economic zones and continental shelves in the eastern Mediterranean; and 3) the continuing Cyprus crisis discussed earlier.

The international law concepts of exclusive economic zone and the continental shelf grants certain privileges concerning the exploration and exploitation of energy resources to coastal states. Therefore, the delimitation of these maritime zones represents a significant national economic interest on the part of these states. At the same time, it is considered a matter of sovereignty and national independence by those same states. International law rules regarding delimitation are far from clear and concrete. They are based on the principle of equitable solution and the negotiation and conclusion of international agreements. Greece claims a full exclusive economic zone of 200 nautical miles to its easternmost islands in Eastern Mediterranean; Southern Cyprus similarly claims an exclusive economic zone of 200 nautical miles despite being very close to the southern coast of Turkey. In summary, the extent of maritime zones of the islands has become the most critical element of the dispute. The 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea in Article 121 states the following: “*the territorial sea, the contiguous zone, the exclusive economic zone and the continental shelf of an island are determined in accordance with the provisions of this Convention applicable to other land territory.*” Accordingly, islands are subject to the principle of the equitable solution without any question.

The concept of equity has been analyzed and explained by the ICJ case law and has not, overall, consisted of *numerus clausus* criteria. However, constructing a provisional equidistance line seems the first step, and adjusting this line according to relevant circumstances should then form the second step. Finally, according to the case-law of the ICJ, validating that the line thus adjusted would not lead to an inequitable result by comparing the ratio of coastal lengths with the ratio of relevant maritime areas is necessary. In the case of Serpents’ Island, the island’s location in the area of delimitation has been considered by the ICJ. The court decided that it should not affect the delimitation other than that stemming from the role of the

12-nautical-mile arc of the island's own territorial sea. As with Serpents' Island, certain easternmost Greek islands, such as Crete and Rhodes, lying alone and far from the mainland, are not one of a cluster of fringe islands constituting "the coast" of Greece. Therefore, it would be inappropriate to consider those islands to construct a provisional equidistance line between the coasts of Turkey and Greece.

Türkiye ile Avrupa Birliği Arasında Doğu Akdeniz Meselesine İlişkin Güncel Siyasi Gelişmeler ve Meselenin Uluslararası Hukuk Boyutu

I. Doğu Akdeniz Meselesinin Arka Planı

A. Doğu Akdeniz'in Stratejik Önemi

Doğu Akdeniz, tarihte de günümüzde de coğrafi konumu gereği stratejik açıdan önemli bir bölge olmuştur. Arap Yarımadası, Orta Doğu ve Avrupa ülkelerini birbirine bağlaması bakımından ticaret için önemli bir geçiş güzergâhı teşkil etmiş ve Süveyş Kanalı'nın açılması sonrası Avrupa ve Uzak Doğu arasında âdeta kestirme bir yol olarak kullanılmıştır.¹ Ayrıca askeri bakımdan da oldukça stratejik bir bölge olması hasebiyle pek çok ülke bu bölgede bir askeri üs edinme çabası içinde olmuştur.² Ticari ve askeri öneminin yanı sıra, barındırdığı doğal kaynak rezervleri açısından da Doğu Akdeniz paylaşılabilen bir bölge olmuştur. ABD Jeolojik Araştırmalar Merkezi'nin 2010 yılında yaptığı iki farklı çalışmada, Levant havzasında 1,7 milyar varil petrol, 3,5 tcm doğal gaz, Nil deltasında ise 1,8 milyar varil petrol ve 6,3 tcm doğal gaz bulunduğu tahmin edilmektedir.³ 2009 yılı sonrasındaki 10 yıl içerisinde bölgede keşfedilen petrol ve doğalgaz miktarı ise 2500 bcm olarak saptanmıştır.⁴ Son on yılda keşfedilen miktarlarla birlikte hâlen arama yapılan bölgelerin mevcudiyeti de göz önünde bulundurulduğunda, dünya petrol ve doğalgaz kaynaklarının çok önemli bir kısmının Doğu Akdeniz'de bulunması olasılığı ortaya çıkmıştır. Bu durum, son zamanlarda bölgede yaşanan siyasi gerilimin sebebinin de bir yönüyle ortaya çıkarmaktadır.

Doğu Akdeniz'de kıyası bulunan devletler bakımından keşfedilen hidrokarbon kaynaklarının önemi hak sahibi olmaları bakımından büyüktür. Fakat bölgedeki deniz yetki alanlarının sınırlandırılması noktasındaki uyuşmazlıklar, hidrokarbon kaynakları üzerindeki haklarını da etkilediğinden, keşifler arttıkça bölgedeki sınırlar da daha önemli bir hâl almış ve uyuşmazlıkları tetiklemiştir. Deniz yetki alanlarının sınırlandırılması bakımından problemlerin çözülmesi hâlinde keşfi yapılan hidrokarbon kaynakları üzerindeki hak sahipliği problemi de çözülecektir. Fakat sınırları ihtilafli birden fazla bölge bulunmaktadır. Türkiye bakımından bu bölgelerin başında Kıbrıs ve çevresi gelmektedir. KKTC'nin devlet olarak tanınmamasının bir sonucu olarak deniz yetki alanlarının da tanınmaması ve GKRY'nin adanın tek egemen devleti gibi tasarruflarda bulunması ihtilafı beslemektedir. Ayrıca Yunanistan'ın

¹ Süveyş Kanalı'nın açılması ile Avrupa ve Uzakdoğu arasındaki rota, yaklaşık 7000 deniz mili kadar kısalmıştır. Bkz. Cihat Yayıncı, 'Doğu Akdeniz'de Deniz Yetki Alanlarının Paylaşılması Sorunu ve Türkiye' (2012) 4 Bilge Strateji 1, 4

² İslam Safa Kaya, 'Uluslararası Deniz Hukuku Çerçevesinde Doğu Akdeniz'deki Petrol Ve Doğalgaz Kaynakları ile Türkiye'nin Hukuki Konumu' (PhD, Kırıkkale Üniversitesi 2014) 142 ; Yayıncı (n 1) 6

³ Sohbet Karbuz, 'Doğu Akdeniz'de ne Kadar Doğal Gaz Var?' (2019) No.12 Bilkent Enerji Notları, < <https://drive.google.com/open?id=1DLMx9kmHcB2P2cTz73jp7yEmooehSDj9> > Erişim tarihi 22 Kasım 2020.

⁴ ibid 3; Ana Stanic ve Sohbet Karbuz, 'The Challenges Facing Eastern Mediterranean Gas and How International Law Can Help Overcome Them' (2020) Journal of Energy & Natural Resources Law <<https://doi.org/10.1080/02646811.2020.1816739>> Erişim tarihi 22 Kasım 2020.

uluslararası hukuka aykırı biçimde adaları ileri sürerek deniz yetki alanlarını arttırma politikası, Türkiye ile arasındaki deniz yetki alanlarının sınırlandırılması konusunda hâlen süregelen çözümsüz bir problem yaratmıştır.

B. Kıbrıs Meselesi

Doğu Akdeniz'deki politik gerilimin en önemli sebeplerinden biri de Kıbrıs meselesidir. 1923 yılı öncesinde adada fiilen hâkimiyeti süren İngiltere, Lozan Barış Antlaşması ile bu durumu resmileştirmiştir.⁵ 1923 yılında başlayan İngiltere hâkimiyetinden Kıbrıs Cumhuriyeti'nin kuruluşuna kadar geçen süre zarfında, adadaki Rumlar Yunanistan ile birleşme amacını ifade eden Enosis emeli etrafında silahlanarak örgütlenmiş, Türkler ise adanın taksimi hususunda ısrar etmiş ve haklarını savunmuşlardır.⁶ Bu süreçte her iki taraftan çok sayıda sivil yer değiştirmek zorunda kalmıştır.⁷ Adadaki hayatı birçok yönden felç eden çatışmaların yaygınlaşması sonucu barış için girişimlerinde bulunulmuş ve 1959'da Türkiye, Yunanistan ve İngiltere'nin de katıldığı görüşmeler sonucu 19 Şubat 1959'da Londra'da Zürih ve Londra Antlaşmaları olarak bilinen, Kıbrıs Cumhuriyeti'ni kuran antlaşma ile birlikte Garanti ve İttifak Antlaşmaları imzalanmıştır.⁸ Türkiye, Yunanistan ve İngiltere, Kıbrıs'ın kurucu antlaşması ile birlikte garanti antlaşmasında garantör devletler sıfatıyla imzacı olmuşlardır.⁹ Antlaşmaların imzalanması öncesinde Kıbrıs meselesinin Birleşmiş Milletler (BM) gündemine taşınması için Yunanistan tarafından 1954 yılında girişimlerde bulunulmuşsa da, konunun gündeme alınması Kıbrıs Cumhuriyeti'nin kurulması ve BM'ye üye olması sonrasında, 1964 yılında gerçekleşmiştir.¹⁰ Fakat, çözüm için taraflarca somut adımlar atılmamış ve BM tarafından sunulan çözüm önerileri de sonuç vermemiştir.

Kıbrıs Cumhuriyeti'nin kurulmasıyla Enosis ve taksim emelleri rafa kaldırılarak tek bir devlet çatısı altında, Türkçe ve Rumca resmi dil kabul edilerek, her iki tarafın aynı anayasaya tâbi biçimde birlikte yaşaması öngörülmüşse de taraflar arasındaki ihtilaf varlığını sürdürmüştür.¹¹ Rum kesimi tarafından Londra ve Zürih Antlaşmaları ve ortak anayasa hükümlerinde öngörülen siyasi eşitlik ilkesine aykırı biçimde adadaki Türk nüfus aleyhine politikalar izlenmeye başlanmış; taraflar arasındaki tansiyon tekrar yükselmiştir. 1963 yılında Rum kanadının lideri olan Makarios,

⁵ Bahadır Bumin Özarslan, 'Uluslararası Hukuk ve Avrupa Birliği Hukuku Açısından Kıbrıs Sorunu' (PhD, Dokuz Eylül Üniversitesi 2006) 9; Müge Vatansever, 'Kıbrıs Sorununun Tarihi Gelişimi' (2010) 12 Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1497.

⁶ Harry Tzimitras ve Mete Hatay, 'The Need For Realism: Solving The Cyprus Problem Through Linkage Politics' (2016) Turkey Project Policy Paper 9 <https://www.brookings.edu/wp-content/uploads/2016/10/turkey_20161005_cyprus_problem.pdf> Erişim tarihi 23 Kasım 2020.

⁷ ibid.

⁸ Özarslan (n 5) 10.

⁹ Antlaşma metinleri için bkz. 'Kıbrıs' <<http://www.mfa.gov.tr/kibris.tr.mfa>> Erişim tarihi 23 Kasım 2020.

¹⁰ Hasan Duran, 'BM ve AB Çerçevesinde Kıbrıs Sorununa Güncel Bir Bakış' (2008) 21 Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi 119.

¹¹ ibid 122.

Kıbrıs Cumhuriyeti’ni kuran Zürih ve Londra Antlaşmalarının her ikisini de tek taraflı olarak feshettiğini açıklamıştır.¹² Açıklama sonrasında EOKA örgütü tarafından Kıbrıs Türklerine karşı başlatılan silahlı saldırılar tarihe Kanlı Noel olarak geçmiştir. Bu olaylar üzerine Türkiye’nin girişimleri sonucunda BM, 4 Mart 1964 tarih ve 186 sayılı kararı ile bölgeye barış gücü askerlerini konuşlandırmıştır.¹³

1974 Temmuz ayında Rum lider Makarios’un darbe sonucu devrilmesi sonrası Türkiye, adanın bağımsızlığından duyduğu endişe sebebiyle ve Türklerin emniyetini sağlama amacıyla, garanti antlaşmasından aldığı yetkiye dayanarak ilk askeri müdahalesinde bulunmuştur.¹⁴ Ağustos ayında Türkiye’nin ikinci müdahalesi gerçekleşmiş, sonrasında ada ikiye bölünmüş ve Türkler kuzeyde kalmıştır. İlerleyen süreçte Türkiye’den bölgeye önemli bir nüfus göçü yaşanmış ve ayrıca adanın güneyinde kalan Türkler de mübadele yoluyla Kuzey’e getirilmişlerdir.¹⁵ Bu taksimin ardından 1983 yılında Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti (KKTC) bağımsızlık ilan etmişse de yalnızca Türkiye tarafından bir devlet olarak tanınmıştır. Zira bağımsızlık deklarasyonu sonrasında BM Güvenlik Konseyi derhâl toplanıp duruma ilişkin 541 nolu kararı alarak deklarasyonun 1960 yılı antlaşmalarını ihlal eder nitelikte olduğunu ve dolayısıyla geçersiz olduğunu, böyle bir devlet kurma çabasının durumu ancak daha da kötüleştireceğini dile getirmiştir.¹⁶ BM’nin Rum kesimi lehine tavrını açıkça belli etmesi, KKTC’nin uluslararası toplum nezdinde haklarını savunurken daha zayıf bir konuma düşmesine sebep olmakla birlikte, Güney Kıbrıs Rum Yönetimi’nin (GKRY) konumunu güçlendirmiştir. Nitekim GKRY, 541 sayılı karar sonrasında adanın tamamında egemenlik iddia etmeye devam etmiş ve KKTC’nin aksine, birçok devlet tarafından da tanınmıştır. Ayrıca 1990 yılında adanın tek egemen devleti iddiasıyla Avrupa Birliği (AB) üyeliği için başvuru yapmıştır. AB, GKRY’nin birliğe kabulü için adada siyasi bir çözümün gerektiğini belirtmişse de bu çözüm 2004 yılına kadar sağlanamazsa GKRY’nin AB üyeliğine kabul edileceğini açıklamıştır.¹⁷ Bu açıklama sonrası adadaki siyasi çözüm arayışı alevlenmiş ve 2002 yılında dönemin BM Genel Sekreteri Kofi Annan tarafından hazırlanan “Annan Planı” tarafların incelemesine sunulmuştur. Plan taraflarca müzakere edildikten sonra referandum yapılmış, Rum kesimi çoğunluk üzere planı reddederken, Türk tarafı çoğunlukla onaylamıştır. Rum kesiminin planı reddetmesi adadaki durumu daha kötü bir hâle getirmiş ve dünya liderleri referandum sonucundan ötürü duydukları hayal kırıklığını tepki olarak dile getirmişlerdir.¹⁸

¹² Özarslan (n 5) 11.

¹³ BM Güvenlik Konseyi’nin 186 nolu kararı (4 Mart 1964) UN Doc S/RES/186.

¹⁴ Bu müdahalenin antlaşmadan alınan yetkiyle yapıldığı I. Cenevre Konferansı’nda da dile getirilmiştir. Bkz. Özarslan (n 5) 12.

¹⁵ ibid.

¹⁶ BM Güvenlik Konseyi’nin 541 nolu kararı (18 Kasım 1983) UN Doc S/RES/541.

¹⁷ Duran (n 10) 128.

¹⁸ ‘What the world said after referanda?’ (2004) < <http://www.mfa.gov.tr/what-the-world-said-after-the-referanda.en.mfa>> Erişim tarihi 31 Ocak 2021.

GKRY, 1 Mayıs 2004 tarihinde Kıbrıs adasının tamamını temsilen AB üyeliğine de kabul edilmiştir. Böylelikle KKTC, AB üyesi devletlerce de yok sayılmıştır. Türkiye'nin buna karşılık yaptığı açıklamada şu ifadeler yer almıştır;

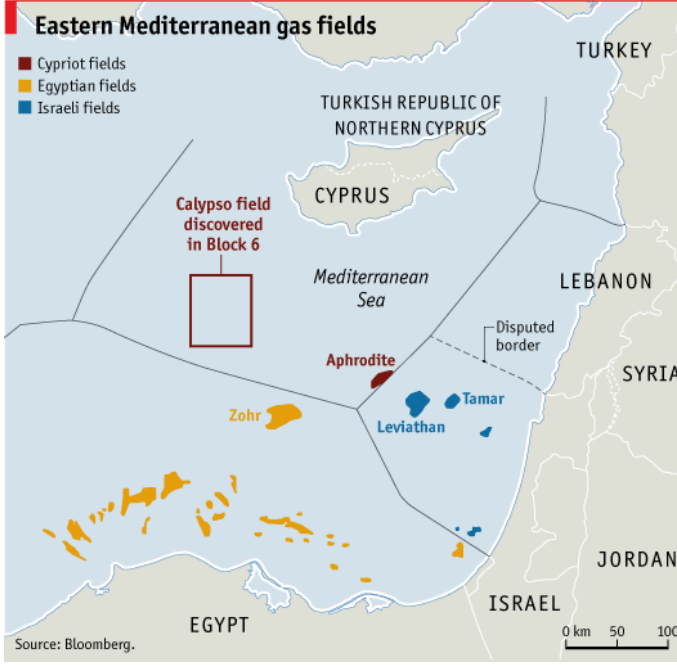
“1 Mayıs 2004 tarihinde AB'ye katılacak olan Rumlar, Kıbrıs Türklerini veya Kıbrıs'ın tamamını temsil etmeye yetkili olmadıkları gibi, eşit statüye sahip Kıbrıs Türkleri veya Kıbrıs Adası'nın tamamı üzerinde yetki veya egemenlikleri de bulunmamaktadır. “Kıbrıs Cumhuriyeti” Kıbrıs Türklerine zorla empoze edilemez. Kendi anayasal düzenleri altında ve kendi sınırları içerisinde örgütlenmiş bulunan Rumlar, Kıbrıs Türklerini veya Kıbrıs'ın tamamını temsil eden yasal hükümet olarak kabul edilemez.”¹⁹

Kıbrıs'ta Güney ve Kuzey'de hâlihazırda iki farklı devlet varlığını sürdürüyor olsa da GKRY'nin AB ve BM tarafından tanınıyor olmasına karşın KKTC'nin yalnızca Türkiye tarafından tanınması ve BM desteğinden de yoksun olması, Doğu Akdeniz krizinde savunmasız kalmasına sebep olmaktadır. Zira GKRY uluslararası toplum nezdinde hukuken bir devlet olarak tanınmasının yanı sıra Kıbrıs'ta meşru tek egemen olarak kabul edilmesinden aldığı güçle deniz yetki alanlarının sınırlandırılması hususunda da KKTC'yi yok saymakta ve adanın tamamının deniz yetki alanlarında hak iddia etmektedir.

