



KORONAVİRÜS DÖNEMİNDE GÜNCEL HUKUKİ MESELELER SEMPOZYUMU

BİLDİRİ TAM METİN KİTABI

29 - 30 Mayıs 2020

EDİTÖRLER

Prof. Dr. Yusuf Çalışkan

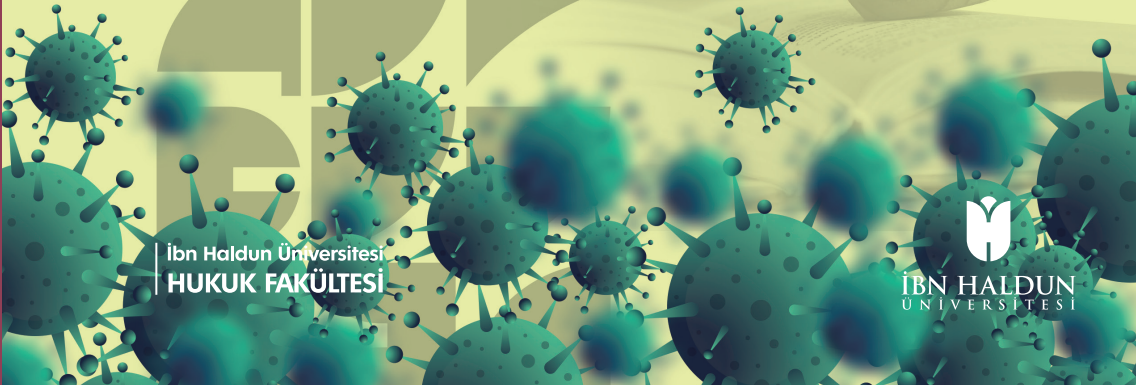
Doç. Dr. Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu

Dr. Öğr. Üyesi Ömer Faruk Erol

Ar. Gör. Ahmet Dülger

Ar. Gör. Gülnihal Ahter Yakacak

Ar. Gör. Ömer Faruk Kafalı



Ibn Haldun Üniversitesi
HUKUK FAKÜLTESİ



İBN HALDUN
ÜNİVERSİTESİ

KORONAVİRÜS DÖNEMİNDE GÜNCEL HUKUKİ MESELELER SEMPOZYUMU

Bildiri Tam Metin Kitabı
29 - 30 Mayıs 2020

EDİTÖRLER:

PROF. DR. YUSUF ÇALIŞKAN
DOÇ. DR. YELİZ BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU
DR. ÖĞR. ÜYESİ ÖMER FARUK EROL
AR. GÖR. AHMET DÜLGER
AR. GÖR. GÜL NİHAL AHTER YAKACAK
AR. GÖR. ÖMER FARUK KAFALI



İBN HALDUN
ÜNİVERSİTESİ YAYINLARI

Koronavirüs Döneminde Güncel Hukuki Meseleler Sempozyumu

Bildiri Tam Metin Kitabı | 29 - 30 Mayıs 2020

PROF. DR. YUSUF ÇALIŞKAN

DOÇ. DR. YELİZ BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU

DR. ÖĞR. ÜYESİ ÖMER FARUK EROL

AR. GÖR. AHMET DÜLGER

AR. GÖR. GÜLNIHAL AHTER YAKACAK

AR. GÖR. ÖMER FARUK KAFALI

e-ISBN

978-605-06905-3-8

1. Baskı

2020 / İstanbul

Genel
Yayın Yönetmeni

Savaş Cihangir Tali

Mizanpaj
Kapak

IHU Yayınları

IHU Yayınları

İbn Haldun Üniversitesi
Yayınları
Tel

Ulubathı Hasan Cd. No:2,
34494 Başakşehir /İSTANBUL
0 (212) 692 0212

İbn Haldun Üniversitesi Yayınları
bir İbn Haldun Üniversitesi
departmanıdır.

Koronavirüs döneminde güncel hukuki meseleler sempozyumu : bildiri tam metin kitabı (29-30 Mayıs 2020) / editörler

Yusuf Çalışkan, Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu, Ömer Faruk Erol, Ahmet Dülger, Gülnihal Ahter Yakacak, Ömer Faruk Kafalı. -- 1. bs. -- İstanbul : İbn Haldun Üniversitesi Yayınları, 2020.

x, 368 s. ; 24 cm.

ISBN 978-605-06905-3-8

1. COVID-19 (Hastalık). 2. COVID-19 (Hastalık) _Türkiye. 3. COVID-19 (Hastalık) _Hukuki Açıdan. 4.

COVID-19 _Sempozyumlar _Türkiye. 5. COVID-19 _Hukuk _Türkiye. I. e.a.

RA 644.C67

616.2414

© Bu eserin tüm yayın hakları, yayınevi ile anlaşmalı olarak yazarına aittir. Eleştirel makale ve dergilerde yapılacak kısa alıntılar dışında, bu kitabın tamamı veya bir kısmı, yayıncının izni olmadan yayınlanamaz.

Sempozyum Düzenleme Kurulu

Prof. Dr. Yusuf Çalışkan

Doç. Dr. Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu

Dr. Öğr. Üyesi Ömer Faruk Erol

Ar. Gör. Ahmet Dülger

Ar. Gör. Gülnihal Ahter Yakacak

Ar. Gör. Ömer Faruk Kafalı

Sempozyum Bilim Kurulu

Prof. Dr. Ömer Anayurt (Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi)

Prof. Dr. Mehmet Emin Artuk (İstanbul Medipol Üniversitesi)

Prof. Dr. İbrahim Aşık (Marmara Üniversitesi)

Prof. Dr. Oğuz Atalay (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Emekli Öğretim Üyesi)

Prof. Dr. Yavuz Atar (İbn Haldun Üniversitesi)

Prof. Dr. Nihat Bulut (İstanbul Şehir Üniversitesi)

Prof. Dr. Talat Canbolat (Marmara Üniversitesi)

Prof. Dr. Nurşen Caniklioğlu (Marmara Üniversitesi)

Prof. Dr. Sezer Çabri (İstanbul Medeniyet Üniversitesi)

Prof. Dr. Yusuf Çalışkan (İbn Haldun Üniversitesi)

Prof. Dr. Emre Esen (İstanbul Üniversitesi)

Prof. Dr. Nur Zeliha Kaman (İstanbul Şehir Üniversitesi)

Prof. Dr. Cemil Kaya (İstanbul Üniversitesi)

Prof. Dr. İsmail Kayar (Altınbaş Üniversitesi)

Prof. Dr. Mahmut Koca (İstanbul Şehir Üniversitesi)

Prof. Dr. Saim Ocak (Marmara Üniversitesi)

Prof. Dr. İbrahim Özbay (Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi)

Prof. Dr. İbrahim Subaşı (İstanbul Medeniyet Üniversitesi)

Prof. Dr. Muzaffer Şeker (İstanbul Ticaret Üniversitesi)

Prof. Dr. Ahmet Hamdi Topal (İstanbul Medeniyet Üniversitesi)

Prof. Dr. Gül Üstün (Marmara Üniversitesi)

Prof. Dr. Ali Yeşilirmak (İbn Haldun Üniversitesi)

Prof. Dr. Turan Yıldırım (Marmara Üniversitesi)

Prof. Dr. Şükrü Yıldız (İbn Haldun Üniversitesi)

Doç. Dr. Hüseyin Melih Çakır (Marmara Üniversitesi)

Doç. Dr. Ömer Çınar (İbn Haldun Üniversitesi)

Doç. Dr. iur. Cafer Eminoğlu (Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi)

Doç. Dr. Fatma Burcu Savaş Kutsal (Bahçeşehir Üniversitesi)

Doç. Dr. Abdülkerim Yıldırım (Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi)

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ	13
I. BÖLÜM Koronavirüs Döneminde	
Özel Hukuka İlişkin Güncel Hukuki Meseleler	17
Covid-19 Salgınının Uluslararası Ticari Sözleşmelerde Uygulanacak Hukuka Etkisi	
Dr. Öğr. Üyesi Esra YILDIZ ÜSTÜN	19
CISG M.79 Uygulaması Açısından Covid-19 Salgını	
Dr. Öğr. Üyesi Eylem APAYDIN	33
Milletlerarası Tahkimde Hakemlerin Sözleşmeyi Yeni Koşullara Uyarlaması	
Dr. Öğr. Üyesi İlyas GÖLCÜKLÜ	63
Milletlerarası Tahkim ve Covid-19: Salgının Etkilerinin Azaltılması Amacıyla Olası Önlemlere İlişkin ICC Rehberi	
Ar. Gör. Ömer Faruk KAFALI	83
Tahkim Duruşmalarının Online Yapılması: ISTAC ve Abu Dabi Tahkim Merkezi Kuralları İncelemesi	
Arş. Gör. Ahmet DÜLGER	115
Covid-19 Pandemi Döneminde Home-Office Uygulamasına İlişkin Türk ve Alman Hukuku'nda Mukayeseli Bir Değerlendirme	
Doç. Dr. Yeliz BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU	145
Koronavirüs Salgını Nedeniyle Sokağa Çıkma Yasaklarının Ücret Ödeme Borcuna ve Telafi Çalışmasına Etkileri	
Dr. Öğr. Üyesi Hasan KAYIRGAN	209
Covid-19 Salgınının İş Kazası ve Meslek Hastalığı Bakımından Değerlendirilmesi	
Mehmet Zahid YENER	243

Covid-19 ve Türk Aile Hukuku Sözleşmelerine Etkileri Doç. Dr. Selin SERT SÜTÇÜ	269
Covid-19 Virüsünün Sözleşmelere Etkisinin Tbk Md. 138 Hükmü Çerçevesinde Değerlendirilmesi Dr. Öğr. Üyesi Özlem ACAR ÜNAL	285
Salgının (Covid-19) İşyeri Kira Sözleşmelerine Etkisi Av. Dr. Atakan Âdem SELANİK	331
İşyeri Kirası Sözleşmelerinde Covid 19 Salgınının Kira Bedeli Ödeme Borcuna Etkisi Dr. Öğr. Üyesi Cüneyt BELLİCAN	385
Vakıf Medeniyetimizde Darüşşifalar Doç. Dr. Ahmet AKMAN	425
Rapid Access to Covid-19 Pharmaceuticals Via Compulsory License Av. Dr. Mustafa Erdoğan	441
Koronavirüs Sebebiyle Yaygınlaşan Online Alışverişlerde Kabul Edilen Elektronik Sözleşmelerin Tüketicinin Korunmasına Etkileri Ar. Gör. Merve ARSLAN	475
Covid-19 Pandemisi'nin Deniz Ticareti Hukuku'ndaki Sürelere Etkisi Doç. Dr. Hacı KARA	525
What Will Be The Effect Of Distributed Ledger Technology Law (Dlt Law, <i>Lex Cryptographia</i>) To The Company Law? A Study On The Future Of The Organization Of Companies With The New Normal Dr. Öğr. Üyesi Zehra BADAK	547
Koronavirüs Salgınıyla Mücadelede Başvurulan Bazı Teknolojik Tedbirlerin Kişisel Verilerin Korunması Hukuku Açısından Değerlendirilmesi Dr. Öğr. Üyesi Mete TEVETOĞLU	581
II. BÖLÜM Koronavirüs Döneminde	
Kamu Hukukuna İlişkin Güncel Hukuki Meseleler	635
7242 Sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun Genel Değerlendirilmesi Dr. Öğr. Üyesi Esra ALAN AKCAN	635
Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkına Müdahale	

Oluşturan Tutuklamanın Ölçülü Olması ve 7242 Sayılı Kanun'un 15. Maddesinin Bu Kapsamda Değerlendirilmesi Doç. Dr. Hüseyin TURAN	659
Pandemi Tedbirleri Kapsamında “Kamuda Esnek Çalışma” Üzerine Bir Değerlendirme Dr. Melike Özge Çebi Buğdaycı	689
Kamu Hukuku İlkelerinin Olası Dönüşümü: Yeni Normal’de Hukuk Dr. Öğr. Üyesi Ural AKÜZÜM - Av. Alinur DENGİZ, LL.M	713
Questioning The Effectiveness Of The Data Protection Impact Assessment Under The GDPR In Time Of Covid-19 Crisis Eyüp KUN	743

Sempozyum Kuralları

“Koronavirüs Döneminde Güncel Hukuki Meseleler Sempozyumu” aşağıda metnine yer verilen 25.04.2020 tarihinde İbn Haldun Üniversitesi Hukuk Fakültesi web sitesinde yayımlanmış “Bildiri Çağrısı” ve “Yayın Kuralları” esas alınarak 29-30 Mayıs tarihlerinde online olarak gerçekleştirilmiştir.

Bildiri Çağrısı

İbn Haldun Üniversitesi Hukuk Fakültesi tarafından 29 Mayıs 2020 tarihinde “Koronavirüs Döneminde Güncel Hukuki Meseleler” başlıklı bir sempozyum düzenlenecektir. Sempozyumun, YÖK’ün 6 Mart 2020 tarihli önerisine istinaden online düzenlenmesine karar verilmiştir. Online sempozyuma ilişkin detaylar ileri bir tarihte ilan edilecektir.

Hukukun tüm alanlarında bildiri sunulabilecek bu sempozyumda, özellikle pandemi döneminin ekonomik, sosyal ve teknolojik alanlarda ortaya çıkardığı değişimlerin ulusal ve uluslararası hukuk üzerindeki etkilerinin değerlendirilmesi amaçlanmakta olup, disiplinler arası konularda da başvuru yapılabilir. Başvurular; seçilen konunun önemi, güncelliği ve benzer başlıklarla yapılan diğer başvurularla karşılaştırılarak alanında uzman kişilerden oluşan bilim kurulu tarafından değerlendirilecektir. Kabul edilen bildirilerin belirlenmesinin ardından kesinleşen program 18 Mayıs 2020 tarihinde ilgililere e-mail yoluyla bildirilecek ve kamuya açık şekilde ilan edilecektir.

Önemli Tarihler

Son Başvuru Tarihi: 8 Mayıs 2020

Sonuçların Açıklanması: 15 Mayıs 2020

Sempozyum Tarihi: 29 Mayıs 2020

Sempozyum Dili

Sempozyuma Türkçe veya İngilizce dillerinde gerçekleştirilecek sunumlar ile katılım mümkündür.

Bildiri Özeti Gönderimi ve Sempozyum Katılımı:

Tebliğ sunum süresi 20 dakikayı geçmeyecek şekilde planlanmalıdır. Birden fazla kişi tarafından yapılacak sunumlar açısından sunumu gerçekleştiren kişi sayısının ve kişilerin kimliklerinin de belirtilmesi gerekmektedir. Yapılan sunumlar video kayıt yöntemi ile kaydedilecek ve gerekli görüldüğü takdirde Sempozyum kurulu tarafından uygun görülen mecralarda yayımlanabilecektir. Gönderilen bildirilerin daha önce hiçbir yerde sunulmamış veya yayımlanmamış olup, özgün çalışmalar olması gerekmektedir.

Başvuru için bildiri özetleri, hem Türkçe hem İngilizce olacak şekilde, 500-1000 sözcük arasında, 5 anahtar kelime belirlenerek ve kaynakça gösterilerek hazırlanmalıdır. Bildiri özetinin, tebliğ sahibinin kısa özgeçmiş, kurum ve iletişim bilgisi eklenerek 8 Mayıs 2020 tarihine kadar law@ihu.edu.tr mail adresine gönderilmesi gerekmektedir. Bildiri özetleri hakem heyeti tarafından kör hakemlik usulü ile bilimsel ön incelemeye tabi tutulacak ve kabul edilen bildiriler sempozyumda sunulacaktır. Kabul edilen tebliğ sahiplerine 15 Mayıs 2020 tarihinde e-posta üzerinden bilgilendirme yapılacaktır ve tebliğ kabulüne ilişkin yazı iletilecektir.

Yayın

Sempozyumda sunulacak olan tüm bildirilerin özetleri, ISBN'li bir e-kitap formatında yayınlanacaktır. Bildiri özeti gönderen tebliğ sahiplerinin bildiri özetinin kabulü halinde yayınlanmasına onay verdikleri kabul edilir. Bildiri kitapçığı ve tam metin bildiri yayımı için yazarlara telif ücreti ödenmeyecektir.

Özet bildiri kitabında yer verilen tüm bildiriler Bilim Kurulu'nda isimleri yer alan iki hakem tarafından kör hakemlik usulü ile incelenerek Sempozyum'da sunulmak üzere kabul edilmiş olup, hakemlerden birinin sunulmasını uygun bulmadığı bildiriler de üçüncü hakem görüşüne başvurulmuştur. Tam metin bildiri kitabı için gönderilen metinler ayrıca hakem denetimine tabi tutulmamıştır.

Tam Metin Bildiri Yazım Kuralları

1. Genel Açıklamalar

Tam metin bildirilerde hem İngilizce hem de Türkçe olmak üzere makale başlığı (title), öz (abstract) ve anahtar kelimeler (keywords) belirtilmiş olmalıdır.

2. Özet Yazımı

Tam metin bildirilerde 300-500 kelimedenden oluşan Türkçe “özet” ve İngilizce “abstract” bölümlerine yer verilmelidir.

* İngilizce Tam metin yazan yazarların önce İngilizce Abstract bölümünü yazarak, altına Türkçe özet yazmaları gerekmektedir.

3. Anahtar Kelimeler

- Özet bölümünün altında Türkçe en az 5 en çok 10 anahtar kelime belirlenmelidir.

- Abstract bölümünün altında İngilizce en az 5 en çok 10 anahtar kelime belirlenmelidir.

4. Yayın Dili

Tam metin bildiri kitabının yayın dili Türkçe ve İngilizce’dir. İngilizce bildiri sunumu yapan yazarların tam metin bildirileri de İngilizce yayımlanacaktır.

5. Yazım Kuralları

Tam metin bildirilerin, **Times New Roman** yazı karakteri kullanılarak, ana metnin **1,5 satır aralığında** ve **12 punto** karakter büyüklüğü ile atıfların sayfa altında gösterilerek, **10 punto** olarak hazırlanması gerekmektedir.

Kısaltmalarda nokta işareti kullanılmamalıdır. İçindekiler ve kısaltmalar kısmına yer verilmemelidir.

6. Atıf Yöntemi

Metin içi alıntılama ve kaynakça hazırlanmasında **OSCOLA** atıf yöntemi benimsenmiştir.

Atıf sistemi hakkında bilgi için bkz:

https://www.law.ox.ac.uk/sites/files/oxlaw/field/field_document/OSCOLA_4th_edn_Hart_2012.pdf

https://www.law.ox.ac.uk/sites/files/oxlaw/oscola_4th_edn_hart_2012quickreferenceguide.pdf

ÖNSÖZ

Aralık 2019 tarihinde Çin'in Wuhan şehrinde ortaya çıkan ve kısa sürede tüm dünyayı etkisi altına alan Covid-19 diğer adıyla koronavirüs, günümüzün en önemli konularından ve sorunlarından biri haline gelmiş, Dünya Sağlık Örgütü, Covid-19'u, yayılış hızı ve etkisi nedeniyle 11 Mart 2020 tarihinde pandemi ilan etmiştir. Bu salgın sadece insan hayatına değil aynı zamanda devletlerin ekonomilerine de önemli ölçüde zarar vermektedir.

İçinde bulunduğumuz durum, sosyal, ekonomik, siyasi, tabiri caizse, tüm yönleriyle, bizleri ve devletleri etkilemektedir. Pek tabi ki, bu durumdan da mevcut hukuk kuralları etkilenmektedir. Mevcut hukuk kurallarının, pandemi kapsamında değerlendirilmesinin yanı sıra, pandemi nedeniyle birçok alanda yeni hukuk kurallarına da ihtiyaç bulunmaktadır. Bu nedenle de, olması gereken hukuk açısından da akademik çalışmalara ihtiyaç duyulduğu aşikardır.

Bilindiği üzere, Covid-19 salgını sebebiyle, dünya çapında, ülkeler arası kara ve hava ulaşımının kesilmesi, ihracat yasakları, karantina kararları, ülke veya şehir bazında süreli veya süresiz sokağa çıkma yasağı kararları, seyahat yasakları, toplantı yasakları, işyeri faaliyet yasak ve sınırlamaları gibi devlet müdahalesi olarak nitelenebilecek birtakım önlemler alınmıştır. İbn Haldun Üniversitesi Hukuk Fakültesi olarak ev sahipliğini yaptığımız, 29-30 Mayıs tarihlerinde gerçekleştirilen Koronavirüs Döneminde Güncel Hukuki Meseleler Sempozyumu'nda pandeminin hukukun tüm alanlarında

yarattığı etkinin kapsamlı bir akademik çalışma ile ele alınması amaçlanmış olup, Sempozyum'da 29 akademisyenin Bilim Kurulunda yer alarak inceledikleri, toplam 41 bildiri sunulmuştur. Covid 19 Pandemisinin hukuki sonuçları bu sempozyumda, ülkemizin, seçkin akademisyenleri, hakimleri, avukatları tarafından Türk Hukuku ve uluslararası hukuk açısından mukayeseli ve kapsamlı bir şekilde ele alınmıştır.

Bu vesile ile fikri bağımsızlığı kendisine şiar edinen ve akademik çalışmalarımızı yürekten destekleyen, Üniversitemizin kıymetli Rektörü Prof. Dr. Recep Şentürk'e teşekkürü bir borç bilirim. Covid-19 Pandemisi akademik çalışmalara da yeni bir bakış açısı ve dijitalleşmeye uyum zorunluluğu getirmiştir. Bu çerçevede Sempozyumumuzun tamamı sosyal medya kanalları üzerinden canlı olarak yayınlanmıştır. Bu vesile ile Sempozyumun canlı yayını başta olmak üzere, her türlü desteklerini, yardımlarını esirgemeyen, Kurumsal İletişim Daire Başkanımız, Ebubekir Kalkan ve tüm ekibine, gerek özet bildiri kitabının hızla yayına hazırlanması gerekse bu kitabın hazırlanmasına büyük katkı sağlayan İbn Haldun Üniversitesi Yayınları Genel Yayın Yönetmeni Savaş Tali ve ekibine teşekkür ederim.

Geniş katılımlı bir Sempozyumun başarıyla gerçekleştirilmesi bunun yanı sıra tematik ve güncel bir konuyu ele alan Sempozyumun hızla yayına dönüştürülmesi gerçekten çok özverili bir takım çalışmasını gerektirdi. Bu bağlamda, Düzenleme Kurulu Üyelerinden Yeliz Bozkurt Gümürükçüoğlu, Ömer Faruk Erol, Gülnihal Ahter Yakacak, Ömer Faruk Kafalı ve Ahmet Dülger Hocalarımıza, özverili çalışmalarından dolayı teşekkürü bir borç bilirim.

Gerek zamanlarını bizlere tahsis ettikleri gerekse bilgi ve deneyimlerini bizlerle paylaştıkları için değerli bildiri sahiplerine, sempozyumun düzenlenmesindeki önderlikleri için yukarıda isimlerini belirttiğim Düzenleme Kurulu Heyetine, kısa sürede yaptıkları değerlendirmeler ve önemli katkılarından dolayı Saygıdeğer Bilim Kurulu üyelerine, sunumlarının yanı sıra kıymetli vakitlerini ayırarak ve özveri ile çalışarak tam metin bildiri kitabına ayrıca katkı sağlayan, tüm yazarlarımıza şükranlarımı sunarım.

Koronavirüs Döneminde Güncel Hukuki Meseleler Sempozyumu'nda sunulan ve daha önce Özet Bildiri Kitabı yayımlanmış olan bildirilerin tam metin hallerini içeren bu kitapta, salgının etkilerini değerlendiren bildiriler özel hukuka ve kamu hukukuna ilişkin olmak üzere iki ayrı bölüm başlığı altında, Sempozyum sunum sıralaması dikkate alınarak sıralanmıştır. İnaniyorum ki kitapta yer alan tüm bildiriler, ulusal ve uluslararası hukuk ile ilgili olarak bildiklerimize çok şey katacak ve bize yeni ufuklar açacaktır.

Prof. Dr. Yusuf Çalışkan

İBN HALDUN ÜNİVERSİTESİ

Hukuk Fakültesi Dekanı

I. BÖLÜM

KORONAVİRÜS DÖNEMİNDE
ÖZEL HUKUKA İLİŞKİN GÜNCEL
HUKUKİ MESELELER

COVID-19 SALGINININ ULUSLARARASI TİCARİ SÖZLEŞMELERDE UYGULANACAK HUKUKA ETKİSİ

Dr. Öğr. Üyesi Esra YILDIZ ÜSTÜN*

Özet

Aralık 2019 tarihinde Çin'in Wuhan şehrinde ortaya çıkan ve kısa sürede tüm dünyayı etkisi altına alan koronavirüs diğer adıyla Covid-19, günümüzün en önemli konularından biri haline gelmiştir. Dünya Sağlık Örgütü bu salgının yayılış hızı ve etkisi nedeniyle 11 Mart 2020 tarihinde pandemi ilan etmiştir. Bu salgın sadece insan hayatına değil aynı zamanda ülkelerin ekonomik ve ticari ilişkilerine de oldukça zarar vermeye başlamıştır.

Salgının etkisiyle devletlerin virüsün yayılma hızını azaltmak için aldıkları önlemler (ambargo, ithalat ihracat yasakları, vize uygulamalarını kısıtlamaları) farklı ülkelerdeki alıcı ve satıcıların sözleşmelerinde kararlaştırdıkları edimleri gereği gibi yerine getirememelerine neden olmuştur. Bunun akabinde uyuşmazlıklar ortaya çıkmaya başlamıştır. Bu uyuşmazlıkların nasıl çözümüne kavuşturulacağı noktasında ise tarafların sözleşmelerinde kararlaştırdıkları uygulanacak hukuk ve uyuşmazlığın çözüleceği yöntem oldukça önem taşımaktadır.

Sözleşmenin tarafları tarafından kararlaştırılan uygulanacak hukukun tek istisnası devletlerin doğrudan uygulanan (müdahaleci) kurallarıdır. Bu kurallar taraf iradesini kısıtlar. Doğrudan uygulanan kurallar niteliği itibarıyla devletlerin sosyal, ekonomik ve politik menfaatlerini koruma amacı güderek, sözleşmeye uygulanacak hukukun farklı bir ülke hukuku olmasını bertaraf edip doğrudan uygulanırlar. Aynı zamanda bu kurallar karşımıza devletlerin ambargo, ithalat-ihracat sınırlandırması olarak çıktığında ve sözleşmenin kurulması esnasında öngörülememiş ise mücbir sebep olarak da sayılabilmektedir. Bu nedenle koronavirüs salgını sebebiyle alınan

* Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

tedbirler (gümrüklerin kapatılması, medikal aletlerin ihracatının yasaklanması) uluslararası ticari sözleşmeler üzerinde oldukça etkili hale gelmiştir. Diğer önemli bir nokta ise, sadece sözleşmede uygulanması kararlaştırılan hukukun (*lex causae*) müdahaleci kurallarıyla sınırlı kalmayıp, uyumsuzluğun görüldüğü milli mahkemelerde hakim (*lex fori*) kendi ülke hukukundaki doğrudan uygulanan kuralları uygulayabilir hatta hakim sözleşme ile sıkı ilişkili hukukun da bu mahiyetteki kurallarına etki alanı tanıyabilmektedir.

Bu bildiride, Covid-19 sebebiyle devletlerin getirdikleri kısıtlamaların, tahkim heyeti tarafından sözleşmeyle sıkı ilişkili üçüncü ülkelerin doğrudan uygulanan kurallarının tatbik edilip edilmeyeceği incelenecek, tahkim heyetlerinin geçmişte bu konuya nasıl bir yaklaşım sergiledikleri örnek davalar üzerinden tartışılacaktır. Son olarak, bu pandemi sürecindeki kısıtlamalardan meydana gelen zararlardan tarafların en az hasarla nasıl kurtulabilecekleri yönünde kısa bir değerlendirme yapılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Covid-19, Doğrudan Uygulanan Kurallar, Ticari Tahkim, Mücbir Sebep, Uygulanacak Hukuk

Abstract

Coronavirus, also known as Covid-19, which emerged in Wuhan, China in December 2019 and has affected the whole world in a short time, has become one of the most important issues in nowadays. The World Health Organization has declared this breakout as a pandemic on 11 March 2020 due to its speed and impact. This epidemic has started to damage not only human life but also economic and commercial relations of countries.

Due to effect of the breakout, states have taken several kinds of measures to reduce the speed of virus spread (embargo, import and export bans, and restrictions on visa applications) and so these measures have restrained the undertaken partial or full performance of the sellers and buyers in different countries. Then, disputes between the parties have arisen. Regarding to solution of these disputes, the applicable law and the dispute resolution mechanism became crucial.

The only exception to applicable law is the mandatory rules of states. These rules restrict the party autonomy. Mandatory rules are used to protect the social, economic and political interests of the states, they eliminate though the contract covers an applicable law. This type of rules can be seen as embargo, import and export restriction of states in practice and so they can be assumed as force majeure event if the restrictions cannot be foreseen when the parties conclude the contract. Therefore, the states measures due to the coronavirus (closure of customs, prohibition of export of medical stuff) have had an impact on international trade contracts. Another important point is that the court not only applies the mandatory rules of the chosen law (*lex causae*) by the parties but also applies its own mandatory rules (*lex fori*) and the court can give an effect to this type of rules of a third state which is most closely connected to the contract.

In this paper, it will be examined whether the restrictions imposed by the states due to Covid-19, the mandatory rules of third countries that are closely related to the contract will be applied by the arbitral tribunal. Also it will be demonstrated that the approach of arbitration tribunals to the issue in the past. Finally, an assessment will be made on how the parties can recover from the damage caused by restrictions in this pandemic process with minimum damage.

Keywords: Covid-19, Mandatory Rules, Arbitration, Force Majeure, Applicable Law

GİRİŞ

Kısa süre içerisinde dünyayı etkisi altına alan Covid-19 salgını gün geçtikçe hızını arttırmaktadır. Salgının hızlı yayılımı sadece sağlık alanında değil aynı zamanda ekonomik anlamda da dünyayı bir çıkmaza sürüklemektedir. Ekonomistlerce belirtildiği üzere 2020 yılında dünya ekonomisi ciddi anlamda küçülmeye uğrayacaktır.¹ Bunun yanında eğer bu salgının etkisini durduracak aşı bulunmazsa da ekonomik etkilerinin ileriki yıllarda farklı şekillerde karşımıza çıkacağı iddia edilmektedir.

1 OECD Resmi Websitesi, "Double-Hit Scenario: A Second Wave Of Infections Hits Before Year-End" <https://www.Oecd.Org/Economic-Outlook/> E.T. 28.06.2020.

Covid-19 salgını uluslararası alanda ticareti önemli ölçüde zarara uğratmıştır. Devletlerin bu salgının ilerlemesini durdurmak için aldıkları tedbirler ticari hayatın olumsuz etkilenmesine neden olmuştur. Bu tedbirlerin başında ithalat- ihracat yasağı, işyerlerinin geçici olarak kapatılması, kilit personellere vize kısıtlaması, “endüstriyel faaliyetler” için bazı istisnalar dışında, tüm endüstriyel ve ticari faaliyetler askıya alınması, icra iflas kanunlarına ilişkin getirilen düzenlemeler sayılabilir.

Bu tedbirler aynı zamanda uluslararası ticarete sözleşmenin tarafları bakımından da problemler oluşturmaktadır. Taraflar sözleşmelerde kararlaştırdıkları edimleri gereği gibi ifa edememe, kısmi ifa yahut ifa imkansızlığı ile karşı karşıya kalmışlardır. Bu nedenle de uyuşmazlıklar ortaya çıkmaktadır. Bu uyuşmazlıkların çözümünde ise en önemli etken sözleşmeye uygulanacak hukuk ve uyuşmazlık çözüm yöntemidir. Bu bildiri iki ana başlık altında incelenecektir. Öncelikle salgın nedeniyle devletlerin aldığı önlemlerin uygulanacak hukuk bakımından etkisi ardından tarafların uyuşmazlık çözüm yöntemine göre doğrudan uygulanan kuralların uygulanması tartışılacaktır. Son olarak da günümüzde yaşanan bu problemi en hasarsız şekilde atlatılması için öneriler ileri sürülecektir.

Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk

Taraf iradesi ilkesi gereğince taraflar sözleşmeye uygulanacak hukuku kendileri kararlaştırabilirler. Kararlaştırılan bu hukuk sözleşme ile ilişkili olabileceği gibi ne taraflarla ne de sözleşme ile ilişkili bir hukuk da olmayabilir. Ancak seçilen bu hukuk bir bütün şeklinde uyuşmazlığa uygulanır. Diğer bir deyişle seçilen hukukun emredici, yedek, tamamlayıcı kuralları da uyuşmazlığa uygulanmaktadır.² Ancak, uyuşmazlıkla ilgili ülke hukuklarının kamu düzenini ilgilendiren bazı hükümleri, sözleşmenin tâbi olduğu hukukun uygulanmasını kısmen veya tamamen engelleyebilir. Bunlar o ülkelerin doğrudan uygulanan kurallarıdır. Covid-19 salgını nedeniyle devletlerin aldığı önlemler (kısıtlamalar) doğrudan uygulanan kurallara örnek teşkil etmektedir.