C. Deniz Yetki Alanlarına İlişkin İhtilaflar ve Enerji Kaynaklarının Tasarrufu

Doğu Akdeniz'de hâlihazırda keşfedilmiş önemli hidrokarbon kaynakları, Nil deltası ve Levant havzasında bulunmaktadır. Mısır'ın yetki alanı içinde bulunan Zohr, İsrail'in deniz yetki alanları içerisinde kalan Leviathan, Tamar ve GKRY ile Türkiye arasındaki ihtilaflı bölgede yer alan Afrodit bölgelerinde ağırlıklı olarak doğal gaz rezervlerinin yanı sıra petrol rezervleri de bulunmaktadır.

¹⁹ ‘TC Dışişleri Bakanlığı'nın GKRY'nin AB Üyeliği ile ilgili Açıklaması’ (1 Mayıs 2004) <http://www.mfa.gov.tr/tc-disisleri-bakanligi_nin-gkry_nin-ab-uyeligi-ile-ilgili-aciklamasi_1-mayis-2004_tr.mfa> Erişim tarihi 23 Kasım 2020.



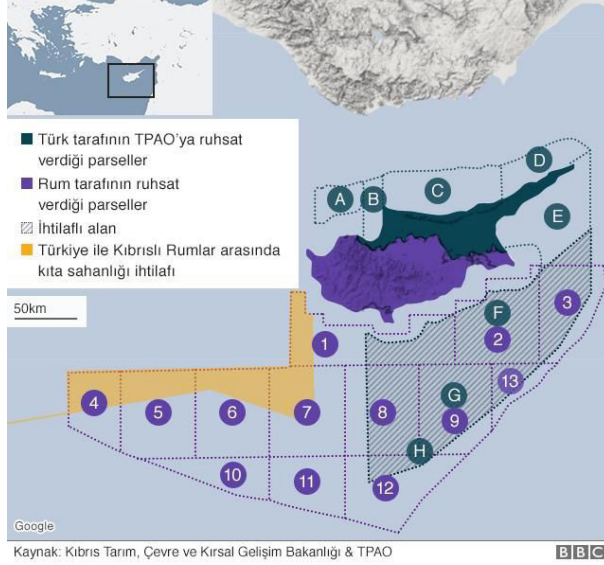
Şekil 1. Doğu Akdeniz’de bulunan Hidrokarbon rezervleri

Kaynak: The Economist, ‘Egypt holds keys to East Mediterranean gas’ (2018) <https://www.eiu.com/industry/article/1466463730/egypt-holds-keys-to-east-mediterranean-gas/2018-02-23>
Erişim tarihi 25 Kasım 2020.

Bölgedeki enerji kaynakları konusunda yaşanan krizlerin temelinde de devletlerin deniz yetki alanlarının sınırları konusundaki belirsizlikler ve anlaşmazlıklar yatmaktadır.²⁰ Bu anlaşmazlıklar bölgede varlığı tahmin edilen hidrokarbon kaynaklarının keşfi ve sondaj faaliyetlerini zorlaştırdığından, ekonomi de olumsuz etkilenmektedir. Yakın zamanda Türkiye’nin kendi kıta sahanlığı ve KKTC’nin Türkiye Petrolleri Anonim Ortaklığı’na (TPAO) ruhsat verdiği araştırma bölgelerine gönderdiği sondaj gemilerinin faaliyetleri de Yunanistan ve GKRY’nin muhalefetinden ötürü tansiyonun yükselmesine sebep olmuştur. Bölgedeki temel problem deniz yetki alanlarının belirlenmesi olduğundan, öncelikle bu hususa değinmek yerinde olacaktır.

²⁰ Stanic ve Karbuş (n 4) 20.

Doğu Akdeniz'deki ihtilafli parseller



Şekil 2. Sondaj çalışmalarına konu olan KKTC ve GKRY arasındaki ihtilafli bölge

Kaynak: BBC 'Doğu Akdeniz: Kıbrıs açıklarında doğalgaz arama krizi nasıl başladı, hangi ülke ne istiyor?' (2019) <https://www.bbc.com/turkce/haberler-dunya-48225246> erişim tarihi 25 Kasım 2020.



Şekil 3. Yunanistan ve GKRY'nin Muhalefet Ettiği Deniz Alanları

Kaynak: https://im.haberturk.com/2011/09/23/ver1317214041/672328_3190ffc4ab74718d5e6b2243727ea500.jpg Erişim tarihi 25 Kasım 2020.

Görseller üzerinde işaretli alanlardan da anlaşılabilirliği üzere, Türkiye'nin Doğu Akdeniz'de bulunan deniz yetki alanlarının bir kısmı, Yunanistan ve GKRY muhalefeti ile karşı karşıyadır. Yunanistan, adaları sebep göstererek maksimalist bir yaklaşımla deniz yetki alanlarını genişletme yönünde bir politika izlerken; GKRY de KKTC'yi yok sayarak adanın tümüne egemenmişçesine deniz yetki alanları üzerinde tasarrufta bulunmakta ve ayrıca KKTC'den bağımsız olarak Türkiye ile çakışan alanlar üzerinde hak iddia etmektedir. Bilindiği üzere, Türkiye ve Yunanistan arasında deniz yetki alanlarına ilişkin anlaşmazlık yeni değildir. Fakat Doğu Akdeniz'de hidrokarbon rezervlerinin keşfedilmesi sonrasında bölgenin önem kazandığı ve dolayısıyla deniz yetki alanları konusundaki anlaşmazlıkların daha karmaşık bir problem hâline geldiği söylenebilecektir. Bölgede ilk keşifler, 2009-2010 yıllarında İsrail'in münhasır ekonomik bölgesi içinde kalan Tamar ve Leviathan bölgelerinde yapılmıştır.²¹ 2011'de ise GKRY'nin iddia ettiği münhasır ekonomik bölgesi içinde kalan Afrodit bölgesinde hidrokarbon rezervleri keşfedilmiştir.²² Bu keşifle birlikte Türkiye ile Yunanistan ve GKRY bloğu arasındaki gerginlik de giderek artmıştır.

GKRY, deniz yetki alanlarının belirlenmesi hususunda ilk hamlesini, 2003 yılında Mısır ile münhasır ekonomik bölge (MEB) alanlarının sınırlandırılmasına ilişkin antlaşma imzalayarak yapmıştır.²³ Bir yıl sonra AB üyeliğine kabulü arifesinde 2003 yılından itibaren geçerli olmak üzere MEB ilan etmiştir.²⁴ Daha sonra 2007 yılında Lübnan ile, 2010 yılında ise İsrail ile MEB sınırlama antlaşmaları yapmıştır.²⁵ Suriye ile henüz bir antlaşma yapmış olmasa da, 2001 yılında birtakım müzakerelere başladığı bilinmektedir.²⁶ Nitekim yakın zamanda GKRY'nin Suriye'deki diplomatik misyonunun tekrar faaliyete geçeceği gündeme gelmiştir.²⁷

²¹ Faruk Can, 'Doğu Akdeniz'de Ne Kadar Doğal Gaz Var?' (Euronews, 31. 12. 2019) <<https://tr.euronews.com/2019/12/31/dogu-akdeniz-ne-kadar-dogal-gaz-rezervi-var-en-buyuk-payi-hangi-ulkeler-alacak>> Erişim tarihi 26 Kasım 2020.

²² GKRY, AB'ye üye olarak kabul edilmesinin kısa bir süre öncesinde MEB ilan etmiştir. Afrodit bölgesi de ilan edilen MEB alanı içerisinde yer almaktadır. Bkz. 'A Law to Provide for the Proclamation of the Exclusive Economic Zone By Republic of Cyprus' (2 Nisan 2004) <https://www.un.org/Depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/PDFFILES/cyp_2004_eez_proclamation.pdf> Erişim tarihi 27 Kasım 2020.

²³ Antlaşma Metni için bkz. 'Agreement Between The Republic of Cyprus and the Arab Republic of Egypt on the Delimitation of the Exclusive Economic Zone' (UN, 2003) <<https://www.un.org/Depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/PDFFILES/TREATIES/EGY-CYP2003EZ.pdf>> Erişim tarihi 27 Kasım 2020.

²⁴ 'A Law To Provide The Proclamation Of The Exclusive Economic Zone By Republic Of Cyprus' (2004) <https://www.un.org/Depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/PDFFILES/cyp_2004_eez_proclamation.pdf> Erişim tarihi 27 Kasım 2020.

²⁵ Lübnan ile yapılan antlaşma Lübnan iç hukukunda onaylanmamıştır. İsrail ile yapılan antlaşma metni için bkz. 'Agreement Between The Government of the State of Israel and the Government of the Republic of Cyprus on the Delimitation of the Exclusive Economic Zone' (UN, 2010) <https://www.un.org/Depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/PDFFILES/TREATIES/cyp_isr_eez_2010.pdf> Erişim Tarihi 27 Kasım 2020.

²⁶ Yayıncı (n 1) 17, Fuat Aksu, "Doğu Akdeniz Deniz Yetki Alanları Sorunu ve Türkiye-AB İlişkileri", in Sertaç Hami Başerem (eds), *Doğu Akdeniz'de Hukuk ve Siyaset*, (A.Ü. SBF Yay., 2013) 163, Ömer Lütfi Taşçıoğlu, "GKRY'nin Münhasır Ekonomik Bölge Anlaşmaları ve Petrol ve Doğal Gaz Arama Çalışmaları" (2018) 4 Social Sciences Studies Journal 5699.

²⁷ Giorgio Cafiero, 'Why is Greece mending relations with Assad?' (Middle East Eye, 5 Ağustos 2020) <<https://www.middleeasteye.net/opinion/greece-syria-assad-mending-relations-turkey-threat>> Erişim tarihi 26 Kasım 2020. , Paul Antonopoulos, 'Cyprus is reopening relations with Syria' (Greek City Times, 13 Mayıs 2020) <<https://greekcitytimes.com/2020/05/13/cyprus-is-reopening-relations-with-syria>> Erişim Tarihi 26 Kasım 2020.

Bu gelişmelerle birlikte 2007 yılında önceden ilan ettiği MEB’i parsellere ayırarak araştırma sahaları oluşturmuş, sonrasında başvuru almaya başlamış ve Afrodit bölgesini de içeren 12 numaralı sahadaki araştırma hakları Noble Energy şirketince satın alınmıştır.²⁸ Noble Energy, bölgedeki sondaj faaliyetlerini gerçekleştirmek üzere İsrail menşeli Delek Group Şirketi ile ortaklık kurmuş, sondaj faaliyetlerinin Türkiye’nin müdahalesinden korunması için de GKRY ve İsrail arasında birtakım anlaşmalar yapılmıştır. Bu anlaşmalar çerçevesinde İsrail’in GKRY’den askeri üst talep ettiği bilinmektedir.²⁹

Doğu Akdeniz’de Türkiye bakımından gerginliği tırmandıran diğer bir olay, 2015 yılında AB Ortak Çıkar Projeleri arasına dahil edilen EastMed boru hattı projesidir.³⁰ Doğu Akdeniz’de GKRY ve İsrail’in yetki alanları içerisinde kalan bölgelerden çıkarılan doğal gazın Yunanistan ve İtalya üzerinden Avrupa’ya taşınmasını ve böylece enerji ihracatında Türkiye’den bağımsız politikalar izlenebilmesini sağlamayı amaçlayan bu projenin temelleri 2015 yılında atılmış, 2020 yılı başında da hükümetler nezdinde Atina’da imzalanan sözleşme ile resmileştirilmiştir.³¹

Türkiye’nin Doğu Akdeniz’deki hakları aleyhine atılan adımlar ve 2011 yılında GKRY tarafından adanın güneyinde sondaj çalışmalarına başlanması sebebiyle, Türkiye ve KKTC arasında 21 Eylül 2011 tarihinde kıta sahanlığı sınırlandırma antlaşması imzalanmıştır.³² Antlaşmanın amacının bölgede sondaj çalışmalarına başlamak olduğu bakanlıkça açıklanmıştır.³³ Nitekim ilerleyen süreçte Türkiye, denizlerde sismik araştırma yapmak ve sondaj faaliyetleri yürütmek amacıyla 2012 yılında Barbaros Hayrettin Paşa, 2017 yılında MTA Oruç Reis sismik araştırma gemilerini, 2017 ve sonrasında ise Fatih, Yavuz ve Kanuni sondaj gemilerini TPAO envanterine katmıştır.³⁴ Bu süreçte GKRY ise Total, Exxon Mobil, ENI gibi dünya devi petrol şirketlerine deniz yetki alanlarında toplamda 9 parsel üzerinde arama ve sondaj yapmak üzere ruhsat vermiştir.³⁵ TPAO ise Türkiye ve KKTC arasında yapılan antlaşma sonrası KKTC’den 7 adet deniz, 2 adet kara ruhsat alanı

²⁸ Yaycı (n 1) 18.

²⁹ Taşçıoğlu (n 26) 5700.

³⁰ ‘Eastmed’ (2020) <<http://www.igi-poseidon.com/en/eastmed>> Erişim Tarihi 28 Kasım 2020.

³¹ Angeliki Koutantou, ‘Greece, Israel, Cyprus sign EastMed gas pipeline deal’ (Reuters, 2 Ocak 2020) <https://www.reuters.com/article/us-greece-cyprus-israel-pipeline-idUSKBN1Z10R5> Erişim tarihi 28 Kasım 2020.

³² ‘Türkiye Cumhuriyeti ile Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Arasında Akdeniz’de Kıta Sahanlığı Sınırlandırılması Hakkında Anlaşmanın Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun’ (12.07.2012) <<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2012/07/20120712-3.htm>> Erişim tarihi 26 Kasım 2020.

³³ ‘Türkiye – KKTC Kıta Sahanlığı Sınırlandırma Anlaşması İmzalanmasına İlişkin Dışişleri Bakanlığı Basın Açıklaması’ (21 Eylül 2011) <http://www.mfa.gov.tr/no_-216_-21-eylul-2011-turkiye-_kktc-kita-sahanligi-sinirlandirma-anlasmasi-imzalanmasına-iliskin-disisleri-bakanligi-basin-ac_.tr.mfa> Erişim tarihi 26 Kasım 2020.

³⁴ Murat Temizer, ‘Türkiye’nin Denizlerdeki Enerji Filosu’ (AA, 22 Ağustos 2020) <<https://www.aa.com.tr/tr/ekonomi/turkiyenin-denizlerdeki-enerji-filosu/1949802>> Erişim tarihi 26 Kasım 2020.

³⁵ ‘Granted Licences’ <http://www.mcit.gov.cy/mcit/hydrocarbon.nsf/page16_en/page16_en?OpenDocument> Erişim tarihi 27 Kasım 2020.

almış ve sondaj faaliyetlerine başlamıştır.³⁶ 2013 yılında Barbaros Hayrettin Paşa ile başlayan sismik araştırma faaliyetleri, filoya eklenen diğer gemilerle birlikte giderek hızlanmış GKRY'nin muhalefeti ile bölgede tansiyonu yükseltmiştir. 2019 yılında GKRY tarafından BM'ye gönderilen mektupta, KKTC'nin bir devlet niteliği taşımadığı dolayısıyla adanın deniz yetki alanlarında hak sahibi olmadığı ve buna bağlı olarak da arama ruhsatı veremeyeceği, bu sebeple de bu ruhsatlara dayalı sondaj faaliyetlerinin hukuk dışı olduğu ileri sürülmüştür.³⁷ Ayrıca Türkiye'nin kendi kıta sahanlığı ile GKRY'nin ilan ettiği MEB alanlarının çakışma hâlinde olduğu ve Şekil 2 üzerinde görülebilecek olan 7 numaralı blokta Yavuz gemisinin yaptığı sondaj çalışmaları da GKRY tarafından başka bir mektupta hukuk dışı olarak nitelenerek BM'ye bildirilmiştir.³⁸

Türkiye, 2011 yılına kadar Doğu Akdeniz'de herhangi bir devletle deniz yetki alanlarının sınırlandırılmasına ilişkin bir antlaşma yapmamış, 2011'de KKTC ile yaptığı anlaşmadan 8 yıl sonra 27 Kasım 2019'da Libya'da BM tarafından da tanınan Ulusal Mutabakat Hükümeti ile Akdeniz'de Deniz Yetki Alanlarının Sınırlandırılmasına İlişkin Mutabakat Muhtırası'nı imzalamıştır.³⁹ Bu antlaşma, mutabakat muhtırası olarak anılsa da, hukuki niteliği bir uluslararası antlaşmadır ve nitekim BM tarafından da tescil edilmiştir.⁴⁰

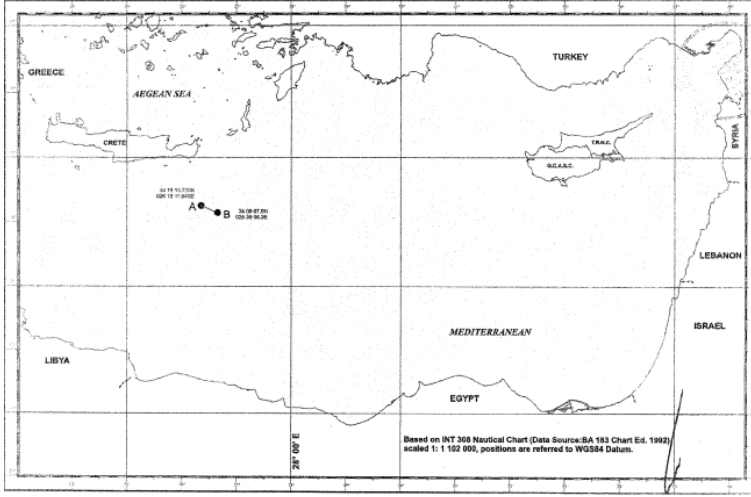
³⁶ ,KKTC' (TPAO) <<https://www.tpao.gov.tr/kktc>> Erişim tarihi 27 Kasım 2020.

³⁷ 'Letter dated 11 July 2019 from the Chargé d'affaires a.i. of the Permanent Mission of Cyprus to the United Nations addressed to the Secretary-General' Doc. A/73/944 (United Nations 2019) <<https://undocs.org/en/A/73/944>> Erişim tarihi 28 Kasım 2020.

³⁸ 'Letter dated 13 November 2019 from the Permanent Representative of Cyprus to the United Nations addressed to the Secretary-General' Doc. A/74/549 (United Nations 2019) <<https://undocs.org/A/74/549>> Erişim tarihi 28 Kasım 2020.

³⁹ 'Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Libya Devleti Ulusal Mutabakat Hükümeti Arasında Akdeniz'de Deniz Yetki Alanlarının Sınırlandırılmasına İlişkin Mutabakat Muhtırası' (Resmi Gazete, 7 Aralık 2019) <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2019/12/20191207-3.pdf> Erişim tarihi 28 Kasım 2020.

⁴⁰ Cüneyt Yüksel ve Deniz Baran, 'Uluslararası Hukukta Doğu Akdeniz Krizi ve Türkiye ile Libya Arasındaki Deniz Yetki Alanlarını Sınırlandırma Mutabakatının Değerlendirilmesi' (2020) 40(1) PPIL <https://doi.org/10.26650/ppil.2020.40.1.0019> Erişim tarihi 28 Kasım 2020. ; 'Certificate of Registration' (UN, 11 Aralık 2019) <<https://treaties.un.org/doc/Treaties/2019/12/20191211%2002-58%20PM/Other%20Documents/COR-Reg-56119-Sr-69975.pdf>> Erişim tarihi 28 Kasım 2020.



Şekil 4. Türkiye ile Libya arasında yapılan antlaşma ile belirlenen sınır

Kaynak: (Resmi Gazete, 07.12.2019) <<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2019/12/20191207-3.pdf>>

Şekil 3 ve 4 birlikte incelendiğinde açıkça görülecektir ki Türkiye ve Libya arasında belirlenen sınır, Yunanistan'ın iddia ettiği MEB alanında yer almaktadır. Diğer bir deyişle, Türkiye ve Libya, imzaladıkları antlaşma ile Yunanistan'ın hak iddialarını tanımadıklarını dile getirmişlerdir.⁴¹ Bu durum karşısında Yunanistan da kendi iddiaları güçlendirmek amacıyla 6 Ağustos 2020 tarihinde Mısır ile deniz yetki alanlarının sınırlandırılmasına ilişkin antlaşma imzalamıştır. Bu antlaşma ile belirlenen sınır da Türkiye ve Libya arasındaki mutabakat muhtırasında belirlenen sınırların Mısır ve Yunanistan nezdinde tanınmadığını göstermektedir.⁴²

Doğu Akdeniz'de Türkiye ve KKTC'ye karşı Yunanistan ve GKRY bloğu arasında yaşanan gelişmeler, bölgede kıyısı bulunan diğer devletlerle birlikte AB ülkeleri için de oldukça önemli bir hâle gelmiştir. Nitekim AB, EastMed projesinin 2015 yılında AB programına alınması sonrasında bölgedeki gelişmeleri daha yakından izlemeye başlamış ve hem üye devletler olmaları hem de EastMed projesini yürütmeleri sebebiyle Yunanistan ve GKRY bloğu yanında yer alarak Türkiye aleyhine bir politika izlemeye başlamıştır. Dolayısıyla Doğu Akdeniz'de deniz yetki alanlarının sınırlandırılması ve enerji kaynaklarının tasarrufundan doğan ihtilaflar, AB düzeyinde

⁴¹ Nitekim Türkiye'nin BM'ye kıta sahanlığının sınırlarını bildirme amacıyla gönderdiği 18 Mart 2020 tarihli mektupta yer alan harita da bunu desteklemektedir; 'Letter dated 18 March 2020 from the Permanent Representative of Turkey to the United Nations addressed to the Secretary-General, United Nations General Assembly Doc. A/74/757 (United Nations, 2020) <<https://undocs.org/en/A/74/757>> Erişim Tarihi 24 Aralık 2020.

⁴² Sertaç Hami Başeren, 'Mısır-Yunanistan anlaşması ve Türkiye'nin Doğu Akdeniz'deki Uygulamaları' (AA, 26 Ağustos 2020) <<https://www.aa.com.tr/tr/analiz/misir-yunanistan-anlasmasi-ve-turkiye-nin-dogu-akdeniz-deki-uygulamaları/1953584>> Erişim tarihi 24 Aralık 2020.

uluslararası boyuta taşınmış ve bu durum Türkiye – AB ilişkileri bakımından yeni bir safhaya geldiğini göstermiştir.

II. Türkiye ile AB Arasında Doğu Akdeniz Meselesine İlişkin Güncel Siyasi Gelişmeler

Doğu Akdeniz’de deniz yetki alanlarının paylaşım mücadelesinin yanında, tarihsel önemi haiz Kıbrıs sorunu ve Adalar meselesinin de içinde olduğu Ege-Akdeniz’de son zamanlarda meydana gelen hadiseler, Türkiye ve Yunanistan arasındaki ikili ilişkiler sınırını aşarak uluslararasılaşma düzeyi artan bir seyir izlemiştir.

Türkiye, GKRY’nin Kıbrıs Cumhuriyeti sıfatıyla tüm adayı kapsayarak diğer devletlerle yaptığı anlaşmaları birden fazla nedene dayanarak hükümsüz kabul ettiğini ifade etmektedir. Birincisi, Kıbrıs Cumhuriyeti’ni tanımadığını, dolayısıyla onun ilan ettiği MEB’in de Türkiye için hükümsüz olduğunu söylemektedir. İkinci olarak Kıbrıslı Rumların adada yaşayan Türk nüfusunu temsil etmediğini dile getirmektedir. Üçüncü olarak ise GKRY’nin tek taraflı olarak yürüttüğü keşif faaliyetlerinin adadaki uzlaşma ve yeniden birleşme sürecini sekteye uğrattığını, Kıbrıs sorunu çözüme kavuşana kadar Doğu Akdeniz’deki tek taraflı enerji arama ve sondaj faaliyetlerinin askıya alınması gerektiğini ifade etmektedir.⁴³

2010’lu yılların başından itibaren gündeme gelen uyuşmazlıklarda genellikle Yunanistan ve Kıbrıs’ı desteklediğini ifade eden AB Bakanlar Konseyi, 2017’de olumsuz neticelenen Kıbrıs’taki yeniden birleşme görüşmelerinin ve 2016-2020 yılları arasında Türkiye’nin AB ile ilişkilerinin gerilmesine neden olan gelişmelerin de etkisiyle, son yıllarda Türkiye’nin Doğu Akdeniz’de enerji kaynakları arama ve sondaj faaliyetlerini uluslararası hukuka aykırı olmakla itham etmektedir. AB Bakanlar Konseyi, 27 üye ülkenin dışişleri bakanlarının katılımıyla ve topyekün bir şekilde Yunanistan ve Kıbrıs saflarında yer alırken; AB yüksek temsilcisi Josep Borrell, aday ülke statüsünde olan Arnavutluk, Sırbistan, Kuzey Makedonya ve Karadağ’dan da Türkiye’nin faaliyetlerine karşı Konsey’in aldığı kararlar doğrultusunda hareket etmelerini istemiştir.⁴⁴ AB’den Türkiye’ye yönelik getirilen en sert yaptırımlar 15 Temmuz 2019’da Brüksel’de toplanan AB Bakanlar Konseyi tarafından açıklanmıştır. Toplantıda, dönemin AB Dışişleri ve Güvenlik Politikaları Yüksek Temsilcisi Federica Mogherini, Türkiye’nin faaliyetlerini gerilimi aşırı tırmandıran ve “kabul edilemez” hareketler olarak nitelendirmiş ve Türkiye’nin sondaj çalışmalarını “yasa dışı” olarak tanımlanmıştır. Türkiye ile üst düzey siyasi diyalog toplantılarının ve Kapsamlı Havacılık Anlaşması görüşmelerinin askıya

⁴³ Sohbet Karbuz, “Geostrategic Importance of East Mediterranean Gas Resources,” (2018) *Energy Economy, Finance and Geostrategy* 249.

⁴⁴ Volkan Tibet Gur, “Turkey’s Isolation From The Regionalization Process in The Eastern Mediterranean: A Case Study of The Eastern Mediterranean Gas Forum (EMGF)” (Master thesis, Ihsan Dogramaci Bilkent University 2020), 90.

aldığını açıklayan Konsey, ayrıca 2020 yılı için Türkiye'nin AB'den alması beklenen mali yardımlarda azalmaya gidildiğini açıklamış ve Avrupa Yatırım Bankası'ndan Türkiye'ye kredi desteği sağlayıp sağlamamayı tekrar gözden geçirmesini talep etmiştir. Konsey ayrıca Türkiye'nin faaliyetlerine son vermemesi hâlinde seyahat sınırlandırmaları ile faaliyetlerle ilişkilendirilen şahıs ve kurumlara yönelik malvarlıklarının dondurulması gibi yaptırımların da getirilebileceğini dile getirmiştir.⁴⁵ AB'de yaşanan bu gelişmelere Ankara'nın cevabı ise Brüksel'in yanlış bir tavır takındığı ve Kıbrıs Türklerinin Ada'nın etrafında keşfedilen doğal kaynaklar üzerindeki hakkını yok saydığı yönünde olmuş, Konsey'in aldığı yaptırım kararlarına rağmen Türkiye'nin arama ve sondaj faaliyetlerine devam edeceği açıklanmıştır. İlerleyen günlerde de geri adım atmayan Türkiye'nin Doğu Akdeniz'deki enerji kaynaklarının paylaşım mücadelesinde attığı en büyük adım sayılabilecek ve meseleye dahil olan tüm devletlerce gündem edilen hamlesi Libya'nın BM nezdinde tanınmış hükümeti ile imzalanan "Deniz Yetki Alanlarının Sınırlandırılmasına İlişkin Mutabakat Muhtırası"dır.⁴⁶ AB ve üye ülkelerin, Türkiye Büyük Millet Meclisi'nden geçen Libya tezkeresine ve Ulusal Mutabakat Hükümeti ile imzalanan anlaşmalara ilişkin tepkileri gecikmemiştir.

12-13 Aralık 2019 tarihlerinde gerçekleştirilen Avrupa Konseyi toplantısının gündem maddelerinden biri de Libya ile imzalanan anlaşmalar ve Türkiye'nin Akdeniz'deki sondaj faaliyetleri olmuştur. Konsey kararında deniz yetki alanlarının sınırlandırılmasına ilişkin anlaşmanın üçüncü devletlerin egemen haklarını ihlal ettiğine yer verilmiştir. Ayrıca, ilgili anlaşmanın deniz hukuku uyarınca yasal olmadığı ve üçüncü devletler bakımından herhangi bir hukuki sonuç doğuramayacağı bildirilmiştir. Konsey, Türkiye'nin Akdeniz'deki eylemleri karşısında Yunanistan ve Kıbrıs'ın yanında olduğunu belirtmiştir⁴⁷.

Türkiye ile Libya arasında imzalanan anlaşmanın ardından imzalanan, İsrail ve GKRY'nin ilan ettikleri MEB alanlarından çıkarılacak gazın; Girit üzerinden Yunanistan'a, oradan da İtalya üzerinden Avrupa'nın gaz ağına bağlanmasını öngören EastMed gaz hattı anlaşması ile ilgili olarak, Cumhurbaşkanı Erdoğan bahsi geçen rotada herhangi bir yolun aralarındaki deniz yetki alanları anlaşmasından sonra Libya ve Türkiye devletlerinin rızası alınmaksızın geçemeyeceğini dile getirmiştir.⁴⁸ Buna cevaben, Ocak 2020'nin sonuna gelindiğinde GKRY Dışişleri Bakanı Nikos

⁴⁵ "No Big Impact on Turkey-EU Relations From Gas Drilling Spat - Pundits," (Sputnik International, 16 Temmuz 2019) <<https://sptnkne.ws/7ppp>> Erişim tarihi 1 Şubat 2021.

⁴⁶ Daren Butler and Tuvan Gumrukcu, "Turkey Signs Maritime Boundaries Deal with Libya amid Exploration Row" (Reuters, 28 Kasım 2019) < <https://www.reuters.com/article/us-turkey-libya/turkey-signs-maritime-boundaries-deal-with-libya-amid-exploration-row-idUSKBN1Y213I>> Erişim tarihi 1 Şubat 2021.

⁴⁷ "European Council Conclusions" (12-13 Aralık 2019) <https://www.consilium.europa.eu/en/meetings/european-council/2019/12/12-13/> Erişim tarihi 1 Şubat 2021.

⁴⁸ "Greece, Israel, Cyprus Sign Deal for EastMed Gas Pipeline," (Kathimerini, 02 Ocak 2020) <<https://www.ekathimerini.com/248073/article/ekathimerini/news/greece-israel-cyprus-sign-deal-for-eastmed-gas-pipeline>> Erişim tarihi 1 Şubat 2021.

Christodoulides ile Roma’da bir araya gelen İtalya Dışişleri Bakanı Luigi Di Maio, Libya ile Türkiye arasındaki anlaşmayı diğer devletlerin egemenlik haklarına yönelik kabul edilemez bir uluslararası hukuk ihlali olarak nitelendirmiştir.⁴⁹

Yunanistan, Mısır, GKRY, Fransa ve Birleşik Arap Emirlikleri dışişleri bakanları, Doğu Akdeniz’deki gelişmeleri tartışmak için 11 Mayıs’ta bir telekonferans düzenlemişlerdir. Telekonferans sonrası kamuoyu ile paylaşılan bildiriye, Türkiye’nin Doğu Akdeniz’deki eylemleri kınanmış ve Türkiye’nin komşu ülkelerin deniz bölgeleri üzerindeki egemenlik haklarına saygı göstermesi istenmiştir. Beş dışişleri bakanı ayrıca, Türkiye ile Libya arasında imzalanan anlaşmaların devletlerin egemenlik haklarını ihlal ettiğini, deniz hukuku uyarınca yasal olmadığını ve ilgili anlaşmaların herhangi bir yasal sonuç doğuramayacağını iddia etmiştir.⁵⁰

Pandemi nedeniyle toplantılara ara veren AB dışişleri bakanları, 13 Temmuz 2020 tarihinde Brüksel’de bir araya gelmiştir. Toplantının ana gündem maddelerinden birisi de Türkiye ile AB arasındaki ilişkiler olmuştur. Konsey kararında, Türkiye’nin yasa dışı sondaj faaliyetlerine son vermesi gerektiği ve Türkiye’nin Akdeniz’deki tek taraflı eylemlerinin AB çıkarlarına, üye devletlerin egemenlik haklarına ve uluslararası hukuka aykırı olduğuna yer verilmiştir.⁵¹

Türkiye’nin Libya ile imzaladığı anlaşmaya karşı 6 Ağustos 2020’de Mısır ile Yunanistan arasında imzalanan deniz yetki alanları sınırlandırma anlaşması sonrası Dendias, bu anlaşmanın Türkiye ile Libya arasında imzalanan mutabakatı hükümsüz bıraktığını iddia etmiştir.⁵² Anlaşmanın ardından, Almanya ve AB’nin diyalog çağrısı üzerine askıya alınan sismik araştırma faaliyetleri yeniden başlatılmıştır. Buna karşılık Türkiye’nin de sondaj faaliyetlerini sürdüreceğini açıklaması üzerine Yunanistan, AB Dışişleri Konseyi’nin acilen toplanmasını talep etmiştir.⁵³ Video konferans yöntemiyle 14 Ağustos 2020’de bir araya gelen Konsey, Yunanistan ve Kıbrıs ile tam dayanışma içinde olduğunu tekrardan teyit etmiştir. Bakanlar, Türkiye’nin Akdeniz’deki faaliyetlerinin “husumet ve güvensizlik” yarattığını belirtmiş ve Türkiye’nin tansiyonu düşürmesini istemiştir. Yapılan açıklamada 13 Temmuz 2020 tarihli Dışişleri Konseyi Toplantısı’nın sonuçları hatırlatılmış

⁴⁹ “Italy, Cyprus Say Turkey-Libya Maritime Deal ‘Unacceptable,’” (ABC News, 29 Ocak 2020), <<https://abcnews.go.com/International/wireStory/italy-cyprus-turkey-libya-maritime-deal-unacceptable-68618477>> Erişim tarihi 1 Şubat 2021.