2 Emre Esen, ‘Uluslararası Ticarî Sözleşmelerden Covid-19 Pandemisi Sebebiyle Doğabilecek Uyuşmazlıkların Çözümüne İlişkin Genel Bir Değerlendirme’ (Lexpera blog, 17 Mart 2020). <https://blog.lexpera.com.tr/uluslararasi-ticari-sozlesmelerden-covid-19-pandemisi-sebebiyle-dogabilecek-uyusmazliklarin-cozumune-iliskin-genel-bir-degerlendirme/> E.T. 25.04.2020. Cemal Şanlı, Emre Esen ve İnci Ataman-Figancıoğlu, Milletlerarası Özel Hukuk, (7th edn, Beta 2019).

Covid-19 ve Doğrudan Uygulanan Kurallar

Doğrudan uygulanan kurallar niteliği itibarıyla devletlerin sosyal, ekonomik ve politik menfaatlerini koruma amacı güderek, sözleşmeye uygulanacak hukukun farklı bir ülke hukuku olmasını bertaraf edip doğrudan uygulanırlar. Uyuşmazlığın yabancı unsur taşıyıp taşımadığına bakılmaksızın doğrudan uygulanırlar. Bu kurallar emredici hukuk kurallarından farklıdır çünkü yabancı hukuk seçimiyle dahi bertaraf edilemezler.³ Aynı zamanda kamu düzeni ile karıştırılmalarına rağmen farklılıkları da mevcuttur. Bu kurallar ile korunması amaçlanan devlet menfaatleridir bu nedenle irade serbestisinin de istisnasıdır.

Bu kurallar ortaya çıktıkları dönemin sosyal ve ekonomik ihtiyaçlarından kaynaklanmaktadır. Günümüzdeki virüs salgını nedeniyle de getirilen ithalat-ihracat yasağı, ambargo, el koyma ve döviz kontrolleri bu kurallara örnek olarak verilebilir.

Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Mücbir Sebep

Doğrudan uygulanan kurallar sözleşmenin kurulması anında öngörülemezse ve sözleşmenin ifa imkânsızlığına yahut kısmi ifa imkânsızlığına sebep oluyorsa mücbir sebep olarak kabul edilebilir.⁴ Ancak mücbir sebep kabul edebilmek için öncelikle sözleşmedeki mücbir sebep hükümlerine bakmak gerekir. Mücbir sebep hükmü yoksa uygulanacak hukuk kuralları çerçevesinde mücbir sebep olup olmadığı mahkeme ya da hakemler tarafından değerlendirilir. Covid-19 salgınının Dünya Sağlık Örgütü tarafından pandemi ilan edilmesi ile getirilen kısıtlamalar doğrudan mücbir sebep olarak değerlendirilmez.⁵ Yukarıda da bahsedildiği üzere tarafların sözleşmede açıkça mücbir sebepleri saymaları gerekmektedir.⁶ Nitekim ICC kararları-

3 Aysel Çelikel Ve Bahadır Erdem, Milletlerarası Özel Hukuk, (14th Edn, Beta 2016) 138. İbrahim Doğan Takavut, Milletlerarası Ticari Tahkimde Doğrudan Uygulanan Kurallar, (First Published, Onikilevha 2018) 33.

4 Esen (n 2).

5 Matthew Jennejohn, Julian Nyerko, COVID-19 as a Force Majeure in Corporate Transactions (Katharina Pistor ed, Colombia Law School 2020).

6 Bodhisattwa Majumder and Devashish Giri, "Coronavirus & Force Majeure: A Critical Study (Liability of a Party Affected by the Coronavirus Outbreak in a Commercial Transaction)" (2020) 51 Journal of Maritime Law & Commerce 51.

nın çoğunda devletlerin doğrudan uygulanan kuralları mücbir sebep sayılmamaktadır. Her somut olay ayrıca incelenerek mücbir sebep şartlarının varlığının kümülatif şekilde olup olmadığı araştırılmaktadır. Örneğin Alman şirketinin Arap ülkelerinde çalıştırmak üzere İsrail vatandaşı çalışanını vize kısıtlamaları sebebiyle ülkeye sokamaması mücbir sebep sayılmamıştır. Neden olarak ise başka ülke vatandaşlığına sahip çalışanı ülkeye gönderebilirken bunun yapılmadığını belirtmiştir.⁷

Diğer yandan *Macromex Srl. v. Globex Int'l Inc.* davasında Romanya'ya teslimi beklenen tavuk butunun kuş gribi salgını nedeniyle Romanya hükümeti ithalat-ihracat yasağı getirmiştir. Bu yasak nedeniyle edimin ifa edilememesi mücbir sebep sayılmamıştır. Hakem heyeti bu kararının gerekçesi olarak ise alıcının satıcıya ilettiği tavuk butlarını komşu ülke limanına teslim talebinin yerine getirilmemesini göstermiştir.⁸

Görüldüğü üzere tahkim yargılamasında bu tarz doğrudan uygulanan kurallar olmasına rağmen hakemler tarafların bu mücbir sebebin üstesinden gelip gelemediklerine oldukça önem vermektedir. Bazı durumlarda mücbir sebep sayılmasa dahi doğrudan uygulanan kuralların varlığı ödenecek tazminat miktarlarında etkili olabilmektedir. Örneğin, ICC kararında hakem heyeti Demokratik Almanya Cumhuriyeti'nde sosyal ve ekonomik değişiklikler sebebiyle işletmelerin hukuki ve yapısal değişimleri mücbir sebep sayılmasa da ödenecek tazminat miktarında olabildiğince hafifletilebileceğine karar vermiştir.⁹

Dünya Ticaret Örgütü açıklamasına göre 80 ülke hali hazırda salgın nedeniyle getirdikleri yasakları kanunlaştırmıştır.¹⁰ Kanunlaştırmamanın önemi ise

7 ICC Case No. 1782/1973.

8 American Arbitration Association 23 October 2007 (*Macromex Srl. v. Globex International Inc.*) Interim Award <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/071023a5.html>> E.T. 22 Mart 2020.

9 ICC Case NO. 8251/1995. Matthias Scherer, 'Economic Or Financial Crises As A Defence In Commercial And Investment Arbitration' [2010] Czech Yearbook of International Law 228.

10 WTO, Export Prohibitions and Restrictions Information Note, 23 Nisan 2020, https://www.wto.org/english/tratop_e/covid19_e/export_prohibitions_report_e.pdf E.T. 28 Mayıs 2020.

örnek davada şu şekilde karşımıza çıkmaktadır. Hint şirketi, devletin ilgili mala ihracat yasağı getirmesi üzerine anlaşmadaki belirlenen miktarda malı alıcıya teslim edememiştir. Bunun üzerine alıcı tahkim prosedürünü başlatmıştır. Hint şirketinin delil olarak ileri sürdüğü hükümet tarafından kendine gönderilen mektubu yargılamayı yürüten hakem tarafından kabul edilmemiştir. Çünkü, hakem ithalat ve ihracat yasaklarının kanunla yapılması gerektiğini, kişisel olarak yollanan mektupla yapılamayacağına karar vermiştir.¹¹

Ayrıca ICC hakemleri getirilen bu tip kısıtlamaların sonucu etkilenen kur yükselmesi ve maliyetin artması durumlarını da genellikle mücbir sebep olarak kabul etmemektedirler.¹² Buna neden olarak ticaretle uğraşan kişilerin basiretli olması beklentisi olarak gösterilebilir.¹³

Milli Mahkemelerin Doğrudan Uygulanan Kurallara Yaklaşımı

Doğrudan uygulanan kuralların uygulanması noktasında uyumsuzluğun hangi yöntemle çözümlendiği de oldukça önem taşımaktadır. Bu kuralların uygulanması açısından milli mahkemelerin yorumu ve tahkim hakemlerinin bakışı ayrışmıştır.

Milli mahkemelerin uyumsuzluğa uygulaması gereken üç farklı doğrudan uygulanan kural mevcuttur. Bunlardan ilki lex foriye ait doğrudan uygulanan kurallardır. Bu kuralların uygulanmasında hakimın takdir yetkisi bulunmamaktadır.¹⁴ Nitekim bunu MÖHUK 6.md de görebiliriz. Düzen-

11 Case 3740 (unpublished), Werner Melis, 'Force Majeure and Hardship Clauses in International Commercial Contracts in View of the Practice of the ICC Court of Arbitration' <<https://www.fidic.org/sites/default/files/10%20Force%20Majeure%20and%20Hardship%20Clauses.pdf>> E.T. 03 Nisan 2020.

12 Jenni Miettinen, 'Interpreting CISG Article 79 (1): Economic Impediment And The Reasonability Requirement' (Master's thesis, University of Lapland Faculty of Law 2015) <<https://lauda.ulapland.fi/bitstream/handle/10024/62487/Miettinen.Jenni.pdf?sequence=1&isAllowed=y>> E.T. 29 Mart 2020.

13 Sinan Sarıkaya ve Gökhan Bakar, 'Basiretli Tacir İlkesi Işığında Koronavirüs (COVID-19) Salgınının Sözleşmelerdeki Ceza Koşuluna Etkisi' (Lexpera blog, 17 Mart 2020) <https://blog.lexpera.com.tr/author/sinan-sarikaya/> E.T. 25 Nisan 2020.

14 Nazlı Albayrak Ceylan, 'Uluslararası Tahkimde Doğrudan Uygulanan Kuralların Etkisi' (Yüksek Lisans Tezi, Maltepe Üniversitesi 2014).

lenme amacı ve uygulama alanı bakımından Türk hukukunun doğrudan uygulanan kuralları kapsamına giren bir uyumsuzluğa uygulanır. Doğaları itibariyle de esasa uygulanacak hukuku dikkate almazlar. Bu kurallar niteliği itibariyle hemen hemen tüm hukuk sistemlerinde yer almaktadır.¹⁵ Burada dikkat edilmesi gereken nokta for hukukunun doğrudan uygulanan kurallarının uyumsuzluk ile ilgili olup olmadığıdır.¹⁶

Taraflar tarafından seçilen esasa uygulanacak hukukun doğrudan uygulanan kurallarının mahkemelerce uygulanması noktasına gelince, yukarıda da belirtildiği üzere seçilen hukuk tüm yönüyle uygulanır. Yabancı hukukun doğrudan uygulanan kurallarının mahkemelerce uygulanması milletlerarası hukukta işbirliği, karar uyumu ve mahkemece verilen kararın tanıma ve tenfizinde etkili olacaktır.¹⁷ Milli mahkemelerce bu kuralların tatbikinde tek istisna o mahkemenin kamu düzenine aykırılık teşkil etmesidir. Bu durumda yabancı hukukun doğrudan uygulanan kuralları uygulama alanı bulamaz.

En çok tartışılan diğer bir durum ise üçüncü ülke hukukunun doğrudan uygulanan kurallarının mahkemelerce uygulanmasıdır.¹⁸ Bilindiği üzere ticari sözleşmeler artık birden fazla ülke ile irtibatlı olduğu için sözleşmeyle sıkı ilişkili üçüncü ülkenin doğrudan uygulanan kuralları dikkate alınması gerektiği kabul edilmiştir. Bu konuda milli mahkemelerce ortak bir hareket sergilenmektedir.¹⁹ Nitekim MÖHUK 31.md de bu durum yer almaktadır ancak burada uygulanabilir ibaresinden de anlaşılacağı üzere hakim in değerlendirilmesine bırakılmıştır.

15 Gülören Tekinalp Ve Ayfer Uyanık Çavuşoğlu, Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları, (11st edn, Vedat Kitapçılık 2011) 58.

16 Hatice Özdemir Kocasakal, 'Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun MÖHUK m. 24 Çerçevesinde Tespiti Ve Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları' (2010) 30 MHB 1-2, 48.

17 Doğan Takavut (n 3) 99.

18 Alnati kararı, Mustafa Erkan, 'Möhuk Madde 31 Bağlamında Türk Hukukunda Doğrudan Uygulanan Kurallara Bakış' (2011) 15 Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2, 101.

19 İbid.

Tahkim Heyetinin Doğrudan Uygulanan Kurallara Yaklaşımı

Uluslararası ticaretten kaynaklanan uyuşmazlıkların büyük çoğunluğu tahkim yöntemiyle çözüme kavuşturulur. Hem hızlı ve gizli olması hem de bağımsız ve tarafsız olması taraflar açısından tercih sebebidir. Tahkimde esas olan taraf iradesidir. Hakemler, uygulanacak hukuk, tahkim yeri taraflarca kararlaştırılabilir. Ancak bu taraf iradesinin bazı istisnaları vardır. Bunlardan biri de doğrudan uygulanan kurallardır. Bu kuralların uygulanması mahkemelerce ortak bir kaniya varılmış olmasına rağmen tahkimde oldukça tartışmalıdır. Hakemlerin *lex fori* kuralları olmadığı için ve herhangi bir devlet menfaatini koruma yükümlülükleri bulunmadığından *lex forin* doğrudan uygulanan kurallarından bahsedilemez.²⁰ Ancak tarafların seçtikleri hukukun doğrudan uygulanan kuralları ile bağılıdır. Üçüncü devletin doğrudan uygulanan kuralları açısından ise çeşitli görüşler mevcuttur. Bir görüş tahkim heyetinin herhangi bir devlet menfaati koruma yükümlülüklerinin bulunmadığını bu sebeple doğrudan uygulanan kurallar uygulanmamalı derken, diğer görüş Roma Konvansiyonu ve Roma I Tüzüğü'ne istinaden etki tanınması gerektiğini savunmaktadır.²¹

Tahkim yargılamasında üçüncü ülke doğrudan uygulanan kuralların uygulanmasını destekleyen görüş ise hem UNDROIT Prensiplerini hem de ICC 41. Md sinde hakem heyetinin verdiği kararların tanıma ve tenefiz elverişli olması gerektiği hükmüne dayandırmaktadırlar. Sonuçta her ne kadar tarafların talepleriyle bağlı olsa da²² hakem heyeti de yargısal bir görev üstlenmektedirler.²³

20 Doğan Takavut (n 3) 124.

21 Erkan (n 18). Doğan Takavut (n 3) 159. Andrea Bonomi and Paul Volken (eds.), *Overriding Mandatory Provisions in the Rome I Regulation on the Law Applicable to Contracts*, (Sellier European Law Publishers 2008) 285-300.

22 Mercédeh Azeredo da Silveira (Derains & Gharavi), "In Commercial Arbitration, Should Arbitrators Be Exclusively at the Service of the Parties?" (Kluwer Arbitration Law Blog 2015). <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2015/07/14/economic-sanctions-exchange-control-regulations-and-the-like-black-sheep-among-the-provisions-of-the-lex contractus/?doing_wp_cron=1591008187.8570311069488525390625> E.T. 14.05.2020.

23 İbid 153, 165. İsviçre mahkemeleri kamu düzenine bağlılığı tespit edilirse uygulanması gerektiğini belirtmişlerdir.

Tüm bu görüşlerin akabinde akla gelen diğer soru ise tarafların meşru beklentileri ile doğrudan uygulanan kuralların çatışması durumudur. Tahkim taraf iradesine bağlıken bu iradeyi dikkate almayan doğrudan uygulanan kurallar beklenen menfaati zedeleyebilir. Ancak belirtilmelidir ki taraf beklentisinin ne olduğunu ve bu beklentilerin meşru olup olmadığı hakemlerin takdir yetkisine bırakılmış olmaktadır. Bu takdir yetkisi milletler üstü kamu düzeni ile sınırlandırılmış olmakla birlikte, milletler üstü kamu düzenine aykırılık teşkil etmeyen hallerin değerlendirilmesi hakemlerin kişisel görüş ve yorumlarına bırakılmış olmaktadır.²⁴

SONUÇ

Uluslararası ticari uyuşmazlıkların milli mahkemelerden ziyade tahkim yöntemiyle çözümlenmesinden dolayı asıl önemli nokta tahkim heyetinin doğrudan uygulanan kurallara yaklaşımıdır. Covid-19 salgını nedeniyle getirilen yasaklar birer doğrudan uygulanan kurallardır ve bu kuralların uyuşmazlık çözümünde dikkate alınması oldukça önem arz etmektedir. Geçmiş yıllardaki ICC tahkim istatistiklerine bakıldığında 1990-2016 yılları arasında ICC tarafından yayınlanan 520 karardan sadece 9'unda doğrudan uygulanan kararların uygulandığı görülmüştür.²⁵ Bu demektir ki tahkimde doğrudan uygulanan kuralların tatbiki sıkça karşılaşılan bir durum değildir.

Nitekim yakın zamanda Covid-19 nedeniyle başlatılacak tahkim davalarında ifayı gerçekleştiremeyen taraflar, getirilen yasakların mücbir sebep olduğu iddiasında bulunması muhtemeldir. Ancak hakem heyetleri yukarıda da belirtildiği üzere bu kavrama oldukça özenle yaklaşmaktadırlar. Sadece salgının olması ve bu salgının ifayı engellemesini yeterli saymamaktadırlar. Mücbir sebebin diğer şartları olan öngörülebilirlik ve üstesinden gelebilme ihtimaline ağırlık vermektedirler. Bu noktada da pandeminin ilan tarihini mi yoksa daha öncesinde alınan tedbirler sebebiyle tacirlerin öngörebilmesini mi arayacakları her uyuşmazlık için ayrı bir tartışma konusudur.

24 Albayrak Ceylan (n 14) 85.

25 Doğan Takavut (n 3) 45.

Tarafların başta sözleşmelerdeki tüm mücbir sebep maddelerini gözden geçirmek önemlidir. Mücbir sebep iddia etmeden önce, ifade bulunamayan taraf sözleşmedeki dili dikkatlice incelemelidir. Covid-19 bağlamında, aranacak anahtar kelimeler “salgın hastalıklar”, “bulaşıcı hastalıklar”, “karantinalar” ya da “ tarafların makul kontrolünün ötesinde herhangi bir olayın” ifadesi olacaktır.²⁶ Eğer bu terimler varsa diğer şartlarında varlığı halinde tahkim heyeti açısından ilgili ülkelerin doğrudan uygulanan kuralları mücbir sebep kabul edilebilir. Mahkemeler açısından bakıldığında ise nadir olmakla beraber taraflar bu çözüm yöntemini de kullanabilirler. Hakimler de Covid-19 salgını hasebiyle for hukukunun doğrudan uygulanan kuralları yanında uygulanacak hukukun ve de gerek uyuşmazlıkla ilişkili üçüncü ülkelerinde doğrudan uygulanan kurallarına daha geniş yer verebilirler. Asıl olan sözleşmenin taraflarının uzlaşma yoluyla bu uyuşmazlıklarını gidermek daha yararlı olacağı düşünülse de, bu salgının etkisini en aza indirmek için sözleşmelerin mücbir sebep klotlarından dikkatli şekilde incelenmesi gerekmektedir.

26 Brian Perrott, “The Covid-19 Pandemic And The Contractual Force Majeure Landscape”(HWF, Mart 2020)
<https://www.hfw.com/The-COVID-19-Pandemic-and-the-Contractual-Force-Majeure-Landscape> E.T. 21 Mayıs 2020.

KAYNAKÇA

Albayrak Ceylan N., Uluslararası Tahkimde Doğrudan Uygulanan Kuralların Etkisi, 2014 Maltepe Üniversitesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. <<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>> E.T. 23.04.2020.

Barraclough A. and Waincymert J., Mandatory Rules of Law in International Commercial Arbitration, 6 Melb. J. Int'l L. 205 (2005).

Bonomi A. and Volken P. (eds.), Overriding Mandatory Provisions in the Rome I Regulation on the Law Applicable to Contracts. (2008) Yearbook of Private International Law, Germany: Sellier European Law Publishers, Vol. 10, s. 285-300.

Çelikel A. ve Erdem B., Milletlerarası Özel Hukuk, (14th Edn, Beta 2016) 138. İbrahim Doğan Takavut, Milletlerarası Ticari Tahkimde Doğrudan Uygulanan Kurallar, (First Published, Onikilevha 2018) 33.

DTÖ, Export Prohibitions And Restrictions Information Note, 23 Nisan 2020, https://www.wto.org/english/tratop_e/covid19_e/export_prohibitions_report_e.pdf E.T. 28 Mayıs 2020.

Erkan M., MÖHUK Madde 31 Bağlamında Türk Hukukunda Doğrudan Uygulanan Kurallara Bakış, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XV, Y. 2011, s. 81-121.

Esen E., Uluslararası Ticari Sözleşmelerden Covid-19 Pandemisi Sebebiyle Doğabilecek Uyuşmazlıkların Çözümüne İlişkin Genel Bir Değerlendirme, 17.04.2020, Lexpera Blog. <<https://blog.lexpera.com.tr/uluslararasi-ticari-sozlesmelerden-covid-19-pandemisi-sebebiyle-dogabilecek-uyusmazliklarin-cozumune-iliskin-genel-bir-degerlendirme/>> E.T. 25.04.2020.

Majumder B. and Giri D., Coronavirus & Force Majeure: A Critical Study (Liability of a Party Affected by the Coronavirus Outbreak in a Commercial Transaction) (2020) 51 Journal of Maritime Law & Commerce 51.

Melis W., 'Force Majeure and Hardship Clauses in International Commercial Contracts in View of the Practice of the ICC Court of Arbitration' <<https://www.fidic.org/sites/default/files/10%20Force%20Majeure%20and%20Harship%20Clauses.pdf>> E.T. 03 Nisan 2020.

Miettinen J., 'Interpreting CISG Article 79 (1): Economic Impediment And The Reasonability Requirement' (Master's thesis, University of Lapland Faculty of Law 2015) <<https://lauda.ulapland.fi/bitstream/handle/10024/62487/Miettinen.Jenni.pdf?sequence=1&isAllowed=y>> E.T. 29 Mart 2020.

Özdemir Kocasakal H., 'Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun MÖHUK m. 24 Çerçevesinde Tespiti Ve Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları' (2010) 30 MHB 1-2, 48.

Perrott B., “The Covid-19 Pandemic And The Contractual Force Majeure Landscape”(HWF, Mart 2020) <https://www.hfw.com/The-COVID-19-Pandemic-and-the-Contractual-Force-Majeure-Landscape> E.T. 21 Mayıs 2020.

Pistor K., Law In The Time Of Covid-19, (2020) Columbia Law School.

Sarıkaya S. ve Bakar G., ‘Basiretli Tacir İlkesi Işığında Koronavirüs (COVID-19) Salgınının Sözleşmelerdeki Ceza Koşuluna Etkisi ’ (Lexpera blog, 17 Mart 2020) <https://blog.lexpera.com.tr/author/sinan-sarikaya/> E.T. 25 Nisan 2020.

Scherer M., ‘Economic Or Financial Crises As A Defence in Commercial And Investment Arbitration’ [2010] Czech Yearbook of International Law 228.

Silveira M. A.(Derains & Gharavi), (2015) In Commercial Arbitration, Should Arbitrators Be Exclusively at the Service of the Parties? Kluwer Arbitration Law Blog. <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2015/07/14/economic-sanctions-exchange-control-regulations-and-the-like-black-sheep-among-the-provisions-of-the-lex_contractus/?doing_wp_cron=1591008187.8570311069488525390625> E.T. 14.05.2020.

Şanlı C., Esen E., Ataman-Figanmeşe İ., Milletlerarası Özel Hukuk, İstanbul, 2019.

Takavut, İ. D, Milletlerarası Ticari Tahkimde Doğrudan Uygulanan Kurallar, Oniki Levha Yayıncılık 2018, İstanbul.

Tekinalp G. ve Uyanık Çavuşoğlu A, Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları, (11st edn, Vedat Kitapçılık 2011) 58

The World Health Organisation official website <<https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019>

CISG M.79 UYGULAMASI AÇISINDAN COVID-19 SALGINI*

Dr. Öğr. Üyesi Eylem APAYDIN**

Özet

Çin'in bir bölgesinde, bir yarasa koronavirüsüyle enfekte olan bir pangolinin, virüsü canlı hayvan pazarında çalışan bir işçiye bulaştırmasıyla ortaya çıktığı düşünülen Sars-Cov-2 virüsü kısa zamanda tüm dünyayı sarmış, sebep olduğu COVID-19 hastalığıyla on binlerce insanın ölümüne sebep olmuştur. Dünya Sağlık Örgütü (DSÖ), 11.03.2020 günü bu hastalığın pandemik, yani dünyada birden fazla ülkede veya kıtada, çok geniş bir alanda yayılan ve etkisini gösteren salgın hastalık olduğunu ilan etmiştir. Aynı gün, ülkemizde de ilk vaka tespit edilmiştir.

UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) "Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması" uluslararası bir anlaşma olarak 1980 yılında imzalanmış, 1988 yılında 11 ülkede yürürlüğe girmiştir. Antlaşma, 7 Nisan 2010 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanarak 11 Ağustos 2011'de Türkiye'de yürürlüğe girmiştir. İşyeri Türkiye'de olan bir tarafın, başka bir taraf devlette iş yeri olan karşı tarafla yaptığı uluslararası satış sözleşmesine ve kanunlar ihtilafı kuralları gereği Türk hukukunun uygulanması gereken uluslararası satış sözleşmelerine bu tarihten itibaren CISG uygulanmaktadır.

COVID-19 salgını sebebiyle, dünya çapında, ülkeler arası kara ve hava ulaşımının kesilmesi, ihracat yasakları, karantina kararları, ülke veya şehir bazında süreli veya süresiz sokağa çıkma yasağı kararları, seyahat yasakları, toplantı yasakları, iş yeri faaliyet yasak ve sınırlamaları gibi devlet

* Bu çalışma, İbn Haldun Üniversitesi Hukuk Fakültesi tarafından 29-30 Mayıs 2020 tarihinde düzenlenen "Koronavirüs Döneminde Güncel Hukuki Meseleler Sempozyumu"nda sunulan tebliğin genişletilmiş ve geliştirilmiş halidir.

** Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

müdahalesi olarak nitelenebilecek birtakım önlemler alınmıştır. Bazı ülkelerde bu önlemler sebebiyle toplumsal gösteriler ve olaylar gözlemlenmiştir. CISG'nin uygulanacağı uluslararası satış sözleşmesi akdeden taraflar, sözleşmeden doğan yükümlülüklerini alınan bu önlemler nedeniyle, yerine getiremez bir duruma düşmüş olabilirler.

CISG m.79 taraflardan birinin yükümlülüklerinden birini ifa etmemesinin, denetimi dışında kalan bir engelden kaynaklandığını ve bu engeli, sözleşmenin kurulması anında hesaba katmasının veya engelden ve sonuçlarından kaçınmasının veya bunları aşmasının kendisinden makul olarak beklenemeyeceğini ispatlaması halinde ifa etmemeden dolayı sorumlu tutulamayacağını öngörmektedir. Ancak m.79 (3) bu engelin geçici nitelik taşıması durumunda ise farklı bir çözüm benimsemektedir.

Bu çalışmada, ana hatlarıyla, COVID-19 salgının ve onun yüzünden alınan önlemlerin, CISG uygulamasında, borçlunun sorumluluğunu kaldıran bir sebep olarak nitelenip nitelenemeyeceği hususu tartışılacaktır. Bu çalışmada öncelikle, CISG Madde 79 kapsamında borçlunun sorumluluğunu kaldırılması için gerekli koşullar açıklanacaktır sonra da bu koşulların COVID-19 salgını ve onun yüzünden devletin müdahalesiyle alınan önlemler açısından sağlanıp sağlanmadığı tartışılacaktır. Ancak salgının etkisinin bittiği veya azaldığı Çin'deki ve Kuzey Avrupa ülkelerindeki güncel birtakım uygulamalar COVID-19 salgını sebebiyle alınan bu önlemlerin geçici bir nitelik taşıdığını göstermektedir. Bu sebeple daha sonra ise bu engelin geçici niteliğinin sonuçları COVID-19 salgını dikkate alınarak değerlendirilecektir.

Anahtar Kelimeler: COVID-19, Salgın Hastalık, Devlet Müdahalesi, İmkânsızlık, Mücbir Sebep, CISG madde 79

Abstract

Sars-Cov-2 virus, which is believed to be caused by a pangolin infected with a bat coronavirus in a region of China, infected a worker working in the livestock market, and soon surrounded the world, causing COVID-19

disease, killing tens of thousands of people. World Health Organisation (WHO) declared on 11.03.2020 that this disease is a pandemic that spreads over a wide area in more than one country or continent around the world. On the same day, the first case was detected in Turkey.

UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) was signed in 1980 as an international treaty and entered into force in 1988. This treaty was published in the Official Gazette on April 7, 2010 and entered into force on 11 August, 2011, in Turkey. As of its entry into force, the CISG applies to the contracts of sale of goods which are concluded between a business established in Turkey and another business established in another contracting State or when the rules of private international law lead to the application of Turkish law.

Due to the COVID-19 pandemic, a number of measures across the world have been taken that can be described as government interventions such as the interruption of land and air transportation between countries, export bans, quarantine decisions, country or city curfews or indefinite curfew decisions, travel bans, meeting bans, workplace activity bans and restrictions. In some countries, social demonstrations and riots have been observed protesting these measures. Some of the parties to an international sales contract subject to the CISG, may have not fulfilled their obligations arising from the contract because of these measures.

The first paragraph of Article 79 of the CISG provides that a party is not liable for a failure to perform any of his obligations if he proves that the failure was due to an impediment beyond his control and that he could not reasonably be expected to have taken the impediment into account at the time of the conclusion of the contract or to have avoided or overcome it, or its consequences. However, if this impediment is of a temporary nature, it offers a different solution.

In this context, this study will discuss whether the COVID-19 pandemic and the accompanying measures can be qualified as a reason that exempts the liability of the debtor under the CISG. In this study, firstly,

the required conditions for exempting the liability of the debtor will be explained under Article 79 of the CISG, and then it will be discussed whether these conditions are met in terms of the COVID-19 pandemic and the accompanying measures as intervention of the State. However, some recent practices in China and Northern European countries, where the effects of the pandemic have ended or decreased, show that the COVID-19 pandemic measures are of a temporary nature. Hence, finally, the consequences of the temporary nature of this impediment will be evaluated with reference to the COVID-19 pandemic.

Keywords: COVID-19, Pandemic, State Intervention, Impossibility, Force Majeure, CISG Article 79.

A. Giriş

Yeni koronavirüs hastalığına (COVID-19) sebep olan Sars-Cov-2 virüsü, ilk olarak 2019 Aralık ayının sonlarında solunum yolu belirtileri (ateş, öksürük, nefes darlığı) gelişen bir grup hastada yapılan araştırmalar sonucunda 13 Ocak 2020’de tanımlanan bir virüstür. Salgın başlangıçta Vuhan’daki bir deniz ürünleri ve hayvan pazarında bulunanlarda tespit edilmiştir. Daha sonra insandan insana bulaşarak Vuhan başta olmak üzere Hubei eyaletindeki diğer şehirlere ve Çin Halk Cumhuriyeti’nin diğer eyaletlerine ve diğer dünya ülkelerine yayılmıştır.¹ DSÖ, 11.03.2020 günü bu hastalığın pandemik, yani dünyada birden fazla ülkede veya kıtada, çok geniş bir alanda yayılan ve etkisini gösteren salgın hastalık olduğunu ilan etmiştir.² Aynı gün, ülkemizde de ilk vaka tespit edilmiştir.³

COVID-19 salgını sebebiyle, dünya çapında, ülkeler arası kara ve hava ulaşımının kesilmesi, ihracat yasakları, karantina kararları, ülke veya şehir bazında süreli veya süresiz sokağa çıkma yasağı kararları, seyahat yasakları,

-
- 1 Sağlık Bakanlığı < <https://covid19bilgi.saglik.gov.tr/tr/covid-19-yeni-koronavirus-hastaligi-nedir> > erişim tarihi 26 Mayıs 2020.
 - 2 Anadolu Ajansı < <https://www.aa.com.tr/tr/koronavirus/dunya-saglik-orgutu-yeni-tip-koronavirusu-kuresel-salgin-ilan-etti/1762600> > erişim tarihi 26 Mayıs 2020.
 - 3 Euronews < <https://tr.euronews.com/2020/04/03/koronavirus-nedir-corona-virusu-nasil-teshis-covid-19-salgin-belirtiler-turkiye-onlemler> > erişim tarihi 26 Mayıs 2020.

toplantı yasakları, iş yeri faaliyet yasak ve sınırlamaları gibi devlet müdahaleleri olarak nitelenebilecek birtakım önlemler alınmıştır. Bazı ülkelerde bu önlemler sebebiyle toplumsal gösteriler ve olaylar gözlemlenmiştir. CISG'nin uygulanacağı uluslararası satış sözleşmesi akdeden taraflar, sözleşmeden doğan yükümlülüklerini alan bu önlemler nedeniyle, yerine getiremez bir duruma düşmüş olabilirler.