⁵⁰ “Joint Declaration Adopted by the Ministers of Foreign Affairs of Cyprus, Egypt, France, Greece and the United Arab Emirates”, (11 Mayıs 2020) <<https://www.mfa.gr/en/current-affairs/statements-speeches/joint-declaration-adopted-by-the-ministers-of-foreign-affairs-of-cyprus-egypt-france-greece-and-the-united-arab-emirates-11052020.html>> Erişim tarihi 1 Şubat 2021.

⁵¹ “European Foreign Affairs Council Conclusions” (13 Temmuz 2020) <<https://www.consilium.europa.eu/en/meetings/fac/2020/07/13/>> Erişim tarihi 1 Şubat 2021.

⁵² Noha Elhennawy, ‘Egypt, Greece Sign Maritime Deal to Counter Libya-Turkey One’ The Washington Post, 6 Ağustos 2020) <https://www.washingtonpost.com/world/middle_east/egypt-greece-sign-maritime-deal-to-counter-libya-turkey-one/2020/08/06/896646a8-d802-11ea-a788-2ce86ce81129_story.html> Erişim tarihi 1 Şubat 2021.

⁵³ ‘Greece to Request EU Foreign Affairs Council Emergency Meeting amid Tensions over Turkish Drilling’, (Euronews, 13 Ağustos 2020), <<https://www.euronews.com/2020/08/10/tensions-grow-between-greece-and-turkey-over-exploratory-drilling>> Erişim tarihi 1 Şubat 2021.

ve gerilimin düşmemesi hâlinde alınabilecek ilave önlemler için bazı seçenekler üzerinde çalışılacağı vurgulanmıştır.⁵⁴ Türkiye'nin Doğu Akdeniz'deki yeni sondaj faaliyetleri konusunda yaptığı açıklamada Josep Borrell, "Türk makamlarını, söz konusu faaliyetlere bir an önce son vermeye ve AB ile tam angajman içerisinde ve iyi niyetle kapsamlı diyalogda bulunmaya" çağırıştır.⁵⁵

TPAO'ya verilen ruhsatlar ile GKRY tarafından Fransız petrol şirketi Total'e verilen ruhsat alanlarının çakışması Türkiye-Fransa ilişkisini olumsuz etkilemiş olmakla birlikte; Fransa bugün gelinen noktada neredeyse Türkiye ile fiilen savaş hâlindeymiş gibi hareket etmektedir. Cumhurbaşkanı Erdoğan 13 Ağustos 2020'de yaptığı açıklamada tartışmalı sularda faaliyete başlayacak olan sismik araştırma gemisi Oruç Reis'e karşı herhangi bir müdahalenin ağır sonuçları olacağını açıklamıştır. Bir gün evvel Girir açıklarında Yunan ve Türk donanmalarına ait fırkateynler arasında çatma⁵⁶ yaşanması üzerine yapılan bu açıklamanın hemen ardından Fransa, Doğu Akdeniz'de Yunanistan ile ortak askeri tatbikatlar yaparak Yunanistan'a askeri destek taahhüdünü dile getirmiştir.⁵⁷ Yaşanan önemli gelişmelerden biri de 10 Eylül 2020'de Korsika Adası'nda bir araya gelen Fransa, Yunanistan, İtalya, Malta, Kıbrıs, İspanya ve Portekiz liderlerinin yaptıkları açıklamalar olmuştur. Toplantıda Türkiye'nin arama ve sondaj faaliyetlerinin "yasa dışı" olduğu tekrar vurgulanarak Türkiye'nin bu faaliyetlere bir son vermesi hâlinde uzlaşmaya hazır olduğu dile getirilmiştir.⁵⁸ Ocak 2021'de ise 5 yıldır ara verilen, Türkiye ve Yunanistan ile 2002-2016 yılları arasında gerçekleştirilen ve sonuçsuz kalan istikşafi görüşmelerin 61. turu için taraflar yeniden masaya oturmuşlardır. Ancak Kıbrıs sorunu çözülmeden Doğu Akdeniz'de bir çözüme varılması pek mümkün görünmemektedir. İstikşafi görüşmeleri takiben 2021 Mart ayında toplanan AB Konseyi de Türkiye'nin Doğu Akdeniz'deki faaliyetlerini hukuk dışı olarak nitelemiş ve derhâl son verilmesi çağrısını yaptırım tehdidiyle birlikte yinelemiştir.⁵⁹

⁵⁴ European External Action Service, 'Video Conference of Foreign Affairs Ministers: Main Outcomes', (14 Ağustos 2020) <https://eeas.europa.eu/headquarters/headquarters-homepage/84103/video-conference-foreign-affairs-ministers-main-outcomes_en> Erişim tarihi 1 Şubat 2021.

⁵⁵ European External Action Service, 'Statement by the High Representative/Vice-President Josep Borrell on Renewed Drilling Activities by Turkey in the Eastern Mediterranean', (16 Ağustos 2020) <https://eeas.europa.eu/headquarters/headquarters-homepage/84111/statement-high-representativevice-president-josep-borrell-renewed-drilling-activities-turkey_en> Erişim tarihi 1 Şubat 2021.

⁵⁶ 'Turkish and Greek Warships Collide in Eastern Mediterranean,' (Independent, 14 Ağustos 2020) <<https://www.independent.co.uk/news/world/europe/turkey-greece-war-mediterranean-erdogan-ships-collide-a9670416.html>> Erişim tarihi 1 Şubat 2021.

⁵⁷ Clemens Hoffmann, 'Turkey-Greece conflict in eastern Mediterranean is less about gas than vacuum left by Trump,' (The Conversation, 18 Ağustos 2020) <<https://theconversation.com/turkey-greece-conflict-in-eastern-mediterranean-is-less-about-gas-than-vacuum-left-by-trump-144691>> Erişim tarihi 1 Şubat 2021.

⁵⁸ Sylvie Corbet, 'Southern EU Leaders Urge Turkey to End 'Unilateral' Actions,' (The Washington Post, 10 Eylül 2020) <https://www.washingtonpost.com/world/national-security/macron-urges-tough-eu-stance-against-turkish-provocations/2020/09/10/5a53f3dc-f356-11ea-8025-5d3489768ac8_story.html> Erişim tarihi 1 Şubat 2021.

⁵⁹ European Council, "Statement of the Members of the European Council," SN 18/21, 25 March 2021, 5-6.

AB, Doğu Akdeniz'in altında yattığına inanılan enerji kaynaklarının paylaşım mücadelesinde yaşanan uzlaşmazlıklarda 2010'dan itibaren özellikle üye devletler GKRY ve Yunanistan'a olan desteğini açıktan ifade etmektedir. Türkiye'nin Doğu Akdeniz'de en uzun kıyı şeridinde sahip olan ülke olmasına karşın bölgedeki faaliyet alanının Antalya Körfezi gibi oldukça dar bir alanla sınırlandırılmaya çalışılmasına yönelik itirazlarının 2003'ten bu yana yeterince dikkate alınmaması, fiili olarak harekete geçmesiyle neticelenmiş ve bugün gelinen noktada Fransa, Yunanistan ve GKRY'nin güncel tutumu nedeniyle Türkiye'nin, AB ve dünya nezdinde, dayatmacı politikalar izleyen ve uzlaşmaya yanaşmayan bir ülke olarak konumlandırılması⁶⁰ Türkiye'nin kendini yalnız hissetmesine ve AB ile olan ilişkilerini koparma noktasına getirmiştir. Nitekim AB Genel İşler Konseyi, Haziran 2019'da, Türkiye'nin AB'den giderek daha fazla uzaklaştığı yönündeki Haziran 2018 tarihli Konsey tutumunu yinelemiştir. Bu nedenle, Türkiye'nin katılım müzakereleri fiilen durma noktasına gelmiştir ve yeni fasılların açılması veya kapatılması öngörülmemektedir.

AB Zirvesi 1 Ekim 2020 tarihinde, Türkiye'nin uluslararası hukukun ihlaliyle yeniden tek taraflı eylem veya tahriklerde bulunulması hâlinde kendi çıkarlarını ve üye devletlerin çıkarlarını savunmak amacıyla, AB Antlaşması'nın 29. maddesi ile AB'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma'nın 215. maddesi⁶¹ kapsamındakiler de dâhil olmak üzere, AB'nin tasarrufunda bulunan tüm araçları ve seçenekleri kullanacağını vurgulamıştır.

2020 tarihli Avrupa Komisyonu Türkiye raporunda “Türkiye ve AB arasındaki diyalog, Türkiye'nin Doğu Akdeniz'deki tahrik edici eylemleri ve AB'nin buna ilişkin tepkisi nedeniyle aksamıştır. Türkiye'nin Doğu Akdeniz'de ruhsatsız olarak yürüttüğü sondaj faaliyetleri çerçevesinde, Temmuz 2019'da Konsey; Türkiye ile yürütülen Kapsamlı Hava Taşımacılığı Antlaşması müzakerelerini durdurmaya; Türkiye-AB Ortaklık Konseyi'nin yanı sıra diğer Türkiye-AB Yüksek Düzeyli Diyalog toplantılarını bir süreliğine askıya almaya; Komisyonun 2020 yılı için Türkiye'ye yönelik katılım öncesi yardımın azaltılması önerisini desteklemeye ve Avrupa Yatırım Bankasına, başta devlet destekli olmak üzere Türkiye'ye borç verme faaliyetlerini gözden geçirme çağrısında bulunmaya karar vermiştir”⁶² denilerek mevcut AB-Türkiye ilişkileri özetlenmiştir. Raporda ayrıca, Türkiye'nin dış

⁶⁰ İsmail Ermağan ve Aybars Karıcı, “Avrupa Birliği'nin Yumuşak Güç Uygulamaları”, in Dr. Ayhan Nuri Yılmaz ve Dr. Gökmen Kılıçoğlu (eds), Yumuşak Güç ve Kamu Diplomasisi Üzerine Akademik Analizler, (Nobel Yayıncılık, 2018) 411-437.

⁶¹ Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma, Madde 215: “1. Konsey, Avrupa Birliği Antlaşması'nın V. Başlığının 2. Bölümü uyarınca alınan bir kararın, bir veya birden çok üçüncü ülke ile, ekonomik ve mali ilişkilerin kısmen ya da tamamen kesilmesini veya azaltılmasını öngörmesi hâlinde, Birlik Dışişleri ve Güvenlik Politikası Yüksek Temsilcisi ile Komisyon'un ortak önerisi üzerine, nitelikli çoğunlukla gerekli tedbirleri kabul eder. Konsey, alınan tedbirler hakkında Avrupa Parlamentosu'nu bilgilendirir.

² Konsey, Avrupa Birliği Antlaşması'nın V. Başlığının 2. Bölümü uyarınca kabul edilen bir kararda öngörülmesi hâlinde, 1. paragrafta belirtilen usule uygun olarak, gerçek veya tüzel kişilere ve gruplara veya devlet dışı birimlere yönelik kısıtlayıcı tedbirler kabul edebilir.”

⁶² Avrupa Komisyonu Türkiye Raporu (2020) <https://www.ab.gov.tr/siteimages/trkiye_raporustrateji_belgesi_2020/turkey_report_30.10.2020.pdf> Erişim tarihi 15.01.2021.

politikasının, AB'nin Ortak Dış ve Güvenlik Politikası kapsamındaki öncelikleri ile gittikçe daha fazla çatıştığı ifade edilmiştir. Bu raporda Türkiye ile AB ilişkilerini kopma noktasına getiren en önemli olayın Doğu Akdeniz'de yaşanan gelişmeler olarak dile getirildiği görülmektedir. Sonuç olarak, Türkiye'nin AB ile müzakere süreci hemen hemen durma noktasına gelmiştir.

III. Doğu Akdeniz'de Deniz Yetki Alanlarının Sınırlandırılması Meselesinin Hukuki Boyutu

Uluslararası deniz hukukunda pek çok deniz yetki alanından söz edilmekle ve burada kıyı devletinin kullanabileceği hak ve yetkilerin sınırları çizilmekle birlikte, deniz yetki alanlarının sınırlarının çizilmesi kıyıları karşılıklı ve birbirine yakın olan devletler ya da kıyıları yan yana olan devletler söz konusu olduğunda her zaman kolay olmamaktadır. Doğu Akdeniz meselesi özelinde ise KKTC'nin statüsü ve Yunanistan'ın adalar konusundaki tezleri ile GKRY'nin kendini Kıbrıs Adası'nın tek temsilcisi kabul eden tutumu nedeniyle bu karmaşık deniz hukuku meselelerinin yanına siyasi sorunlar da eklenmektedir.

Doğu Akdeniz'deki sorunlar kıta sahanlığı ve MEB kavramları üzerinde düğümlendiğinden, burada kıta sahanlığı ve MEB alanlarının sınırlandırılması meselesi üzerinde duracağız.

Genel itibarıyla uluslararası deniz hukukunda deniz yetki alanlarının belirlenmesinde ana çözüm olarak uyumsuzluk tarafı devletlerin anlaşması esası benimsenmiştir. 1958 Kıta Sahanlığı Sözleşmesi 6. maddesine göre, *kıyıları karşılıklı ve bitişik devletlerin kıta sahanlığı anlaşma yoluyla belirlenecektir. Anlaşma yoksa ve özel şartlar başka bir sınır hattını esas kılmıyorsa, sınırlandırma eşit uzaklık ilkesine göre yapılacaktır.*⁶³ Maddenin lafzından açıkça anlaşıldığı üzere, taraflar arasında anlaşma bulunmadığı takdirde, eşit uzaklık ilkesinin uygulanabilir olması için özel durumların başka bir sınır çizilmesini gerektirmemesi esastır. Çünkü özel durumların varlığı hâlinde eşit uzaklık ilkesinin uygulanması hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurabilir.

Nitekim Kuzey Denizi Kıta Sahanlığı Davası'nda, Danimarka ve Hollanda, 1958 Kıta Sahanlığı Sözleşmesi'nin tarafı olmayan Almanya'ya karşı eşit uzaklık ilkesinin bir teamül hukuku kuralı olduğunu ve somut uyumsuzlukta kıta sahanlığının sınırlandırılmasında uygulanması gerektiğini öne sürmüşlerdir. Ancak ilkenin uygulanması Almanya kıyılarının özel şekli nedeniyle hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurmakta ve Almanya'ya oldukça dar bir kıta sahanlığı bırakmaktaydı. BM Uluslararası Adalet Divanı (Divan) sözleşmesinin 6. maddesinde yer alan *eşit uzaklık ilkesinin teamül hukuku kuralı olmadığına ve kıta sahanlığı sınırlandırmasının*

⁶³ 1958 Kıta Sahanlığı Sözleşmesi, United Nations, Treaty Series, vol. 499, 311.

özel durumları da dikkate alan hakça ilkeler çerçevesinde yapılması gerektiğine hükmetmiştir.⁶⁴

1982 Deniz Hukuku Sözleşmesi'nin MEB'e ilişkin 74. maddesi⁶⁵ ile kıta sahanlığına ilişkin 83. maddesinde⁶⁶ sınırlandırmaların "hakkaniyete uygun bir çözüme ulaşmak amacıyla" ve "uluslararası hukuka uygun olarak anlaşma ile" yapılacağı öngörülmüştür. Kısacası, 1982 Deniz Hukuku Sözleşmesi uyarınca sınırlandırmada asıl amaç hakça bir çözüme ulaşmaktır.⁶⁷ Ancak her iki maddede de hakça çözüme nasıl ulaşılabileceği ve bu minvalde hakça ilkelerin hangileri olduğu konularında yol gösterici bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu nedenle hakça ilkelerin hangileri olduğunun belirlenebilmesi için içtihada bakmak gerekmektedir. Bu konudaki içtihat ise zaman içerisinde değişikliklere uğramıştır.

Kuzey Denizi Kıta Sahanlığı davasında benimsenen yaklaşım "hakça ilkeler/özel durumlar" prensibi olarak özetlenebilir. İşte başlangıçtaki eğilim, "hakça çözüme ulaşma" nihai amacı çerçevesinde, somut uyumsuzluğun özelliklerine göre değişen ve pek az öngörülebilirliğe sahip çeşitli kriterlerin uygulanmasıdır.⁶⁸ Bu, oldukça esnek yaklaşımın karşısında ise sınırları daha belirli olan ve formüle edilmiş "eşit uzaklık/özel durumlar" yaklaşımı bulunmaktadır.⁶⁹

Hakça ilkeler uygulamasından, her duruma uygulanabilir ya da belirli durumlara kesin olarak uygulanabilir nitelikte bir hakça ilkeler kataloğu tespit edilememektedir. Bu nedenle deniz yetki alanlarının sınırlandırılmasının, hukuk kuralları ile düzenlenmekten ziyade mahkemelerin takdirine bırakıldığı eleştirisi yapılmıştır.⁷⁰

Gerçekten de Divan hakça ilkelerin belli başlı yol gösterici ilkeler içermesi dışında, teknik ve somut sınırlandırma yöntemlerini ifade etmediğini Maine Körfezi davasına ilişkin kararında şu şekilde kaydetmiştir: "*Uluslararası teamül hukuku, temel olarak,*

⁶⁴ Kuzey Denizi Kıta Sahanlığı Davası, Judgment, I.C.J. Reports 1969, 3, para 101 (c) (1).

⁶⁵ 'Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi' (1982) <<https://denizmezvuat.uab.gov.tr/uploads/pages/uluslararasi-sozlesmeler/denizhukuku.pdf>>, Erişim Tarihi 24 Aralık 2020.

Madde 74 Sahilleri bitişik veya karşı karşıya bulunan devletler arasında münhasır ekonomik bölgenin sınırlandırılması

'- Sahilleri bitişik veya karşı karşıya bulunan devletler arasında münhasır ekonomik bölgenin sınırlandırılması, hakkaniyete uygun bir çözüme ulaşmak amacıyla, Uluslararası Adalet Divanı Statüsünün 38. maddesinde belirtildiği şekilde uluslararası hukuka uygun olarak anlaşma ile yapılacaktır.

⁶⁶ Madde 83 Sahilleri bitişik veya karşı karşıya bulunan devletler arasında kıt'a sahanlığının sınırlandırılması

'- Sahilleri bitişik veya karşı karşıya bulunan devletler arasında kıt'a sahanlığının sınırlandırılması, hakkaniyete uygun bir çözüme ulaşmak amacıyla, Uluslararası Adalet Divanı Statüsü'nün 38. maddesinde belirtildiği şekilde, uluslararası hukuka uygun olarak anlaşma ile yapılacaktır.

⁶⁷ Yusuf Aksar, *Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk II* (Seçkin Yayıncılık 2013) 59.

⁶⁸ Bu eğilimi temsil eden davalar için bkz. Tunus-Libya Kıta Sahanlığı Davası, Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya), Judgment, I.C.J. Reports 1982, 18; Libya-Malta Kıta Sahanlığı Davası, Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta), Judgment, I. C.J. Reports 1985, 13; Maine Körfezi Davası, Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area, Judgment, I. C.J. Reports 1984, 246.

⁶⁹ Malcolm D. Evans, *International Law* (Oxford University Press 2003) 648.

⁷⁰ Yusuf Aksar, 'Is Delimitation of the Continental Shelf and the Exclusive Economic Zone by Arbitrators or the ICJ Really Governed by Legal Rules, or Should It More Accurately Be Seen as a Matter of Arbitrator s (or Judge's) Discretion?' in Abuzer Kendigelen (eds), Prof. Dr. Hayri Domanic'e 80. Yaş Günü Armağanı Cilt: II (Beta Yayıncılık 2001) 1113.

amaca ulaşmak için izlenmesi gereken belirli kılavuz ilkeler koyar. Bunun ötesinde, uluslararası hukukun doğrudan sınırlandırma uyumsuzluklarında uygulanacak teknik ve uygulanabilir yöntemler ile kriterler belirlemesi beklenemez.”⁷¹

İçtihadı bakıldığında hakça ilkelerin sınırlı sayıda olmadığı, her somut davanın özelliğine göre uygulanıp uygulanmayacağına değişeceği anlaşılmaktadır. Hakça ilkelere örnek olarak “coğrafyanın yeniden şekillendirilmemesi, “adaların ilgili koşul olarak dikkate alınması”, “kara denize hâkimdir”, “çakışan deniz yetki alanları taraflardan birinin tek taraflı iradesiyle belirlenemez”, “coğrafyanın üstünlüğü” gibi ilkelere söz edilmektedir.⁷² Ancak bu ilkelerin uygulanması somut olaya göre değişebildiğinden, farklı yargısal kararlara tanıklık edilmiştir. Örneğin, İngiltere’ye ait Kanal adalarına, çevrelenmiş alan (*enclave*) yöntemi kullanılarak kuzey ve batı yönünde 12 millik deniz yetki alanı tanınırken, Tunus’a ait Kerkennah adalarına ilişkin sınırlandırmada adalara yarım etki verilmesi söz konusu olmuş, Kanada ile Fransa arasındaki bir tahkim davasında ise Fransa’ya ait adalara verilen deniz yetki alanını güneydoğu istikametinde ince bir şerit olarak belirleyerek doğanın yeniden şekillendirilmesi önlenmeye çalışılmıştır.⁷³

Divan, Maine Körfezi davasında hakça ilkeler çerçevesinde sınırlandırmada kullanılan ilkelere örnek olarak: komşu devletler arasındaki sınırlandırmada, özel koşullar bulunmadığı sürece kesişen deniz yetki alanlarının eşit olarak paylaşılması, her bir devlete mümkün olduğu müddetçe kıyısına yakın deniz yetki alanları verilerek kıyının deniz uzantısının diğer devlet tarafından kapatılmasının önlenmesi, devletlerin kıyılarının ötesindeki deniz projeksiyonunun mümkün olduğunca diğer devlet tarafından kesilmesinin önlenmesi, aynı sınırlandırma bölgesinde bulunan ancak farklı kıyı uzunluğuna sahip devletler arasındaki sınırlandırmanın bu koşullara uygun gerçekleştirilmesini saymıştır.⁷⁴

1993’te Danimarka ile Norveç arasındaki *Jan Mayen* davasında ise Divan, *prima facie*, kıyıları karşılıklı devletler arasındaki sınırlandırmada orta hat/eşit uzaklık yönteminin genel olarak hakça çözümü sağlayacağını ifade etmiştir.⁷⁵ Divan, Katar ile Bahreyn arasındaki davada ise eşit uzaklık ilkesi uygulanarak sınırlandırmaya başlanacağını, daha sonra hakça çözüme ulaşmak için bu hat üzerinde gerekli değişikliklerin yapılacağını öngörmüştür.⁷⁶ Kamerun ile Nijerya arasındaki davada

⁷¹ Maine Körfezi Davası, para. 81.

⁷² Yunus Emre Açıkgönül, *Deniz Yetki Alanlarının Hakça İlkeler Çerçevesinde Sınırlandırılması* (Legal Yayıncılık 2012) 48, 52.

⁷³ *ibid* 52-53.

⁷⁴ Maine Körfezi Davası, para 157.

⁷⁵ Jan Mayen Davası, Maritime Delimitation in the Area between Greenland and Jan Mayen, Judgment, I.C.J. Reports 1993,38, para. 64.

⁷⁶ Katar/Bahreyn Davası, Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain, Merits, Judgment, I. C. J. Reports 2001, 40, para. 230.

da aynı uygulama devam ettirilmiştir.⁷⁷ Buna göre bir orta hat çizildikten sonra, hakça bir sonuca ulaşmak için bu hattın ayarlanmasını veya kaydırılmasını gerektiren faktörlerin bulunup bulunmadığı dikkate alınmalıdır.⁷⁸ Böylelikle “eşit uzaklık/özel durumlar” prensibinin benimsenmeye başlandığı anlaşılmaktadır.

Barbados ile Trinidad Tobago arasındaki tahkim davasında verilen 2006 tarihli kararda, hakça mülahazalar, yargı sürecinden beklenen belirlilik ve kesinlik gereği karşısında başlı başına belirsiz bir kavram olarak nitelendirilmiş ve sınırlandırma için öngörülebilir ve objektif olarak tespit edilebilir kriterlere duyulan ihtiyaç nedeniyle hakkaniyetin hukukun ötesinde değil hukuk sınırları içinde bir anlam taşıdığı vurgulanmıştır.⁷⁹

Divan, Romanya ve Ukrayna arasında gördüğü davada üç aşamalı testten söz etmiş⁸⁰, Peru ile Şili arasında görülen davada da yine üç aşamalı testi uygulayarak bu yaklaşımını sürdürmüştür. Peru-Şili davasında verdiği kararda Divan, 1982 Deniz Hukuku Sözleşmesi’nin 74(1) ve 83(1) maddelerinin teamül hukuku kuralları olduğuna hükmetmiştir. Üç aşamalı teste göre ise, ilk olarak (aksini gerektiren sebepler bulunmadığı müddetçe) geçici bir orta hat çizilecektir. İkinci olarak hakça bir çözüme ulaşmak için bu hattın ayarlanmasını gerektiren ilgili durumların var olup olmadığı değerlendirilecektir. Üçüncü aşamada ise orantısızlık testi uygulanacak, ayarlanmış hattın etkisi değerlendirilerek tarafların ilgili deniz yetki alanındaki paylarının kıyıların uzunluğuna göre önemli derecede orantısız olup olmadığı tespit edilecektir.⁸¹

Eşit uzaklık ilkesi sınırlandırmada başlangıç noktası olarak esas alındıktan sonra, özel durumlar çerçevesinde gerekli değişikliklerin yapılması uygulaması her ne kadar, hakça ilkelere vurgu yapan ilk dönem yaklaşımına nazaran daha öngörülebilir nitelikte olsa da; özel durum olarak dikkate alınabilecek faktörler sınırlı sayıda değildir. Ancak uygulamada dikkate alınmakta olan ve öne çıkan belirli faktörlerden söz edilebilir. Örneğin, devlete ait deniz yetki alanlarının kıyıların uzunluğuna kıyasla orantısız olmaması (orantılılık ilkesi) ve adaların varlığı mahkemeler ve hakemlikler tarafından sınırlandırmada dikkate alınan faktörler iken, kıyıları arasındaki uzaklığın 400 milden

⁷⁷ Kamerun/Nijerya Davası, Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria: Equatorial Guinea intervening), Judgment, I. C. J. Reports 2002, 303, para. 288.

⁷⁸ ibid 441.

⁷⁹ Barbados/Trinidad Tobago Davası, Arbitration between Barbados and the Republic of Trinidad and Tobago, relating to the delimitation of the exclusive economic zone and the continental shelf between them, decision of 11 April 2006 United Nations Reports of International Arbitral Awards Vol XXVII 147-251, para. 230.

⁸⁰ Romanya/Ukrayna Davası, Maritime Delimitation in the Black Sea (Romania v. Ukraine), Judgment, I.C.J. Reports 2009, 61.

⁸¹ Peru/Şili Davası, Maritime Dispute (Peru v. Chile), Judgment, I.C.J. Reports 2014, 3, 65. Bu yaklaşım şu davalarda da benimsenmiştir: Guyana/Surinam Davası, Award in the arbitration regarding the delimitation of the maritime boundary between Guyana and Suriname, Award of 17 September 2007 United Nations Reports of International Arbitral Awards Vol XXX para. 340–341; Bangladeş/Hindistan Davası, ‘Award of 7 July 2014’ <<https://pcacases.com/web/sendAttach/383>> Erişim tarihi 24 Aralık 2020 para. 340.

az olduğu durumlarda jeolojik faktörler dikkate alınmamakta⁸² ve ekonomik faktörler ise genel itibarıyla ilgili görülmemektedir.⁸³

Shaw, geçici orta hat çizildikten sonra yapılacak uyarılama açısından içtihat hukukuna göre şu kriterlerin dikkate alınacağını kaydetmektedir⁸⁴: İlk olarak, sınırlandırmada, bir tarafın diğerinin doğal uzantısını kapatmasından kaçınılmalı ve mümkün olduğunca ilgili kıyı çizgilerinin deniz projeksiyonunun bölünmemesine çalışılmalıdır.⁸⁵ İkinci olarak, kıyının şekli ilgili bir faktör olabilir (özellikle orta hat çizilirken bir devletin içbükey veya dışbükey şeklinde olan kıyısı komşularına nazaran o devletin önemli derecede zararına yol açıyorsa)⁸⁶ Üçüncüsü tarafların ilgili kıyı çizgilerinin uzunlukları arasındaki önemli ölçüde farklılık, orta hattın uyarlanmasında dikkate alınacak bir faktör olabilir.⁸⁷ Dördüncüsü, adaların veya diğer benzeri unsurların varlığı, geçici orta hattın uyarlanmasını haklı kılabilir.⁸⁸ Beşincisi, güvenlikle ilgili mülahazalar dikkate alınabilir, ancak bunun etkisinin tam olarak ne olduğu belirsizdir.

Öyleyse güncel yargısal uygulamalar Türkiye ile Yunanistan arasında olabilecek olası bir sınırlandırmada, öncelikle geçici bir orta hat çizilebileceği ve bu hattın ilgili faktörler uyarınca uyarlanabileceğini göstermektedir. Somut durum özelinde hangi faktörlerin dikkate alınabileceği incelendiğinde özellikle “orantılılık ilkesi” ve “kapatmama ilkesi” ve adaların sınırlandırmada dikkate alınması ön plana çıkmaktadır.

A. Orantılılık ilkesi

Devlete ait deniz yetki alanlarının devletin kıyılarının uzunluğuna kıyasla orantısız olmaması, Doğu Akdeniz uyuşmazlığı ve Türkiye'nin tezleri açısından oldukça önemlidir. Belirtildiği üzere GKRY'nin ilan ettiği MEB çerçevesinde bazı ruhsat sahaları, Türkiye'nin ilan ettiği kıta sahanlığı ile çakışmaktadır. Bunun yanı sıra Türkiye ile Libya arasında akdedilen antlaşma sonrasında çakışan alanlara Yunanistan'ın iddia ettiği MEB alanı da eklenmiştir. Dolayısıyla özellikle GKRY'nin bir ada olması ve Türkiye'nin GKRY'ye kıyasla Akdeniz'e olan ilgili kıyı uzunluğu göz önüne alındığında, Kıbrıs⁸⁹ ile yapılacak olası bir sınırlandırmada orantılılık ilkesi çerçevesinde yapılacak bir uyarılama hakça çözüme ulaşmak bakımından bir

⁸² Libya/Malta Kıta Sahaneliği Davası, para. 39.

⁸³ Evans (n 69) 649.

⁸⁴ Malcolm N. Shaw, *International Law* (Cambridge University Press 2017) 451.

⁸⁵ Barbados/Trinidad Tobago Davası, para. 232.

⁸⁶ Kamerun/Nijerya Davası, 445–446.

⁸⁷ Örneğin bkz. Kamerun/Nijerya Davası, 446–447, Barbados/Trinidad Tobago Davası, 240. Ayrıca bkz. Peru/Şili Davası, 65.

⁸⁸ Örneğin bkz. İngiltere/Fransa Kıta Sahaneliği Davası, *Delimitation of the Continental Shelf between the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, and the French Republic (UK, France)*, *International Law Reports*, Vol. 54, 6, Katar/Bahreyn Davası, para. 114.

⁸⁹ Gelecekte Kıbrıs adası ile, olası bir siyasi bir çözüm akabinde yapılacak sınırlandırma kastedilmektedir.

zaruret teşkil edecektir.⁹⁰ Türkiye'nin deniz yetki alanlarının belirlenmesi ile ilgili olan kıyı uzunluğu Antalya Gazipaşa-Muğla Deveboynu arasında olup 656 mil iken, GKRY'nin Kıbrıs adasının batısındaki kıyı hattı 32 mildir.⁹¹ Dolayısıyla sahip olacakları deniz yetki alanları da bu uzunluklar ile orantılı olmalıdır. GKRY ise sırasıyla Mısır, Lübnan ve İsrail ile akdettiği deniz yetki alanlarının sınırlandırılması anlaşmalarında eşit uzaklık ilkesini uygulamış ve Türkiye'nin güney kıyıları önünde yer alan bir ada olarak kendisine tam deniz yetki alanı (200 mil uzunluğunda MEB) tanımıştır.

Diğer yandan Yunanistan adaların tam deniz yetki alanlarına sahip olması gerektiğini öne sürerek, Mısır ile akdettiği deniz yetki alanları sınırlandırılması anlaşmasında adalara tam etki tanımış ise de, Türkiye orantılılık ilkesi nedeniyle buna karşı çıkmaktadır. Türkiye BM daimi temsilcisinin BM Genel Sekreterliğine mektubunda Libya ile akdedilen mutabakat muhtırasının orantılılık ilkesine dayandığı şu şekilde ifade edilmiştir: “*Kıyıların uzunluğu ve istikameti deniz yetki alanları sınırlandırılırken dikkate alınmalıdır.*”⁹²

B. Kapatmama ilkesi

Sınırlandırmada, bir tarafın diğerinin doğal uzantısını kapatmasından kaçınılması ve mümkün olduğunca ilgili kıyı çizgilerinin deniz projeksiyonunun bölünmemesine yukarıda önemli ilkelerden biri olarak yer verilmiştir. Örneğin Kuzey Denizi Kıta Sahaneliği davasında Divan; her bir devletin kıta sahanlığının, o devletin kara ülkesinin uzantısı olduğunu ve başka bir devletin ülkesinin doğal uzantısını bölmemesi gerektiğini ifade etmiştir.⁹³ Benzer biçimde Maine Körfezi davasında Divan, “mümkün olduğu takdirde bir devletin kıyısının denize uzantısının, başka bir devletin kıyılarına çok yakın alanları kapatmaması kriteri”ne ve “mümkün olduğunca kıyının denize projeksiyonunun kesilmesinin önlenmesi kriteri”ne yer vermiştir.⁹⁴ Barbados/Trinidad Tobago davasında ise hakem mahkemesi mümkün olduğunca sınırlandırmadan kaynaklanan kesme etkisinin olmamasına dikkat ettiğini ve aynı zamanda uyarlanmamış bir orta hat çizgisi nedeniyle oluşabilecek kapatmanın da önlenmesine dikkat ettiğini kaydetmiştir.⁹⁵

Doğu Akdeniz'deki uyuşmazlık büyük ölçüde adaların deniz yetki alanlarına ilişkin tartışmalardan kaynaklandığından, adaların deniz yetki alanlarının belirlenmesinde kapatmama ilkesinin dikkate alınması bakımından Fransa-Kanada arasında görülen

⁹⁰ Sertaç Hami Başeren, ‘Doğu Akdeniz Deniz Yetki Alanları Uyuşmazlığı’ (2010) 8(14) Stratejik Araştırmalar Dergisi 129, 167.