Uluslararası bir antlaşma olarak 1988 yılında 11 ülkede yürürlüğe giren Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması⁴ Mayıs 2020 itibariyle 93 ülkenin taraf olduğu,⁵ dünya ticaretinin dörtte üçünün tabi olduğu satış sözleşmesini düzenleyen ana metin olarak karşımıza çıkmaktadır. Antlaşma, 7 Nisan 2010 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanarak 11 Ağustos 2011'de Türkiye'de yürürlüğe girmiştir. İşyeri Türkiye olan bir tarafın, başka bir taraf devlette iş yeri olan karşı tarafla yaptığı uluslararası satış sözleşmesine ve kanunlar ihtilafı kuralları gereği Türk hukukunun uygulanması gereken uluslararası satış sözleşmelerine bu tarihten itibaren CISG uygulanmaktadır.

Türk hukukundan farklı olarak, *common law* benzeri bir düzenlemeyle CISG'de borçlunun sorumluluğu, bir tür garanti sorumluluğu niteliğindeki kusursuz sorumluluk olarak düzenlenmiştir. Bu ağır sorumluluk altındaki borçlunun kendisinden kaynaklanmayan, öngörülemez, kaçınılmaz, karşı konulamaz birtakım sebeplerle borcunu ifa edememesi durumunda sorumluluktan kurtulması gerektiği açıktır. Genellikle imkânsızlık (*impossibility*) veya mücbir sebep (*force majeure*) terimleriyle karşılanan birtakım olgular, borçlunun, hiçbir kusuru olmamasına rağmen, borcunu ifa etmesini imkânsız kılmakta, alacaklının zarara uğramasına sebep olmaktadır.

4 UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG). Antlaşma metnine The UN Website < https://uncitral.un.org/en/texts/salegoods/conventions/sale_of_goods/cisg ve < [http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2010/04/20100407.htm](http://www.resmigazete.gov.tr/main.aspx?home=<http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2010/04/20100407.htm&main=<http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2010/04/20100407.htm) adreslerinden erişilebilir. Erişim tarihi 26 Mayıs 2020.

5 The UN Website < https://treaties.un.org/pages/ViewDetail.aspx?src=TREATY&mtmsg_no=X-10&chapter=10 > erişim tarihi 26 Mayıs 2020.

Konuyla ilgili Sorumluluktan Kurtulma başlıklı CISG Madde 79'un ilk paragrafı şöyledir: “(1) Taraflardan biri yükümlülüklerinden birini ifa etmemesinin, denetimi dışında kalan bir engelden kaynaklandığını ve bu engeli, sözleşmenin kurulması anında hesaba katmasının veya engelden ve sonuçlarından kaçınmasının veya bunları aşmasının kendisinden makul olarak beklenemeyeceğini ispatlaması halinde ifa etmemeden dolayı sorumlu tutulmaz.” Bu hükme göre bir pandemi olarak ilan edilen COVID-19 salgını sebebiyle borçlunun sorumluluktan kurtulması için bu maddede öngörülen koşulların sağlanması gerekir.

Salgın hastalık, genel olarak, borçlunun sorumluluğunu kaldıran bir sebep olarak görülmektedir. Bu noktada her ne kadar, COVID-19 salgını ve onun yüzünden alınan önlemler teorik olarak mücbir sebep sayılmaya elverişliyse de, spesifik uyumsuzluklarda COVID-19'un borçlunun sorumluluğunu kaldırıp kaldırılmadığı bireysel olarak, sözleşme metni de dikkate alınarak, değerlendirilmez. Dolayısıyla, sözleşme ile üstlenilen ifa, tarafların dışında gelişen, taraflarca önceden öngörülemez, hesaba katılamaz nitelikteki COVID-19 salgını veya bunlar sebebiyle alınan önlemler ile kaçınılmaz bir biçimde engellenmiş ise borçlu sorumlu tutulmayacaktır. Bu noktada unutulmamalıdır ki, Madde 80 gereği, bir taraf, diğer tarafın yükümlülüklerini ifa etmemesine, bu ifa etmeme durumu kendi eyleminden veya eylemsizliğinden kaynaklandığı ölçüde dayanamayacaktır.

Salgının etkisinin bittiği veya azaldığı Çin'deki ve Kuzey Avrupa ülkelerindeki güncel birtakım uygulamalar COVID-19 salgını sebebiyle alınan bu önlemlerin geçici bir nitelik taşıdığını göstermektedir. Bu durumda CISG Madde 79 paragraf (3) “Bu maddede öngörülen sorumluluktan kurtulma, engelin var olduğu dönem için geçerlidir.” hükmü uygulanacaktır. Bu hüküm gereği COVID-19 salgını sebebiyle borcunu yerine getiremeyen borçlu sorumluluktan sürekli değil bilakis geçici olarak kurtulacaktır. CISG'de, bu geçiciliğin ne kadar süreceğine ilişkin bir hüküm yer almamaktadır. Bu durumda özveri sınırını aşan istisnai bekleme hallerinde borçlunun korunacağı ifade edilmektedir.

Bu çalışmada öncelikle, CISG Madde 79 kapsamında borçlunun sorumluluğunu kaldırılması için gerekli koşullar açıklanacaktır sonra da bu koşulların COVID-19 salgını ve onun yüzünden devletin müdahalesiyle

alınan önlemler açısından sağlanıp sağlanmadığı tartışılacaktır. Daha sonra ise bu engelin geçici niteliğin sonuçları COVID-19 salgını dikkate alınarak değerlendirilecektir.

B. Temel Kavramlar

1. İfa Engelleri

1964 tarihli Convention Relating to a Uniform Law on International Sales of Goods ve yine aynı tarihli Convention Relating to a Uniform Law on the Formations of Contracts for the International Sales of Goods adlı anlaşmaların dünya üzerinde yaygın bir konsensüs sağlayamadığı için başarısızlıkla sonuçlanması üzerine UN Commission on International Trade Law'un (UNCITRAL) hazırlattığı tasarı 1980 tarihli UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) adıyla uluslararası bir anlaşma olarak imzalanmıştır.⁶

Her ne kadar uygulanabilirliğini arttırmak amacıyla CISG *civil law* ile *common law* hukuk sistemlerini bağdaştıran bir yapıda hazırlansa da ifa engelleri sistemi açısından ciddi bir *common law* etkisi görülmektedir.⁷ Gerçekten de CISG, imkânsızlık, temerrüt ve kötü ifa ekseninde ifa engellerini düzenleyen *civil law*'un aksine sözleşmeye aykırılık "*breach of contract*" adında tek bir borca aykırılığın esas olduğu *common law* yaklaşımı tercih edilmiştir.⁸ Bu yaklaşımın 2002 yılındaki *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB) değişikliğinde de dikkate alındığını, *Schweizer Obligationenrecht 2020* (OR 2020)'de de tercih edildiğini görüyoruz.⁹

6 Eylem Apaydın, 'Satım Hukuku Özelinde Uluslararası Sözleşme Hukukunun Birleştirilmesi Çalışmalarının Kronolojisi', in Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan, (2013) 8 Journal of Yasar University, 9, 201-74. 205.

7 Yeşim Atamer, 'Satıcının Sözleşmeye Aykırı Davranışı Ekseninde CISG'in İfa Engelleri Sistemine Genel Bakış' in Yeşim Atamer (ed), Milletlerarası Satım Hukuku- Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) (On İki Levha, 2008) 221.

8 ibid 226.

9 Ayrıntılı bilgi için bkz. Yeşim Atamer, 'İfa Engelleri Hukukunu Yeniden Sistemize Etmeyi Düşünmek: Borca Aykırılık Türleri Yerine Yaptırımları Esas Alan Bir Sistematiği' in Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan (1. Baskı, 2010) 217-260.

Bu noktada belirtmek gerekir ki, herkesçe bilinen *pacta sunt servanda*, *impossibilia nulla est obligatio*, *vis majör* ve *clausula rebus sic stantibus* prensipleri bu tartışmada yol gösteren ilkeler olacaktır. Bir sözleşmede verilen sözlerin tutulması esassa da, bir mücbir sebebin, sözleşmenin koşullarını, bu sözü tutmayı güçleştirdiğinde hatta neredeyse imkânsızlaştıracak derecede değiştirdiğinde veya artık ifayı imkânsızlaştırdığında, sözü verenin bu sözünü onere etmesini beklemek adil olmayacaktır.

2. Sorumluluk

CISG ifa engelleri sisteminde özellik taşıyan bir diğer husus da borçlunun sorumluluğunun kusura dayanmamasıdır. *Civil law*'un geçerli olduğu ülke hukuklarında genellikle borçlunun sorumluluğu kusur ilkesine dayanır. Türk hukukunda da, birtakım istisnalar dışında, kural olarak, Türk Borçlar Kanunu (Bundan sonra TBK) m. 112 gereği kusursuzluğunu ispat edemeyen borçlu borca aykırılıktan sorumlu olur. Oysa *common law*'da borçlunun sorumluluğu bir tür garanti sorumluluğudur.¹⁰ Borçlunun kusurlu olup olmaması borca aykırılığın sonuçları açısından önem taşımaz. CISG, bu hususta da *common law* yaklaşımını tercih etmiştir.¹¹ CISG m.79 kural olarak CISG'nin temelinde yatan kusursuz sorumluluk ilkesini gerektiği şekilde sınırlayan bir hüküm olarak karşımıza çıkmaktadır.¹²

CISG'de sadece sonuçları açısından borca aykırılık esaslı ihlal ve esaslı olmayan ihlal olarak bir ayırım yapılmış, esaslı olmayan ihlal halinde borçlunun seçimlik hakları sınırlandırılmıştır.

10 Ulrich Magnus, 'CISG Uyarınca Tazminat, Faiz, Sorumluluktan Kurtulma' in Yeşim Atamer (ed), Milletlerarası Satım Hukuku: Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) (On İki Levha, 2008) 302.

11 Atamer, Satıcının Sözleşmeye Aykırı Davranışı, (n 7) 229.

12 Peter Schlechtriem ve Ingeborg Schwenzer, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (Vienna Satım Sözleşmesi) Şerhi, Ingeborg Schwenzer ve Pınar Çağlayan Aksoy (eds) (On İki Levha, 2015.) 1249.

3. Sözleşme Hükümleri

CISG m.6 şöyledir: “Taraflar, bu Antlaşmanın uygulanmamasını kararlaştırabilecekleri gibi, 12. madde saklı kalmak şartıyla, hükümlerine istisna getirebilir veya hükümlerinin doğurabileceği etkileri değiştirebilirler.” Bu hüküm gereğince, tarafların aralarında yaptıkları sözleşmeye koydukları mücbir sebep, imkânsızlık hususlarındaki hükümler CISG m.79’dan öncelikli uygulanır,¹³ aralarında çatışma varsa bu hükümler, m.79 hükmünün uygulanmasının önüne geçilebilir.

Taraflar arasında akdedilen sözleşmede salgın hastalık mücbir sebep olarak sayılmış olabilir. Bu durumda sözleşmede bu hükme bağlanan sonucun, COVID-19 hastalığı sebebiyle de ifanın yapılamadığı durumlarda ortaya çıkacağı açıktır. Taraflar arasındaki sözleşmede salgın hastalığın mücbir sebep olmayacağı da kararlaştırılmış olabilir. Bu durumda bir ifa garantisinin olup olmadığı tetkik edilmelidir. Bir ifa garantisinin olduğu durumlarda borçlu her halükarda ifade bulunacağına dair mutlak bir garanti vermiştir. Böylesine açık bir ifa garantisinin olduğu bir sözleşmede borçlu m. 79 uyarınca tazminat sorumluluğundan kurtulamayacaktır. Yazarlar bu tür garanti hükümlerinin dikkatlice yorumlanması gerektiğini ifade etmektedirler.¹⁴

Ayrıca, Antlaşmanın yorumuna ilişkin CISG m.7 şöyledir: “(1) Bu Antlaşmanın yorumunda, Antlaşmanın milletlerarası niteliği dikkate alınacağı gibi yeknesak uygulanmasının teşviki ve milletlerarası ticarette dürüstlük kuralının korunması gereği de gözetilir.

(2) Bu Antlaşmada düzenlenen konulara ilişkin olup Antlaşmada açıkça cevaplanmamış sorular Antlaşmanın temelinde yatan genel ilkelere veya bu tür ilkelerin mevcut olmaması halinde milletlerarası özel hukuk kuralları uyarınca uygulanması gereken hukuka göre çözümlenir.”

13 Ahu Ayanoglu Morali, ‘Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması’nın Öngördüğü Sorumluluktan Kurtulma Sistemi’ (2013) 1 Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı, 289. 291.

14 Schlechtriem ve Schwenger (n 12) 1274.

Bu hüküm otonom yorum ilkesini öngörmektedir. Antlaşmayı yorumlayan hukukçu antlaşmadaki hükümleri yorumlarken, kavramları ve kurumları değerlendirirken kendi yerel nosyonunun ötesinde; Antlaşmanın milletlerarası niteliği doğrultusunda, tekbiçim uygulamayı teşvik eden ve dürüstlük kuralını koruyan yorumu esas alacaktır. CISG m.79 bu hükme çok güzel bir örnek teşkil etmektedir. Bu hükmü, kendi hukuk nosyonu ile yorumlayan bir *civil law* hukukçusu, bu hükmü mücbir sebep, imkânsızlık, aşırı ifa güçlüğü, borcun sona ermesi gibi kavramlarla yorumlamaya kalkarsa, hata yapmaması olanaksızdır. Dolayısıyla, m.79 hükmü, yalnızca kendiyle, Antlaşmanın niteliği dikkate alınarak yorumlanmalıdır.

C. Sorumluktan Kurtulma

Bu hüküm temelini ULIS m.74'te¹⁵ bulmaktadır. CISG m.79, temel olarak, satıcının herhangi bir yükümlülüğünü ifa etmeyen tarafı tazminat ödeme sorumluluğundan kurtarır.¹⁶

CISG m.79 düzenlemesi, ulusal hukuklardaki ve tekbiçim sözleşme hukuku metinlerindeki benzer kurallardan önemli ölçüde ayrılmaktadır.¹⁷

15 Exemptions Article 74

“1. Where one of the parties has not performed one of his obligations, he shall not be liable for such non-performance if he can prove that it was due to circumstances which, according to the intention of the parties at the time of the conclusion of the contract, he was not bound to take into account or to avoid or to overcome; in the absence of any expression of the intention of the parties, regard shall be had to what reasonable persons in the same situation would have intended.

2. Where the circumstances which gave rise to the non-performance of the obligation constituted only a temporary impediment to performance, the party in default shall nevertheless be permanently relieved of his obligation if, by reason of the delay, performance would be so radically changed as to amount to the performance of an obligation quite different from that contemplated by the contract.

3. The relief provided by this Article for one of the parties shall not exclude the avoidance of the contract under some other provision of the present Law or deprive the other party of any right which he has under the present Law to reduce the price, unless the circumstances which entitled the first party to relief were caused by the act of the other party or of some person for whose conduct he was responsible.”

16 Buna ayıpsız mal teslim etme yükümlülüğü de dahildir. CISG Danışma Kurulu Görüşü No. 7, CISG Madde 79 Uyarınca Tazminat Ödeme Borcundan Sorumsuzluk, < http://www.cisgac.com/file/repository/Turkish_No_7_SON.pdf > erişim tarihi 26 Mayıs 2020

17 Schlechtriem ve Schwenzler (n 12) 1250.

Bu anlamda CISG bu meselede, Fransız hukukunu çağrıştıran,¹⁸ kendi sistemini geliştirmiştir ki aslında bu otonom durum m.79 hükmünün yorumlamasını aşırı biçimde zorlaştırmıştır.¹⁹ Genel olarak, sonraki kusursuz ifa imkânsızlıkları veya mücbir sebep hükümleri genelde ifa talebine yöneliktir, ifayı esas alırlar. Oysa m.79 hükmü ifa talebini hüküm dışında bırakarak yalnızca tazminat talebini düzenlemiştir. Yine ulusal hukuklar ve tekbiçim sözleşme hukuku metinleri ifanın imkânsızlaşması yanında ifanın aşırı bir biçimde güçleşmesine ilişkin hükümler getirmişse de m.79 hükmünde ifanın güçleşmesine ilişkin bir kural içermemektedir.²⁰ Ancak CISG Danışma Kurulu Görüşleri 7 no’lu Görüş’te aşırı ifa güçlüğü’nün m.79 kapsamında değerlendirilebileceği ifade edilmiştir.²¹

1. Sorumluktan Kurtulmanın Şartları

a. Bir yükümlülüğün ifa edilmemesi

CISG m. 79 hükmünün uygulanabilmesi için ilk şart taraflardan birinin sözleşmeden doğan bir yükümlülüğünü ifa etmemiş olması gerekir. İfa etmeme herhangi bir biçimde; hiç ve gereği gibi ifa etmeme şeklinde ortaya çıkabilir.²² Bu bağlamda, sözleşmeye uygun olmayan malların tesliminin de bu hükmün kapsamına girdiği genel olarak kabul edilmektedir.²³ Hatta yan yükümlülüklerin ihlali ve sözleşmenin ortadan kaldırılması ile doğan yükümlülüklerin ihlali dahi bu madde kapsamında değerlendirilebilir.²⁴

18 Barry Nicholas, ‘Impracticability and Impossibility in the U.N. Convention on Contracts for the International Sale of Goods, in Galston & Smit (ed.) International Sales: The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Matthew Bender (1984), Ch. 5, 5-1 ila 5-24 arası. 5-4.

19 Dennis Tallon, ‘CISG Art. 79’ in Cesare Massimo Bianca ve Michael Joachim Bonell (eds) Commentary on the International Sales Law: The 1980 Vienna Sales Convention (Giuffr , 1987) 574.

20 Schlechtriem ve Schwenzer (n 12) 1250.

21 Görüş şöyledir. ‘Hal ve koşullarda meydana gelen, makul olarak öngörülmesi beklenemeyecek ve ifayı aşırı derecede zorlaştıran (‘hardship’) değişiklikler, madde 79(1) anlamında bir ‘engel’ olarak değerlendirilebilir. Madde 79’un lafzı, ‘engel’ terimini ifayı kesin olarak imkânsızlaştıran bir vakıayla açıkça eş tutmamaktadır. Dolayısıyla, aşırı ifa güçlüğüne düşen taraf, madde 79 uyarınca sorumluluktan kurtulmak için aşırı ifa güçlüğü’nü ileri sürebilir.’ CISG Danışma Kurulu Görüşü No. 7 (n 16)

22 Schlechtriem ve Schwenzer (n 12) 1251. Tallon (n 19) 577.

23 Magnus (n 10) 303.

24 Schlechtriem ve Schwenzer (n 12) 1251.

Spesifik olarak incelendiğinde, COVID-19'un m.79 uygulamasını gündeme getirmesi için ilk koşul satış sözleşmesinin bir tarafının sözleşmeden doğan bir yükümlülüğünü ihlal etmiş olmasıdır.

b. Denetim dışında kalan bir engel

İkinci koşul ise taraflardan birinin sözleşmeden doğan bir yükümlülüğünü ifa etmemesinin denetim dışında kalan bir engelden kaynaklanmış olmasıdır. İfayı engelleyen, borçlunun etki alanı dışında kalan objektif durumlar m.79 çerçevesinde engel olarak değerlendirilebilecektir.²⁵ Borçluyu sorumluluktan kurtaran engel başlangıçtaki veya sonraki bir engel olabileceği gibi objektif ve sübjektif, borçlunun kusuru ile veya kusuru olmaksızın gerçekleşmiş ya da geçici veya sürekli bir engel olabilir.²⁶ Kısaca, borçlu tarafından kontrol edilemeyen engel denetim dışı engeldir.

Bu engellere doğal felaketler, deprem, yangın, sel, kuraklık, tsunami, fırtına, donma, kuraklık, salgın hastalık, savaş, isyan, istila, ayaklanma, terör saldırıları, ambargolar, kambiyo sınırlandırmaları, kamulaştırma, öngörülemeyen grev, boykot, iş yavaşlatma, ithalat ihracat sınırlandırmaları, müsadere, ticaret yasaklamaları, yabancı sermaye girişinin yasaklanması, kotalar, darbe, korsan saldırıları ve benzer durumlar örnek verilebilir.²⁷

Öte yandan, tarafların kendi denetim alanında ortaya çıkan öngörülemez olaylar ise bu hükmün uygulanmasına imkân vermeyecektir. Bir makinenin bozulması, malların üretimindeki aksaklıklar, hastalık, ölüm, hapis cezası nedeniyle özgürlükten mahrumiyet gibi durumlar, kendinden kaynaklanan üretim aksamaları da denetim dışında kalan engeller olarak değerlendirilmeyecektir.²⁸ Bir borçlu aslında önleyebileceği, ancak hazırlık,

25 ibid 1253.

26 İbid 1254.

27 ibid 1256-1257. Magnus (n 10) 304. Tallon (n 19) 583. John Honnold, Uniform Law for the International Sales Under the 1980 United Nations Convention (The Hague, 1999) 472. Ayanoglu Morali (n13) 297. Mükerrerem Onur Başar, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması Uyarınca Sözleşmeye Uygun Mal Teslim Edilmesi Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğün İhlalinden Ötörü Alıcının Hakları (On İki Levha, , 2018) 411.

28 Başar (n 27) 411.

organizasyon ve yürütme üzerindeki kontrolüne rağmen önleyemediği engellerden her zaman sorumlu olacaktır. Bu gibi durumlardan sorumluluğunu sınırlamak isteyen borçlu bunu sözleşmede belirtmelidir.²⁹

Bir Hamburg mahkemesinde görülen bir davada, Fransa'daki şiddetli yağışların domates üretimini azaltmış ve domates fiyatlarında bir artışa neden olmuş olmasına rağmen, tüm domates mahsulünün yok olmasına neden olmadığından, CISG m.79'un uygulama alanı bulamayacağına karar verilmiştir.³⁰

Salgın hastalıkların m.79 anlamında borçlunun denetimi dışında meydana gelen bir engel olarak değerlendirilebileceği yukarıda belirtilmişti. Sars-Cov-2 virüsü kısa zamanda tüm dünyayı sarmış, sebep olduğu COVID-19 hastalığıyla yüz binlerce insanın ölümüne sebep olmuştur. Dünya Sağlık Örgütü, 30.01.2020 günü COVID-19 hastalığına sebep olan yeni tip koronavirüs salgınıyla ilgili, "uluslararası kamu sağlığı acil durumu" ilan etmiştir.³¹ DSÖ, 11.03.2020 günü bu hastalığın pandemik, yani tüm dünyayı etkileyen salgın hastalık olduğunu ilan etmiştir. Bu bağlamda, kanaatimce, genel olarak, COVID-19 hastalığı bu ikinci şartı yerine getirmektedir.

COVID-19 hastalığının denetim dışında kalan bir engel niteliği iki biçimde karşımıza çıkabilir. Bunlardan birincisi bizzat hastalığın denetim dışında kalan bir engel olmasıdır. Tüm işçilerin bu hastalığa yakalanması sebebiyle üretim yapamayan, fabrikası kapanan bir satıcı için COVID-19 kanaatimce bir denetim dışı engeldir.

İkinci hal ise, COVID-19 salgını sebebiyle, dünya çapında, ülkeler arası kara ve hava ulaşımının kesilmesi, ihracat yasakları, karantina kararları, ülke veya şehir bazında süreli veya süresiz sokağa çıkma yasağı kararları, seyahat yasakları, toplantı yasakları, iş yeri faaliyet yasağı ve sınırlamaları gibi

29 Peter Schlechtriem, Uniform Sales Law – The UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (Vienna, 1986) 101.

30 Court: Oberlandesgericht Hamburg Number: 1 U 143/95 and 410 O 21/95.
< <http://www.unilex.info/cisg/case/438> > erişim tarihi 26 Mayıs 2020.

31 Anadolu Ajansı < <https://www.aa.com.tr/tr/dunya/dunya-saglik-orgutu-koronavirus-salgin-nedeniyle-kuresel-acil-durum-ilan-etti/1719588> > erişim tarihi 26 Mayıs 2020.

devlet müdahalesi olarak nitelenebilecek birtakım önlemler alınmasıdır.³² Dünya Ticaret Örgütü'ne (DTÖ) göre, hastalığın yayılmasını azaltmaya yönelik önlemler, dünya ekonomisinin büyük alanlarını kapatmıştır.³³ Bu tür sebepler yüzünden bir borçlu sözleşmeden doğan bir yükümlülüğünü ifa edememiş olabilir. İşte bu tür devlet müdahaleleri kanaatimce m.79 anlamında denetim dışında kalan engellerdir.³⁴ COVID-19 salgını sebebiyle, dünya üzerinde birçok ülkenin etil alkol, tek kullanımlık tıbbi maske, tıbbi vantilatörler, kişisel koruyucu ekipmanlar, kolonya ve test kitleri üzerinde tam bir ihracat yasağı veya kısıtlamaları getirdiği bir gerçektir.³⁵

Uluslararası ticareti teşvik eden kamu kurumu benzeri olan Çin Uluslararası Ticareti Teşvik Konseyi, COVID-19 salgını karşısında binlerce Çinli şirkete mücbir sebep sertifikaları vermiş ve bu işletmelerin COVID-19 salgını içeren hükümet politikalarından etkilendiğini doğrulamıştır.³⁶ Bu belgelerin resmi ya da yargısal bir gücü olmamakla beraber uyumsuzlukların çözümü aşamasında delil olarak kullanılabilir.

Bu arada engelin varlığını ispat hususunda, CISG m.79 hükmünün lafzından ve amacından borçlunun kendisini sorumluluktan kurtaracak engelin varlığını kanıtlaması gerektiği ortaya çıkmaktadır.³⁷

32 WTO ticaret yasaklarına ilişkin bilgilendirme < https://www.wto.org/english/tratop_e/covid19_e/trade_related_goods_measure_e.htm > erişim tarihi 26 Mayıs 2020 ve < https://www.wto.org/english/tratop_e/covid19_e/export_prohibitions_report_e.pdf > erişim tarihi 26 Mayıs 2020.

33 The WTO < https://www.wto.org/english/tratop_e/covid19_e/export_prohibitions_report_e.pdf > erişim tarihi 26 Mayıs 2020

34 Schlechtriem ve Schwenzer (n 12) 1257.

35 The Market Access Map < <https://www.macmap.org/covid19> > erişim tarihi 26 Mayıs 2020

36 The Reuters < <https://www.reuters.com/article/us-otc-covid19/chinese-force-majeure-certificates-presage-complexity-of-resolving-post-crisis-disputes-idUSKBN2133MQ> > erişim tarihi 26 Mayıs 2020

37 Schlechtriem ve Schwenzer (n 12) 1274.

c. Öngörülemezlik

Tarafların, sözleşmenin kurulması anında, sözleşmeden doğan bir yükümlülüğünü ifa etmemesine sebep olan denetim dışı engeli hesaba katmamaları gerekir. Bir engelin öngörülemez nitelikte olup olmadığını belirleyen olgu, borçlunun yerindeki makul bir kişinin sözleşme kurulduğu sırada mevcut olan koşullar altında ve ticari uygulamaları dikkate alarak engeli başlangıçtaki varlığını veya sonradan meydana geleceğini hesaba katmasının beklenebilir olup olmadığıdır.³⁸ Burada referans makul kişiye dir.³⁹ Magnus'un ifade ettiği gibi, doğal felaketler yüzyılın seli veya yüzyılın kasırgası olmadığı müddetçe öngörülebilir niteliktedir. Her yıl meydana gelen sel, kasırga veya hortum m.79 uygulamasında öngörülemez değildir.⁴⁰ Bir mahkeme kararında St. Petersburg limanının donmasının öngörülemez olmadığına karar verilmiştir.⁴¹

COVID-19 hastalığı ilk olarak Aralık 2019'da Çin'de ortaya çıkmış, DSÖ Çin Ofisi'nin 31.12.2019 günü bilgilendirilmesiyle dünya kamuoyunca duyulmuş, Dünya Sağlık Örgütü tarafından 30.01.2020 "uluslararası kamu sağlığı acil durumu" ilan edilmiş 11.03.2020 günü bu hastalığın pandemi olduğunu ilan etmiştir. Kanaatimce 31.12.2019'dan önce akdedilen sözleşmelerde öngörülemezlik vardır. 31.12.2019'dan sonra 30.01.2020'den önce akdedilen sözleşmelerde öngörülemezlik büyük ihtimalle mevcuttur. 30.01.2020'den sonra 11.03.2020'den önce akdedilen sözleşmelerde öngörülemezlik büyük ihtimalle mevcut değildir. 11.03.2020'den sonra akdedilen sözleşmelerde öngörülemezlik yoktur.

Çin Uluslararası Ekonomik ve Ticaret Tahkim Komisyonu kuralları uyarınca oluşturulan bir hakem heyeti, 2002/2003 yılında etkili olan Şiddetli Akut Solunum Sendromu ("SARS") salgınına (ve ayrıca bir sel olayına) bağlı olarak ifa edilmeyen bir teslimata ilişkin olarak, SARS'ın patlak

38 ibid 1254.

39 Tallon (n 19) 580.

40 Magnus (n 10) 305.

41 Raw Materials Inc. v. Manfred Forberich GmbH & Co., KG < <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/040706u1.html#uab> > erişim tarihi 26 Mayıs 2020

vermesinin söz konusu sözleşmenin imzalanmasından iki ay önce meydana geldiği için engelin öngörülebilir olduğunu tespit ederek CISG'nin 79. maddesi uyarınca yapılan mücbir sebep savunmasını reddetmiştir.⁴²

d. Kaçınılmazlık

Bir diğer şart ise sözleşmenin kurulması anında, borçlunun sözleşmeden doğan bir yükümlülüğünü ifa etmemesine sebep olan denetim dışı engelin ve sonuçlarının kaçınılmaz olması gerekir. Tarafların, alacakları önlemlerle, objektif olarak, bu engelin veya sonuçlarının önüne geçemez olmaları gerekir. Tarafların aşabilecekleri engeller bu bağlamda m.79 kapsamında değerlendirilmezler.

Kaçınılması, engelin ortaya çıkmasını önlemek için gerekli tüm adımları atmak anlamına gelir.⁴³ Kural olarak, aşırı maliyet artışına sebep olsa ve sözleşme nedeniyle zarara uğrasa dahi borçlunun engeli aşarak sözleşmeyi kararlaştırılan şekilde ifa etmesinin beklenebildiği durumlarda, özveri sınırı aşıncaya kadar, kaçınılmazlık şartı yerine gelmemiştir ve bu durumda borçlu sorumluluktan kurtulamaz.⁴⁴

American Arbitration Association'da görülen bir uyuşmazlıkta, kuş gribi sebebiyle ortaya çıkan bir devlet müdahalesinin m.79 anlamında kaçınılmaz olup olmadığını tartışılmıştır. ABD'li bir satıcı ve Rumen bir alıcı, tavuk budu satışı için çeşitli sözleşmeler yapar. Sözleşmeye göre tavuklar en geç 29 Mayıs 2006'da teslim edilmelidir. Kuş gribi salgını sebebiyle Romanya hükümeti 7 Haziran 2006 tarihinden itibaren sertifikalı olmayan tüm tavuk ithalatını yasaklamıştır. Satıcı ürünlerin hepsini gemiye yüklemekte ve zamanında teslim etmekte temerrüde düşer. Alıcı, satıcının bakiyeyi Romanya dışındaki bir limana göndermesini önerir, ancak satıcı Romanya hükümetinin yasağının sözleşmeyi geçersiz kılan bir mücbir sebep olayı olduğunu savunarak bu talebi reddeder. Sonuçta, satıcı teslim edilmeyen malları

42 China 5 March 2005 CIETAC Arbitration proceeding (L-Lysine case)
<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/050305c1.html> > erişim tarihi 26 Mayıs 2020

43 Tallon (n 19) 581.

44 Schlechtriem ve Schwenzer (n 12) 1255.

ciddi bir kârla başka bir alıcıya satar. CISG m.79 açısından değerlendirme yapan Hakem, Romanya hükümetinin kararının satıcının kontrolünün dışında olduğunu ve sözleşmenin imzalandığı tarihte makul bir şekilde ön-görülemeyeceğine karar verir. Ancak, Hakem'e göre satıcı, alıcı tarafından önerilen alternatif limana nakliye yaparak yasaktan makul bir şekilde kaçabilirdi. Bu nedenle Hakem, satıcının CISG m.79'a dayanamayacağını ve alıcının tazminat hakkının olduğu sonucuna varmıştır.⁴⁵

e. İlliyet bağı

Sözleşmeden doğan bir yükümlülüğün ifa edilmemesiyle bu denetim dışı engel arasında illiyet bağının olması gerekir. Yani sözleşmeden doğan bir yükümlülüğün ifa edilmemesinin sebebi bu denetim dışı engel olmasıdır. İlliyet bağı için hangi teori benimsenirse benimsensin, borçlunun sorumluluktan kurtulmasını sağlayan olayın mutlaka ifanın gerçekleştirilememesinin münhasır nedeni olması gerekir.⁴⁶

Sözleşmenin ihlali, ifa etmemenin müşterek sebebi ise borçlu sorumlu olmaya devam eder.⁴⁷ Örneğin eğer teslimatın gecikmesinin ardından ifa imkânsız hale gelmiş ve teslimat zamanında yapılmış olsaydı engelin böyle bir etkisi olmayacak idiyse borçlu sorumluluktan kurtulamaz.⁴⁸

Taraflar arasında akdedilmiş satış sözleşmesinin ifa edilmemesinin sebebi COVID-19 hastalığı veya bu hastalık sebebiyle gündeme gelen devlet müdahaleleri olmalıdır. Sözleşmenin başkaca türlü ifası mümkün olmalıdır. Örneğin, satıcının iki deposu var, sözleşmede hangi depodan satış yapıldığı özel olarak kararlaştırılmamış ise, bu iki depodan biri salgından veya devlet müdahalelerinden etkilenmemişse satıcı m.79 hükmüne göre sorumluluktan kurtulamaz.