⁹¹ Açıkönlü (n 72) 87, dn 182.

⁹² Letter dated 18 March 2020 (n 41)

⁹³ Kuzey Denizi Kıta Sahaneliği Davası, para 85.

⁹⁴ Maine Körfezi Davası, para 157. Aynı yönde bkz. Libya/Malta Kıta Sahaneliği Davası, para 46.

⁹⁵ Barbados/Trinidad Tobago Davası, para 375.

dava önemlidir. Mahkeme bu davada Fransa'ya ait *Saint Pierre ve Miquelon* adalarının güney yönünde sahip olacağı deniz yetki alanlarının genişliğini belirlemiştir. Mahkeme bu adalara Kanada'nın denize olan projeksiyonu üzerinde kapatma etkisi yaratmadığından⁹⁶ güney yönünde 200 millik deniz yetki alanı tanımıştır.

GKRY ve Yunanistan ise, başta Rodos, Meis ve Kıbrıs olmak üzere adaların coğrafi konumlarını kullanarak, tek taraflı uygulamalar ve diğer sahildevletlerle yaptıkları ikili anlaşmalarla Türkiye'yi Doğu Akdeniz'de Antalya Körfezi açıklarında dar bir deniz alanına hapsedme çabasıdadır.⁹⁷ Bu maksatla Anadolu ile bu adalar arasındaki orta hatları, sırasıyla Türkiye-Yunanistan ve Türkiye-Kıbrıs deniz yetki alanları sınırı hâline dönüştürmeye çalışmaktadırlar.⁹⁸ Söz konusu sınırların Türkiye'nin kıyılarının denize projeksiyonunu kesmeyecek bir hâle getirilmesi hakça ilkelerin gereğidir.⁹⁹

Türkiye BM daimi temsilcisinin BM Genel Sekreterliğine mektubunda Libya ile akdedilen mutabakat muhtırasının kapatmama ilkesine dayandığı şu şekilde ifade edilmiştir: “*Adalar Doğu Akdeniz’de en uzun kıyı çizgisine sahip olan Türkiye’nin kıyı projeksiyonu üzerinde kesme etkisine sahip olamaz.*”¹⁰⁰

C. Adaların Durumu

Doğu Akdeniz’de deniz yetki alanlarının paylaşılmasına ilişkin sorunun en önemli boyutu adalara tanınacak etkiye ilişkindir. Yunanistan, yapılacak karşılıklı deniz yetki alanlarının sınırlandırılması işleminde Girit ve Rodos gibi Doğu Akdeniz’e kıyısı bulunan adalarının esas alınması gerektiği tezini benimsemiştir. Buna göre çizilecek orta hat Yunanistan ana karasından itibaren değil, söz konusu adalardan itibaren ölçülmelidir. Yunanistan ile Mısır arasında akdedilen deniz yetki alanları anlaşmasında da Mısır ile çizilen (Yunanistan lehine kaydırılmış) orta hatta, adalar esas alınmıştır. Türkiye ise Yunanistan ile Ege Denizi’ndeki deniz yetki alanları uyumsuzluğunda benimsediği tavrı tutarlı biçimde sürdürerek, çizilecek orta hattın Yunanistan anakarası kıyıları ile Anadolu kıyıları esas alınarak tespit edilmesi gerektiğini savunmaktadır. Buna gösterilen gerekçelerden birinin adaların Türkiye’nin kıyı projeksiyonunu kesmemesi, yani kapatmama ilkesi olduğu yukarıda belirtilmişti. Bunun yanı sıra adalara ilişkin olarak “*iki anakara arasında çizilen orta hattın ters tarafında kalan adalar karasularının ötesinde deniz yetki alanlarına sahip*

⁹⁶ Fransa/Kanada Davası, Court of Arbitration for the Delimitation of Maritime Areas between Canada and France: Decision in Case concerning Delimitation of Maritime Areas (St. Pierre and Miquelon), 1992 International Legal Materials 31(5) 1145, para 70.

⁹⁷ Sami Doğru, ‘Doğu Akdeniz’de Hidrokarbon Kaynakları ve Uluslararası Hukuka Göre Bölgedeki Kıta Sahanlığı ve Münhasır Ekonomik Bölge Alanlarının Sınırlandırılması’ (2015) 119 Türkiye Barolar Birliği Dergisi 503, 513.

⁹⁸ ibid

⁹⁹ Yayıncı, Türkiye ana karası ile komşu ana karalar arasında çizilecek “orta hattın” kuzeyinde kalan Kıbrıs Adası ile Yunan adalarının ters tarafta bulunmaları ve Anadolu sahillerinin önünü kapatmak suretiyle Türkiye’nin denize açılımını engelleyecek coğrafi bir konumda olmaları nedeniyle, sadece karasuları kadar deniz yetki alanlarına sahip olmalarının hakça çözüm olduğunu belirtmektedir. Bkz. Yayıncı, (n 1) 39, dn 102.

¹⁰⁰ Letter dated 18 March 2020 (n 41)

olamaz.” ifadesi ile Türkiye söz konusu uyuşmazlık hakkındaki temel tezlerinden birini ortaya koymuştur.¹⁰¹

1982 Deniz Hukuku Sözleşmesi 121. maddesine göre adaların rejimi şu şekilde düzenlenmiştir: “1- Bir ada, sularla çevrili olan ve sular yükseldiğinde su üstünde kalan, doğal olarak meydana gelmiş bir kara parçasıdır. 2- 3. paragraf hükümleri saklı kalmak üzere, **bir adanın karasularının, bitişik bölgesinin, münhasır ekonomik bölgesinin ve kıta sahanlığının sınırlandırılması, işbu Sözleşmenin diğer kara parçalarına uygulanabilir hükümlerine uygun olarak yapılır.** 3- İnsanların oturmasına elverişli olmayan veya kendilerine özgü ekonomik bir yaşamı bulunmayan kayalıkların münhasır ekonomik bölgeleri veya kıta sahanlıkları olmayacaktır.” Görüldüğü üzere adaların deniz yetki alanlarına sahip olabilmesi, hakça çözüm uyarınca sınırlandırmaya tâbi olmaktan muaf oldukları anlamına gelmemektedir. 1982 Deniz Hukuku Sözleşmesi 2. fıkrada açıkça adaların sahip olacağı deniz yetki alanlarının kara parçalarının tâbi olduğu sınırlandırma kurallarına tâbi olacağını düzenlemiştir. İçtihat hukukuna göre ayrıca adaların varlığı, deniz yetki alanlarının sınırlandırılmasında dikkate alınan faktörlerden biridir.

Genel olarak, adalar ve ana kıta ile adalar arasındaki sınırlandırmaya ilişkin uygulamada, adalara tam etki veren, yarım ya da kısmi etki veren, hiç etki vermeyen ve çevrelenmiş alan (*enclave*) metodunun uygulandığı örnekler bulunmaktadır.¹⁰² Bu noktada önemli olan adaların kıyıya göre olan coğrafi konumudur. Dolayısıyla sınırlandırmada adalara verilecek etkinin belirlenmesi amacıyla coğrafi açıdan şöyle bir sınıflandırma yapılmaktadır: *Kıyıya yakın adalar (offshore islands)*, *kıyıya uzak ama ortay hattın berisindeki adalar (off lying islands/detached islands)*, *ortay hat bölgesindeki adalar (islands in the median zone,)* *ters taraftaki adalar (islands ‘on wrong side) ve ada devletleri.*¹⁰³

Adaya tam etki verilmesi, ilgili adaların anakara kıyısının ayrılmaz bir parçasını oluşturduğu takdirde söz konusudur.¹⁰⁴ Örneğin Dahlakh adalarına genel kıyı yapısının ayrılmaz bir parçasını oluşturan ada grupları olmaları sebebiyle hakem mahkemesi kararı ile tam etki tanınmıştır.¹⁰⁵ Benzer biçimde Yemen’e ait, Kamara, Uqban ve Kutama adalarına da tam etki tanınmıştır.¹⁰⁶

Konu Doğu Akdeniz uyuşmazlığı açısından ele alındığında, yukarıda belirtildiği üzere anlaşmazlığın temelinde Yunanistan’ın en doğudaki Girit, Rodos, Meis, Kerpe

¹⁰¹ ibid

¹⁰² Yoshifumi Tanaka, *The International Law of the Sea* (Cambridge University Press, 2019) 204-205.

¹⁰³ Doğru (n 97) 532.

¹⁰⁴ Tanaka (n 101) 204.

¹⁰⁵ Eritre/Yemen Davası, Eritrea-Yemen Arbitration (Second Stage: Maritime Delimitation) (2001) 40(4) International Legal Materials 983, 1007, para 139.

¹⁰⁶ ibid 1008, para 150-151.

gibi adalara tam etki tanınması yer almaktadır. Söz konusu adalar coğrafi bakımdan Anadolu kıyılarına yakın olup, Yunan anakarası ile Anadolu arasında çizilecek bir orta hattın ters tarafında kalmaktadırlar. Bu bakımdan açıktır ki söz konusu adalar içtihat hukuku açısından tam etki tanınacak adalardan değildir. Bu nedenle konunun ters taraftaki adalar açısından incelenmesi gerekmektedir.

Örneğin Sürekli Hakemlik Mahkemesi tarafından görülen Kanal Adaları'na ilişkin İngiltere/Fransa Kıta Sahanlığı davasında İngiltere egemenliği altında bulunan ancak Fransa kıyılarına yakın bulunan Kanal Adaları'na tam etki tanınması, mahkeme tarafından hakkaniyete aykırı bir durum olarak nitelendirilmiştir.¹⁰⁷ Bu nedenle mahkeme öncelikle iki devletin anakaraları arasında bir orta hat çizmiş, daha sonra adaları kuzey ve batı yönünde 12 millik çevrelenmiş alan içine almıştır.¹⁰⁸ Bu yöntemde mahkeme ilk adımda çizilen sınırı değiştirmeden, ters tarafta kalan adalara, bu daire içinde kalan alanı vermekle yetinmektedir.¹⁰⁹

Doğu Akdeniz meselesine emsal olması açısından son derece önemli bir karar, Romanya ile Ukrayna arasında görülen Serpents adasına deniz yetki alanı tanınmamasına ilişkin karardır. Bu kararda Divan, Serpents adasına yalnızca 12 millik karasuları tanımış; MEB ve kıta sahanlığı tanımamıştır. Divana göre: “*Tek başına anakaradan 20 mil uzaklıkta bulunan Serpents adası, Ukrayna'nın kıyı çizgisini oluşturan ada saçağının bir parçası değildir ve Serpents adasını kıyının bir parçası saymak Ukrayna kıyı çizgisine yabancı bir unsurun eklenmesi anlamını taşıyacaktır; ki bu durum yargısal olarak coğrafyanın yeniden şekillendirilmesi anlamına gelir.*”¹¹⁰ Söz konusu nedenlerle Romanya ile Ukrayna arasında belirlenecek geçici orta hattın çizilmesinde Serpents adaları dikkate alınmamıştır. Bu noktada, hakça ilkelerden “doğanın/coğrafyanın yeniden şekillendirilmemesi” ilkesinin davada uygulandığının altını çizmek ve ilkenin Türkiye bakımından da önem arz edebileceğini belirtmek isteriz.

Yunan adalarının Doğu Akdeniz'deki durumu ile gösterdiği benzerlik nedeniyle verilen karar Türkiye'nin tezlerinin bir dayanağı açısından önemlidir. Belirtildiği üzere Türkiye'nin Doğu Akdeniz'de Yunan adalarının sahip olacağı alan bakımından temel tezlerinden biri “*İki anakara arasında çizilen orta hattın ters tarafında kalan adalar karasularının ötesinde deniz yetki alanlarına sahip olamaz*” ilkesi idi.¹¹¹ Romanya/Ukrayna davasında verilen karara göre orta hat çizildiğinde ters tarafta kalan adalar deniz yetki alanı sınırlandırılmasında karasularına sahip olurken, bu adalara kıta sahanlığı ve MEB tanınmaması, her

¹⁰⁷ İngiltere/Fransa Kıta Sahanlığı Davası, 93, para 196.

¹⁰⁸ ibid., 94–95, para 201–202.

¹⁰⁹ Doğru (n 97) 532. Ters tarafta kalan adalara ilişkin devlet uygulamaları için bkz. Doğru (n 96) 533.

¹¹⁰ Romanya/Ukrayna Davası, para 149.

¹¹¹ Letter dated 18 March 2020 (n 41)

uyuşmazlığın özel durumlarının kendi içerisinde değerlendirilmesi koşuluyla, genel kabul görmüştür.¹¹²

Diğer yandan, uyuşmazlığın bir diğer boyutu GKRY'nin bulunduğu Kıbrıs Adasına ilişkindir. Belirtildiği üzere GKRY akdettiği deniz yetki alanları sınırlandırma anlaşmalarında orta hattı esas alarak kendisine tam etki tanımıştır. Bu bakımdan ada devletinin diğer kıta devleti kıyıları karşısındaki durumuna ilişkin önemli bir dava Libya/ Malta Kıta Sahanlığı davasıdır. Bu davada mahkeme ada devleti olan Malta'ya deniz yetki alanları bakımından tam etki tanımamıştır.¹¹³ Bunun nedeni de sınırlandırılacak bölgeye bakan sahiller arasındaki 1:8 oranında Libya lehine olan farklılıktır.¹¹⁴ Bu nedenle, yukarıda, orantılılık ilkesi incelenirken de yer verildiği gibi, Türkiye ile Kıbrıs Adası arasındaki olası bir sınırlandırmada, Kıbrıs'ın sınırlandırma alanı ile ilgili kıyıların uzunluğunun ve bunun Türkiye kıyılarına oranının dikkate alınması gerekir.

Sonuç

Deniz yetki alanlarının temelde devletler arasında akdedilecek anlaşmalar ile belirlenmesi prensibi, Doğu Akdeniz'e kıyısı olan devletleri bir anlaşma akdetme yarışına sokmuştur. Ancak tarafları farklı olan bu ikili anlaşmalar Doğu Akdeniz'deki deniz yetki alanlarının birbiri ile çakışması sonucunu doğurmuştur. Divan'ın yukarıda incelediğimiz üzere deniz yetki alanlarının sınırlandırılmasına ilişkin önemli içtihatları bulunmakla birlikte; Divan'ın yargısal yetkisinin ihtiyarılığı Türkiye ile Yunanistan'a aralarındaki deniz hukukuna ilişkin sorunların çözümünde yargısal ya da siyasi çözüm yolları arasında bir tercih şansı tanımaktadır. Yargısal çözüm yolunun tercih edilmesi, yukarıda açıklanan ad hoc tahkim içtihatlarının yerleşik olmaması ve hakça ilkelerin uygulanması konusundaki karmaşık ve zaman içinde değişen Divan içtihadı göz önünde bulundurulduğunda riskli bir yol olacaktır. Yargısal çözüm kapsamında uyuşmazlığın Divan'ın önüne taşınması ihtimalinde ise, her ne kadar Divan kararlarında önceki içtihatlarına atıf yapsa ve belirli ölçüde tutarlılık gözetse dahi Divan Statüsü'nün 59. maddesi uyarınca önceki içtihadı ile bağlı değildir. Ayrıca karmaşık coğrafi yapıların ve pek çok değişkenin bulunduğu deniz alanlarının sınırlandırılması denkleminde, Divan tarafından verilecek kararın matematiksel bir kesinlikle saptanması bir yana, kaba taslak bir tahminde bulunmak dahi zordur. Bu nedenle son derece yüksek ekonomik değeri bulunan kaynaklar içeren kıta sahanlığı ve MEB alanlarının saptanmasında yargısal çözüme başvurmak, riskli bir hamle olabilir. Bu bakımdan, siyasi çözüm yolu kapsamında müzakerelerin tercih edilmesinin yargısal kararın kesinliğinden uzak olması ve en azından bir

¹¹² Nasih Sarp Ergüven, 'Karadeniz'de Deniz Alanı Sınırlanması Davası (Romanya/Ukrayna) ve Uluslararası Hukuk Açısından Etkileri' (2014) 63(2) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 309, 325. Karar hakkında başka bir detaylı inceleme için bkz. Uğur Bayılloğlu, 'Uluslararası Adalet Divanının Romanya ile Ukrayna Arasındaki Deniz Alanı Sınırlanmasında Serpents Adasının Etkisine İlişkin Tespitleri' (2010) 7(1) Cankaya University Journal of Law 23.

¹¹³ Libya/Malta Kıta Sahanlığı Davası, para 74-75.

¹¹⁴ Doğru (n 97) 534.

uzlaşma elde edilemediği takdirde masayı terk etme şansı tanınması bakımından yerinde olduğu kanaatindeyiz. Zaten Türkiye'nin 1982 Deniz Hukuku Sözleşmesi'ne taraf olmamasının önemli nedenlerinden biri öngörülen karasuları genişliğinin yanı sıra sözleşmenin zorunlu yargı yetkisine ilişkin düzenlemeleridir. Kısacası Türkiye en başından beri deniz hukukuna ilişkin meselelerin çözümünde uluslararası yargı yoluna mesafeli durmuştur.

Ancak güncel yargısal uygulamalar Türkiye ile Yunanistan arasında olabilecek olası bir sınırlandırmada, öncelikle geçici bir orta hat çizilebileceği ve bu hattın ilgili faktörler uyarınca uyarlanabileceğini göstermektedir. Her ne kadar söz konusu faktörler ve hakça ilkeler sınırlı sayıda olmasa da; özellikle devlete ait deniz yetki alanlarının devletin kıyılarının uzunluğuna kıyasla orantısız olmaması, mümkün olduğunca kıyının denize projeksiyonunun kesilmesinin önlenmesi ilkeleri ve Doğu Akdeniz'de Yunan adalarının sahip olacağı alan bakımından yukarıda incelediğimiz Romanya ile Ukrayna arasındaki Serpents adasına ilişkin kararda temel alınan anakaradan uzakta bulunan adaların karşılıklı kıyısı bulunan devletin kıyı çizgisine yabancı unsur eklenmesi oluşturacak biçimde coğrafyanın yeniden şekillendirilmesi sonucu doğurmaması biçimindeki karar Türkiye'nin tezlerinin uluslararası hukuktaki karşılıklarıdır.

Türkiye ile AB arasındaki güncel siyasi gelişmeler ise, Türkiye'nin yürüttüğü sondaj faaliyetlerinin AB tarafından ilişkileri kopma noktasına getiren en önemli sebep olarak değerlendirildiğini göstermektedir. Öyle ki AB'nin tepkisi diyalog toplantılarının askıya alınması, Türkiye'ye katılım öncesi finansal yardımların azaltılması ve Türkiye'ye borç verme faaliyetlerinin gözden geçirilmesi noktasına kadar genişlemiştir. Diğer yandan AB'nin üyeleri Yunanistan ve GKRY'den yana tavır alması ve hatta bu konuda sert bir tutum izlemesi, Yunanistan ve GKRY'nin müzakereler sırasında tavizsiz ve talepkar davranması olasılığını arttırması nedeniyle müzakerelerden bir sonuç elde edilebilmesi ya da istenen sonucun elde edilebilmesi ihtimalini azaltmaktadır. Ancak elbette pek çok dinamğin etkili olduğu uluslararası siyaset bu konuda nihai belirleyici olacaktır.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazarlar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek: Yazarlar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Yazar Katkısı: Çalışma Konsepti/Tasarımı: T.Y.M., M.A.K., M.İ.A.; Veri Toplama:T.Y.M., M.A.K., M.İ.A.; Veri Analizi / Yorumlama:T.Y.M., M.A.K., M.İ.A.; Yazı Taslağı: T.Y.M., M.A.K., M.İ.A.; İçeriğin Eleştirel İncelemesi: T.Y.M., M.A.K., M.İ.A.; Son Onay ve Sorumluluk: T.Y.M., M.A.K., M.İ.A.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The authors have no conflict of interest to declare.

Grant Support: The authors declared that this study has received no financial support.

Authors Contributions: Conception/Design of study:: T.Y.M., M.A.K., M.İ.A.; Data Acquisition:T.Y.M., M.A.K., M.İ.A.; Data analysis/Interpretation:T.Y.M., M.A.K., M.İ.A.; Drafting Manuscript: T.Y.M., M.A.K., M.İ.A.; Critical Revision of Manuscript: T.Y.M., M.A.K., M.İ.A.; Final Approval and Accountability: T.Y.M., M.A.K., M.İ.A.

Bibliyografya / Bibliographic

- 1958 Kıta Sahanelığı Sözleşmesi, United Nations, Treaty Series, vol. 499, 311.
- 1982 Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi, <<https://denizmevzuat.uab.gov.tr/uploads/pages/uluslararası-sozlesmeler/denizhukuku.pdf>>, Erişim Tarihi 24 Aralık 2020
- 'A Law to Provide for the Proclamation of the Exclusive Economic Zone By Republic of Cyprus' (UN, 2 Nisan 2004) <https://www.un.org/Depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/PDFFILES/cyp_2004_eez_proclamation.pdf> Erişim tarihi 27 Kasım 2020.
- Açıkgönül Y E, Deniz Yetki Alanlarının Hakça İlkeler Çerçevesinde Sınırlandırılması (Legal Yayıncılık 2012)
- 'Agreement Between The Republic of Cyprus and the Arab Republic of Egypt on the Delimitation of the Exclusive Economic Zone' (UN, 2003) <<https://www.un.org/Depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/PDFFILES/TREATIES/EGY-CYP2003EZ.pdf>> Erişim tarihi 27 Kasım 2020.
- 'Agreement Between The Government of the State of Israel and the Government of the Republic of Cyprus on the Delimitation of the Exclusive Economic Zone' (UN, 2010) <https://www.un.org/Depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/PDFFILES/TREATIES/cyp_isr_eez_2010.pdf> accessed 27 November 2020.
- Aksar Y, 'Is Delimitation of the Continental Shelf and the Exclusive Economic Zone by Arbitrators or the ICJ Really Governed by Legal Rules, or Should It More Accurately Be Seen as a Matter of Arbitrator s (or Judge's) Discretion?' in Abuzer Kendigelen (eds), Prof. Dr. Hayri Domanıç'e 80. Yaş Günü Armağanı Cilt: II (Beta Yayıncılık 2001)
- Aksar Y, Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk II (Seçkin Yayıncılık 2013)
- Aksu, F "Doğu Akdeniz Deniz Yetki Alanları Sorunu ve Türkiye-AB İlişkileri", in Sertaç Hami Başeren (eds), *Doğu Akdeniz'de Hukuk ve Siyaset*, (A.Ü. SBF Yay., 2013) 159-196.
- Antonopoulos, P 'Cyprus is reopening relations with Syria' (Greek City Times, 2020) <<https://greekcitytimes.com/2020/05/13/cyprus-is-reopening-relations-with-syria>> Erişim Tarihi 26 Kasım 2020. Avrupa Birliği Antlaşması, 1992.
- Avrupa Komisyonu Türkiye Raporu (2020) <https://www.ab.gov.tr/siteimages/trkiye_raporustrateji_belgesi_2020/turkey_report_30.10.2020.pdf> Erişim tarihi 15.01.2021.
- Barbados/Trinidad Tobago Davası, Arbitration between Barbados and the Republic of Trinidad and Tobago, relating to the delimitation of the exclusive economic zone and the continental shelf between them, decision of 11 April 2006 United Nations Reports of International Arbitral Awards Vol XXVII 147-251.
- Başeren, S H 'Doğu Akdeniz Deniz Yetki Alanları Uyuşmazlığı' (2010) 8(14) Stratejik Araştırmalar Dergisi 129.
- Başeren, S H 'Mısır-Yunanistan anlaşması ve Türkiye'nin Doğu Akdeniz'deki Uygulamaları' (AA, 2020) <<https://www.aa.com.tr/tr/analiz/misir-yunanistan-anlasmasi-ve-turkiye-nin-dogu-akdeniz-deki-uygulamaları/1953584>> Erişim tarihi 28 Kasım 2020.
- Bayıllıoğlu U, 'Uluslararası Adalet Divanının Romanya ile Ukrayna Arasındaki Deniz Alanı Sınırlandırmasında Serpents Adasının Etkisine İlişkin Tespitleri' (2010) 7(1) Cankaya University Journal of Law 23.
- BM Güvenlik Konseyi'nin 186 nolu kararı (4 Mart 1964) UN Doc S/RES/186.
- BM Güvenlik Konseyi'nin 541 nolu kararı (18 Kasım 1983) UN Doc S/RES/541.

- Butler, D and Gumrukcu, T ‘Turkey Signs Maritime Boundaries Deal with Libya amid Exploration Row’ (Reuters, 28.11.2019) < <https://www.reuters.com/article/us-turkey-libya/turkey-signs-maritime-boundaries-deal-with-libya-amid-exploration-row-idUSKBN1Y213I>> Erişim tarihi 1 Şubat 2021.
- Cafiero, G ‘Why is Greece mending relations with Assad?’ (Middle East Eye, 2020) <<https://www.middleeasteye.net/opinion/greece-syria-assad-mending-relations-turkey-threat>> Erişim tarihi 26 Kasım 2020.
- Can, F ‘Doğu Akdeniz’de Ne Kadar Doğal Gaz Var?’ (Euronews, 2020) <<https://tr.euronews.com/2019/12/31/dogu-akdeniz-ne-kadar-dogal-gaz-rezervi-var-en-buyuk-payi-hangi-ulkeler-alacak>> Erişim tarihi 26 Kasım 2020.
- ‘Certificate of Registration’ (UN, 11 Aralık 2019) <<https://treaties.un.org/doc/Treaties/2019/12/20191211%2002-58%20PM/Other%20Documents/COR-Reg-56119-Sr-69975.pdf>> Erişim tarihi 28 Kasım 2020.
- Corbet, S “Southern EU Leaders Urge Turkey to End ‘Unilateral’ Actions,” (The Washington Post, 10.09.2020) <https://www.washingtonpost.com/world/national-security/macron-urges-tough-eu-stance-against-turkish-provocations/2020/09/10/5a53f3dc-f356-11ea-8025-5d3489768ac8_story.html> Erişim Tarihi 1 Şubat 2021.
- Doğru S, ‘Doğu Akdeniz’de Hidrokarbon Kaynakları ve Uluslararası Hukuka Göre Bölgedeki Kıta Sahanlığı ve Münhasır Ekonomik Bölge Alanlarının Sınırlandırılması’ (2015) 119 Türkiye Barolar Birliği Dergisi 503
- Duran, H “BM ve AB Çerçevesinde Kıbrıs Sorununa Güncel Bir Bakış” (2008) 21 *Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* 119-139.
- ‘Eastmed’ (2020) <<http://www.igi-poseidon.com/en/eastmed>> Erişim Tarihi 28 Kasım 2020.
- Elhennawy, N “Egypt, Greece Sign Maritime Deal to Counter Libya-Turkey One” The Washington Post, 2020) <https://www.washingtonpost.com/world/middle_east/egypt-greece-sign-maritime-deal-to-counter-libya-turkey-one/2020/08/06/896646a8-d802-11ea-a788-2ce86ce81129_story.html> Erişim tarihi 1 Şubat 2021.
- Ergüven N S, ‘Karadeniz’de Deniz Alanı Sınırlandırması Davası (Romanya/Ukrayna) ve Uluslararası Hukuk Açısından Etkileri’ (2014) 63(2) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 309-328.
- Ermağan, İ ve Karacı, A “Avrupa Birliği’nin Yumuşak Güç Uygulamaları”, in Dr. Ayhan Nuri Yılmaz ve Dr. Gökmen Kılıçoğlu (eds), *Yumuşak Güç ve Kamu Diplomasisi Üzerine Akademik Analizler*, (Nobel Yayıncılık, 2018) 411-437.
- Eritre/Yemen Davası, Eritrea-Yemen Arbitration (Second Stage: Maritime Delimitation) (2001) 40(4) *International Legal Materials* 983.
- “European Council Conclusions” (12-13 December 2019) <https://www.consilium.europa.eu/en/meetings/european-council/2019/12/12-13/> Erişim tarihi 1 Şubat 2021.
- European Council, “Statement of the Members of the European Council,” SN 18/21, 25 March 2021.
- “European Foreign Affairs Council Conclusions” (13 Temmuz 2020) <<https://www.consilium.europa.eu/en/meetings/fac/2020/07/13/>> Erişim tarihi 1 Şubat 2021.
- European External Action Service, “Statement by the High Representative/Vice-President Josep Borrell on Renewed Drilling Activities by Turkey in the Eastern Mediterranean”, (16 Ağustos 2020) <https://eeas.europa.eu/headquarters/headquarters-homepage/84111/statement-high-representativevice-president-josep-borrell-renewed-drilling-activities-turkey_en> Erişim Tarihi

1 Şubat 2021.

European External Action Service, “Video Conference of Foreign Affairs Ministers: Main Outcomes”, (14 Ağustos 2020) <https://eeas.europa.eu/headquarters/headquarters-homepage/84103/video-conference-foreign-affairs-ministers-main-outcomes_en> Erişim tarihi 1 Şubat 2021.

Evans M D, *International Law* (Oxford University Press 2003)

Fransa/Kanada Davası, Court of Arbitration for the Delimitation of Maritime Areas between Canada and France: Decision in Case concerning Delimitation of Maritime Areas (St. Pierre and Miquelon), 1992 *International Legal Materials* 31(5) 1145.

‘Granted Licences’ (2020) <http://www.mcit.gov.cy/mcit/hydrocarbon.nsf/page16_en/page16_en?OpenDocument> Erişim tarihi 27 Kasım 2020.

“Greece, Israel, Cyprus Sign Deal for EastMed Gas Pipeline,” (Kathimerini, 02.01.2020) <<https://www.ekathimerini.com/248073/article/ekathimerini/news/greece-israel-cyprus-sign-deal-for-eastmed-gas-pipeline>> Erişim tarihi 1 Şubat 2021.

“Greece to Request EU Foreign Affairs Council Emergency Meeting amid Tensions over Turkish Drilling”, (Euronews, 2020), <<https://www.euronews.com/2020/08/10/tensions-grow-between-greece-and-turkey-over-exploratory-drilling>> Erişim Tarihi 1 Şubat 2021.

Gur, V T “Turkey’s Isolation From The Regionalization Process in The Eastern Mediterranean: A Case Study of The Eastern Mediterranean Gas Forum (EMGF)” (Master thesis, Ihsan Dogramaci Bilkent University 2020).

Guyana/Surinam Davası, Award in the arbitration regarding the delimitation of the maritime boundary between Guyana and Suriname, Award of 17 September 2007 United Nations Reports of International Arbitral Awards Vol XXX para. 340–341; Bangladeş/Hindistan Davası, Award of 7 July 2014 <<https://pcacases.com/web/sendAttach/383>> Erişim tarihi 24 Aralık 2020.

Hoffmann, C “Turkey-Greece conflict in eastern Mediterranean is less about gas than vacuum left by Trump,” (The Conversation, 18.08.2020) <<https://theconversation.com/turkey-greece-conflict-in-eastern-mediterranean-is-less-about-gas-than-vacuum-left-by-trump-144691>> Erişim Tarihi 1 Şubat 2021.

‘Italy, Cyprus Say Turkey-Libya Maritime Deal ‘Unacceptable,’ (ABC News, 29.01.2020), <<https://abcnews.go.com/International/wireStory/italy-cyprus-turkey-libya-maritime-deal-unacceptable-68618477>> Erişim tarihi 1 Şubat 2021.

İngiltere/Fransa Kıta Sahaneliği Davası, Delimitation of the Continental Shelf between the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, and the French Republic (UK, France), *International Law Reports*, Vol. 54, 6.

‘Joint Declaration Adopted by the Ministers of Foreign Affairs of Cyprus, Egypt, France, Greece and the United Arab Emirates’, (11 Mayıs 2020) <<https://www.mfa.gr/en/current-affairs/statements-speeches/joint-declaration-adopted-by-the-ministers-of-foreign-affairs-of-cyprus-egypt-france-greece-and-the-united-arab-emirates-11052020.html>> Erişim tarihi 1 Şubat 2021.

Jan Mayen Davası, Maritime Delimitation in the Area between Greenland and Jan Mayen, Judgment, I.C.J. Reports 1993, 38.

Katar/Bahreyn Davası, Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain, Merits, Judgment, I. C. J. Reports 2001, 40.

Kamerun/Nijerya Davası, Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria: Equatorial Guinea intervening), Judgment, I. C. J. Reports 2002, 303.