45 Macromex Srl. v. Globex International Inc.
< <http://www.unilex.info/cisg/case/1346>. > erişim tarihi 26 Mayıs 2020.

46 Tallon (n 19) 583.

47 Schlechtriem ve Schwenzer (n 12) 1256.

48 ibid 1256.

f. Bildirim

CISG m.79 (4) gereği ifa etmeyen taraf, engeli ve kendisinin ifa kabiliyeti üzerindeki etkilerini diğer tarafa bildirmek zorundadır. Bu bildirim, ifa etmeyen tarafın engeli bildiği veya bilmesi gerektiği andan itibaren makul bir süre içinde karşı tarafa ulaşmalıdır. Makul sürenin ne şekilde belirleneceğine ilişkin bir açıklamaya Antlaşma'da yer verilmemiştir; bu noktada makul sürenin dürüstlük kuralı ışığında mümkün olan en kısa süre olarak anlaşılması gerekir.⁴⁹ Makul sürede ulaşmama olgusundan kaynaklanan zarara ifa etmeyen taraf katlanmak durumundadır. Kural olarak bu zarar alacaklının menfi zararıdır, alacaklı bu durumda müspet zararının tazminini talep edemez.⁵⁰ Bildirimin içeriğinde, ifa etmemeye sebep olan engel ve borçlunun ifa kabiliyeti üzerindeki etkileri yer almalıdır. Bildirim herhangi bir resmi şekil koşuluna tabi değildir. Ancak bildirimin hiç ulaşmaması veya makul bir sürenin sona ermesinin ardından ulaşması riski borçluya yüklenmektedir.⁵¹

COVID-19 salgını veya onun yüzünden uygulanan devlet müdahaleleri ile borcunun ifa edemeyecek olan borçlu gecikmeksizin makul süre içerisinde alacaklıya bildirimde bulunmalıdır.

g. İfa etmemede alacaklının katkısının olmaması

Bu durum aslında CISG m.79'un uygulama şartlarından biri olarak madde içeriğinde yer almaz. CISG m.80 hükmü borçlu açısından ayrı bir sorumluluktan kurtulma hükmü içermektedir. Bu çalışmanın kapsamının dışında kalan CISG m. 80 hükmünden çıkan sonuç alacaklının davranışının ifa etmemenin sebebi olması veya ifa etmemede katkısının olması durumunda m.79 hükmü uygulanmayacağıdır. CISG m. 80 hükmüne göre alacaklı taraf, diğer tarafın yükümlülüklerini ifa etmemesine, bu ifa etme durumu kendi eyleminden veya eylemsizliğinden kaynaklandığı ölçüde dayanamaz. Alıcının yanlış veya eksik talimatları, alıcının ithalat ruhsatını almaması, satıcıya teslimat adresini bildirmemesi, alıcının teslim edilecek

49 Ayanoğlu Morali (n 13) 302.

50 Schlechtriem ve Schwenger (n 12) 1269.

51 ibid 1267.

malları belirlememesi sebebiyle ifanın yapılamaması, durumunda bundan doğacak zarardan borçlu sorumlu olmayacaktır.⁵²

Borçlunun sözleşmeyi ihlal etmesi alacaklının davranışları nedeniyle meydana gelmişse, bu hüküm uyarınca borçlu, sadece tazminat ödemekten değil bütün sorumluluklarından kurtulur. Her iki tarafın da borcun ifa edilmemesi sebebine katkıda bulunduğu hallerde m. 80 hükmünün uygulanıp uygulanmayacağı tartışmalıdır.⁵³ Katıldığımız, görüş uyarınca, bu hükmün uygulanabilmesi için ifa etmemenin sebebi münhasıran ya da ağırlıklı olarak alacaklının davranışı olmalıdır.⁵⁴

“Malın temin edilmesine veya üretilmesine ilişkin yanlış talimatların verilmesi, malların teslim alınmaması, sözleşmenin ifası için gerekli iş birliğinden kaçınmış olma, FOB satışlarda malların yükleneyeceği geminin ya da yükleme limanının belirtmeme, gerekli ithalat ruhsatının alınmamış olması, ikame mal teslimatının haksız yere reddedilmesi”,⁵⁵ “alıcının ithalat iznini almakta gecikmesi, akreditifi açmaması, mala ilişkin talimatları geciktirmesi ya da yetersiz bir şekilde yerine getirmesi, bu bağlamda teslimatın yapılacağı yerin bildirilmemesi”⁵⁶ gibi alacaklı davranışları m. 80 kapsamında borçluyu sorumluluktan kurtaran fiillere örnek olarak gösterilebilir.

2. CISG m.79 Kapsamında Sorumluktan Kurtulmanın Sonuçları

a. Tazminat Sorumluluğundan Kurtulma

CISG m.79 hükmü, satış sözleşmesinde borçlunun borca aykırı davranışının, kendi denetimi dışında kalan bir engelden kaynaklanması ve bu engeli, sözleşmenin kurulması anında hesaba katmasının veya engelden ve sonuçlarından kaçınmasının veya bunları aşmasının kendisinden

⁵² ibid 1276.

⁵³ ibid 1279.

⁵⁴ Magnus (n 10) 307.

⁵⁵ Cansu Dönmez, ‘CISG Uyarınca Alıcı ve Satıcının Sorumluluktan Kurtulması ve Türk Borçlar Hukuku ile Karşılaştırılması’ (2019) 39 PPIL 1, 111. 138.

⁵⁶ Ayanoğlu Morali (n 13) 292.

makul olarak beklenemeyeceğini ispatlaması halinde doğan zarardan borçlu sorumlu olmayacaktır. Borçlu bu durumda tazminat sorumluluğundan muaf tutulacaktır.

Sorumluluktan kurtulmak yalnızca denetim dışı bir engel yüzünden ifa edilemeyen yükümlülöklere ilişkindir. Sözleşme veya sözleşmeden doğan edimler sona ermemiştir. Borçlunun ifada bulunması yalnızca kısmen engellenmiş ise borçlu yalnızca o kısım bakımından tazminat ödeme borcundan kurtulur.⁵⁷

b. Diğer Haklara Etkisi

CISG m.79 hükmüne göre bu madde, tarafların bu Antlaşma uyarınca tazminat talebi dışındaki herhangi bir hakkını kullanmasını engellemez. Dolayısıyla, tarafların borca aykırı bir davranış sebebiyle sahip olduğu tazminat isteme hakkı dışındaki haklarına m.79 uygulamasının bir etkisi olmayacak, alacaklı dilerse diğer haklarını kullanabilecektir. Bir başka deyişle, Atamer'in sözleriyle "ifa etmeme durumu kalıcı nitelikte olsa dahi, edimin yerine getirilmemiş olması kendi başına sözleşmeyi ortadan kaldırmaz. Bu nedenle, CISG'in alacaklıya vermiş olduğu diğer haklar, özellikle de ifa talebi, m. 79 tarafından kaldırılmış olmaz."⁵⁸

i. Aynen İfa Talebi

CISG m.79 maddesi, biz *civil law* hukukçuların muhtemelen anlamlandıracağı gibi klasik bir borcu sona erdiren sonraki kusursuz imkânsızlık hükmü değildir. Bu yönüyle, bu hüküm *civil law* nosyonuıla değerlendirildiğinde, bu anılan sonuca varılabilir ki bunun tam anlamıyla doğru olmadığı açıktır. CISG kendi içeriğinde otonom olarak yorumlanmalı ve uygulanmalıdır. Bu yorum ilkesinin en çok ihtiyaç duyulduğu yerlerden biri de bu hükümdür.

⁵⁷ Schlechtriem ve Schwenger (n 12) 1269.

⁵⁸ Yeşim Atamer, 'Borçlunun CISG Madde 79 Uyarınca Tazminat Sorumluluğundan Kurtulması Halinde Alacaklının Diğer Taleplerinin Akıbeti Ne Olur?' in Prof. Dr. Aydın Zevkililer'e Armağan, (2013) 8 Yaşar Üniversitesi Dergisi, 9, 487-509. 489.

Bir görüş m.79'da belirlenen böyle bir engelin varlığı halinde otomatik olarak borcun imkânsızlaşmış olduğunu, bu sebeple artık aynen ifanın da talep edilemeyeceğini kabul etmektedirler.⁵⁹ Ancak Atamer'in de açıkça belirttiği gibi "bu yaklaşım CISG'in yeknesak sözleşmeye aykırılık anlayışını, yani sözleşme ihlalinin türüne göre, örneğin imkânsızlık, temerrüt, ayıplı ifa gibi ayrımların Antlaşma'da yapılmadığı gerçeğini dikkate almadığı" için isabetli değildir.⁶⁰

CISG'de, yukarıda değinildiği üzere, tek bir borca aykırılık vardır. Bu durum gerçekten de başlangıçtaki veya sonraki kusurlu veya kusursuz imkânsızlık, temerrüt, sözleşmeye uygun olmayan malların teslimi gibi bir takım sebeplerle ortaya çıkmış olabilir. CISG m.79 hükmü de tüm bu durumları kapsar nitelikte borçluyu tazminat yükümlülüğünden kurtaran bir hükümdür. Yani öyle bazı durumlar vardır ki m.79'da yazılı bir engel sebebiyle borca aykırılığın doğmuş olmasına rağmen, ifa henüz imkânsızlaşmamış olabilir. Örneğin, m.79 açıklamasına uygun bir engel sebebiyle yok olan çeşit borcunda durum böyledir.⁶¹ Bu durumda m.79 (5) hükmü gereği tazminat istenemeyeceği halde aynen ifanın istenmesi gayet mümkündür. Benzer şekilde m.79'da anılan tür bir engelle ifanın imkânsız hale gelmesi halinde de bu durum yine de sözleşmenin ihlal edilmesi sayılacak olup diğer tarafta sözleşmeden dönme hakkını kullanabilecektir.⁶² CISG Danışma Kurulu Görüşü No. 7'de açıklandığı üzere "Madde 79'un lafzı, "engel" terimini ifayı kesin olarak imkânsızlaştıran bir vakıyyla açıkça eş tutmamaktadır."⁶³

Öz olarak, "imkânsızlık ya da genel olarak aynen ifa talebinin mümkün olup olmamasına ilişkin sorunun cevabının tazminattan sorumsuzluğu düzenleyen CISG m. 79'da aranmaması gerekir. Bu sorun aynen ifa talebinin düzenlenmiş olduğu CISG m. 46 ve m. 62 kapsamında çözülmelidir."⁶⁴ ifadesiyle görüşünü açıklayan Atamer'e katılıyoruz. Objektif olarak edimin imkânsızlaşması durumunda ise artık aynen ifanın talep edilemeyeceği açıktır.⁶⁵

59 ibid 490.

60 ibid 490.

61 ibid 494.

62 Magnus (n 10) 302.

63 CISG Danışma Kurulu Görüşü No. 7 (n 16).

64 Atamer, Borçlunun CISG Madde 79 Uyarınca (n 58) 493.

65 Schlechtriem ve Schwenzer (n 12) 1270.

ii. Diğer Hukuki İmkânlar

Alıcı, CISG m. 46 (2) gereği mallar sözleşmeye uygun değilse, ancak bu uygunsuzluğun sözleşmeye esaslı bir aykırılık oluşturması ve m.39 uyarınca yapılacak bildirimle veya bildirimden itibaren makul bir süre içinde talepte bulunması halinde ikame mal teslimini isteyebilir. Paragraf (3) gereği de satıcıdan sözleşmeye aykırılığın onarım yoluyla giderilmesini isteyebilir. Ayrıca alıcı m.49 gereği sözleşmeden dönebilir. Bunların dışında, alıcı m. 50 gereği nisbi metotla hesaplanmak üzere bedelden indirim isteyebilir.

Öte yandan, satıcı da m. 64 gereği sözleşmeden dönebilir.

c. Sözleşmede Kararlaştırılmış Cezai Şart ve Götürü Tazminata Etkisi

CISG m.79 (5)'te borçlunun yalnızca tazminat sorumluluğundan kurtulacağı belirtilmiş, cezai şart ve götürü tazminat bu kapsamda madde metninde sayılmamıştır. Antlaşma konferansında sunulan, bu durumların da m.79 kapsamına dâhil olmasına ilişkin öneri reddedilmiştir.⁶⁶ Her ne kadar bazı yazarlar sözleşmede kararlaştırılmış cezai şart ve götürü tazminatın da m.79 (5) kapsamına dâhil olduğunu savunsa da ⁶⁷CISG Danışma Kurulu Görüşü No.10'da netleşene kadar götürü tazminat veya cezai şartın m.79 hükmüne göre istenip istenemeyeceğinin sözleşmenin yorumuna göre belli olacağı görüşü hakimdir.⁶⁸

CISG'a Tâbi Sözleşmelerde Borca Aykırılık Halinde Ödenmek Üzere Kararlaştırılan Meblağlar başlıklı CISG Danışma Kurulu Görüşü No.10'da 5.bentte "5. CISG madde 79 çerçevesinde ortaya çıkan bir engel nedeniyle borçlunun borcunu gereği gibi ifa edemediği durumlarda bu engelin borçluyu aynı zamanda kararlaştırılmış olan meblağı ödemekten de kurtarıp kurtarmayacağı sözleşmenin CISG madde 8 ve 9 uyarınca yorumlanmasıyla

⁶⁶ ibid 1270.

⁶⁷ Ingeborg Schwenzer, 'Force Majeure and Hardship in International Sales Contracts' (2008) 39 Victoria University of Wellington Law Review, 709. 719-720.

⁶⁸ Schlechtriem ve Schwenzer (n 12) 1270.

tespit edilecektir. Taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça CISG madde 79(1), borçluyu, kararlaştırılmış olan meblağı ödemekten kurtarır.”⁶⁹ ifadesiyle sorun bir bakıma çözüme kavuşmuştur.

d. Gecikme Faizi

CISG m.78’e göre taraflardan biri semeni veya muaccel diğer bir meblağı ödemezse diğer taraf, 74. madde uyarınca talep etme hakkına sahip olduğu tazminata halel gelmeksizin, bu meblağ üzerinden faize hak kazanır. “Zararın tazmin edilebilirliğine bakılmadan faiz talebinde bulunulabileceğini düzenleyen m. 78’in lafzı, CISG’in faiz talebi ve tazminat talebini farklı değerlendirdiğini ve bu sebeple de aynı hükümlere dayanılarak bu farklı sorumlulukların ortadan kaldırılamayacağını göstermektedir.”⁷⁰

3. Geçici Sorumluluktan Kurtulma

CISG m.79 (3) bu konuyu düzenlemektedir. Hükme göre m.79’da ön-görülen sorumluluktan kurtulma, engelin var olduğu dönem için geçerlidir. Engelin var olduğu dönemde zararların giderilmesi için tazminat istenemeyecek, ancak engel kalktıktan sonra dilenirse tazminat istenebilecektir. Engelin etkin olduğu bu süreçte ifa mümkün değilse engel kalktıktan sonra da aynen ifa istenebilecektir.⁷¹

Dolayısıyla CISG m.79 (3)’ün iki önemli sonucu vardır. Engel sebebiyle ifa edemeyen taraf bu engel süresince gerçekleşen gecikmelerden sorumlu değildir ve engel ortadan kalktığında ifa yapılmalıdır.⁷² Bu yönüyle, sorumluluktan kurtulmaya olanak sağlayan engelin ortadan kalktığı an, ifa zamanı olarak değerlendirilmekte ve sözleşmeden dönülmemiş olması

69 < http://www.cisgac.com/file/repository/Turkish_No_10_SON.pdf > erişim tarihi 26 Mayıs 2020

70 Atamer, Borçlunun CISG Madde 79 Uyarınca (n 58) 507-508. Atamer aksi kanaatte bir hakem heyeti kararı anmaktadır. ‘*Arbitral Award*, Hungarian Chamber of Commerce and Industry Arbitration, 10.12.1996, CISG-online 774. Yugoslavya’daki BM ambargosu nedeniyle satış bedelinin ödenememesine dayanan faiz talebi hakem heyeti tarafından reddedilmiştir.’ Aynı yer Dipnot 67.

71 ibid 498.

72 Honnold (n 27) 490.

halinde tarafların sorumluluklarının engelin ortadan kalktığı andan itibaren devam ettiği kabul edilmektedir.⁷³ Ancak bazı sözleşmelerde ifa tarihi sözleşmenin esaslı unsurunu teşkil edebilir. Yani sözleşmenin ifa edileceği an yegâne bir zaman dilimidir. Bu hallerde geçici sorumluluktan kurtulma mümkün olmayacaktır.⁷⁴

CISG m.79’da bu geçiciliğin ne kadar sürebileceğine ilişkin bir düzenleme yoktur. Geçici ifa engellerinde borçluyu kararlaştırılan şekilde ifaya zorlamanın özveri sınırını aşan istisnai hallerde borçlunun korunmasının gerektiği ifade edilmektedir.⁷⁵ Nicholas, her ne kadar Antlaşmanın tarihini bilmeyen bir hâkimin yapamayacağını düşünse de, bu hükmün şöyle okunması gerektiğini yazar; “Sorumluluktan kurtulma, engellenmenin mevcut olduğu süre boyunca etkili olur ve engelin sona ermesinden sonra, koşullar, ifayı yapmayan tarafı sorumlu tutmanın açıkça mantıksız olacağı kadar esaslı bir biçimde değişmişse, sorumluluktan kurtulma sürekli etkiye sahip olabilir.”⁷⁶

Salgın hastalık sebebiyle uygulanan gümrük yasakları da geçici ifa engeli kapsamında değerlendirilebilecektir.⁷⁷ Çin’deki⁷⁸ ve Kuzey Avrupa ülkelerindeki gelişmeler,⁷⁹ EU Schengen bölgesindeki sınırların açılması planları⁸⁰ COVID-19 salgının geçici bir nitelik taşıdığı ve devlet müdahale-

73 Fatma İtir Bingöl, Uluslararası Ticari Satım Sözleşmelerinde Mücbir Sebep, (Doktora Tezi, 2008) 233-234. < <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp> > erişim tarihi 26 Mayıs 2020 Belin Köroğlu, ‘Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (CISG) Madde 79 ve 80 Kapsamında Sorumluluktan Kurtulma’ (2013) 17 Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1-2, 775. 790.

74 Dönmez (n 55) 133.

75 Schlechtriem ve Schwenger (n 12) 1267.

76 Nicholas (n 18) 5-18.F.

77 Atamer, Borçlunun CISG Madde 79 Uyarınca (n 58) 498.

78 The Guardian < <https://www.theguardian.com/world/2020/mar/25/china-shows-way-to-ease-lockdowns-before-vaccine-ready-suggests-report-imperial-college> > erişim tarihi 26 Mayıs 2020

79 Euronews < <https://www.euronews.com/2020/05/27/which-european-countries-have-opened-their-borders-ahead-of-the-summer-holiday-season> > erişim tarihi 26 Mayıs 2020

80 The Guardian < <https://www.theguardian.com/world/2020/may/12/eu-reopen-borders-tourists-covid-19-recovery-plan> > erişim tarihi 26 Mayıs 2020 Deutsche Welle < <https://www.dw.com/en/germany-calls-for-opening-of-internal-eu-borders-by-june/a-53567535> > erişim tarihi 26 Mayıs 2020

lelerinin zamanla kaldıracağı veya hafifleteceğini işaret etmektedir. Ülkemizde de 1 Haziran 2020 tarihinden itibaren bir normalleşme sürecine girildiği malumdur.⁸¹

Bu sebeplerle, COVID-19 salgını veya onun yüzünden uygulanan devlet müdahalelerinin CISG m.79 açısından geçici bir engel teşkil ettiği kanaatindeyim. Bu süreçte borçlunun bu sebeple borcunu ifa etmemesi sebebiyle tazminattan sorumlu olmayacağı, aynı zamanda ifa da mümkün değilse aynen ifanın da bu süreçte istenemeyeceği, salgın bittikten veya devlet müdahaleleri kaldırıldıktan sonra mümkünse aynen ifanın talep edilebileceği, bu talep karşılanmazsa, tazminat sorumluluğunun yeniden doğacağı kanaatindeyim.

D. Sonuç

Tüm dünyayı saran COVID-19 salgınının pandemi niteliği insanın var olduğu tüm alanları etkilediği gibi, özel hukuk alanında da tarafların haklarını ve borçlarını ciddi anlamda etkilemiştir. Dünya üzerindeki ticaretin dörtte üçünün tabi olduğu CISG m.79 hükmüyle, milletlerarası satış sözleşmelerinde borcunu denetim dışı bir engel sebebiyle ifa edemeyen borçlunun sorumluluktan kurtulacağını öngörmüştür. Kanaatimce COVID-19 salgını sebebiyle, taraflardan biri sözleşmeden doğan yükümlülüklerinden birini ifa edememişse, COVID-19 salgını m.79 anlamında, borçlunun denetimi dışında kalan, sözleşmenin kurulması anında hesaba katılması mümkün olmayan ve engel ile sonuçlarından kaçınmanın veya bunları aşmanın borçludan makul olarak beklenemeyeceğini bir engeldir. Bu yönüyle, taraflar arasında bu hususta ayrıca bir sözleşme hükmü kararlaştırılmadıkça borçlu sorumluluktan kurtulacaktır. Bu sorumluluktan kurtulma, tazminat sorumluluğundan kurtulma olduğu gibi taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça borçluyu cezai şart ve götürü tazminat ödemekten de kurtarır. Ancak alacaklının, tazminat isteme hakkı ve bu kapsamda değerlendirilenler dışındaki diğer tüm hakları bakidir; alacaklı kullanılması şartları gerçekleşmiş diğer tüm haklarını kullanmakta hürdür.

81 İstanbul Valiliği < <http://www.istanbul.gov.tr/cumhurbaskani-erdogan-kontrollu-normallesme-plani-kararlarini-acikladi> > erişim tarihi 26 Mayıs 2020

Kanaatimce, COVID-19 salgını veya onun yüzünden uygulanan devlet müdahaleleri CISG m.79 açısından geçici bir engel teşkil etmektedir. Salgın süresince, bu sebeple borcunu ifa edemeyen borçlu m.79 (3) uyarınca tazminattan sorumlu olmayacaktır. Ancak salgın bittikten veya devlet müdahaleleri kaldırıldıktan sonra tazminat sorumluluğunun yeniden doğacağı kanaatindeyim.

KAYNAKÇA

Kitap, Makale ve Tezler

Ahu Ayanoglu Morali, 'Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın Öngördüğü Sorumluluktan Kurtulma Sistemi' (2013) 1 Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı, 289. 291.

Barry Nicholas, 'Impracticability and Impossibility in the U.N. Convention on Contracts for the International Sale of Goods, in Galston & Smit (ed.) International Sales: The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Matthew Bender (1984), Ch. 5, 5-1 ila 5-24 arası. 5-4.

Cansu Dönmez, 'CISG Uyarınca Alıcı ve Satıcının Sorumluluktan Kurtulması ve Türk Borçlar Hukuku ile Karşılaştırılması' (2019) 39 PPIL 1, 111. 138.

Dennis Tallon, 'CISG Art. 79' in Cesare Massimo Bianca ve Michael Joachim Bonnell (eds) Commentary on the International Sales Law: The 1980 Vienna Sales Convention (Giuffr , 1987) 574.

Eylem Apaydın, 'Satım Hukuku  zelinde Uluslararası Sözleşme Hukukunun Birleştirilmesi  alışmalarının Kronolojisi', in Prof.Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan, (2013) 8 Journal of Yasar University, 9, 201-74. 205.

Fatma İtir Bingöl, Uluslararası Ticari Satım Sözleşmelerinde Mücbir Sebep, (Doktora Tezi, 2008) 233-234. <<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp> >

Belin Köroğlu, 'Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (CISG) Madde 79 ve 80 Kapsamında Sorumluluktan Kurtulma' (2013) 17 Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1-2, 775. 790.

Ingeborg Schwenzer, 'Force Majeure and Hardship in International Sales Contracts' (2008) 39 Victoria University of Wellington Law Review, 709. 719-720.

John Honnold, Uniform Law for the International Sales Under the 1980 United Nations Convention (The Hague, 1999) 472.

M kerrem Onur Başar, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması Uyarınca Sözleşmeye Uygun Mal Teslim Edilmesi Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğün İhlalinden  t r  Alıcının Hakları (On İki Levha, 2018) 411.

Peter Schlechtriem ve Ingeborg Schwenzer, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (Viyana Satım Sözleşmesi) şerhi, Ingeborg Schwenzer ve Pınar  a layan Aksoy (eds) (On İki Levha, 2015.) 1249.

Peter Schlechtriem, Uniform Sales Law–The UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (Vienna, 1986) 101.

Ulrich Magnus, ‘CISG Uyarınca Tazminat, Faiz, Sorumluluktan Kurtulma’ in Yeşim Atamer (ed), Milletlerarası Satım Hukuku: Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) (On İki Levha, 2008) 302.

Yeşim Atamer, ‘Borçlunun CISG Madde 79 Uyarınca Tazminat Sorumluluğundan Kurtulması Halinde Alacaklının Diğer Taleplerinin Akıbeti Ne Olur?’ in Prof. Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan, (2013) 8 Yaşar Üniversitesi Dergisi, 9, 487–509. 489.

Yeşim Atamer, ‘İfa Engelleri Hukukunu Yeniden Sistemize Etmeyi Düşünmek: Borca Aykırılık Türleri Yerine Yaptırımları Esas Alan Bir Sistematik’ in Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan (1. Baskı, 2010) 217-260.

Yeşim Atamer, ‘Satıcının Sözleşmeye Aykırı Davranışı Ekseninde CISG’in İfa Engelleri Sistemine Genel Bakış’ in Yeşim Atamer (ed), Milletlerarası Satım Hukuku-Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) (On İki Levha, 2008) 221.

İnternet Kaynakları

CISG Danışma Kurulu Görüşü No. 7, CISG Madde 79 Uyarınca Tazminat Ödeme Borcundan Sorumsuzluk, < http://www.cisgac.com/file/repository/Turkish_No_7_SON.pdf >

MacromexSrl.v.GlobexInternationalInc.<<http://www.unilex.info/cisg/case/1346>>

Raw Materials Inc. v. Manfred Forberich GmbH & Co., KG < <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/040706u1.html#uab> >

WTO ticaret yasaklarına ilişkin bilgilendirme <https://www.wto.org/english/tratop_e/covid19_e/trade_related_goods_measure_e.htm ve <https://www.wto.org/english/tratop_e/covid19_e/export_prohibitions_report_e.pdf >

< <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/050305c1.html#ca>

< http://www.cisgac.com/file/repository/Turkish_No_10_SON.pdf >

< <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2010/04/20100407.htm>

< <http://www.unilex.info/cisg/case/438>

<<http://www.istanbul.gov.tr/cumhurbaskani-erdogan-kontrollu-normallesme-plani-kararlarini-acikladi>> >

<<http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2010/04/20100407.htm&main=>

<<http://www.resmigazete.gov.tr/main.aspx?home=>

<<https://covid19bilgi.saglik.gov.tr/tr/covid-19-yeni-koronavirus-hastaligi-nedir> >

<<https://tr.euronews.com/2020/04/03/koronavirus-nedir-corona-virus-nasil-teshis-covid-19-salgin-belirtiler-turkiye-onlemler> >

<https://treatie_un.org/pages/ViewDetail.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=X-10&chapter=10 >

<https://uncitral.un.org/en/texts/salegoods/conventions/sale_of_goods/cisg >

<<https://www.aa.com.tr/tr/dunya/dunya-saglik-orgutu-koronavirus-salginini-deneyimle-kuresel-acil-durum-ilan-etti/1719588> >

<<https://www.aa.com.tr/tr/koronavirus/dunya-saglik-orgutu-yeni-tip-koronavirusu-kuresel-salgin-ilan-etti/1762600> >

<<https://www.euronews.com/2020/05/27/which-european-countries-have-opened-their-borders-ahead-of-the-summer-holiday-season> >

<<https://www.macmap.org/covid19> >

<<https://www.reuters.com/article/us-otc-covid19/chinese-force-majeure-certificates-presage-complexity-of-resolving-post-crisis-disputes-idUSKBN2133MQ>>

<<https://www.theguardian.com/world/2020/mar/25/china-shows-way-to-ease-lockdowns-before-vaccine-ready-suggests-report-imperial-college> >

<<https://www.theguardian.com/world/2020/may/12/eu-reopen-borders-tourists-covid-19-recovery-plan> <<https://www.dw.com/en/germany-calls-for-opening-of-internal-eu-borders-by-june/a-53567535> >

<https://www.wto.org/english/tratop_e/covid19_

MİLLETLERARASI TAHKİMDE HAKEMLERİN SÖZLEŞMEYİ YENİ KOŞULLARA UYARLAMASI

Dr. Öğr. Üyesi İlyas GÖLCÜKLÜ*

Özet

Haklı endişeler nedeniyle dünya genelinde radikal kısıtlamalar ile olağanüstü tedbirlere sebebiyet veren COVID-19, hukukun birçok alanını etkilemiş hem yerel hem de global düzeyde borç ilişkilerinin yeniden gözden geçirilmesi ihtiyacını doğurmuştur. Uzun sürelerle yayılan sözleşmeler başta olmak üzere sözleşmelerin yapıldığı esnada öngörülemeyen bu tür bir olağanüstü durum karşısında, alacaklı ile borçlu arasındaki hukuki ilişkin aynı esaslar çerçevesinde devam etmesini beklemek adalet ve hakkaniyet anlayışıyla bağdaşmayabilmektedir. Öngörülemeyen olağanüstü durumlar nedeniyle meydana gelen ifa güçlüklerini aşmak ve sarsılan borç ilişkilerini yeniden canlandırmak amacıyla “sözleşmenin mevcut koşullara uyarlanması” imkanı birçok devletin ulusal hukuk sistemlerinde ve *lex mercatoria* düzenlemelerinde yer almaktadır. Milletlerarası ticari sözleşmeler ile yatırım anlaşmalarından kaynaklanan uyuşmazlıklar bakımından tahkimin sıklıkla tercih edilen bir uyuşmazlık çözüm metodu olduğu nazara alındığında, söz konusu uyarlama taleplerinin devlet mahkemeleri yerine hakemlerce de yapılıp yapılamayacağı meselesi önemli bir soru olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu çalışmada sözleşmenin yeni koşullara uyarlanması taleplerinin tahkime elverişliliği, hakemlerin uyarlama yetkisinin kapsamı ve sınırları, sözleşmelerde yer alan uyarlama hükümlerinin önemi ile *ex aequo et bono* göre karar verme yetkisinin uyarlama talepleri bakımından önemi gerek Türk hukuku gerek karşılaştırmalı hukuk bakımından örnek karar ışığında ele alınmıştır.

Anahtar Kelimeler: Sözleşme, Uyarlama, Tahkim, Aşırı İfa Güçlüğü, Mahkeme

* Altınbaş Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

Abstract

Outbreak of the COVID-19 that caused radical limitations and extraordinary precautions worldwide due to justified concerns, has affected various branches of law and also created need to reevaluate contractual relations both at local and international level. It is not always reasonable and just to expect parties to fulfill their obligations as they have been decided in full, when a contractual obligation becomes impossible to be performed due to unforeseeable circumstances at the time conclusion of contracts, especially in long-term contracts. That is why nowadays, it has been discussed whether the epidemic of COVID-19 constitutes a force majeure in contractual relations and if, viable solutions are possible due to hardships created by the outbreak. In order to deal with hardships arising from unforeseeable unusual circumstances and restore contractual relations, adaptation of contracts emerges as a crucial remedy in national legislations and *lex mercatoria*. It is important to decide on whether adaptation of contracts by arbitrators is possible since arbitration has been a very important dispute resolution method in international commercial and investment disputes. This study covers wide range of topics such as arbitrability of adaptation requests, scope and limits of arbitral tribunal's authority to decide on such requests, importance of revision clauses in contracts and importance of *ex aequo et bono* principle in light of precedents in Turkish and comparative law.

Keywords: *Contract, Adaptation, Arbitration, Hardship, Court*

GİRİŞ

COVID-19 pandemisi sadece ulusal hukuki ilişkileri değil, milletlerarası ticari ve yatırım ilişkilerini de etkileyen önemli bir salgın olarak 2020 yılına damga vurmuştur. Bu salgın nedeniyle hem yerel hem de global düzeyde birçok radikal kısıtlamalar ile olağanüstü tedbirler alınmıştır. Ülkelerearası seyahatler, turizm faaliyetleri, yatırımlar vb. birçok alanda hayat durma noktasına gelmiştir.

COVID-19, sadece ekonomi, sosyal ve politik ilişkileri değil; aynı zamanda hukukun birçok alanını da etkilemiştir. Özellikle söz konusu salgının

öngörülememesi ve birçok radikal kısıtlamalara sebebiyet vermesi nedeniyle hem yerel hem de global düzeyde taraflar arasındaki borç ilişkilerinin yeniden gözden geçirilmesi ihtiyacı doğmuştur. Zira uzun sürelerle yayılan yatırım anlaşmaları ile ticari sözleşmeler başta olmak üzere sözleşmelerin yapıldığı esnada öngörülemeyen bu tür bir olağanüstü durum karşısında, alacaklı ile borçlu arasındaki hukuki ilişkin aynı esaslar çerçevesinde devam etmesini beklemek adalet ve hakkaniyet anlayışıyla bağdaşmayabilmektedir. Diğer yanda, taraflar birinin uyarılama talebine karşı alacaklı tarafın, ahde vefa ilkesi (*pacta sunt servanda*) ve basiretli iş insanı (*prudent business-person*) kuralına dayanması da muhtemel olacağından, bu menfaatler arasında hassas dengenin tespiti oldukça önemli bir hal almaktadır¹.

Günümüzde COVID-19 pandemisinin borç ilişkilerinde mücbir sebep teşkil edip etmediği² ile aşırı ifa güçlüğü sebebiyle ne gibi hukuki çözümlerin tatbik edileceği hususları tartışılmaktadır. Yerel plandaki geçici çözümlerin yanı sıra, çeşitli ülke mevzuatlarında bu tür öngörülemeyen sebepler nedeniyle sözleşmesel ilişkinin temelinin adeta çökmesi sebebiyle bazı hukuki çareler de öngörülmüştür. Bu imkanların başında, söz konusu sözleşmenin eski koşullar çerçevesinde devam etmesi yerine mevcut koşullara uyarılması imkanıdır. Nitekim öngörülemeyen olağanüstü durumlar nedeniyle meydana gelen “aşırı” ifa güçlüklerini aşmak ve sarsılan borç ilişkilerini yeniden canlandırmak amacıyla³, Türk hukukunda da sözleşmenin yeni koşullara uyarlanması imkanı getirilmiştir.

- 1 Ümmühan Kaya, ‘Sözleşmenin Uyarlanmasında Sonradan Değişen Şartlar ve Öngörülemezlik İlkesi’ (2016) 22 Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 1569, 1571-1572; Elena Christine Zaccaria, ‘The Effects of Changed Circumstances in International Commercial Trade’ (2004) 9 International Trade and Business Law Review 135, 135,136; Zeynep Özgenç, ‘Milletlerarası Ticari Tahkimde Hakemin Veya Hakem Kurulunun Ex Aequo Et Bono Karar Verme Yetkisi’ (2014) 34 Public and Private International Law Bulletin, 31, 1571 vd.
- 2 Çin Halk Cumhuriyeti’ne bağlı Uluslararası Ticareti Teşvik Konseyi (*China’s Council for the Promotion of International Trade*), COVID-19 nedeniyle talep üzerine Çinli firmalara mücbir sebep sertifikası verileceğine karar vermiştir. Detaylı bilgi için bkz. http://en.ccpit.org/info/info_40288117668b3d9b0170671f67f30716.html (Erişim, 28.04.2020).
- 3 Memet Erdem Aybay, ‘Sözleşmenin Değişen Koşullara Göre Uyarlanması (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı İncelemesi)’ (2016) 22 Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 323, 332-337.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu madde 138, “Aşırı İfa Güçlüğü” hususunu şu şekilde düzenlemiştir:

“Sözleşmenin yapıldığı sırada taraflarca öngörülme-
yen ve beklenmeyen olağanüstü bir durum, borçludan kaynaklanma-
yan bir sebeple ortaya çıkar ve sözleşmenin yapıldığı sırada mevcut
olguları, kendisinden ifanın istenmesini dürüstlük kurallarına aykırı
düşecek derecede borçlu aleyhine değiştirir ve borçlu da borcunu he-
nüz ifa etmemiş veya ifanın aşırı ölçüde güçleşmesinden doğan hakla-
rını saklı tutarak ifa etmiş olursa borçlu, hâkimden sözleşmenin yeni
koşullara uyarlanmasını isteme, bu mümkün olmadığı takdirde söz-
leşmeden dönme hakkına sahiptir. Sürekli edimli sözleşmelerde borç-
lu, kural olarak dönme hakkının yerine fesih hakkını kullanır.”

Bu önemli imkana sadece ülkelerin hukuk kurallarında değil, *lex mer-
catoria* kurallarında da rastlamamız mümkündür. *Lex mercatorianın* önemli
düzenlemelerinden biri olan UNIDROIT Prensipleri (2016)⁴ madde 6.2.1
ve devamı hükümlerinde de aşırı ifa güçlüğü (*hardship*) düzenlenmiştir.
Madde 6.2.3’e göre ifa güçlüğü çeken tarafın, sözleşme hükümlerinin göz-
den geçirilmesi ya da yeniden müzakeresini isteme hakkı vardır. Eğer ta-
raflar müzakereler sonucunda anlaşamazlarsa “mahkeme” madde 6.2.3/f.4
uyarınca sözleşmeyi sona erdirebilir ya da sözleşme hükümlerinin mevcut
koşullara uyarlanmasına karar verebilir.

Milletlerarası ticari sözleşmeler ile yatırım anlaşmalarından kaynakla-
nan uyuşmazlıklar bakımından tahkim sıklıkla tercih edilen bir uyuşmazlık
çözüm metodudur⁵. Dolayısıyla bir olağanüstü durum nedeniyle yeniden
müzakere ihtiyacıyla karşılaşan taraflar arasında eğer bir tahkim şartı veya-
hut anlaşması varsa, söz konusu uyarlama taleplerinin devlet mahkemeleri

4 <https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016> (Erişim, 20.06.2020).

5 Ziya Akıncı, *Milletlerarası Tahkim* (5th edn, Vedat Kitapçılık 2020) 1 vd.; Cemal Şanlı, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları* (6th edn, Beta 2016) 291-292; Cemal Şanlı, Emre Esen and İnci Ataman-Figanmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk* (7th edn, Beta 2019) 644 vd.; Aysel Çelikel and B Bahadır Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk* (16th edn, Beta 2020) 801 vd.

yerine hakemlerce de yapılıp yapılamayacağı meselesi önem taşıyacaktır. Aşağıda milletlerarası tahkimde hakemlerce sözleşmelerin uyarlanabilmesi imkanı çeşitli yönleriyle ele alınacaktır. Bu kapsamda öncelikle uyarlama taleplerinin, Türk hukukunda ve karşılaştırmalı hukukta tahkime elverişli olup olmadığı incelenecektir. Sonrasında ise gerek TBK madde 138'deki “hakimden” ibaresi gerek UNIDROIT Prensipleri'nde yer alan “court” ibaresinin, tahkime engel olup olmadığı ele alınacaktır. Hakemlerin sözleşmeyi uyarlama yetkisi kabul edilse bile, bu yetkinin kapsam ve sınırlarının da ayrıca belirlenmesi, milletlerarası tahkimde önemli bir tartışmadır. Hakemlere hakkaniyet ve nasafet kurallarına (*amiable compositeur* ya da *ex aequo et bono*) göre karar verme yetkisinin taraflarca verilmesinin, uyarlama yetkisi bakımından ne anlam ifade ettiği de bu çalışma kapsamında incelenmiştir. Son olarak çeşitli sözleşmelerde tahkimle birlikte yer alan uyarlama hükümlerinin (*revision clauses*), uyarlama talepleri bakımından önemine değinilmiş ve hakemlerce uyarlamanın nasıl yapıldığına örnek karar ışığında değinilecektir.

I. Uyarlama Taleplerinin Tahkime Elverişliliği

Gerek Türk hukukunda⁶ gerek karşılaştırmalı hukukta⁷, tahkim yargılamasına tabi uyuşmazlıklar bakımından hakemlerin sözleşmeyi uyarlama taleplerini inceleyip incelemeyeceği problemi, tahkimin milletlerarası ticari sözleşmeler bakımından sıklıkla tercih edilen bir yöntem olduğu gerçeği karşısında daha da önemli hale gelmektedir. Tahkimde davacının talebinin,

6 Türk hukuku bakımından meselenin tartışmalı olduğu konusunda bkz. Başak Baysal, *Sözleşmenin Uyarlanması* (3rd edn, On İki Levha 2019) 436 vd.

7 Karşılaştırmalı hukukta sözleşmeyi uyarlama yetkisine dair düzenlemeler ile yaklaşımlar ülkeden ülkeye farklılık göstermektedir. Detaylı bilgi için bkz. Norbert Horn, ‘Procedures of Contract Adaptation and Renegotiation in International Commerce’, Horn (ed.), *Adaptation and Renegotiation of Contracts in International Trade and Finance*, Antwerp, Boston, London, Frankfurt a.M. 1985 (Kluwer 1985) 180 vd.; karşılaştırmalı hukuk bakımından da hukuk sistemleri bakımından mesele tartışmalıdır bkz. Christoph Brunner, *Force Majeure and Hardship under General Contract Principles: Exemption for Non-Performance in International Arbitration*, *International Arbitration Law Library*, Volume 18 (Kluwer Law International 2008) 490-493; hakem heyetinin, uygulanacak hukuk kapsamında sözleşmeyi yeni koşullara uyarlayabileceği hakkında Gary B Born, *International Commercial Arbitration* (2nd edn, Kluwer Law International 2014) 277-278.

tahkime elverişli olup olmadığı meselesi tahkim yargılaması esnasında, hakem kararı verildikten sonra ise hem iptal hem de tanıma-tenfiz davalarında tartışma konusu yapılabilen önemli bir esastır.

MTK madde 15/f.2-a uyarınca “*Hakem veya hakem kurulu kararına konu uyuşmazlığın Türk hukukuna göre tahkime elverişli olup olmadığı*”, mahkemece re’sen dikkate alınacak hakem kararı iptal sebebi olarak düzenlenmiştir. MTK madde 1/f.4 ise bu iptal sebebinin ne anlama geldiğini açıklamaktadır. Bu hükme göre “*Bu Kanun, Türkiye’de bulunan taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklara ilişkin uyuşmazlıklar ile iki tarafın iradelerine tâbi olmayan uyuşmazlıklarda uygulanmaz.*”

MTK’nın tanımladığı anlamda yabancılık unsuru ihtiva etmeyen ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği tahkim yargılamalarında uygulanan HMK’nın 439/f.2-g bendi uyarınca “hakem veya hakem kurulu kararına konu uyuşmazlığın Türk hukukuna göre tahkime elverişli olmadığı” tespiti de bir iptal sebebi olarak düzenlenmiştir. HMK madde 408 iwsse tahkime elverişliliği, “*taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklardan veya iki tarafın iradelerine tabi olmayan işlerden kaynaklanan uyuşmazlıklar tahkime elverişli değildir*” kuralıyla açıklamaktadır.

Tahkime konu uyuşmazlığın tahkime elverişli olması, sadece milli tahkim yargılamalarında aynı zamanda Türkiye dışındaki tahkim yerlerinden alınmış yabancı hakem kararlarının tanınması-tenfizi davalarında da karşımıza çıkmaktadır. 1958 tarihli Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkındaki New York Sözleşmesi⁸ (“NYS (1958)”) madde V/2-a hükmüne göre “*uyuşmazlık konusunun hakemlik yolu ile halle elverişli bulunmaması*” halinin tespiti halinde tenfiz mahkemesi, söz konusu yabancı hakem kararının tenfizi talebini reddedebilecektir. Diğer yandan NYS (1958) madde II/1 ise “*tarafaların akde dayanan veya akdi olmayan, belli bir hukuk münasebetinden aralarında doğmuş veya ileride doğabilecek, hakemlik yolu ile halledilmesi mümkün bir konu ile ilgili uyuşmazlıklar*” hakkında tahkim sözleşmesini yapabileceklerini düzenlemektedir. ABD Federal Tahkim

8 Bu sözleşme Türkiye’de; 8.5.1991 tarih ve 3731 sayılı Kanun ile onaylanmıştır. Sözleşme, 25.9.1991 tarih ve 21002 sayılı R.G.’de yayımlanarak Türkiye’de yürürlüğe girmiştir. Bu önemli sözleşme; çalışmamızda kısaca, “NYS (1958)” olarak anılacaktır.

Kanunu, UNCITRAL Model Kanunu ile NYS (1958) düzenlemelerinin hakemlerin doğrudan uyarlama taleplerini karara bağlaması konusunda “sessiz” kaldıkları da söylenebilir⁹.

Türk hukukunda yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizini ele alan bir başka düzenleme de NYS (1958)’e nazaran tahkim aleyhine daha katı düzenlemeler getiren 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun¹⁰ madde 62/1-c hükmüdür. Buna göre “*hakem kararına konu olan uyuşmazlığın Türk kanunlarına göre tahkim yoluyla çözümü mümkün değilse*”, mahkemeye takdir hakkı da tanınmamakta ve söz konusu tenfiz talebinin reddi gerekmektedir.

Tüm bu düzenlemeler ışığında gerek Türk hukuku gerek karşılaştırmalı hukukta sözleşmenin yeni koşullara uyarlanması talebinin, tahkime elverişli olup olmadığının tespiti önemlidir. Türk hukukunda tahkime elverişlilik, “*taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklar*” ile “*iki tarafın iradelerine tabi olmama*” ölçütleriyle tanımlanmaktadır. Bu tanım ışığında uyarlama taleplerine bakıldığında, Türk hukuku bakımından tahkime elverişlilik noktasında bu taleplerin bir problem yaratmayacağı zira tarafların bir araya gelerek kendi hür iradeleriyle her zaman sözleşmeyi değiştirebilecekleri ve hatta feshedebilecekleri açıktır. Diğer yandan zayıf tarafın korunmasını gerektiren tüketici sözleşmeleri ya da devlet egemenliğini ilgilendiren taşınmazlar üzerindeki aynı haklar gibi istisnai durumlar haricinde, iki tarafın iradesine tabi hukuki işlemlerdeki uyuşmazlıkların tahkimde de görülmesinde bir sakınca görülmemelidir. Bu görüşümüz, karşılaştırmalı hukukta da dile getirilmekte ve uygulamadaki kararlarla da desteklenmektedir.

Bizim de katıldığımız yabancı öğretideki görüşe göre tahkim, sözleşmelerin uyarlanması için de “*uygun*” bir yöntemdir¹¹. “*Uygulanacak hukukta izin verilmesi koşuluyla*”, hakem ya da hakem heyetinin “*sözleşmenin uyarlanması*” ve hatta “*sözleşmenin feshine*” de karar verilebilecekleri haklı şekilde

9 Pietro Ferrario, *The Adaptation of Long-Term Gas Sale Agreements by Arbitrators*, *International Arbitration Law Library*, Volume 41 (Kluwer Law International 2017) 174-175.

10 RG Tarih: 12/12/2007 Sayı: 26728.

11 “*Arbitration is a suitable means for the adaptation of contracts.*” Horn (n 7) 181.

vurgulanmaktadır¹². Nitekim bazı tahkim kurumlarının örnek tahkim şartlarında, tahkimde görülebilecek uyuşmazlıkların kapsamı oldukça geniş tutulmaktadır. LCIA Tahkim Kuralları kapsamındaki örnek tahkim şartında¹³ “sözleşmenin varlığı, geçerliliği veya son ermesi dahil” ibaresi bu anlamda güzel bir örnektir. Dolayısıyla tarafların tahkim şartı ya da anlaşmalarında, “sözleşme koşullarının değişmesinden doğan uyuşmazlıklar dahil” (*all disputes arising out of this contract including a change of the contract itself*) denilerek sözleşmenin mevcut koşullara uyarlanmasına dair uyuşmazlıkta da hakem heyetinin taraflarca yetkilendirilmesi mümkündür. *Nippon Steel – Quintette* tahkim kararında da vurgulandığı üzere, sözleşme bedelinin uyarlanması (*price adaptation*) talebinin de tahkime elverişli olduğu yabancı öğretide vurgulanmaktadır¹⁴. Sonuç olarak hem Türk hukuku hem de karşılaştırmalı hukuk bakımından sözleşmenin uyarlanması taleplerinin tahkime elverişli olduğunun kabulü yerinde olacaktır ve yasal düzenlemeler buna engel değildir.

II. TBK Madde 138’deki “*Hakimden*” İbaresinin Tahkim Bakımından Değerlendirilmesi

Uyarlama yapma yetkisi, sadece devlet mahkemeleri ya da hakimlere mi özgüdür? TBK madde 138’de yer alan “... borçlu, ***hâkimden*** sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteme, bu mümkün olmadığı takdirde sözleşmeden dönme hakkına sahiptir” ifadesi bu konuda kafa karışıklığı yaratabilir. Ancak tahkime elverişli olduğunu belirttiğimiz uyarlama taleplerinin tahkimde görülmesine bu ibare engel olmamalıdır. Aşağıda inceleyeceğimiz üzere hem Türk hukuku hem de karşılaştırmalı hukuk bakımından mahkeme ibaresi, salt devlet mahkemesi olarak yorumlanmamaktadır.

12 Mauro Rubino-Sammartano, *International Arbitration Law and Practice* (2nd edn, Kluwer Law International 2001) 189 vd.

13 “Any dispute arising out of or in connection with this contract, including any question regarding its existence, validity or termination, shall be referred to and finally resolved by arbitration under the LCIA Rules, which Rules are deemed to be incorporated by reference into this clause.”

14 Stefan Michael Kroll, ‘The Renegotiation and Adaptation of Investment Contracts’, Norbert Horn and Stefan Michael Kroll (eds), *Arbitrating Foreign Investment Disputes: Procedural and Substantive Legal Aspects, Studies in Transnational Economic Law, Volume 19* (Kluwer Law International 2004) 459.

Türk hukukunda salt mahkemelerin yapabileceği işler vardır. Örneğin MTK madde 6/f.2 gereği “...*Hakem veya hakem kurulu, cebri icra organları tarafından icrası ya da diğer resmî makamlar tarafından yerine getirilmesi gereken ihtiyatî tedbir veya ihtiyatî haciz kararı veremeyeceği gibi, üçüncü kişileri bağlayan ihtiyatî tedbir veya ihtiyatî haciz kararı da veremez*”. Diğer bir ifadeyle üçüncü kişileri bağlayan ihtiyatî tedbir veya ihtiyatî haciz kararı verilmesi, devlet mahkemelerinin aksine hakemlere tanınmamıştır. Diğer yandan hakem kararının tahkim yerindeki iptali davası, yabancı hakem kararını tanıma-tenfiz davası da Türk mahkemelerine özgülenmiş görevlerdendir. Özellikle HMK madde 390/f.1 hükmü, TBK madde 138’e benzer bir ibare içermektedir. Anılan hükme göre “*ihtiyatî tedbir, dava açılmadan önce, esas hakkında görevli ve yetkili olan mahkemeden; dava açıldıktan sonra ise ancak asıl davanın görüldüğü mahkemeden talep edilir*.” Buradaki açık ibarenin salt devlet mahkemesi olarak kabul edilmesi, tahkimin kararlaştırıldığı haller bakımından mahkemede dava açılmayacağından hak kayıplarına sebebiyet verecektir. Bu nedenledir ki Türk doktrininde de bu ibarenin, tahkim şartı ya da anlaşmaları bakımından hakem veya hakem heyeti olarak anlaşılması gerektiği haklı olarak vurgulanmaktadır¹⁵. Nitekim MTK madde 10/A da “ *taraflardan biri, mahkemeden ihtiyatî tedbir veya ihtiyatî haciz kararı almış ise otuz gün içinde tahkim davasını açmak zorundadır*” ifadesiyle bu yorumu ve çıkarımı desteklemektedir.

Hakim ya da mahkeme (*court*) ibaresi *Lex Mercatoria* düzenlemelerinde de hakem veya hakem heyetini içerecek şekilde yorumlanmaktadır. Örneğin *Lex Mercatoria*nın en önemli düzenlemelerinden biri olan UNIDROIT Prensipleri madde 1.11’de prensiplerde geçen mahkeme ibaresinin devlet mahkemeleriyle birlikte hakem heyetlerini de içereceği açıkça vurgulanmış ve böylece muhtemel tartışmaların da önüne geçilmiştir¹⁶. Macaristan hukukunda da mahkemeye tanınan uyarılama yetkisi, hakemler için de kabul edilmektedir¹⁷. Tüm düzenlemeler ile görüşler nazara alındığında, sözleşmenin

15 Şanlı, Esen and Ataman-Figanmeşe (n 5) 516 vd.

16 UNIDROIT Principles, Art. 1.11: “The term “court” is used in the text of the Principles, on the understanding that it covers *arbitral tribunals* as well as courts.”

17 Zhivko Stalev, ‘Arbitration to Adapt Long-Term International Economic Contracts to Changed Circumstances’, Pieter Sanders (ed), *New trends in the Development of International Commercial Arbitration and the Role of Arbitral and Other Institutions*, ICCA Congress Series, Volume 1 (Kluwer Law International 1983) 202.

uyarlanması taleplerinin tahkime elverişli olduğu ve TBK madde 138'deki “hakimden” ibaresinin hakemleri dışlayacak şekilde salt Türk mahkemelerini içerecek şekilde dar yorumlanamayacağını kabul etmek gerekir.

III. Hakemlerin *Ex Aequo Et Bono* Yetkisi ve Uyarlama Talepleri

Hakemlerce sözleşmelerin uyarlanabilmesi imkanı ile hakemlere *ex aequo et bono* yetkisi tanınması arasında sıkı bir ilişki vardır. Hakemlerin *ex aequo et bono* diğer bir ifadeyle hakkaniyet ve nasafete göre karar verip veremeyeceği hususunda, karşılaştırmalı hukukta farklı yaklaşımlar söz konusudur. *Common Law* sisteminde bu “yabancı” prensibe olumsuz yaklaşmaktadır zira hakemin görevinin uygulanacak hukuk kapsamında tarafların haklarını belirlemek olduğu, hakkaniyetli olduğunu düşündüğü şekilde karar vermesinin ise doğru olmayacağı vurgulanmaktadır¹⁸. Fransa, Belçika, İtalya, Türkiye, İsviçre gibi Kıta Avrupası hukukunda ise tarafların yetkilendirilmesiyle hakemlerin bu yönde karar vermesi mümkün kılınmıştır. Örneğin IPRG 187/f.2 ve MTK madde 12/C - son cümle uyarınca hakemler, ancak tarafların verdikleri yetki kapsamında hakkaniyet ve nasafet kurallarına göre de karar verebileceklerdir. HMK m. 433/f. 3 uyarınca da “hakem veya hakem kurulu, ancak tarafların açıkça yetkili kılınmış olmaları şartıyla hakkaniyet ve nasafet kurallarına göre veya dostane aracı olarak karar verebilir.”

Hakemlerin *ex aequo et bono* kuralına göre karar verip veremeyeceğine ilişkin düzenlemelere kurumsal tahkim kurallarında da rastlanılmaktadır. Örneğin ICC Tahkim Kuralları madde 21/f.3, LCIA Tahkim Kuralları madde 22/f.4 hükümlerinde bu prensip açıkça düzenlenmiştir. Benzer şekilde ISTAC Tahkim Kuralları madde 25/f.2 uyarınca “tek hakem veya hakem kurulu, taraflarca açıkça yetkilendirilmiş olmaları koşuluyla, hakkaniyet ve nasafete göre karar verebilir.” Bazı tahkim kurallarında ise hakem ya da hakem heyetinin *ex aequo et bono* kuralına göre karar vermesi, istisna olarak değil esas kural olarak düzenlenmiştir. Basketbol Tahkim Mahkemesi Kuralları, madde 0.2&0.3 gereği hakemlerin, “hakkaniyet ve nasafete göre karar

18 Rubino-Sammartano (n 12) 457 vd.

vermesi” bir ana kuraldır¹⁹. Hakemlerin *ex aequo et bono* kuralına göre karar vermesi için taraflarca yetkilendirilmesinin arandığı düzenlemelerde, söz konusu yetkilendirmenin görev belgesinde (*terms of reference*) açıkça belirtilmesi aranmaktadır. ISTAC Tahkim Kuralları madde 26/f.2-i uyarınca “tek hakem veya hakem kuruluna hakkaniyet ve nesafete göre karar verebileceğine dair verilen yetki” de görev belgesinde yer alacaktır.

Sözleşme uyarlama taleplerinde esasında, bir taraf aleyhine önemli ölçüde güçleşen borç ilişkisini hakkaniyet temelinde yeniden gözden geçirme amacı yer almaktadır. Bu nedenle hakem ya da hakem heyeti, kendisine tanınan *ex aequo et bono* yetkisi çerçevesinde hakkaniyet ve nasafetin gerektirdiği ölçüde sözleşmenin uyarlanması dahil çeşitli çözümlere hükmedebilmelidir. Böylece taraflar arasındaki dengeyi daha da bozabilecek ve hakkaniyete aykırı bir sonuca götürebilecek uygulanacak hukukun katı maddi kurallarından kısmen de olsa ayrılabilme imkanı sağlanmış olacaktır. Uygulamadaki kararlar ile yabancı öğreti de bu çıkarımı desteklemektedir. Paris İstinaf Mahkemesi, bu yetki dahilinde verilmiş bir kararı incelerken “*hukuk kurallarının katı uygulanmasından kaçınarak*” ve “*talebin tarafların menfaatleri için hakkaniyetli olması*” da gözetilerek hakemlerce sözleşme hükümlerinin değiştirilebileceğine vurgu yapmıştır²⁰. 5518 numaralı Milletlerarası Ticaret Odası (ICC) kararında, *ex aequo et bono* değerlendirmesi sonucu verilen kararın, “*maddi hukuk esaslarına göre ulaşılabilecek çözüme nazaran daha hakkaniyetli olması*” gerektiği vurgulanmıştır²¹. Diğer yandan 3344 numaralı ICC hakem kararına göre, hukukun uygulanması hakkaniyetsiz bir sonuca yol açacaksa hakemin söz konusu sonucun “*etkisini yumuşatmak*” amacıyla bu kuralı uygulayamayabileceği de vurgulanmıştır. Az sayıda olsa da “*sözleşme hükümlerinin uygulanmasının esas olduğu yönünde*” kararlar da bulunmaktadır²².

19 BAT 1482/20 (*Mr. Greg Surmacz vs. BM Slam Stal S.A.*) kararında sözleşmede faiz kararlaştırılmamasına rağmen hakem heyetince *ex aequo et bono* kuralı uygulanarak faize hükmedilmiştir. Paragraf 107:

“*The Agreement does not provide for interest. However, in accordance with consistent BAT jurisprudence, and deciding ex aequo et bono, the Arbitrator considers it fair and reasonable to award interest at the rate of 5% per annum on the amount of PLN 157,250 starting from 14 October 2019, until complete payment.*”

20 Paris Court of Appeal, 28 November 1996, Rev. arb. 1997, p. 381.

21 Jean-François; Poudret and Sébastien Besson, *Comparative Law of International Arbitration* (2nd edn, Sweet & Maxwell Ltd 2007) 623 vd.

22 ICC Award No. 3267, 2694 (Rubino-Sammartano (n 12) 190 vd.).

Fransız tahkim hukukunda, bu yetki kapsamında hakemlerin “sözleşmenin hükümlerini değiştirebileceği” ağırlıklı olarak kabul edilmektedir²³. Hakemlerce sözleşme hükümlerinden, hakkaniyetin gerektirdiği ölçüde sapma mümkündür²⁴. ABD mahkemeleri uygulamasında hakemin dostane aracı (*amiable compositeur*) olarak yetkilendirilmediği ancak yine de bu vasıfla verdiği nihai karar, bu konuda esasen sesiz kalan NYS (1958) kapsamında tenfiz edilebilmektedir. Ancak açıkça yetkilendirmenin arandığı Kıta Avrupası hukukunda, bu yetkiyi katı suretle arayan mahkeme kararlarına da rastlamaktayız. Örneğin Almanya mahkemesince 2005 yılında verilen bir kararda, taraflarca hakemlere açıkça yetki verilmemesine rağmen hakem heyetinin *ex aequo et bono* kuralına göre karar vermesi nedeniyle iptale karar vermiştir²⁵.

Bir “sözleşme ürünü” olan tahkimde *ex aequo et bono* kuralına göre karar verilmesinin istisnai olduğu, esas olanın ise maddi hukuk kurallarına göre karar vermek olduğu göz ardı edilmemelidir²⁶. Sonuç olarak hakemlere *ex aequo et bono* kuralı kapsamında karar verme yetkisinin açıkça tanınmış olması, hakemlerce sözleşmenin yeni koşullara uyarlanması tartışmalarını büyük ölçüde azaltmaktadır. COVID-19 sürecinde bu özellikli yetkilendirmenin ne kadar önemli olduğu da bir kez daha anlaşılmıştır. Özellikle de uzun süreye yayılan yatırım sözleşmelerindeki tahkim şartı kapsamındaki yargılamalar bakımından tanınan *ex aequo et bono* yetkisinin açıkça baştan ya da sonradan görev belgesiyle tanınması, öngörülemeyen sebepler nedeniyle hakemlerce sözleşmenin mevcut koşullara uyarlanmasını da sağlayacaktır.

IV. Uyarlama Hükümü (*Revision Clause*) ve Uyarlama Talepleri

Uzun süreye yayılan yatırım sözleşmelerinde, uyarlama hükümü (*revision clauses ya da contractual adaptation clause*) yer alabilmektedir. “Yeniden

23 Poudret and Besson (n 21) 623.

24 Klaus Peter Berger, *International Economic Arbitration* (Kluwer Law And Taxation Publishers 1993) 573 vd.

25 Oberlandesgericht München, Germany, 34 Sch 10/05, 22 June 2005.

26 Nobumichi Teramura, *Ex Aequo et Bono as a Response to the ‘Over- Judicialisation’ of International Commercial Arbitration*, *International Arbitration Law Library*, Volume 54 (Kluwer Law International 2020) 71-72.

müzakere hükmü” (*renegotiation clause*) olarak da adlandırılan bu önemli imkan taraflara, uzun süreli yatırım anlaşmalarında sözleşme hükümlerini mevcut koşullara göre gözden geçirme imkanı vermektedir²⁷. Örneğin *West African Gas Pipeline Company* (WAPCO) ile yatırım yapılan ülkeler arasında yapılan bir yatırım anlaşması madde 36.2’ye göre “*iyi niyet*” çerçevesinde şirketle devlet temsilcilerinin bir araya gelerek “*değişiklik öncesi aynı ya da mali açıdan eşit duruma*” dönülmesi için sözleşme şartlarının yeniden değerlendirileceği belirtilmiştir²⁸. Bu şartın yer almadığı uzun süreli yatırım anlaşmalarında ise uyarılama talepleri daha çetrefilli bir hal almaktadır²⁹.

27 Klaus Peter Berger, ‘Renegotiation and Adaptation of International Investment Contracts: The Role of Contract Drafters and Arbitrators’ (2003) 36 Vanderbilt J Trans’l L 1347 1347, 1357 vd.; Piero Bernardini, ‘Stabilization and Adaptation in Oil and Gas Investments’ (2008) 1 Journal of World Energy Law & Business 98, 89 vd.; Stalev (n 17) 200-201; Lisa Beisteiner, ‘The Arbitration Agreement and Arbitrability, The (Perceived) Power of the Arbitrator to Revise a Contract – The Austrian Perspective’, *Christian Klausegger, Peter Klein, et al. (eds), Austrian Yearbook on International Arbitration 2014, Austrian Yearbook on International Arbitration, Volume 2014* (Manz’sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung; Manz’sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung 2014) 81-84; John Y Gotanda, ‘Renegotiation and Adaptation Clauses in Investment Contracts, Revisited’ (2003) 36 VANDERBILT JOURNAL OF TRANSNATIONAL LAW 1461, 1462; Ferrario (n 9) 186-187.

28 International Project Agreement between Benin, Ghana, Nigeria and Togo and the West African Gas Pipeline Company (WAPCO), clause 36.2:

«... the Company asserts that a Regime Failure has occurred, commenced a Dispute Resolution Procedure to determine whether a Regime Failure has occurred): (a) at the request of the Company, the States (represented by the Relevant Ministers) shall meet with the Company and endeavor in good faith to negotiate a solution which restores the Company and/or the Shareholders to the same or an economically equivalent position it was or they were in prior to such change.” <https://www.energycharter.org/> (Erişim, 14.06.2020).

13989 sayılı ICC hakem kararına konu sözleşmedeki uyarılama hükmü ise şöyledir: “Article 11.6:

(1) if at any time either Party shows that circumstances on the energy market, beyond the control of the Parties, have changed as compared to what Parties reasonably expected when entering into this Contract and/or if the Price resulting from the price formulae hereof does not reflect the development of the said marginal market, then such Party may request other Party, in writing, substantiating the grounds for the Price revision (...).”