- Karbuç, S “Geostrategic Importance of East Mediterranean Gas Resources,” (2018) *Energy Economy, Finance and Geostrategy* 237-255.
- Karbuç, S ‘Doğru Akdeniz’de ne Kadar Doğru Gaz Var?’ (2019) 12 *Bilkent Enerji Notları*, <<https://drive.google.com/open?id=1DLMx9kmHcB2P2cTz73jp7yEmooehSDj9> > Erişim tarihi 22 Kasım 2020.
- Kaya, İ S ‘Uluslararası Deniz Hukuku Çerçevesinde Doğru Akdeniz’deki Petrol Ve Doğru Gaz Kaynakları ile Türkiye’nin Hukuki Konumu’ (PhD, Kırıkkale Üniversitesi 2014)
- ‘Kıbrıs’ <<http://www.mfa.gov.tr/kibris.tr.mfa>> Erişim tarihi 23 Kasım 2020
- ,KKTC’ (TPAO) <<https://www.tpao.gov.tr/kktc>> Erişim tarihi 27 Kasım 2020.
- Koutantou, A ‘Greece, Israel, Cyprus sign EastMed gas pipeline deal’ (Reuters, 2020) <https://www.reuters.com/article/us-greece-cyprus-israel-pipeline-idUSKBN1Z10R5> Erişim tarihi 28 Kasım 2020.
- Kuzey Denizi Kıta Sahaneliği Davası, Judgment, I.C.J. Reports 1969, 3.
- Letter dated 11 July 2019 from the Chargé d’affaires a.i. of the Permanent Mission of Cyprus to the United Nations addressed to the Secretary-General Doc. A/73/944 (United Nations 2019) <<https://undocs.org/en/A/73/944>> Erişim tarihi 28 Kasım 2020.
- Letter dated 13 November 2019 from the Permanent Representative of Cyprus to the United Nations addressed to the Secretary-General Doc. A/74/549 (United Nations 2019) <<https://undocs.org/A/74/549>> Erişim tarihi 28 Kasım 2020.
- Letter dated 18 March 2020 from the Permanent Representative of Turkey to the United Nations addressed to the Secretary-General, United Nations General Assembly Doc. A/74/757 (United Nations 2020) <<https://undocs.org/en/A/74/757>> Erişim Tarihi 24 Aralık 2020.
- Libya-Malta Kıta Sahaneliği Davası, Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriyası/Malta), Judgment, I. C.J. Reports 1985, 13.
- Maine Körfezi Davası, Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area, Judgment, I. C.J. Reports 1984, 246.
- ‘No Big Impact on Turkey-EU Relations From Gas Drilling Spat - Pundits,’ (Sputnik International, 16.07.2019) <<https://sptnkne.ws/7ppp>> Erişim tarihi : 1 Şubat 2021.
- Özarlan, B B ‘Uluslararası Hukuk ve Avrupa Birliğı Hukuku Açısından Kıbrıs Sorunu’ (PhD, Dokuz Eylül Üniversitesi 2006)
- Peru/Şili Davası, Maritime Dispute (Peru v. Chile), Judgment, I.C.J. Reports 2014, 3.
- Romanya/Ukrayna Davası, Maritime Delimitation in the Black Sea (Romania v. Ukraine), Judgment, I.C.J. Reports 2009, 61.
- Shaw M N, International Law (Cambridge University Press 2017)
- Stanic, A ve Karbuç, S ‘The Challenges Facing Eastern Mediterranean Gas and How International Law Can Help Overcome Them’ (2020) *Journal of Energy & Natural Resources Law* <<https://doi.org/10.1080/02646811.2020.1816739>> Erişim tarihi 22 November 2020.
- Taşçıoğlu, Ö L “GKRY’nin Münhasır Ekonomik Bölge Anlaşmaları ve Petrol ve Doğru Gaz Arama Çalışmaları” (2018) 4 *Social Sciences Studies Journal* 5697-5709.
- ‘TC Dışişleri Bakanlığı’nın GKRY’nin AB Üyeliliği ile ilgili Açıklaması’ (2004) <http://www.mfa.gov.tr/tc-disisleri-bakanligi_nin-gkry_nin-ab-uyeligi-ile-iligili-aciklamasi_-1-mayis-2004_.tr.mfa> Erişim tarihi 23 Kasım 2020.
- Tanaka Y, The International Law of the Sea (Cambridge University Press, 2019)

- Temizer, M ‘Türkiye’nin Denizlerdeki Enerji Filosu’ (AA, 2020) <<https://www.aa.com.tr/tr/ekonomi/turkiyenin-denizlerdeki-enerji-filosu/1949802>> Erişim tarihi 26 Kasım 2020.
- Tunus-Libya Kıta Sahaneli Davası, Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya), Judgment, I.C.J. Reports 1982, 18.
- ‘Turkish and Greek Warships Collide in Eastern Mediterranean,’ (Independent, 14.08.2020) <<https://www.independent.co.uk/news/world/europe/turkey-greece-war-mediterranean-erdogan-ships-collide-a9670416.html>> Erişim tarihi 1 Şubat 2021.
- ‘Türkiye Cumhuriyeti ile Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Arasında Akdeniz’de Kıta Sahaneli Sınırlandırılması Hakkında Anlaşmanın Onaylanmasının Uygun Bulduğuna Dair Kanun’ (12.07.2012) <<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2012/07/20120712-3.htm>> Erişim tarihi 26 Kasım 2020.
- ‘Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Libya Devleti Ulusal Mutabakat Hükümeti Arasında Akdeniz’de Deniz Yetki Alanlarının Sınırlandırılmasına İlişkin Mutabakat Muhtırası’ (Resmi Gazete, 7 Aralık 2019) <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2019/12/20191207-3.pdf> Erişim tarihi 28 Kasım 2020.
- ‘Türkiye – KKTC Kıta Sahaneli Sınırlandırma Anlaşması İmzalanmasına İlişkin Dışişleri Bakanlığı Basın Açıklaması’ (2011) <http://www.mfa.gov.tr/no_-216_-21-eylul-2011-turkiye-_kktc-kita-sahanligi-sinirlendirme-anlasmasi-imzalanmasina-iliskin-disisleri-bakanligi-basin-ac_.tr.mfa> Erişim tarihi 26 Kasım 2020.
- Tzimitras, H ve Hatay, M ‘The Need For Realism: Solving The Cyprus Problem Through Linkage Politics’ (2016) *Turkey Project Policy Paper 9* <https://www.brookings.edu/wp-content/uploads/2016/10/turkey_20161005_cyprus_problem.pdf> Erişim tarihi 23 Kasım 2020.
- Vatansever, M ‘Kıbrıs Sorununun Tarihi Gelişimi’ (2010) 12 *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1487-1530.
- ‘What the world said after referanda?’ (2004) <<http://www.mfa.gov.tr/what-the-world-said-after-the-referanda.en.mfa>> Erişim tarihi 31 Ocak 2021.
- Yaycı C, ‘Doğu Akdeniz’de Deniz Yetki Alanlarının Paylaşılması Sorunu ve Türkiye’ (2012) 4(6) *Bilge Strateji* 1-70.
- Yüksel, C ve Baran, D ‘Uluslararası Hukukta Doğu Akdeniz Krizi ve Türkiye ile Libya Arasındaki Deniz Yetki Alanlarını Sınırlandırma Mutabakatının Değerlendirilmesi’ (2020) 40(1) *PPIL* <https://doi.org/10.26650/ppil.2020.40.1.0019> Erişim tarihi 28 Kasım 2020.

YAYIN KURALLARI / PUBLICATION PRINCIPLES

1. İstanbul Hukuk Mecmuası, ESCI ve ULAKBİM tarafından taranan “Hakemli Dergi” statüsünde yılda dört sayı (Mart, Haziran, Eylül, Aralık) olarak yayımlanır.
Istanbul Law Review is a peer reviewed Journal that is published four times a year (in March, June, September and December) and indexed by ESCI and ULAKBİM.
2. Mecmua’ya gönderilen yazılar, başka bir yerde yayımlanmamış ve yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. Bu hususta yazarlardan ayrıca taahhütname talep edilecektir.
The articles sent to be published in our journal should not be published elsewhere, nor be submitted to other journals simultaneously even with the purpose of evaluation. In this purpose, the authors shall also be required to sign a letter of undertaking.
3. Editörler Kurulu tarafından ilk değerlendirilmesi yapılan ve işbu yayın ilkelerine uygun olmadığı saptanan yazılar, hakeme gönderilmeden önce, buradaki kurallar doğrultusunda düzeltilmesi için yazara iade edilir. Yazım yanlışlarının olağanın dışında bulunması, incelenen konu bakımından gerekli olan yerli-yabancı kaynakların tüketilmemiş olması, bilimsellik ölçütlerine ve akademik etik prensiplerine uyulmaması, makale konusunun teori ve/veya uygulama açısından güncel bir değerinin/öneminin bulunmaması, yazının Editörler Kurulu tarafından geri çevrilmesi için yeterlidir.
Articles that are considered as unsuitable with the publication principles by the Editorial Board are sent back to the author without review. It is sufficient for the article to be rejected by the Editorial Board if the spelling errors are extraordinary, the domestic and foreign resources required for the subject being examined are not utilized, the scientific criteria academic ethical principles are not complied with, the article subject does not have an up-to-date significance in terms of theory and-or practice.
4. Yazı, hakemlere gönderilmeden önce özel bilgisayar programları yardımı ile intihal incelemesine tabi tutulur. Dijital benzerlik oranının %20’nin üzerinde çıkması, ilgili yazılım raporunun Editöryel incelemesi kapsamında, yazının reddi için yeterlidir.
Before the article is sent to the referees, it is subjected to plagiarism examination with the help of special computer programs. If the digital similarity rate is above 20%, it is sufficient for the rejection of the article within the scope of the editorial review of the related software report.
5. Mecmua’da yayımlanacak makalenin, en üstün akademik standartlara uygun şekilde kaleme alınmış olması esastır. Bu çerçevede yazarlardan doktora/doçentlik tezi seviyesinde bir entelektüel birikim ve çaba beklenir.
The article to be published in the journal must be written following the highest academic standards. In this context, intellectual background and effort at the level of doctoral or associate professorship thesis are expected from the authors.

6. İlk değerlendirmede uygun bulunan yazılar, yazar adları metinden çıkarılarak hakemlere gönderilir. Yazarlara yazının hangi hakemlere gönderildiği ile ilgili bilgi verilmez. Hakemlerden gelen raporlar doğrultusunda yazının yayımlanmasına, düzeltilmesine ya da geri çevrilmesine karar verilir. Hakem aşamasının asgari ve/veya azami bir süresi yoktur. Bu konunun takibi, münhasıran Editörler Kurulu'na ait bir görev ve yetkidir.

Papers that are approved by the Editorial Board are submitted to reviewers in line with blind peer review principle. Authors are not informed about the identity of the referees. According to the assessments of the referees, the paper may be approved for publication, required to resubmission with amendments or rejected on the basis of inadequate quality. The referee phase does not have a minimum or maximum duration. The follow-up of this issue is a duty and authority exclusively belonging to the Editorial Board.

7. Hakem raporlarının sonucunda yazının/eserin nihai olarak yayımlanıp yayımlanmayacağı ve yayımlanacaksa yazının Mecmua'nın hangi sayısında yer alacağı hususunda nihai takdir yetkisi ve sorumluluğu, Editörler Kurulu'na aittir. Tek bir olumsuz hakem raporunun varlığı, makalenin yayımlanmaması için yeterlidir.

As a result of the referee reports, the final discretion and responsibility regarding whether the article will be finally published and if it will be published, in which issue of the Journal, the editorial board is responsible. The existence of a single rejection-negative referee report is sufficient to prevent the article from being published.

8. Hakem aşamasının tamamlanmış olması, yazarlara makalenin yayımlanacağını gösterir özel/resmi bir belge talep etme yetkisi vermez. Yazarlar, bu konunun bilincinde ve sorumluluğunda olarak makalelerinin Mecmua'da yayımlanması ve hakem incelemesine tâbi tutulması başvurusunda bulunmaktadırlar.

The completion of the referee stage does not give authors the authority to request a private or official document indicating that the article will be published. The authors, with the awareness and responsibility of this issue, apply for their articles to be published in Istanbul Law Review and to be subjected to peer review.

9. Yazarlar, unvanlarını, görev yaptıkları kurumları, iletişim adresleri ile telefonlarını ve e-posta adreslerini bildirmelidirler.

Authors, must provide their titles, institutions, correspondence address, phone number and e-mail address.

10. Mecmua'nın yazı dili Türkçe ve İngilizcedir. Makalelerde en az 250 en fazla 300 kelimededen oluşan Türkçe öz ve İngilizce abstract bölümlerine yer verilmeli ve en az 5 en ok 15 anahtar kelimenin de Türkçe ve İngilizce olarak yazıya eklenmesi gerekmektedir. Özetleri takiben Türkçe ve İngilizce dilindeki tüm makaleler için ayrıca 600-800 kelimelik İngilizce genişletilmiş özet yer almalıdır. Yayın başvurusuna konu edilen makalenin -dipnotlar dâhil olmak üzere- en fazla 20.000 kelimededen oluşması gerekir. Asgari bir kelime sınırı yoktur.

The Review accepts and publishes articles written in Turkish and English. The articles must include Turkish and English abstracts consisting of at least 250 and at most 300 words and at least five and at most fifteen keywords must be added to the paper in Turkish and English languages. Following the abstracts, there must also be an extended summary of 600-800 words for all the articles both in English and Turkish. The article subject to the publication application must contain a maximum of 20,000 words, including footnotes. There is no minimum word limit.

11. Makale metni, Times New Roman yazı tipinde, 1,5 satır aralığı ve 12 punto, dipnotları ise, tek satır aralığı ve 10 punto olarak hazırlanmalıdır. Dipnotları sayfa altında gösterilir. Atıflar OSCOLA atıf sistemi esas alınarak yapılmalıdır. Aksi takdirde makale hakem ataması yapılmaksızın yazara düzeltmeleri yapması için geri gönderilir. Türkçe makalelerdeki kısaltmalar ve diğer hususların ilan edilen yazım kuralları uyarınca yapılması gerekmektedir. Söz konusu atıf kurallarına <https://dergipark.org.tr/tr/pub/ihm> adresi üzerinden ulaşılabilir.

The main text and footnotes must be written in Times New Roman. Font size for the main text should be 12 with 1,5 line spacing while footnotes are written in font size 10 with 1 line spacing. Footnotes are to be shown at the bottom of the page. Citations must be made based on the OSCOLA citation system. Otherwise, the article is sent back to the author to make corrections without a referee assignment. Abbreviations and other issues in Turkish articles must be made following the announced spelling rules. The mentioned citation rules can be accessed at <https://dergipark.org.tr/tr/pub/ihm>.

12. Yazar isimleri Türkçe ve İngilizce konu başlığının altında ve sağ tarafında yer almalı ve soyadının bitiminde yıldız konulmalıdır. Yıldızlı dipnotta yazarın unvanı, çalıştığı kurum, alanı ve e-posta adresi bildirilmelidir.

Author's name must be written bottom right of the Turkish and English title of the paper and should end with a star symbol. Star footnote should consist of title and institution of the author and correspondence address, phone number and e-mail address.

13. Makalenin sonunda, makalede kullanılan kaynakların, yazarların soyadlarına göre sıralandığı bir kaynakça bulunmalıdır.

The article must consist of a bibliography at the end and references need to be arranged in alphabetical order.

14. Fakülte tarafından yayımlanan nüshalarla sınırlı kalmak üzere; yayına kabul edilen makalenin çoğaltma, yayma, umuma iletim, işleme ve çeviri konusundaki mali hakları, basılı, görsel, işitsel, sayısal/dijital vb. ortamlarda yurt içinde ve yurt dışında kullanılmak üzere Fakülte'ye devredilmiştir. Telif ücreti ödenmeyeceği yazarlar tarafından kabul edilmiştir.

To be limited with the copies published by the Faculty; financial rights regarding reproduction, distribution, public performance, derivative works and translation of the papers which are approved for publication are to be transferred to the faculty to be used on the print, auditory, digital etc. media, nationwide and worldwide. Authors accept not to receive any royalty payment.

15. Mecmua'da, makalelerin yanı sıra çeviri de yayımlanabilir. Bu nitelikteki yazılar Editörler Kurulu tarafından kabul edilebilir veya geri çevrilebilir. Çeviri metni ile birlikte asıl metin ve hak sahiplerinin (*asıl eser sahibi ve yayınevini*) muvafakati de iletilmelidir. Çeviriler de hakem değerlendirilmesine tâbi tutulur.

Besides articles, also translations may be published in the accepted languages. These papers might be approved or rejected by the Editorial Board. Original text of the translation and consent of the rightful owner are also should be enclosed with the translation. Translations are also subject to the assessment of reviewers.

16. İstanbul Hukuk Mecmuası'nda yayımlanması istenen yazıların ihfdergiler@istanbul.edu.tr e-posta adresine Microsoft Word yazılımı formatında (*.doc, *.docx) ve işbu yayın kurallarına uygun şekilde gönderilmesi gerekmektedir.

Papers should be sent to ihfdergiler@istanbul.edu.tr in Microsoft Word (.doc, *.docx) file type.*

17. Bir başvurucunun aynı yayın yılı içerisinde (4 sayılık süreçte) sadece bir makalesi hakem incelemesine konu edilebilir.

Only one article of an applicant in the same publication year (4 issues) could be subject to peer review.

18. Editörler Kurulu, derginin bir sayısında yer alacak makaleleri, Özel Hukuk – Kamu Hukuku dengesini koruma amacı, makalenin Mecmua'ya gönderilme tarihi, hakem aşamasının tamamlanma tarihi, makale konusunun güncelliği, yazarların İstanbul Üniversitesi mensubu olup olmaması noktasındaki oransal denge gibi kriterleri gözетerek belirler.

The Editorial Board determines the articles to be included in one issue of the journal by considering criteria such as the purpose of maintaining the balance of Private Law-Public Law, the date of submission of the article to the Journal, the date of completion of the referee stage, the timeliness of the article subject, and the proportional balance on whether the authors are members of Istanbul University.

19. Editörler Kurulu, tüm sayıların mümkün olduğunca eşit sayıda makale ile çıkması noktasında azami gayreti gösterir. Bir sayının çıkma tarihi itibarıyla, mizanpaj aşaması da dahil olmak üzere, yayın için gerekli tüm aşamaları tamamlamış olan bir makale, makale sayısı itibarıyla ilgili sayıda yayımlanamaz ise, ancak bu şartla, ilgili sayıdan belli bir süre sonra Online-First adı verilen sistem çerçevesinde bir sonraki sayı çıkmadan önce dijital olarak yayımlanır.

The Editorial Board makes the utmost effort to publish all issues with the same number of articles as possible. An article that has completed all the necessary steps for publication, including the layout stage, as of the date of publication of an issue, could not be published in the relevant issue in terms of the number of articles, however, after a certain period after the relevant issue, within the framework of the system called Online-First it is published digitally before the issue is released.