Analiz için bkz. Pascale Accaoui Lorfing, ‘Adaptation of Contracts by Arbitrators’, *Fabio Bortolotti and Dorothy Ufot (eds), Hardship and Force Majeure in International Commercial Contracts: Dealing with Unforeseen Events in a Changing World, Dossiers of the ICC Institute of World Business Law, Volume 17* (Kluwer Law International 2018) 57.

29 Ferrario (n 9) 76 vd.

Tahkim şartı ya da anlaşmasının bulunduğu hallerde aynı zamanda uyarlama hükmünün de taraflarca kararlaştırılmış olması, *ex aequo et bono* açık yetkilendirmesinde olduğu gibi, sözleşmenin hakemlerce uyarlanmasını kolaylaştıracaktır³⁰. Bu noktada baştan taraflarca uyarlama hükmüne karar verilmiş olması, uzun yıllar sonra tarafların beklemediği bir yönde uyarlamanın yapılabilmesi endişesini de beraberinde getirebilir. Ancak kanaatimizce uyarlama hükmünün kapsamı ile sınırlarının taraflarca dikkatlice belirlenmesi, söz konusu muhtemel sorunları baştan çözecek ve hakemlerce sözleşmenin mevcut koşullara uyarlanmasını da kolaylaştıracaktır³¹.

V. Tahkimde Uyarlama Taleplerine İlişkin Bazı Türk Mahkemesi Kararları

Türk hukukunda bazı Yargıtay kararlarında tahkim ve uyarlama talepleri ilişkisi ele alınmıştır. Yargıtay 24.09.2002 tarihinde verdiği bir kararda³² uyarlama talebiyle tahkimde açılan davada verilen hakem kararında maddi ve hukuki olgular nedeniyle bir sorun görmemiş ve uyarlama taleplerinin tahkime elverişliliği gibi re'sen gözetilen ret sebepleri bakımından da kararı olumsuz yorumlamayarak temyiz talebini reddetmiştir:

«... yüklenici Güriş A.Ş. tarafından, davacı-iş sahibi aleyhine **uyarlama** ve tazminata ilişkin uyuşmazlığın çözümü için Milletlerarası Ticaret Odası Tahkim Divanına başvurarak tahkim talebinde bulunulmuş, ... hakemin reddini istemiş; divan da MTO Uzlaştırma ve Tahkim Tüzüğü'nün 11. maddesinde belirtilen 30 günlük süre içinde itiraz edilmediğinden itirazı reddetmiştir. Davacı, divanın itirazı reddi üzerine görülmekte olan davayı açmıştır.

...

30 Taraflar tam aksi yönde, hakemlerce bu yetkinin asla kullanılamayacağını açıkça yazıp hakem heyetinin yetkisini tamamen sınırlandırabilirler. Bkz. Lorfing (n 29) 50-51.

31 Benzer yönde bkz. Gotanda (n 28) 1469-1472.

32 T.C. YARGITAY 20. HUKUK DAİRESİ E. 2002/5092 K. 2002/7202 T. 24.9.2002.

Hemen belirtelim ki; yanlar düzenledikleri sözleşmede, aralarında doğacak uyuşmazlıklarda MTO.'nın hakemliğine başvurulacakları konusunda anlaşmışlardır (sözleşme md. 97).

Öte yandan, Milletlerarası Tahkim Divanının itiraza ilişkin başvurusu M.T.O kuralları madde 12/1 uyarınca 26.04.2001 gününde red ettiği gözlenmektedir.

SONUÇ: İncelenen dosya kapsamına ve tüm açıklanan maddi ve hukuki olgular nedeniyle yerinde görülmeyen temyiz itirazlarının reddi ile hükmün ONANMASINA...”

Bir diğer emsal Yargıtay kararında³³ ise mahkeme; 30 yılıllığına işletme hakkının devredilmesini öngören Tekirdağ Limanı İşletme Hakkı Devir Sözleşmesinden doğan ve uyarlama talebini de içeren uyuşmazlıkta tahkim şartının yer aldığını, davacının tahkim aşamasında ileri sürdüğü itirazların hakemlerce incelendiğini, davaya konu davacının iddialarının hepsinin tahkim yargılamasında incelendiğine vurgu yaparak temyiz talebini reddetmiştir:

«... Davacı vekili, müvekkili ile davalılar arasında 17/06/1997 tarihine imzalanmış olan Tekirdağ Limanı İşletme Hakkı Devir Sözleşmesi ile adı geçen limanın işletme hakkının 30 yıl için müvekkili şirkete devredildiğini, ... toplam işleme hakkı bedelini oluşturan ...'nin 15 yıl içinde yıllık eşit taksitler halinde idareye ödeyeceğini,... müvekkili şirketten kaynaklanmayan nedenlerle liman işletmesinden beklenen gelirin oluşmaması sonucunda müvekkili şirketin gelir gider dengesinin bozulduğunu, kendisine yüklenen edimleri ifa etmesinin imkansız hale geldiğini... hakem kararının gerek gerekçesi gerek neticesi itibarıyla kamu düzenine aykırı olduğunu... ve uyarlama taleplerinin temelini oluşturan finansal tabloların dikkate alınmadan... hakem heyeti tarafından 10/01/2012 tarihinde verilen kararın iptaline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

...

33 T.C. YARGITAY 11. Hukuk Dairesi 2013/16200 E. 2014/18133 K. T. 21.11.2014.

Davalı vekili, davacı ile müvekkili kuruluş ve Özelleştirme İdaresi Başkanlığı arasında ... İşletme Hakkı Devir Sözleşmesi'nin 37 maddesinde tahkim şartının yer aldığını, davacı ile müvekkili arasında işletme hakkı sözleşmesinin 4. maddesinde belirlenen TDİ payının hesaplanması konusunda anlaşmazlık üzerine tahkim yolu başlatıldığını, davacının tahkim aşamasında ileri sürdüğü hakemlerce incelenen ve taraflarında da cevap ve itirazlara konu olan iddialarının bu kez iptal davasına gerekçe olarak gösterdiğini, davaya konu davacının iddialarının hepsinin tahkim yargılamasında incelendiğini,...

...

Kararı, davacı vekili temyiz etmiştir.

Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre, davacı vekilinin tüm temyiz itirazları yerinde değildir... »

Sonuç olarak, çalışmamızın başında vurguladığımız gibi sözleşmenin uyarlanması taleplerinin tahkime elverişli olduğu ve bu tür taleplerin tahkimde görülmüş olmasının doğrudan tek başına hakem kararının iptaline sebebiyet vermeyeceği sonucu Yargıtay kararlarında da desteklenmektedir.

SONUÇ

COVID-19 pandemisinin etkilediği alanlardan biri de tahkim şartı ya da anlaşmasının kararlaştırıldığı milletlerarası ticaret ve yatırım anlaşmalarıdır. Özellikle uzun sürelere yayılan yatırım anlaşmaları ile ticari sözleşmelerinde başta öngörülemeyen bu tür bir olağanüstü durum karşısında, aşırı ifa güçlüğü çeken borçlu tarafın sözleşmenin uyarlanması talebinde bulunması ile karşılaşmaktadır ve bu tür talebin tahkimde de görülüp görülemeyeceği tartışması söz konusu olmaktadır.

Türk hukukunda da sözleşmenin yeni koşullara uyarlanması imkanı getirilmiştir. Gerek Türk hukuku gerek karşılaştırmalı hukuk bakımından sözleşmenin uyarlanması taleplerinin, tartışmalı olmakla birlikte tahkime

elverişli olduğu zira iki tarafın iradesine tabi olduğu söylenebilir. Yerli-yabancı doktrin ve hakem kararlarıyla da elverişliliğe dair bu çıkarım desteklenmektedir. Diğer yandan TBK madde 138'deki "*hakimden*" ibaresinin salt devlet mahkemeleri olarak yorumlanmaması gerekir zira tahkimin kararlaştırıldığı uyuşmazlıklarda uyarlama yapacak forum mahkeme değil hakem ya da hakem heyeti olacaktır.

Hakemlere hakkaniyet ve nasafet kurallarına (*amiable compositeur* ya da *ex aequo et bono*) göre karar verme yetkisinin taraflarca verilmesinin, uyarlama taleplerinin yerine getirilmesi noktasında hem taraflara hem hakemlere kolaylık sağladığı da bilinmektedir. Diğer yandan uzun sürelere yayılan yatırım ve ticari anlaşmalarda tahkim şartına ek olarak uyarlama hükümlerinin (*revision clauses*) de yer alması bu tür uyarlama taleplerinin çözülmesindeki endişeleri baştan halletmektedir.

Sonuç olarak örnek Yargıtay kararlarında da görüldüğü üzere Türk milletlerarası tahkim hukukunda da hakem ya da hakem heyetinin sözleşmenin uyarlanması yönünde kararlar verebileceği ve bu tür bir kararın "*tahkime elverişli olmama*" engeline takılmadığı da söylenebilir. COVID-19 sürecinde mahkemelerdeki yargılama sürelerinin uzun süre askıya alındığı ancak tahkim yargılamasının hız kesmeden çevrimiçi duruşma esasları ile devam ettiği nazara alındığında sayısı bu olağanüstü dönemde oldukça artan uyarlama taleplerinin tahkimde de görülebilmesi önemli bir imkan olarak değerlendirilmelidir.

KAYNAKÇA

Akıncı Z, *Milletlerarası Tahkim* (5th edn, Vedat Kitapçılık 2020).

Aybay ME, 'Sözleşmenin Değişen Koşullara Göre Uyarlanması (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı İncelemesi)' (2016) 22 Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 323.

Baysal B, *Sözleşmenin Uyarlanması* (3rd edn, On İki Levha 2019).

Beisteiner L, 'The Arbitration Agreement and Arbitrability, The (Perceived) Power of the Arbitrator to Revise a Contract – The Austrian Perspective', *Christian Klausegger, Peter Klein, et al. (eds), Austrian Yearbook on International Arbitration 2014, Austrian Yearbook on International Arbitration, Volume 2014* (Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung; Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung 2014).

Berger KP, *International Economic Arbitration* (Kluwer Law And Taxation Publishers 1993), 'Renegotiation and Adaptation of International Investment Contracts: The Role of Contract Drafters and Arbitrators' (2003) 36 Vanderbilt J Trans'l L 1347 1347.

Bernardini P, 'Stabilization and Adaptation in Oil and Gas Investments' (2008) 1 Journal of World Energy Law & Business 98.

Born GB, *International Commercial Arbitration* (2nd edn, Kluwer Law International 2014).

Brunner C, *Force Majeure and Hardship under General Contract Principles: Exemption for Non-Performance in International Arbitration, International Arbitration Law Library, Volume 18* (Kluwer Law International 2008).

Çelikel A and Erdem BB, *Milletlerarası Özel Hukuk* (16th edn, Beta 2020).

Ferrario P, *The Adaptation of Long-Term Gas Sale Agreements by Arbitrators, International Arbitration Law Library, Volume 41* (Kluwer Law International 2017).

Gotanda JY, 'Renegotiation and Adaptation Clauses in Investment Contracts, Revisited' (2003) 36 VANDERBILT JOURNAL OF TRANSNATIONAL LAW 1461.

Horn N, 'Procedures of Contract Adaptation and Renegotiation in International Commerce', *Horn (ed.), Adaptation and Renegotiation of Contracts in International Trade and Finance, Antwerp, Boston, London, Frankfurt a.M. 1985* (Kluwer 1985).

Kaya Ü, 'Sözleşmenin Uyarlanmasında Sonradan Değişen Şartlar ve Öngörülemezlik İlkesi' (2016) 22 Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 1569.

Kroll SM, 'The Renegotiation and Adaptation of Investment Contracts', Norbert Horn and Stefan Michael Kroll (eds), *Arbitrating Foreign Investment Disputes: Procedural and Substantive Legal Aspects, Studies in Transnational Economic Law, Volume 19* (Kluwer Law International 2004).

Lorring PA, 'Adaptation of Contracts by Arbitrators', Fabio Bortolotti and Dorothy Ufot (eds), *Hardship and Force Majeure in International Commercial Contracts: Dealing with Unforeseen Events in a Changing World, Dossiers of the ICC Institute of World Business Law, Volume 17* (Kluwer Law International 2018).

Özgenç Z, 'Milletlerarası Ticari Tahkimde Hakemin Veya Hakem Kurulunun Ex Aequo Et Bono Karar Verme Yetkisi' (2014) 34 Public and Private International Law Bulletin, 31.

Poudret J-F and Besson S, *Comparative Law of International Arbitration* (2nd edn, Sweet & Maxwell Ltd 2007).

Rubino-Sammartano M, *International Arbitration Law and Practice* (2nd edn, Kluwer Law International 2001).

Şanlı C, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları* (6th edn, Beta 2016).

Şanlı C, Esen E and Ataman-Figanmeşe İ, *Milletlerarası Özel Hukuk* (7th edn, Beta 2019).

Stalev Z, 'Arbitration to Adapt Long-Term International Economic Contracts to Changed Circumstances', Pieter Sanders (ed), *New trends in the Development of International Commercial Arbitration and the Role of Arbitral and Other Institutions, ICCA Congress Series, Volume 1* (Kluwer Law International 1983).

Teramura N, *Ex Aequo et Bono as a Response to the 'Over- Judicialisation' of International Commercial Arbitration, International Arbitration Law Library, Volume 54* (Kluwer Law International 2020).

Zaccaria EC, 'The Effects of Changed Circumstances in International Commercial Trade' (2004) 9 International Trade and Business Law Review 135.

MİLLETLERARASI TAHKİM VE COVID-19: SALGININ ETKİLERİNİN AZALTILMASI AMACIYLA OLASI ÖNLEMLERE İLİŞKİN ICC REHBERİ

Ar. Gör. Ömer Faruk KAFALI*

Özet

COVID-19 salgını herkesi ve her kesimi sarsmış ve olumsuz etkilemiştir. On yıllar içerisinde sınır aşırı hale gelen tahkimin, salgın nedeniyle konulan seyahat kısıtlamaları ve sosyal mesafe kuralları dolayısıyla, zor bir döneme gireceği söylenebilir. Lakin tahkim camiası, kısa bir süre içerisinde devlet mahkemelerindeki gibi bir durgunluğun yaşanmaması için yeni duruma uyum sağlamak ve sorunlara çözüm üretmek için yoğun bir şekilde çalışmıştır.

Bu bağlamda, Milletlerarası Ticaret Odası (ICC) gibi bazı kurumlar, salgının oluşturduğu zorluklarla yüzleşmek ve olumsuz etkilerini azaltmak için bazı öneriler ve kurallar hazırlamışlardır. ICC, “COVID-19 Salgınının Etkilerinin Azaltılması Amacıyla Olası Önlemlere İlişkin ICC Rehberi” (ICC COVID-19 Rehberi) yayınlamıştır.¹

Rehber, ICC’nin, hakem heyetlerinin uyuşmazlıkları hızlı bir şekilde ve mümkünse uzun duruşmalara gerek kalmadan çözmenin olası yollarını aramasını istediğini gösteren tavsiyeler içermektedir. Rehberdeki tavsiyeler sınırlı sayıda değildir. Rehberin amacı tahkim yargılamasının etkinliğini artırmaktır ki bu husus da son yıllardaki “tahkimi daha uygun maliyetli hale getirme” gayesiyle uyum içindedir. Bu nedenle her davanın içinde bulunduğu koşullara göre gerekli tedbirler alınabilmektedir.

* İbn Haldun Üniversitesi Hukuk Fakültesi- ORCID-ID: 0000-0002-2064-5389.

1 ICC Secretariat, ‘ICC Guidance Note on Possible Measures Aimed at Mitigating the Effects of the COVID-19 Pandemic’ (International Chamber of Commerce, 9 April 2020). <<https://iccwbo.org/publication/icc-guidance-note-on-possible-measures-aimed-at-mitigating-the-effects-of-the-covid-19-pandemic>> erişim 10 Nisan 2020.

Rehber, hakem heyetinin ve tarafların sanal duruşmanın yürütülme şeklini ortaya koyan protokoller geliştirmek için müzakere etmeleri gerektiğini önermektedir. Rehberde yer alan EK I, sanal duruşmalara ilişkin kontrol listesi sunmaktadır. EK II ise, siber protokol için önerilen maddeleri içermektedir.

Tüm bu tavsiye kurallar öneri niteliğindedir ve kullanımı tarafların iradesine bağlıdır. Türkiye tahkim camiasının faydasına sunmak üzere anılan rehber Türkçe'ye tercüme edilmiştir.

Anahtar Kelimeler: ICC, tahkim, sanal duruşma, siber-protokol, video konferans

Abstract

For sure, the COVID-19 pandemic has shaken and severely affected any person, public and private entity in the world. People, businesses, schools, universities, public entities and many other areas already suffered and it seems that every area and everyone will continue to do so for a while. By its international nature developed over decades—parties, counsel, witnesses, and tribunals often spread around the world— arbitration has already taken some natural shortcomings due to travel restrictions and social contact measures. However, there is not much to panic as the human species has a priceless capability, the highest among any species: Adaption. In short time, the arbitration community tried to adapt itself and sought for solutions for preventing a standstill, as it is now in the state court system. Fortunately, international arbitration is flexible and innovative enough to overcome the challenges of the pandemic.

Many arbitral institutions declared that they will response to this crisis in great cooperation and collaboration; contribute to stabilization and make the future of arbitral proceedings foreseeable by firstly, ensuring that pending cases continue and that parties may have their cases heard without undue delay. In that respect, some institutions like the International Chamber of Commerce (ICC) drafted some rules and principles to confront the

challenges proposed by the pandemic and mitigate the negative effects of it. The ICC published the “ICC Guidance Note on Possible Measures Aimed at Mitigating the Effects of the COVID-19 Pandemic” (Guidance Note).

The ICC Guidance Note was drafted in very short period to guide tribunals and parties and to continue proceedings despite COVID-19 challenges. The Guidance Note is a good example for recommendations which demonstrate that the ICC wants tribunals to act creatively about possible ways to resolve disputes expeditiously and without the need for lengthy arbitration hearings. In that perspective, the Guidance Note proposes techniques, including, bifurcation of the proceedings, identifying issues that can be resolved on the basis of documents only, practices for the expeditious determination of manifestly unmeritorious claims or defenses.

The list in the Guidance Note is of non-exhaustive nature and aims to increase the efficiency of the arbitral procedure aligns with efforts in recent years to make arbitration more cost-effective. Thus, according to the present conditions of the case, alternative measures can be adopted and are welcomed.

The Guidance Note suggests that the tribunal and the parties should consult to develop protocols that lays out the manner in which the virtual hearing will be conducted. Annex I provides a checklist for a “protocol on virtual hearings”. Annex II includes suggested clauses for the “cyber-protocol”.

All these rules and principles are simply recommendations and their use is optional and will invariably require further adapting and customizing on a case-by-case basis. The recommendations in the Guidance Note intend to promote and enable a fair and transparent presentation of evidence and prioritize the flawless and secure transmission of documents, video and audio.

Keywords: ICC, arbitration, virtual hearing, cyber-protocol, video conference

ÇEVİRENİN NOTU

COVID-19 salgını kamu ve özel kuruluşlar dâhil herkesi ve her kesimi sarsmış ve olumsuz etkilemiştir. İnsanlar, işletmeler, okullar, üniversiteler, kamu kurumları ve diğer birçok sektör hâlihazırda zorluklar yaşamakta ve öyle görünüyor ki, bir süre daha yaşamaya devam edecektir. Dünyanın her bir yanından tahkim yargılamalarına katılan taraflar, vekiller, tanıklar ve hakemler ile beraber on yıllar içerisinde sınır aşırı hale gelen tahkimin, salgın nedeniyle konulan seyahat kısıtlamaları ve sosyal mesafe kuralları dolayısıyla, zor bir döneme gireceği söylenebilir. Lakin tüm canlı türleri arasında insanın müthiş uyum sağlama yeteneği dikkate alındığında, panik olmaya gerek olmadığı görülecektir.

Kısa bir süre içerisinde tahkim camiası, devlet mahkemelerinde yargılama faaliyetlerinin aksadığı gibi bir durum yaşanmaması için yeni koşullara uyum sağlamak ve sorunlara çözüm üretmek için yoğun bir şekilde çalışmıştır. Neyse ki uluslararası tahkim, salgının ortaya koyduğu zorlukların üstesinden gelecek kadar esnek ve yenilikçi bir yapıdır.

Birçok tahkim kurumu² bu krizin üstesinden kapsamlı bir işbirliği ile gelineceğini açıklamıştır. Bunun için öncelikle, hâlihazırda derdest olan davaların devam etmesi sağlanıp bunların istikrarlı bir şekilde sürdürülmesi ve akabinde yeni açılacak davalarının gereksiz gecikmeye mahal vermeden işleme alınarak gelecekteki tahkim yargılamalarının öngörülebilir olması sağlanması öngörülmüştür.

Bu bağlamda, Milletlerarası Ticaret Odası (ICC) ve CIArb (*Chartered Institute of Arbitrators*) gibi bazı kurumlar, salgının oluşturduğu zorluklarla yüzleşmek ve olumsuz etkilerini azaltmak için bazı öneriler ve kurallar hazırlamışlardır. ICC, “COVID-19 Salgınının Etkilerinin Azaltılması Amacıyla Olası Önlemlere İlişkin ICC Rehberi” (ICC COVID-19 Rehberi) yayınlamıştır.³ CIArb da “Uzaktan Uyuşmazlık Çözüm Süreçlerine İlişkin Rehber”i

2 COVID-19 Joint Statement. <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2020/04/covid19-joint-statement.pdf>

3 ICC Secretariat, ‘ICC Guidance Note on Possible Measures Aimed at Mitigating the Effects of the COVID-19 Pandemic’ (International Chamber of Commerce, 9 April 2020)

yayınlanmıştır.⁴ CIArb rehberinin amacı da ilgilerin fiziki olarak buluşmasının mümkün olmadığı durumlarda, taraflara ve tarafsızlara, mevcut ve gelecekteki uyuşmazlıklarda yargılama süreci için bir rehber olmaktır.⁵

Bunlara ek olarak, daha önce geçmişte bir grup hukukçunun⁶ Kore Ticari Tahkim Divanı (*Korean Commercial Arbitration Board, KCAB*) ile Seul Uluslararası Uyuşmazlık Çözüm Merkezi (*Seoul International Dispute Resolution Centre, SIDRC*) işbirliği ile kaleme aldığı ve 2018’de kamuoyu ile paylaşılan “Uluslararası Tahkimde Video Konferansa İlişkin Seul Protokolü”⁷ ciddi ilgi görmeye başlamıştır.

Tüm bu öneriler ve rehberler, salgın döneminde tahkim yargılamalarının sekteye uğramadan sürdürülmesi için uygulanabilecek ikincil hukuk kaynakları (*soft law*) olarak görülebilir.⁸

Bugünden bakıldığında, belirsiz bir süre için, tahkim yargılamalarının duruşma yapılmaksızın⁹ veya yalnızca uzaktan/sanal duruşmalar (örn. video konferans) yoluyla gerçekleştirileceği söylenebilir. Özellikle yüksek meblağlı karmaşık uyuşmazlıklar için bunun olumsuz neticeleri olması

<<https://iccwbo.org/publication/icc-guidance-note-on-possible-measures-aimed-at-mitigating-the-effects-of-the-covid-19-pandemic>> erişim 10 Nisan 2020.

4 CIArb Guidance Note on Remote Dispute Resolution Proceedings <https://www.ciarb.org/media/8967/remote-hearings-guidance-note.pdf> erişim 15 Nisan 2020

5 C Kateryna Honcharenko, Mercy McBrayer, ‘Guidance Note on Remote Dispute Resolution Proceedings’ (The Chartered Institute of Arbitrators, 2020) 1 <<https://www.ciarb.org/media/8967/remote-hearings-guidance-note.pdf>> erişim 29 Nisan 2020.

6 Kevin Kim (Peter & Kim), Yu-Jin Tay (Mayer Brown), Ing Loong Yang (Latham & Watkins LLP), and Seung Min Lee (Shin & Kim).

7 Kevin Kim, Yu-Jin Tay et al., ‘Seoul Protocol on Video Conferencing in International Arbitration’ (KCAB International, 18 March 2020) <http://www.kcabinternational.or.kr/user/Board/comm_notice_view.do?BBS_NO=548&BD_NO=169&CURRENT_MENU_CODE=MENÜ0025&TOP_MENU_CODE=MENÜ0024#:~:text=%5BPress%20Release%5D%20Seoul%20Protocol%20on,in%20International%20Arbitration%20is%20Released&text=The%20Protocol%20was%20drafted%20and,video%20conferencing%20for%20international%20arbitrations> erişim 5 Nisan 2020

8 H. Ercüment Erdem, ‘Milletlerarası Ticaret Hukuku’ (On İki Levha Yayıncılık, 2. Baskı, İstanbul, 2020) 18.

9 Ziya Akıncı, ‘Milletlerarası Tahkim’ (Vedat Kitapçılık, 5. Baskı, İstanbul, 2020) 284

kuvvetle muhtemeldir.¹⁰ Ancak gelecek için o kadar kötümser olunmamalıdır. Nitekim bu durum, büyük oranda tahkim masraflarından tasarrufa ve belki de verimli yargılamalar gerçekleştirilmesine neden olabilir. Bu gelişmelerin en umut verici yönlerinden bazıları, sanal duruşmalarla ilişkili olarak seyahatteki azalmadan kaynaklanan önemli finansal ve çevresel faydalar olacaktır.¹¹ Uzaktan tahkimi yürütmek için gerekli teknolojilerin neden olduğu masraflar¹², tahkimde alışık olunan yüksek masraflara kıyasla, muhtemelen tarafların yüzünde ufak bir gülümseye neden olacaktır. Yine seyahat için harcanan süreler uyuşmazlığın çözümü için değerlendirilebilecektir.

İstatistikler, tahkim camiasının sanal duruşmalara tamamen yabancı olmadığını göstermektedir. Salgının zirveyi gördüğü 2020 Mart'ında Uluslararası Yatırım Anlaşmazlıklarının Çözüm Merkezi ICSID (*the International Centre for Settlement of Investment Disputes*), 2019 yılında toplam 706 dava için başvuru yapılmış¹³ ve bu yılda gerçekleştirilen 200 duruşmadan %60'ında video konferans yönteminin kullanıldığını açıklamıştır.¹⁴

Bununla birlikte, sanal prosedür farklı zorlukları da ortaya çıkaracaktır. Her şeyden önce, yüz yüze duruşma, (tahkim) yargılama(sı)nın önemli unsurlarından biridir. Hakem heyetinin bizzat tanığın veya taraflardan birinin beden dilini, yüz ifadelerini ve ton değişikliklerini okuması maddi gerçeğe ulaşıp davanın hakkaniyete uygun bir şekilde karara bağlanması için önem arz etmektedir.¹⁵ Bunun gerçekleştirilememesi nedeniyle oluşacak gözlem kaybı, hakem heyetinin delillerin ispat gücünü değerlendirmesini

10 Yeşilirmak Ali, 'ICC Tahkim Kuralları ve Uygulaması' (On İki Levha Yayıncılık İstanbul, 2018) 87.

11 Paul D. Carrington, 'Virtual Arbitration' (2000) Vol 15:3 Ohio State Journal on Dispute Resolution 669.

12 Janet Walker, 'Virtual Hearings: An Arbitrator's Perspective' (Int-Arb Arbitrators) 2 <<https://int-arbitrators.com/wp-content/uploads/2020/03/Virtual-Hearings-An-Arbitrators-Perspective.pdf>> erişim 28 Nisan 2020.

13 Cemal Şanlı, 'Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlık Çözüm Yolları' (Beta Basım, 8. Baskı, 2019) 391

14 A Brief Guide to Online Hearings at ICSID, March 24 2020, <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/News.aspx?CID=362>

15 Yeşilirmak Ali, 'ICC Tahkim Kuralları ve Uygulaması' (On İki Levha Yayıncılık İstanbul, 2018) 87-88.

zorlaştırılabilecektir.¹⁶ Bunun yanında, sanal duruşmaları sağlıklı bir şekilde gerçekleştirmek için bazı teknolojik ihtiyaçlar her yerde aynı etkiye karşılanamayabilecektir. Bağlantı kalitesi iyi olmayan katılımcılar için sadece davalarını etkili bir şekilde sunma imkânı azalmakla kalmayacak, aynı zamanda tüm yargılama sürecinin olumsuz etkilenmesi söz konusu olabilecektir.

Anılan nedenlerden ötürü, sanal duruşma koşullarını mümkün olduğu ölçüde kusursuz hale getirmek için, hakem heyeti ve taraflar, sorunsuz veya en az teknik sorunla bir duruşma gerçekleştirebilmek için bir dizi kural ve prosedür içeren bir siber protokol akdetmelidir.¹⁷

Tüm bu hususları göz önünde bulundurarak, ICC COVID-19 Rehberi hakemlere ve taraflara yol göstermek ve COVID-19'un meydana getirdiği zorluklara rağmen tahkim sürecine devam etmek için çok kısa bir sürede hazırlanmıştır. Rehber, ICC'nin, hakem heyetlerinin uyuşmazlıkları hızlı bir şekilde ve mümkünse uzun duruşmalara gerek kalmadan çözenin olası yollarını aramasını istediğini gösteren tavsiyeler içermektedir.¹⁸ Rehber, yargılamaların bölünmesi, yalnızca belgelere dayanarak çözülebilecek sorunların¹⁹ belirlenmesi, açıkça asılsız iddiaların veya savunmaların hızlı bir şekilde tespit edilmesi için uygulamalar da dâhil olmak üzere çeşitli teknikler önermektedir.²⁰

Hakem heyetlerinin ayrıca bir belge ibrazı aşaması olmadan yargılamanın mümkün olup olmadığını ve meselelerin tanık veya bilirkişinin “canlı” ifadesine ihtiyaç duyulmadan, sadece sanal duruşmalarla veya yazılı

16 Janet Walker 1.

17 Brianna Kostecka and Jessica Sabbath, 'Best Practices for Conducting Arbitration Hearings Remotely' (King & Spalding Energy Newsletter, April 2020) 2 <<https://kslawemail.com/77/6506/pages/article6.asp>> erişim 26 Nisan 2020.

18 Matthew Adler, Heremy Heep & Whitney Redding, 'Virtual International Arbitration And The COVID-19 Pandemic: One Institution's Approach' (Pepper Hamilton LLP, April 15 2020 <<https://www.jdsupra.com/legalnews/virtual-international-arbitration-and-82491/>> erişim 20 Nisan 2020

19 ICC Secretariat, 'ICC Guidance Note' para. 8.

20 Matthew Adler, Heremy Heep & Whitney Redding, 'Virtual International Arbitration And The COVID-19 Pandemic: One Institution's Approach' (Pepper Hamilton LLP, April 15 2020 <<https://www.jdsupra.com/legalnews/virtual-international-arbitration-and-82491/>> erişim 20 Nisan 2020

soru-cevap şeklinde çözümlenip çözülmediğini değerlendirmelidir.²¹ Rehberdeki tavsiyeler sınırlı sayıda değildir. Rehberin amacı tahkim yargılamasının etkinliğini artırmaktır ki bu husus da son yıllardaki “tahkimi daha uygun maliyetli hale getirme” gayesiyle uyum içindedir. Bu nedenle her davanın içinde bulunduğu koşullara göre gerekli tedbirler alınabilecektir.

Rehber, hakem heyetinin ve tarafların sanal duruşmanın yürütülme şeklini ortaya koyan protokoller geliştirmek için müzakere etmeleri gerektiğini önermektedir.²² Rehberde yer alan EK I, sanal duruşmalara ilişkin kontrol listesi sunmaktadır.²³

Ek II, siber protokol için önerilen maddeleri içermektedir.²⁴ Madde 1 katılımcılar ile ilgilidir ve hakem heyeti ve tarafların duruşmada yer alacak tüm katılımcıların adlarını ve bağlantıyı sağlayacakları yerleri belirlemelerini gerektirir. Buna tanıklar, bilirkişiler, transkripsiyon sağlayıcısı, destek personeli ve teknisyenler dâhildir.

Madde 2 teknik gerekliliklerin ana hatlarını belirlemektedir. Bu hüküm, tarafların video konferans platformu da dâhil olmak üzere teknik gereksinimleri ve ayarlamaları karşılamasını ve bunlardan yararlanmasını gerektirir.²⁵ Madde, taraflar bir anlaşmaya varamazsa, tarafların hakem heyetine ayrı teklifler sunmasını ve heyetin de teklifleri analiz etmede bilirkişi görüşü almasını öngörmektedir. Madde 2 ayrıca, video konferans platformundaki katılımcılara eğitim sunmak, teknik arıza ve beklenmedik durum önlemleri üzerinde anlaşmak ve duruşma öncesinde en az iki test yürütmek gibi lojistik ve teknik sorunlardan kaçınmak için mekanizmalar içermektedir. Madde 3, alınan ses veya görüntü kaydı yanında alınacak ek kayıt için izin alma gibi gizliliğe dair meseleleri içermektedir. Madde 4, başarılı bir duruşma için gereken süreç başlıklarını düzenlemektedir. Son olarak madde 5, tanıkların ve bilirkişilerin sorgulanması ve delillerin sunulmasına ilişkin kuralları ve prosedürü göstermektedir.

21 ICC Secretariat, ‘ICC Guidance Note’ para. 8.

22 ICC Secretariat, ‘ICC Guidance Note’ para. 8.

23 ICC Secretariat, ‘ICC Guidance Note’ 7.

24 ICC Secretariat, ‘ICC Guidance Note’ 9.

25 ICC Secretariat, ‘ICC Guidance Note’ 9.

Tüm bu tavsiye kurallar öneri niteliğindedir ve kullanımı tarafların iradesine bağlıdır. Tavsiye tedbirler, her zaman duruma ve koşullara göre uyarılama ve özelleştirme gerektirecektir. Önerilerin amacı adil ve şeffaf bir şekilde delillerin sunulmasını sağlamak üzere belgelerin ve (görüntüyle beraber) sesin kesintisiz ve güvenli bir şekilde iletimi ve yargılamanın önemli aşaması olan duruşmaların sıhhatli bir şekilde uzaktan gerçekleştirilmesidir. Türkiye tahkim camiasının faydasına sunmak üzere anılan rehber Türkçe'ye tercüme edilecektir.

MİLLETLERARASI TAHKİM VE COVID-19: SALGININ ETKİLERİNİN AZALTILMASI AMACIYLA OLASI ÖNLEMLERE İLİŞKİN ICC REHBERİ

I - Amaç

- 1) Bu bilgi notu, COVID-19 salgınının ICC tahkimleri üzerindeki olumsuz etkilerini azaltmaya ilişkin olası önlemlere ilişkin taraflara, avukatlara ve hakemlere rehberlik sağlar ("Rehber"). COVID-19, küresel ekonomiyi büyük ölçüde sarsan bir sağlık felaketidir. Hem devam eden ICC tahkimlerini etkileyecek, hem de yeni uyuşmazlıklara neden olacaktır, ki bunların çözümü noktasında güvenlik kaygıları ve virüsün yayılmasını sınırlamak veya yavaşlatmak için uygulanan halk sağlığı kısıtlamaları nedeniyle zorluklar yaşanabilir. Bununla birlikte, taraflar, avukatlar ve hakemler, ICC Tahkim Kuralları'nda ("Kurallar") halihazırda mevcut olan dava yönetim tekniklerinin veya ICC Adalet Divanı'nın iç işleyişi ile ilgili başvurduğu diğer yollar ile bu tür aksaklıkları ve zorlukları en aza indirebilir ve hatta bunlardan kaçınabilir.
- 2) Divan, tarafların, avukatların ve hakemlerin, uyuşmazlıkların adil, hızlı ve uygun maliyetli bir şekilde çözülmeye devam etmesini sağlamada oynadığı önemli rolün farkındadır. Bu Rehber: (I) salgının neden olduğu gecikmeleri daha yüksek verimlilikle azaltmak için taraflara, avukatlara ve hakemlere sunulan usuli araçları hatırlatır ve (II) COVID-19 kapsamında, sesli konferans, video konferans veya diğer benzer iletişim araçları ("sanal duruşma") dahil, toplantı ve duruşmaların düzenlenmesine ilişkin rehberlik sağlar. Rehber, ilgili olduğu ölçüde, diğer ICC ADR işlemleri bağlamında da uygulanabilir.

II - COVID-19 Kaynaklı Gecikmelerin Engellenmesi

- 3) Divan, çalışmaya ve bu kapsamda görülmekte olan tahkim davaları da sürmeye devam etmekle beraber, yeni davalar da kabul edilecektir. Ek olarak Divan, COVID-19 salgınının getirdiği zorluklara rağmen, uyumsuzlukların adil ve etkin bir şekilde çözüme kavuşturulmasına kararlıdır. Salgın, Divan'ın temel işleyiş ilkelerinde bir değişikliğe neden olmayacaktır. Ayrıca Kurallar Madde 22(1) uyarınca, hakemler ve taraflar “tahkimi hızlı ve uygun maliyetli bir şekilde yürütme” **yükümlülüğündedirler. Kurallar Madde 25(1) gereği, hakem kurulunun mümkün olan en kısa sürede davadaki “maddi vakıaları uygun tüm yollarla tespit etmek” şeklinde ek yükümlülüğü bulunmaktadır.**
- 4) Kurallar’a ve ilkelere uygun olarak, tarafların, avukatların ve hakemlerin COVID-19 salgınının neden olduğu gecikmeler de dahil olmak üzere, tahkim sürecindeki gecikmelerin etkisini azaltacak tedbirleri birlikte alma yükümlülükleri bulunmaktadır. İlgililer bunu yaparken, tahkim sürecinin belirli yönlerinin salgın tarafından ciddi olarak geciktirilmemesi gerektiğini dikkate almalıdırlar. **Örneğin, yeni başlayan davalarda, hakem kurulu, mümkün olan en kısa sürede ve gecikmeye neden olmadan, mümkünse taraflar ile olan ilk irtibatta, ilk dava yönetimi toplantısının organizasyonu ve zamanlaması hakkında tarafların görüşünü almalıdır.**
- 5) Benzer şekilde, hakem kurulunun müzakerelerini veya hakem karar taslağının hazırlanması gibi uzaktan gerçekleştirilebilen faaliyetler COVID-19 salgını nedeniyle geciktirilmemelidir. Hakem kurulu bu nedenle müzakerelerini gerektiği gibi gerçekleştirmeli ve tüm uygun iletişim araçlarıyla hakem karar taslağının hazırlanması için adımlar atmalıdır. Hakem karar taslağının Divan’a sunulmasına ilişkin zaman sınırı ve haksız gecikmelerde hakem ücretlerini azaltma politikası yürürlükte kalmasına rağmen, Divan bu politikayı belirli niteliklere atfedilebilen, hakemin hastalanması gibi COVID-19 kaynaklı gecikmeler içeren davalarda hassasiyetle uygulayacaktır. Yine Divan, masraf avansını belirleyip talep ederken, COVID-19 ile ilgili zorlukları dikkate alacaktır.

A - Tahkim Yargılamasının Verimliliğini Artırma

- 6) COVID-19 salgınının olumsuz sonuçları, tarafların, avukatların ve hakemlerin tahkimi adil ve verimli hale getirmek için tasarlanmış dava yönetim tekniklerini uygulamasını her zamankinden daha önemli hale getirmektedir.

7) Bu tekniklerin çoğu yeni teknikler değildir. Divan, daha önce ICC Tahkim Kuralları EK IV uyarınca “Tahkim Yargılamasının Yürütülmesine İlişkin Taraflar ve Hakemlere Bilgi Notu”nda (“Bilgi Notu”) tavsiyeler sunmuştur. Yine ICC Tahkim ve Alternatif Uyuşmazlık Çözüm (ADR) Komisyonu’nun “Tahkimde Zaman ve Masrafların Yönetilmesi” ve “Tahkimin Etkili Yönetimi - Kurum İçi Danışmanlar ve Diğer Taraf Temsilcileri için Rehber” başlıklı raporlarında ilave tavsiyeler bulunabilir.

8) Etkin dava yönetiminin devam etmesini sağlamak için, Kurallar Madde24(3), hakem kurulunun, başka bir dava yönetim toplantısı veya başka bir usulle, uygun usuli tedbirleri almasını veya usuli zaman çizelgesini değiştirmesini öngörmektedir. Taraflarla müzakere ettikten sonra alınan bu tedbirler aşağıdakileri içerebilir:

- Bilgi Notu’nun 74-79 paragraflarında belirtildiği gibi belirli talep veya savunmaların hızlıca karara bağlanması;
- Davanın daha etkili çözümüne yol açacak olması halinde, bir ya da daha fazla kısmi karar vererek uyuşmazlığın aşamalı olarak çözülmesi;
- Uyuşmazlığın tamamının veya belirli meselelerin yalnızca belgelere dayanarak duruşma yapılmaksızın çözülmesinin mümkün olup olmadığının belirlenmesi;
- Belirli uyuşmazlık konularının tarafların aralarında anlaşmasıyla veya taraf bilirkişilerinin yardımıyla çözülüp çözülemeyeceğinin belirlenmesi;
- Taraflarla en ilgili meseleleri değerlendirmek ve bu meseleleri çözmek için en verimli araçlara odaklanma olasılıklarını değerlendirmek amacıyla ara usuli toplantılar düzenlenmesi;
- Sözleşmesel sorumluluk sınırlamasının uygulanması veya üçüncü kişilerin yargılamaya dahil edilmesi gibi hususlar hakkında, belgelerin ibrazı aşaması olmadan veya sadece uyuşmazlık konularını doğrudan ilgilendiren hususlarda çok sınırlı bir biçimde, karar verilmesinin mümkün olup olmadığının değerlendirilmesi;
- Tanık ve/veya bilirkişi delili olmadan veya karşı tarafın veya hakem kurulunun yazılı soruları ve tanık veya bilirkişinin yazılı cevapları üzerinden çözülebilecek konuların belirlenmesi;
- Bilirkişilerin keşfi yerine video sunumu veya bilirkişilerin ortak raporunun mümkün olup olmadığının değerlendirilmesi;

- Taraf bilirkişisi yerine doğrudan hakem kurulu tarafından atanan bilirkişinin yerinde olup olmayacağının değerlendirilmesi (çeşitli uzmanlıkları bulunan ve ICC Uluslararası ADR Merkezi tarafından atanan bilirkişiler ICC hakem kurullarına ücretsiz olarak sunulur; Bilirkişi ve Tarafsızların Önerilmesine İlişkin ICC Bilirkişi Kuralları Ek II Madde3);
 - İmkan dahilinde olması ve uygun düşmesi durumunda toplantılar ve duruşmalar için sesli veya video konferans kullanılması;
 - Tarafların üzerinde anlaşmaya vardığı bir maddi vakıalar kronolojisi, uyuşmazlık konuların ortak listeleri veya uyuşmazlık konularının belirlenmesine ve daraltılmasına yardımcı olan ortaklaşa üretilen diğer benzer belgelerin oluşturulmasının talep edilmesi;
 - Dilekçe ve beyan sayısının ve kapsamının sınırlanıp sınırlanamayacağını ve nasıl sınırlanabileceğinin değerlendirilmesi; ve
 - Tarafların ICC Seri Yargılama Kuralları'nın uygulanmasını kabul edip etmeyeceklerinin değerlendirilmesi.
- 9) Yukarıdaki sınırlı sayıda olmayan usuli yöntemler listesi, tarafların, avukatların ve hakemlerin COVID-19 salgınının neden olduğu muhtemel gecikmeleri azaltmak için ellerinde birçok araç bulunduğunu göstermektedir. Dolayısıyla hakemler, COVID-19 kaynaklı yargılama süreci aksaklıklarını hafifletmek için davanın kendi şartlarında hangi tedbirleri uygulanabileceğini değerlendirmek üzere taraflarla etkin bir şekilde iletişim kurmalıdır.
- ## B - Belgelerin Gönderimi ve Tebligat
- 10) Divan Sekreteryası ("Sekreteryası") da düzeni sağlamak, verimliliği artırmak ve COVID-19 ile ilgili gecikmelerden kaçınmak üzere önlemler almıştır.
- 11) Sekreteryası, 17 Mart 2020 tarihli açıklamasında yeni tahkim taleplerinin (ilgili ekler dahil) ve diğer başlangıç belgelerinin Sekreteryası'ya elektronik ortamda sunulması gerektiğini açıkça belirtmiştir. Bundan sonra Sekreteryası, e-posta yoluyla tahkim talebinin bildirilmesinin munasip olup olmadığını belirlemek için derhal davacı taraflarla irtibat kurar (Kurallar Madde 3(2)).

- 12) Bilgi Notu'nda (para. 161) açıklandığı üzere, hakem kurulunun ve tarafların Görev Belgesi'ni nüshalar halinde ve elektronik biçimde imzalamaları tavsiye edilir.
- 13) Basılı belgelerin sunulmasıyla ilgili mevcut zorlukları azaltmak için, hakemler, mümkün olduğu müddetçe, tarafların dilekçe ve belgeleri elektronik yollarla sunmasını teşvik etmelidir. Sekreteryaya ile olan ve Sekreteryadan gelen iletişimlerde elektronik yöntemin kullanılması Bilgi Notu'nda (para. 8) açıkça belirtilmiştir.
- 14) Hakem kararının taraflara zamanında bildirilmesi için, hakem kurulu ile Sekreteryaya arasında etkin iletişimin bulunması gerekir. Gecikmeyi en aza indirmek için, hakem kurulu, hakem kararının asıl nüshalarını imzalamaya başlar başlamaz Sekreteryaya derhal bilgi vermelidir. Akabinde dosyadan sorumlu Sekreteryaya danışmanı, hakem kuruluna asıl nüshaların gönderilmesi gereken Sekreteryaya bürosunun hangisi olduğunu bildirir.
- 15) Uygulanan kanunun emredici kurallarına uygun olarak, taraflar (i) hakem kararının hakemler tarafından ayrı nüshalar olarak imzalanmasını, ve/veya (ii) **tüm nüshaların tek bir elektronik belge haline getirilmesini ve Madde 35'e (Bilgi Notu para. 164) göre, Sekreteryaya tarafından e-posta veya gönderildiğini belgeleyen diğer uygun bir yolla taraflara bildirilmesini** kararlaştırabilir.

III - Sanal Duruşmaların Organizasyonuna İlişkin Öneriler

- 16) Sağlık ve güvenlik tedbirleri ile seyahat kısıtlamaları toplantı ve duruşmaları önemli ölçüde etkileyebilir ve hatta tek bir yerde fiziksel olarak toplanmayı imkansız hale getirebilir.
- 17) Böyle bir durumla karşı karşıya kaldığında, taraflar, avukatlar ve hakemler, duruşmanın veya toplantının ertelenmesi gerekip gerekmediğini, özel tedbirlerle fiziksel mevcudiyetle yürütülüp yürütülemeyeceğini veya duruşmayı sanal olarak gerçekleştirip gerçekleştirmeyeceğini değerlendirmelidir.

A - Toplantı veya Duruşmaların Gerçekleştirilme Yöntemleri

- 18) Hakem kurulu tahkime süratli ve uygun maliyetli bir şekilde devam etmek amacıyla uygun usuli tedbirler alırken, COVID-19 pandemisinin sonucu olan durumları, toplantı veya duruşmanın niteliğini ve uzunluğunu, davanın karmaşıklığı ve katılımcı sayısını, gecikmeden devam etmek için belirli nedenler olup olmadığını, duruşmanın yeniden planlanmasının gereksiz veya aşırı gecikmelere neden olup olmayacağını ve duruma göre tarafların uygun şekilde duruşmaya hazırlanma ihtiyacı olup olmadığını dahil olmak üzere, tüm koşulları dikkate almalıdır.
- 19) Hakem kurulu veya taraflar tek bir fiziksel yerde toplanmanın dava bakımından vazgeçilmez olmasına rağmen mevcut şartlar altında imkansız olduğunu belirlerse, hakem kurulu ve taraflar duruşmayı veya toplantıyı gecikmeyi en aza indirecek şekilde yeniden planlamak için her türlü çabayı gösterir. Taraflar ve hakem kurulu, bu durumda ertelemeye rağmen davanın en azından bir kısmında, mevcut Rehber’de yer verilen usuli araçları kullanmak da dahil olmak üzere ilerleme kaydetmek için mevcut seçenekleri göz önünde bulundurmalıdır.
- 20) Hakem kurulu veya taraflar tek bir fiziksel yerde toplanmanın dava bakımından şart olduğunu ve mevcut koşullara rağmen bunu yapmanın mümkün olduğunu belirlerse, hakem kurulu ve taraflar, özellikle katılımcılar arasında yeterli mesafe bırakma, maskeleri ve dezenfektan jeli sağlama ve diğer uygun tedbirleri alma gibi tüm katılımcıların sağlığını güvence altına almak üzere duruşmanın yapılacağı fiziki konumda belirli kuralları ve ek destek imkanlarını tartışıp bu önlemleri almak üzere istişarede bulunur.
- 21) Taraflar sanal duruşma yapılmasını kabul ederse veya hakem kurulu bu yönde karar verirse, taraflar ve hakem kurulu, aşağıda belirtilen ve ekte yer alan duruma özel gereklilikleri dikkate alır, açıkça tartışır ve planlar. Sekretery bu konuda taraflara yardım etmeye hazırdır.
- 22) Hakem kurulu tarafların anlaşması olmadan veya taraf itirazına rağmen, sanal duruşma ile yargılamaya devam edilmesini kararlaştırırsa, 18.

paragrafta belirtilenler de dahil olmak üzere, ilgili koşulları dikkatlice değerlendirmeli ve Kurallar Madde 42’de belirtildiği üzere hakem kararının ilgili hukuka göre icra edilebilir olup olmayacağını değerlendirmeli ve kararını gerekçelendirmelidir. Hakem kurulu bu tür bir karar verirken, Kurallar Madde 22(2)’de hüküm altına alınan geniş usuli takdir yetkisini dikkate alabilir: “[t]araflara danıştıktan sonra etkin bir dava yönetimini sağlayacak gerekli usuli kararları tarafların her hangi bir anlaşmasına aykırı olmamak kaydıyla kabul edebilir.” Ayrıca, Kurallarda yapılan değişiklikler ve uygulama rehberi, dava yönetim toplantısı ile ilgili olarak Kurallar Madde 24(4), Seri Yargılama Usulü Kuralları’na ilişkin Ek VI Madde 3(5) ve Bilgi Notu para. 77’de tasarruf edilebilir konular da dahil olmak üzere, sanal duruşmaların mümkün olduğunu aşamalı olarak kabul etmiştir.

- 23) Kurallar Madde 25(2), tarafların yazılı dilekçe ve beyanları ile dayandığı tüm belgeleri inceledikten sonra, hakem kurulu “taraflardan herhangi biri talep ederse tarafları birlikte bizzat dinleyecektir” şeklindeki ifadenin lafzından tarafların canlı ve çekişmeli bir duruşma yapabileceği ve imkanlar el veriyorsa sanal duruşma yoluyla “bizzat” duruşmanın engellenmemesi gerektiği şeklinde bir anlam çıkarılabilir.
- 24) Madde 25(1) geniş bir biçimde hakem kurulunun “mümkün olan en kısa süre içerisinde *uygun bulunduğu tüm yöntemleri* kullanarak davanın vakalarını tespit” edeceğini öngörür (*vurgu eklenmiştir*). Bu bağlamda, Madde 25(2), hakem kurulunun uyuşmazlığın yalnızca yazılı dilekçe ve beyan ile belgelere dayanarak karar verip vermeyeceğini veya canlı duruşma olup olmayacağını düzenlemek üzere yapılandırılmıştır. Madde 25(2)’nin Fransızca metni bu anlamı yansıtmaktadır: “Après examen des écritures des parties et de toutes pièces versées par elles aux débats, le tribunal arbitral entend *contradictoirement* les parties si l’une d’elles en fait la demande; à défaut, il peut décider d’office de leur audition”. Bu yüzden Sekreteryanın ICC Tahkim Rehberi, “hakem kurulunun Madde 25(2)’i yüz yüze duruşma gerektirir” şeklinde mi yoksa video veya telekonferans kullanımının yeterli olup olmadığını şeklinde yorumlaması davanın koşullarına bağlı” olduğunu belirtmektedir.
- 25) Hakemler, taraflardan birinin talebi halinde ihtiyaten genellikle davanın esası hakkında en azından bir defa yüz yüze duruşma gerçekleştirilmesine rağmen, COVID-19 salgını nedeniyle yüz yüze görüşmenin belirli bir

süre için mümkün olmadığı ve mümkün olana kadar beklemenin yersiz ve hatta zarara neden olacak bir gecikmeye yol açacağı söylenebilir. Buna göre, hakemler, uygun koşullarda, her bir tahkimde davanın kendi koşullarına uygun usuller oluşturma yetkisini uygulayabilir ve tahkimi hızlı ve uygun maliyetli bir şekilde yürütme şeklindeki asli görevini yerine getirdiği farklı yöntemler benimseyebilir.

B - Siber-Protokol

- 26) Herhangi bir sanal duruşma, veri gizliliği düzenlemelerine riayet amacıyla alınması gereken tedbirlerin belirlenmesi (siber protokol) için hakem kurulu ve taraflar arasında müzakereyi gerektirir. Bu tedbirler aynı zamanda duruşmanın gizliliği ile tahkim sürecindeki elektronik iletişim ve elektronik belge platformundaki gizliliğinin korunmasını da düzenleyecektir.
- 27) Rehber Ek II’de, sanal duruşmaların organizasyonu ile ilgili hususlar içeren usuli kararların içerisinde yer alan siber protokollere dahil edilmesi amacıyla tavsiye maddeler yer almaktadır.

C - Usuli Meseleler

- 28) Taraflara eşitlikle muamele edilmesini ve her bir tarafa sanal duruşmada davasını sunmak için tam bir fırsat tanınmasını sağlamak için hakem kurulu şunları dikkate almalıdır:
- Duruşma tarihlerinin, başlangıç ve bitiş zamanlarının, molaların ve her duruşma gününün uzunluğunun belirlenmesinde farklı zaman dilimlerini;
 - Toplam katılımcı sayısı, uzaktan katılım lokasyonlarının sayısını, herhangi katılımcıların aynı fiziksel mekanda olup olmayacağını, hakem kurulu üyelerinin birbiriyle ve/veya farklı katılımcılar ile aynı fiziksel mekanda olup olmayacağını, dinlenme odalarının mevcudiyetini ve kontrolünü;
 - Gerçek zamanlı transkripsiyon veya başka bir kayıt biçiminin kullanılması;
 - Simültane veya ardışık olmak üzere, tercüman kullanımını;

- Herhangi bir teknik yönetici de dahil olmak üzere tüm katılımcıların varlığını akredite etmek ve tanımlamak için prosedürleri;
 - Sözlü açıklamaların tamamının kayıt altına alınmasını sağlamak için tanıklardan ve bilirkişilerden delil toplama prosedürleri;
 - Ekran paylaşımı dahil olmak üzere görsel delillerin kullanımını; ve
 - Tüm katılımcıların erişimine açık bir şekilde paylaşılan elektronik duruşma dosyasının kullanılmasını.
- 29) Sanal duruşma Protokol'ü için bir kontrol listesi, Rehber'e **Ek I** olarak eklenmiştir.
- 30) Paris'teki ICC Duruşma Merkezi, sanal duruşma ve elektronik duruşma dosya imkanlarını ve bunların tahkim sürecinin bütünlüğünü en iyi sağlayacak, gizliliği koruyacak ve veri güvenliğini muhafaza edecek şekilde, standart teknik destek ve yardım sunabilmektedir. Buna ek olarak, ICC çoğu büyük tahkim yerindeki duruşma merkezleri ile Mutabakat Zaptı imzalamıştır ve bu merkezlerde sunulan sanal duruşma imkanlarına erişmek ve gerekli teknik destek ve rehberliği elde etmek için hakemlerle koordinasyon sağlayabilecektir. Ek bilgi ilgili adresten edinilebilir: info-hearingcentre@iccwbo.org.
- 31) Sanal duruşmalar için çeşitli video konferans platformu seçenekleri mevcuttur. Kullanılabilir seçeneklerin karşılaştırmalı bir tablosu buradan bulunabilir. Bunlardan bazıları duruşma merkezleri ve/veya hizmet sağlayıcıları tarafından sağlanan özelleştirilmiş duruşma hizmetleri olduğu gibi, bazıları halka açık lisanslı platformlar ve kullanımı ücretsiz genel platformlara kadar çeşitlilik gösteren yapılardır. Özelleştirilmiş veya lisanslı, ücrete dayalı video konferans platformları, ücretsiz kullanılan ve halka açık olan platformlara göre daha fazla güvenlik, gizlilik ve veri koruması sunabilir.
- 32) Hakem kurulu ile taraflar, sanal duruşmalar için kullanılan herhangi bir video paylaşım platformunun lisanslı olduğundan ve maksimum güvenlik ayarlarına ayarlandığından emin olmalıdır. ICC'nin, aşağıdaki video konferans platformlarına lisanslı erişimi mevcuttur: Microsoft Teams, Vidyocloud ve Skype Kurumsal. ICC teknik desteği, hakemlerin bu tür platformları kullanmasına, bir toplantıya (veya duruşmaya) katılma, toplantı içi ses ve video işlevlerini çalıştırmasına ve ekran paylaşımı

işlevlerini çalıştırmasına yardımcı olmak için uzaktan kullanılabilir. Son zamanlarda kullanılan diğer platformlar arasında Zoom, BlueJeans ve GoToMeeting bulunmaktadır.

- 33) Elektronik duruşma dosyaları için çeşitli belge paylaşım platformları mevcuttur. Video konferans platformlarında olduğu gibi, bunlar duruşma merkezleri ve/veya hizmet sağlayıcıları (Opus, Transperfect ve XBundle gibi) tarafından sağlanan özelleştirilmiş duruşma hizmetleri olduğu gibi, bazıları halka açık lisanslı platformlar ve kullanımı ücretsiz genel platformlara kadar çeşitlilik gösteren yapılardır. Özelleştirilmiş veya lisanslı, ücrete dayalı video konferans platformları, ücretsiz kullanılan ve halka açık olan platformlara göre daha fazla güvenlik, gizlilik ve veri koruması sunabilir.
- 34) ICC, bu Rehber’de belirtilen üçüncü taraf satıcılardan hiçbirisiyle ilgili herhangi bir temsil sunmamakta veya garanti vermemektedir. Taraflar, avukatlar ve hakemler, her bir davada her birinin uygunluğu konusunda gerekli özeni kendileri göstermelidir.

EK I

SANAL DURUŞMA PROTOKOLÜNE İLİŞKİN KONTROL LİSTESİ

A - Duruşma Öncesi Planlama, Kapsam ve Lojistik

- i) Hangi konuların duruşma gündeminde olması gerekip gerekmediğini ve hangilerinin “yalnızca belgeler” ile ele alınabileceğini belirlemek;
- ii) Katılımcıların sayısını ve listesinde anlaşılmak (hakemler, taraflar, avukat, tanıklar, uzmanlar, idari sekreterler, tercümanlar, stenograflar, teknisyenler vb.);
- iii) Sanal oda başına katılımcı sayısını ve tüm katılımcı odalar için 360° görüşüm gerekip gerekmediğini konusunda anlaşılmak;
- iv) Hakemlerin ve davanın her iki tarafının duruşma sırasında kendi aralarında özel olarak görüşmesine izin verecek sanal odalar konusunda anlaşılmak;

- v) Tüm oturum açma konumlarını ve bağlantı noktalarını belirlemek;
- vi) Her sanal odada bulunan her bireyin, video konferansın başında kimliği- nin tespit edileceğine dair anlaşılmak; ve
- vii) Yukarıdakiler ışığında, farklı zaman dilimlerini dikkate alarak duruşma tarihi, süresi ve günlük zaman çizelgesi hakkında taraflar ve hakemler arasında müzakere edip ve anlaşmaya varmak.

B - Teknik Meseleler, Şartlar, Gereklikler ve Destek Ekibi

- i) Hakem kurulu ile taraflar arasında aşağıdakilerle ilgili istişare edilir:
 - tercih edilen platform ve teknolojik yöntem (bu platforma ve teknolojiye yasal erişim dahil);
 - sorunsuz bir bağlantı (ses ve video), her yerde yeterli görüş ve aydınlatma için minimum sistem özellikleri ve teknik gereksinimler;
 - her bir yerde belirli ekipmanların gerekli olup olmadığı (telefonlar, yedek bilgisayarlar, bağlantı güçlendiriciler/genişleticiler, taraflarca gerekli görülen diğer ekipman veya görsel-işitsel araçlar);
- ii) Kullanılacak platform ve teknolojinin uyumluluğunun ön kontrolü;
- iii) Duruşmada kullanılacak teknoloji, platform, uygulamalar ve/veya ekipmana aşina olmayan katılımcılar için eğitim ihtiyacını değerlendirilmesi;
- iv) Hakem kurulu ile taraflar arasında, ani teknik arızalar, bağlantı kesilmesi, elektrik kesintileri durumunda uygulanacak beklenmedik durum önlemleri ile ilgili istişare edilmesi (tüm katılımcılar için alternatif iletişim kanalları ve sanal teknik destek); ve
- v) Bağlanabilirliği ve aktarımı test etmek için duruşmadan önceki ay içinde en az iki deneme oturumunun yürütülmesi ve her şeyin yolunda olduğundan emin olmak için son oturumun duruşmadan bir gün önce yapılması.

C - Gizlilik, Mahremiyet ve Güvenlik

- i) Hakem kurulu ile taraflar arasında, sanal duruşmanın özel ve katılımcılara gizli kalıp kalamayacağı konusunda istişare edilmesi;
- ii) Tüm katılımcıları bağlayan bir erişim ve gizlilik taahhüdünde anlaşılması;
- iii) Hakemler ile taraflar arasında aşağıdaki konularda istişare edilir:
 - sanal duruşmanın kaydedilmesi (görsel-işitsel kayıt, kaydın gizliliği ve üretilen herhangi bir yazılı transkriptle karşılaştırıldığında kaydın değeri);
 - belirli katılımcıların erişimini veya bağlantısını etkileyebilecek herhangi bir gizlilik gereksinimi veya standardı; ve
 - herhangi bir bilgisayar korsanlığına, yasa dışı erişime vb. karşı sanal duruşmanın bütünlüğünü ve güvenliğini korumak için minimum şifreleme gereksinimleri.

D - Çevrimiçi Kurallar ve Yargılamaya İlişkin Hususlar

- i) Hakem kurulu ile taraflar arasında, sanal bir ortamda katılımcıların hak ve yükümlülüklerini korumak için gerekli uygulamalar konusunda istişare edilir. Bunlar arasında; lider konuşmacıların belirlenmesi, kesinti olmaması, platformun ve bant genişliğinin makul ve sorumlu kullanımını gözlemleme, bağlantıya müdahale eden veya yasadışı kayda izin veren ekipmanların kullanımından kaçınma, itiraz prosedürünü kabul etme vb. hususlar yer alır;
- ii) Taraflardan/vekillerinden, test edilen platform ve teknolojinin taraflarca test edildiği şekilde yeterli olduğuna dair yazılı beyanlar almak;
- iii) Tarafların sanal duruşma ile devam etme konusundaki anlaşmasını onaylamak veya taraflarca böyle bir anlaşma olmaması durumunda bir sanal duruşma ile devam etmek için yasal dayanak belirlemek; ve

- iv) Taraflara sanal duruşma öncesinde ve sırasında teknik konularda işbirliği yapma görevlerini bildirmek.

E - Delillerin Sunumu ve Tanık ile Bilirkişilerin Sorgulanması

- i) Hakem kurulu ile taraflar arasında sözlü beyanların organizasyonu ve sunumu ile ilgili istişare edilmesi;
- ii) Vekilin çevrimiçi lahiyalarında çoklu ekran kullanıp kullanmayacağını belirlemek, delil sunumu ve sanal ortamda görsel delilleri sunmak için yöntemleri kabul etmek;
- iii) Hakem kurulu ile taraflar arasında tanık ve bilirkişilerin sorgulanması ile ilgili istişare edilmesi (tanıkların/bilirkişilerin çağırılma ve sorgulanma sırası, bağlantı zamanı ve süresi, sanal olarak ayırık ve uzakta tutulması, tanıklar ve taraflar arasında eşzamanlı veya eşzamanlı olmayan sohbet odalarında veya gizli iletişim kanalları aracılığıyla iletişim izni/yasağı, sorgulayan ile sorgulanan tanık/uzman arasındaki çevrimiçi etkileşim vb.); ve
- iv) Hakem kurulu ile taraflar arasında sanal transkripsiyon ve sanal bir ortamda gerekli düzeyde hizmet verebilecek ve sunabilecek stenograf ve tercüman kullanımı konusunda istişare edilmesi.

EK II

SANAL DURUŞMALARIN ORGANİZASYONUNU KONUSAN SİBER PROTOKOL VE USULİ KARARLAR İÇİN TAVSİYE HÜKÜMLER

I. Katılımcılar

“Hakem kurulu (tarih ve saat) için planlanan duruşmanın video konferans yoluyla yapılacağını onaylar ve duruşmayı yönlendirir.

Taraflar tarafından halihazırda sağlanan bilgilere dayanarak, aşağıdaki katılımcılar (“Katılımcılar”) duruşmada aşağıda belirtilen yerlerden katılacaktır:

a. Davacı

(Liste adları ve oturum açma konumları ve bağlantı noktası)

b. Davacı Vekili

(Liste adları ve oturum açma konumları ve bağlantı noktası)

c. Davalı

(Liste adları ve oturum açma konumları ve bağlantı noktası)

d. Davalının Vekili

(Liste adları ve oturum açma konumları ve bağlantı noktası)

e. Hakem Kurulu

(Kurul üyelerinin liste adları ve oturum açma konumları ve bağlantı noktası)

f. Tanıklar/Bilirkişiler/Transkripsiyon Sağlayıcı/Destek Elemanı ve Teknisyenler/Diğer katılımcılar (varsa)

(Liste adları ve oturum açma konumları ve bağlantı noktası)

Her Katılımcı, tüm Katılımcılara dağıtılan e-posta iletişimi ile oturum açma konumlarında veya bağlantı ayrıntılarında yapılacak değişiklikleri derhal haberdar edecektir.”

II. Teknik Meseleler, Şartlar, Gereklilikler Ve Destek Ekibi

“Tarafların her biri, tüm Katılımcıların seçilen platform aracılığıyla duruşmaya etkin bir şekilde katılmalarını sağlayacak yeterli kalitede güvenilir bir video bağlantısı sağlamalıdır. Taraflar kendi aralarında müzakere edip hakem kuruluna, üzerlerinde anlaşılan güvenilir görüntülü konferans hizmetleri sağlayıcılarının ortak bir listesini _____ gün içerisinde sunacak ve hakem kurulu bir sağlayıcı seçmeden evvel, tarafların kararlaştırdığı bu sağlayıcılar listesinden tercih ettikleri seçim konusunda taraflar ile müzakere edecektir.

Taraflar, bu tarihten itibaren _____ gün içinde aşağıdakiler üzerinde müzakere edip anlaşmaya çalışacaklardır:

- i) sürekli ve yeterli görsel-işitsel bağlantı için gerekli olan minimum sistem özellikleri ve teknik gereksinimler (kullanılacak işletim sistemi türleri, işlemcilerin hızları, RAM kapasitesi, iletim hızları, ağ bant genişliği, vb.);
- ii) herhangi bir donanım, ekipman (ekranlar, yüksek çözünürlüklü web kameraları, gürültü önleyici mikrofonlar veya kulaklıklar, telefonlar, yedek bilgisayarlar, bağlantı güçlendiriciler/genişleticiler, taraflarca gerekli görülen diğer ekipman veya görsel-işitsel araçlar) ve duruşma için gerekli yazılım uygulamaları; ve
- iii) bağlantının başlatıldığı herhangi bir yere özgü gereksinimler.

Yukarıda sayılan hususlarla ilgili herhangi bir anlaşmaya varılamazsa, taraflar, önceki paragrafta belirtilen tarihin sona ermesinden itibaren _____ günde, ayrı ayrı önerilerini, seçtikleri video konferans sağlayıcısı/platformu için makul bir şekilde talep ettikleri şartnamelerin ve gereksinimlerin teknik nedenlerinin açıklanmasıyla birlikte hakem kuruluna bildirir. Tarafların ayrı teklifleri, Ek (1) olarak bu Usuli Karar No. _____ ekli formatta hakem kuruluna sunulacaktır.

Hakem kurulu, tarafların ortak teklifini veya ayrı önerilerini dikkate alacak ve duruşma için kabul edilecek makul gereklilikleri ve teknik

özellikleri onaylar veya kendisi belirleyecektir. Söz konusu makul gerekliliklerin ve teknik özelliklerin belirlenmesinde, hakem kuruluna, bağımsız ve nesnel olarak yardımcı olmak için makul gerekliliklerin ve teknik özelliklerin belirlenmesini kolaylaştırmak amacıyla, iki tarafın aday gösterdiği BT uzmanları veya hakem kurulu tarafından atanan bir bilirkişi (tarafların hesabına) yardımcı olabilir. Hakem kurulu, gerekli olması halinde, taraflarla istişareyi takiben, BT uzmanları tarafından sağlanacak iş ve yardımı belirlemek için gerekli protokolleri düzenleyecektir.

Yukarıda listelenen teknik özelliklerin ve gereksinimlerin tümünün veya bir kısmının kabul edilmesi veya tarafların hakem kuruluna ayrı ayrı önerilerini ilettiklerinde, taraflar makul gerekliliklerin ve teknik özelliklerin (i) seçilen sağlayıcı/platformun gereklilikleri ve (ii) diğer tüm katılımcılar için lokasyona özgü gerekliliklerin uygunluğunu açısından değerlendirir.

Seçilen video konferans hizmetinin etkin ve verimli bir şekilde kullanılması için gereken tüm öğretici eğitim derhal programlanır. Taraflar, video konferans sağlayıcısının/platformunun seçildiği tarihten itibaren _____gün içinde hakem kuruluna bu tür öğretici eğitim için önerilen bir program sunacaktır. Söz konusu öğretici eğitimler, Katılımcılara sunulan özellik ve araçlara genel bir bakış sağlayacaktır.

Taraflar, teknik arızalar, bağlantı kesilmesi, elektrik kesintileri veya diğer kesintiler durumunda uyulması gereken ayrıntılı acil durum önlemleri konusunda bu tarihten itibaren _____ gün içinde istişarede bulunacak ve bu konuda mutabakata varacaklardır (veya ayrı önerilerde bulunacaklardır).

Tarafların temsilcileri, hakem kurulu üyelerinin her biri ve duruşmaya katılan diğer katılımcılar (i) duruşma için kabul edilen ekipman ve teknik gerekliliklerin işlevsel ve yeterli olduğunu tespit etmek ve (ii) önceki ay içinde duruşma koşulları için bağlantıları en az iki defa simüle eder. Taraflar, bu tür test çalışmalarının tarihlerini, saatlerini ve süresini hakem kurulu ile koordine eder ve kararlaştırır.

Şüpheyi mahal vermemek için, taraflar, buradaki yükümlülüklerini yerine getirirken gerekli uzmanlığa sahip yetkili destek personeli kullanacağını anlamış ve kabul etmiştir.

Yukarıdaki gereksinimler, uçtan-uca video konferans, çok-uçlu video konferans, web tabanlı video konferansı, ISDN üzerinden video konferans vb. de dahil olmak üzere, kullanılan video konferans türünden bağımsız olarak uygulanacaktır.”

III. Gizlilik, Mahremiyet ve Güvenlik

“İlke olarak, duruşmaya katılım, bu _____ No.lu Usuli Karar’da belirtilen Katılımcılara veya şartlarına uygun olarak sınırlandırılacaktır. Şüpheyi mahal vermemek için, duruşmanın yürütülmesini kolaylaştırmak amacıyla Katılımcılar ile birlikte çalışan herhangi bir teknik danışman/destek personeli de duruşmaya katılıyor olarak değerlendirilecek ve Katılımcı olarak tanımlanacaktır. Taraflardan birinin başka bir kişinin duruşmanın herhangi bir kısmına katılmasını istemesi halinde, bu katılımın gerekli veya makbul olduğunu gösteren nedenleriyle önceden bir talepte bulunacaktır. Taraflar, bu tür talepler üzerinde anlaşmaya varmaya çalışacaklardır. Tarafların anlaşamaması halinde ise hakem kurulu talebi onaylayıp onaylamayacağına karar verir.

Hakem kurulu tarafından önceden izin verilmedikçe, duruşmanın herhangi bir kısmının (ses kaydı dahil) hiçbir kaydı yapılamaz. Duruşmanın ses kaydı, ortak bir transkript hazırlamak amacıyla tutulan stenograflar tarafından yapılacaktır. Önerilen diğer tüm kayıtlar, duruşmanın ilgili kısmından en az 48 saat önce talep edilmelidir.

Her halükarda duruşmanın resmi kaydı, taraflarca düzeltilmiş veya yorumlanmış yazılı transkript olacaktır.

Taraflar, herhangi bir Katılımcının bulunduğu yerde, mahremiyet, gizlilik, veri koruma ve güvenlik ile yasal uyumluluk ile ilgili engel veya sorun olabilecek her türlü yasayı duruşmadan (iki haftadan az olmamak

üzere) çok önceden birlikte dikkate almak ve dile getirmekten sorumludur. Taraflar ile müzakere ettikten sonra, hakem kurulu, Katılımcılardan herhangi birinin erişimini veya bağlantısını etkileyebilecek gizlilik ve güvenlik gereksinimleri veya standartları mevcutsa, hangi önlemlerin alınacağına karar verecektir.

Herhangi bir tarafın duruşmanın bütünlüğünü korumak veya siber saldırı, sızma veya duruşmaya yetkisiz erişim riskini azaltmak için daha fazla güvenlik önleminin gerekli olduğunu düşünmesi halinde, ilgili tarafın, bu kaygılara neden olan hususları derhal dile getirmesi gerekir. Taraflara danıştıktan sonra, hakem kurulu, bu konuda gerekli olması halinde, başka hangi önlemlerin alınacağına karar verecektir.”

IV. Çevrimiçi Kurallar ve Yargılamaya İlişkin Hususlar

“Video konferans yoluyla başarılı bir duruşma için gerekli işbirliği ve koordinasyon seviyesine ulaşmak için, her Katılımcı aşağıdakilere uymayı taahhüt eder:

- i) ana konuşmacıları tanımlamak;
- ii) herhangi bir konuşmacıyı kesintiye uğratmamak;
- iii) video konferans araçlarının makul ve sorumlu kullanımı;
- iv) bağlantıya müdahale eden ekipman kullanmaktan kaçınmak;
- v) yetkisiz kayıtlardan kaçınmak;
- vi) duruşma sırasında zaman kaybetmemek;
- vii) konuşulmadığı zamanlarda mikrofonları sessize almak;
- viii) duruşmaya getirilen Katılımcılardan aynı yükümlülükleri yerine getirmelerini sağlamak; ve
- ix) duruşmanın usule ilişkin etkinliğini desteklemek için gerekli her türlü tedbire veya uygulamaya başvurulmalıdır.

Hakem kurulu, taraflarla istişare içerisinde, ilk duruşma gününde hazırlık işlerinin giriş konuşması sırasında itiraz yöntemini belirleyecektir.

Tarafların her biri, bu tarihten itibaren _____ gün içinde, (i) yukarıda öngörülen test çalışmalarını yürüttüklerini ve (ii) hizmet sağlayıcı, ekipman, teknik özelliklerin ve şartların duruşmaya katılımları için yeterli olduğunu yazılı olarak teyit edecektir.”

V. Delillerin Sunumu ve Tanık İle Bilirkişilerin Sorgulanması

“Hakem kurulu, tarafların sözlü savunmalarında görsel delillerin kullanımını ve kayıt altına alınan belirli delillerin sunumunu içereceğinin bilincindedir. Buna göre taraflar, görsel delillerin hakem kurulunun tüm üyelerine, diğer tarafa/taraflara ve duruşmanın bu bölümüne katılmaya yetkili tüm Katılımcılar için bir ekranda net ve görünür olmasını sağlamalıdır. Görsel ve kanıtların sunumu için çoklu ekranlar gerekiyorsa, taraflar bu tür çoklu ekranların gerekli ekipman listesine dahil edilmesini sağlamalıdır.

Taraflar, aşağıdaki tarihten itibaren _____ gün içinde aşağıdakileri kabul etmek amacıyla kendi aralarında koordine olacaklardır:

- i) tanıkları/bilirkişileri çağrı ve sorgulama sırası;
- ii) her bir tanık/bilirkişi için bağlantı zamanı ve süresi;
- iii) tanıkların/bilirkişilerin (varsa) sanal olarak ayrık ve uzakta tutulması için yöntemler;
- iv) sohbet odalarında veya gizli iletişim kanalları aracılığıyla tanıklar/bilirkişiler ve taraflar/vekiller arasında senkron veya asenkron iletişimin izin verilebilirliği/yasaklanması;
- v) tanığın/bilirkişinin başka biriyle birlikte aynı yerde bulunup bulunamayacağını ve tanıklık yaparken kendisine yardım edip edemeyeceğini; ve

vi) bir tanığın/bilirkişinin bir tercümanın yardımını gerektirip gerektirmeyeceği ve tercümanın hizmetlerini sanal olarak sağlayabilmesini güvence altına almak için gereken düzenlemelerin yapılması ve çevirmenin eşzamanlı mı yoksa ardışık mı olacağı ve sorgulama sürecinin etkin bir şekilde yönetilmesini sağlamak üzere belirli ek ekipmanların gerekli olup olmadığı.

Taraflar, yukarıda sayılan hususların herhangi biri veya tamamı ile ilgili herhangi bir anlaşmaya varamaması halinde, ayrı ayrı tekliflerini yukarıda belirtilen tarihten itibaren _____ gün içinde hakem kuruluna bildireceklerdir.

Hakem kurulu, kararını verirken tarafların ortak veya müstakil tekliflerini değerlendirir.

Taraflar, duruşmanın yazıya döküleceğini kabul eder ve taraflar ortaklaşa video konferans yoluyla hizmetini derhal sunabilecek yetenekli bir sanal transkripsiyon sağlayıcısı/stenografi önermeyi taahhüt ederler. Transkripsiyonun kullanımının ek ekipman gerektirmesi halinde taraflar, yukarıda belirtilen gerekli ekipman listesine dahil edilecek olan ek ekipman konusunda hakem kuruluyla anlaşacaktır.

Hakem kurulu, taraflarla anlaşarak veya gerekli olduğunu belirterek, tanıkların/bilirkişilerin karşılıklı olarak izahatlarını yapıp tartıştığı bir oturum (hot-tubbing oturumu) için hazır hale getirilmelerini isteyebilir. Bu şekilde anlaşıldığı veya hakem kurulu tarafından gerekli olduğu belirtildiğinde, taraflar tanıklarının/bilirkişilerinin karşılıklı olarak izahatlarını yapıp tartıştığı oturum (hot-tubbing session) boyunca hazır olmasını sağlamalıdır ve süreç hakem kurulunun talimatları doğrultusunda ilerlemelidir.

USULİ KARAR EKİ**Teknik/Teknolojik İhtiyaçlar****[davaya göre taraflar arasında tartışılıp anlaşılır]**

	Taraf xxx	Taraf yyy	Sağlayıcı/Plaform Gereklilikleri	Hakem Kurulu Kararı
Sistem Özellikleri				
Bağlantı Gereklilikleri				
Donanım & Ekipman				
Yazılım Uygulamaları				
Diğer Gereklilikler				

KAYNAKÇA

Aceris Law LLC, 'Virtual Hearings in International Arbitration' (Aceris Law, 13 April 2020) <<https://www.acerislaw.com/virtual-hearings-in-international-arbitration>> erişim 26 Nisan 2020

Barry Leon, 'Virtual proceedings are here: Now to do them effectively' (The Lawyer's Daily, April 08 2020) <<https://www.thelawyersdaily.ca/articles/18540/virtual-proceedings-are-here-now-to-do-them-effectively>> erişim 15 Nisan 2020

Brianna Kostecka and Jessica Sabbath, 'Best Practices for Conducting Arbitration Hearings Remotely' (King & Spalding Energy Newsletter, April 2020) <https://kslawemail.com/77/6506/pages/article6.asp> erişim 26 Nisan 2020

David A. Ziegler, 'The Efficacy of Virtual Arbitration Proceedings Amidst Covid-19 and a Checklist of Best Practices' Fasken BULLETIN COVID-19 <<https://www.fasken.com/en/knowledge/2020/04/8-covid-19-virtual-arbitration-proceedings-best-practices/>> erişim 19 Nisan 2020

Cemal Şanlı, 'Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlık Çözüm Yolları' (Beta Basım, 8. Baskı, 2019)

Gary L. Benton, 'How Will the Coronavirus Impact International Arbitration?' (Kluwer Arbitration Blog, March 13 2020) <<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/03/13/howwill-the-coronavirus-impact-international-arbitration/>> erişim 10 Nisan 2020

H. Ercüment Erdem, 'Milletlerarası Ticaret Hukuku' (On İki Levha Yayıncılık, 2. Bası, İstanbul, 2020)

Hogan Lovells, 'Hogan Lovells Protocol For The Use Of Technology In Virtual International Arbitration Hearings' (Hogan Lovells, April 2020) <https://www.hoganlovells.com/~/_media/hogan-lovells/pdf/2020-pdfs/2020_04_09_hogan_lovells_international_arbitration_digital_hearing_protocols.pdf?la=en> erişim 10 Nisan 2020

ICC Secretariat, 'ICC Guidance Note on Possible Measures Aimed at Mitigating the Effects of the COVID-19 Pandemic' (International Chamber of Commerce, 9 April 2020)

<https://iccwbo.org/publication/icc-guidance-note-on-possible-measures-aimed-at-mitigating-the-effects-of-the-covid-19-pandemic> erişim 10 Nisan 2020

Janet Walker, 'Virtual Hearings: An Arbitrator's Perspective' (Int-Arb Arbitrators) <<https://int-arbitrators.com/wp-content/uploads/2020/03/Virtual-Hearings-An-Arbitrators-Perspective.pdf>> erişim 28 Nisan 2020

Kateryna Honcharenko, Mercy McBrayer, 'Guidance Note on Remote Dispute Resolution Proceedings' (The Chartered Institute of Arbitrators, 2020) <<https://www.ciarb.org/media/8967/remote-hearings-guidance-note.pdf>> erişim 29 Nisan 2020

Kevin Kim, Yu-Jin Tay et al., 'Seoul Protocol on Video Conferencing in International Arbitration' (KCAB International, 18 March 2020) <http://www.kcabinternational.or.kr/user/Board/comm_notice_view.do?BBS_NO=548&BD_NO=169&CURRENT_MENU_CODE=MENU0025&TOP_MENU_CODE=MENU0024#:~:text=%5BPress%20Release%5D%20Seoul%20Protocol%20on,in%20International%20Arbitration%20is%20Released&text=The%20Protocol%20was%20drafted%20and,vide%20conferencing%20for%20international%20arbitrations> erişim 5 Nisan 2020

Lekkas Zissis, 'Disputes in The Digital Era The Evolution of Dispute Resolution and The Model ODR System' (Doctoral thesis, Université De Toulouse 2015).

Matthew Adler, Heremy Heep & Whitney Redding, 'Virtual International Arbitration And The COVID-19 Pandemic: One Institution's Approach' (Pepper Hamilton LLP, April 15 2020 <<https://www.jdsupra.com/legalnews/virtual-international-arbitration-and-82491/>> erişim 20 Nisan 2020

Mirèze Philippe, 'Offline or Online? Virtual Hearings or ODR?' (Kluwer Arbitration Blog, April 26 2020) <<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/04/26/offline-or-online-virtual-hearings-or-odr/>> erişim 26 Nisan 2020

Mirèze Philippe, 'What Does It Take to Bring Justice Online?' (2019) v. 6 no 2 International Journal of Online Dispute Resolution

Paul D. Carrington, 'Virtual Arbitration' (2000) Vol 15:3 Ohio State Journal on Dispute Resolution 669

Winston&Strawn LLP, 'Arbitration Proceedings In The Age Of Virtual Hearing Rooms' (Winston&Strawn LLP, April 9 2020) <<https://www.winston.com/en/thought-leadership/arbitration-proceedings-in-the-age-of-virtual-hearing-rooms.html>> erişim 19 Nisan 2020

Yeşilirmak Ali, 'İCC Tahkim Kuralları ve Uygulaması' (On İki Levha Yayıncılık İstanbul, 2018)

Ziya Akıncı, 'Milletlerarası Tahkim' (Vedat Kitapçılık, 5. Baskı, İstanbul, 2020) 284

TAHKİM DURUŞMALARININ ONLINE YAPILMASI: İSTAC VE ABU DABI TAHKİM MERKEZİ KURALLARI İNCELEMESİ

Arş. Gör. Ahmet DÜLGER*

Özet

Dünya Sağlık Örgütü tarafından dünyada birden çok ülkede yayılarak çok geniş bir alanda etkili olan bir salgın hastalık (pandemi) olarak ilan edilen Covid-19, uluslararası ticari ilişkilerin hukuki boyutlarında önemli etkiler ortaya çıkardı. Bu makalede, tahkim yoluyla çözümlenen davalar bakımından duruşmalarda çevrimiçi (online) yöntemlerin kullanımı konu edilmiştir. Uluslararası uyuşmazlıklarda tahkim duruşmalarının çevrimiçi yöntemlerle gerçekleştirilmesi bakımından İstanbul Tahkim Merkezi (ISTAC) Çevrimiçi Duruşma Usul ve Esasları ile Abu Dabi Ticari Arabuluculuk ve Tahkim Merkezi (ADCCAC) Tahkim Kuralları mukayeseli olarak incelenecektir. ISTAC, çevrimiçi duruşma için getirdiği özel kuralları bulunduğundan dolayı, ADCCAC ise, özellikle Türk ve Orta Doğu tabiiyetindeki şirketlerin tahkim yargılamalarının gerçekleştirildiği bir merkez olması ve çevrimiçi duruşmalar için ayrı ve özel bir kural içermemesi nedeniyle makalemizde mukayeseli hukuktan örnekler olarak tercih edilmiştir.

ISTAC Çevrimiçi Duruşma Usul ve Esaslarına göre hakem heyeti, taraflardan birinin talebi üzerine veya kendiliğinden telekonferans veya video konferans yöntemiyle çevrimiçi duruşma yapılmasına karar verebilir. ADCCAC Tahkim Kuralları ise çevrimiçi duruşma yapılmasına ilişkin özel hükümler içermemekle birlikte tarafların eşitliğine uygun olmak ve dava ve savunmalarını ortaya koymalarına imkan vermek şartıyla, duruşmaların gerçekleştirilme usulleri konusunda hakem heyetinin yetkili olduğunu belirtmiştir. Hakem heyetinin çevrimiçi duruşmaya karar vermesi durumunda duruşmanın teknik detayları, şekli, süresi, tarafların konuşma usulleri,

* İbn Haldun Üniversitesi Hukuk Fakültesi

belge ibrazı gibi konularda belirleme yapması gerekir. Bunu yaparken de tarafların hukuki dinlenilme hakkına uygun hareket edilmesi daha sonra kararın iptal edilmemesi için önem arz etmektedir.

ISTAC Tahkim Kurallarına göre yürütülen bir tahkim için uyumsuzluğun yerel veya yabancı unsurlu olmasına göre değişmek üzere Hukuk Muhakemeleri Kanunu veya Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun hükümleri de (lex loci arbitri) ISTAC Çevrimiçi Duruşma Usul ve Esaslarının uygulanmasında göz önünde bulundurulmalıdır. ADCCAC tahkiminde ise Abu Dabi Emirliğinin tahkim kanunları çevrimiçi duruşmanın yürütülmesinde uygulanan usullerin geçerliliği hakkında belirleyici olacaktır. Söz konusu kanunlar online duruşmaların yapılması ve hakem kararının iptali ve icrası konuları bakımından incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: Uluslararası Ticari Tahkim, Çevrimiçi Duruşma, ISTAC, Mukayeseli Hukuk, Hukuki Dinlenilme Hakkı, Usul Hukuku, Uygulanacak Hukuk

Abstract

Legal aspects of international commercial relations are heavily effected by Covid-19 that is announced by World Health Organization as a pandemic which spread to many countries all around the world. This Paper is about the online hearing methods to be used in arbitration proceedings. Istanbul Arbitration Centre (ISTAC) Online Hearing Rules and Procedures and Abu Dhabi Commercial Conciliation and Arbitration Center (ADCCAC) Procedural Regulations of Arbitration are examined for comparative law purposes regarding conducting online hearings in international arbitration. ISTAC has been selected because it just announced a special procedural rules on online hearing. Even though ADCCAC does not have any special regulation on online hearing, ADCCAC, where Turkish and Middle Eastern companies resort their disputes to, has been selected for comparison.

Pursuant to ISTAC Online Hearing Rules and Procedures, arbitration panel can decide to conduct online hearing through video conference or

teleconference at the request of one party or where it deems appropriate. On the other hand, ADCCAC Procedural Regulations of Arbitration do not specifically mention online hearing methods while authorizes the arbitral panel to decide on the procedure of hearings subject to the compliance with equal footing and fair trial. Upon the decision of arbitral panel on on-line hearing, technical details including the form of communication, on-line application to be used, duration, sequence of party presentations, document submission must be also decided. Principle of compliance with the right to be heard his case must be strictly complied in order to avoid an annulled award at later stages.

Turkish Code of Civil Procedure or International Arbitration Code shall be taken into account at the arbitration conducted under ISTAC depending on whether the case is deemed as international or domestic in Turkey. Laws of Emirates of Abu Dhabi will be the determining laws of validity of arbitration conducted under the rules of ADCCAC. Such laws will be examined with regard to the enforceability and annulment of arbitral awards given pursuant to the online hearings.

Keywords: International Commercial Arbitration, Online Hearing, ISTAC, Comparative Law, Right to be Heard, Procedural Law, Applicable Law

GİRİŞ

Tüm dünyayı etkisi altına alan bir hastalık olan Covid-19'un, 2019 yılının son günlerinde Çin'de ortaya çıktığı bilinmekte olup ilerleyen günlerde farklı ülkelerde de görülmeye başlanmıştır.¹ Dünya Sağlık Örgütü tarafından 11 Mart 2020 tarihi itibarıyla küresel salgın olarak kabul edilen

1 31 Aralık 2019'da Dünya Sağlık Örgütü (DSÖ) Çin Ülke Ofisi, Çin'in Hubei eyaletinin Wuhan şehrinde ilk vakaları bildirmiştir. Bu hastalık, 7 Ocak 2020'de daha önce insanlarda tespit edilmemiş yeni bir koronavirüs (2019-nCoV) olarak tanımlanmıştır. Daha sonra 2019-nCoV hastalığının adı COVID-19 olarak kabul edilmiş, virüs SARS CoV'e yakın benzerliğinden dolayı SARS-CoV-2 olarak isimlendirilmiştir. Kaynak: https://covid19bilgi.saglik.gov.tr/depo/rehberler/covid-19-rehberi/COVID-19_REHBERI_GENEL_BILGILER_EPIDEMIOLOJİ_VE_TANI.pdf (Erişim Tarihi 30/06/2020).

Covid-19 hastalığına karşı devletler, uluslararası örgütler ve şirketler de önlemler almıştır.² Mahkemeler ve tahkim kurumları da söz konusu salgın süresince yargılama faaliyetlerinin yürütülmesi konusunda çeşitli tedbirleri yürürlüğe koymuştur.³

Tarafları ve tüm unsurları aynı ülke içinde olan yargılama işlerinde dahi sokağa çıkma kısıtlamaları, mahkemelerdeki duruşma ve diğer işlemlerin ertelenmiş olması ve hastalığın yayılma hızı nedeniyle tüm insanlara yönelik alınan sağlık tedbirleri nedenleriyle yargılama işlemleri ya ertelenmiş ya da çok sınırlı olarak gerçekleştirilebilmiştir. Yabancılik unsuru içeren ve birden fazla ülkeden unsurların olduğu yargılama işlerinde ise duruşmaların görülebilmesi daha da zorlaşmıştır. Ülkelerarası seyahat sınırlamaları, sağlık ve güvenlik tedbirleri tarafların, mahkeme veya hakem heyetlerinin, tanıkların fiziksel olarak bir araya gelmesini sınırlamış veya tamamen engellemiştir. Bu çalışmanın konusunu oluşturan uluslararası tahkim yargılamaları açısından Covid-19 salgını nedeniyle kullanılması daha çok gündeme gelen online duruşma yöntemleri sayılan bu sınırlamalar karşısında yargılamaların devam edebilmesi için önemli bir araç haline gelmiştir.

Uluslararası tahkim duruşmalarının ertelenmesi, dosya üzerinden sadece yazılı olarak veya online duruşma ile duruşmaların yapılması Covid-19 salgını döneminde gündeme geldi. Birçok tahkim kurumu da bu krizin üstesinden kapsamlı bir işbirliği ile gelineceğini açıkladı ve kendi çözüm

2 DSÖ, COVID-19 salgınına 30 Ocak'ta "uluslararası boyutta halk sağlığı acil durumu" olarak sınıflandırmış, ilk salgının başladığı Çin dışında 113 ülkede COVID-19 vakalarının görülmesi, virüsün yayılımı ve şiddeti nedeniyle 11 Mart'ta küresel salgın (pandemi) olarak tanımlamıştır. Kaynak: https://covid19bilgi.saglik.gov.tr/depo/rehberler/covid-19-rehberi/COVID-19_REHBERI_GENEL_BILGILER_EPIDEMIOLOJI_VE_TANI.pdf (Erişim Tarihi 30/06/2020).

3 TC Hakimler ve Savcılar Kurulu önce 30/04/2020 tarihine kadar ilk derece adli ve idari yargı mercileri ile bölge adliye ve bölge idare mahkemelerine ait duruşma, müzakere ve keşiflerin 30/04/2020 (bu tarih dahil) tarihine kadar ertelenmesine karar vermiştir. Kaynak: <https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/files/uu.pdf> (Erişim Tarihi 30/06/2020). Daha sonra, alınan tedbirlerin 15/06/2020 tarihine kadar tekrar uzatılmasına karar verilmiştir. Kaynak: <https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/files/GENEL%20KURUL%20KARARI-30-04-2020.pdf> (Erişim Tarihi 30/06/2020). BAE mahkemelerinde de COVID-19 nedeniyle duruşmalara ve belirli işlemlere ara verilmiştir. Kaynak: <https://www.bakermckenzie.com/en/insight/publications/2020/03/covid19-in-the-uae-courts-arbitration-centers> (Erişim Tarihi 30/06/2020).

yollarını da ortaya koydu.⁴ Daha önce de kullanılmakta olan bazı usul ve araçlar söz konusu salgın döneminde bu tahkim kurumlarınca daha da yaygın bir şekilde kabul edilmiştir.⁵ Ayrıca, Uluslararası Barolar Birliği (International Bar Association, “IBA”) ve Lahey Konferansı gibi organizasyonların yayınlamış olduğu özellikle delillerin çeşitli yöntemler kullanılarak toplanmasına ilişkin bağlayıcı olmayan (*soft law*)⁶ kural ve rehberler de

- 4 Milletlerarası Ticaret Odası (ICC), “COVID-19 Salgınının Etkilerinin Azaltılması Amacıyla Olası Önlemlere İlişkin ICC Rehberi” (ICC COVID-19 Rehberi) yayınlamıştır. Rehber, tahkimde gecikmelerin önlenmesi için online tahkim duruşmaları, terms of reference, electronic bundle, belge ve raporların sunulması gibi süreçler için ayrıntılı düzenlemeler getirmiştir. Elektronik belge paylaşımları ve online duruşmalar için teknik şartlar, cyber protokol, checklist gibi düzenleme ve tavsiyeler sektör için önemli referans olacaktır. ICC Guidance Note on Possible Measures Aimed at Mitigating the Effects of the COVID-19 Pandemic <https://iccwbo.org/publication/icc-guidance-note-on-possible-measures-aimed-at-mitigating-the-effects-of-the-covid-19-pandemic/> (Erişim Tarihi 30/06/2020).

Birleşik Hakemler Kurumu (CIArb) da “Uzaktan Uyuşmazlık Çözüm Süreçlerine İlişkin Rehber”i yayınlamıştır. CIArb rehberinin amacı da ilgililerin fiziki olarak buluşmasının mümkün olmadığı durumlarda yargılama süreci için bir rehber olmaktır. Teknik şartlar, online duruşmalar için gizlilik, sanal odalar oluşturulması gibi düzenlemeler önemlidir. CIArb Guidance Note on Remote Dispute Resolution Proceedings <https://www.ciarb.org/media/8967/remote-hearings-guidance-note.pdf> (Erişim Tarihi 30/06/2020).

Kore Ticari Tahkim Divanı (KCAB) ile Seul Uluslararası Uyuşmazlık Çözüm Merkezi (SIDRC) işbirliği ile kaleme aldığı ve 2018’de kamuoyu ile paylaşılan “Uluslararası Tahkimde Video Konferansa İlişkin Seul Protokolü” de vardır. Uluslararası Tahkimde Video Konferansa İlişkin Seul Protokolü http://www.kcabinternational.or.kr/user/Board/comm_notice_view.do?BBS_NO=548&BD_NO=169&CURRENT_MENU_CODE=MENUE0025&TOP_MENU_CODE=MENUE0024 (Erişim Tarihi 30/06/2020).

- 5 Tahkimde bağlayıcı bir *lex fori*’nin olmaması nedeniyle hakem heyetinin usuli konularda tarafların anlaşmalarına ve *lex arbitri*’nin usuli emredici kurallarına uygun olmak şartıyla farklı tedbirleri almaları mümkündür. Hakem heyetleri durumun şartlarına göre süreleri, dilekçe-bilirkişi-tanık-tahkikat işlemlerinin usullerini değiştirip düzenleyebilir. Hakem heyetleri, ISTAC ve ICC’nin kabul ettiği gibi dava açma işlemlerini elektronik olarak yapabilir, ICC Tahkim Kurallarında olduğu gibi görev belgesinin elektronik olarak imzalanmasını kabul edebilir.
- 6 Uluslararası hukukta *soft law* kavramı, bağlayıcılığı bulunmayan hukuki metinleri ifade etmektedir. İlgili olduğu alandaki genel prensipleri ifade eden rehber, sözleşme, şablon veya usul ve esaslar olarak anlandırılan bu metinler hukuk seçimi, delillerin toplanması, ticari yeknesak kuralların bir araya getirilmesi gibi konularda hazırlanabilmektedir. Bu metinler Devletler Özel Hukuku Lahey Konferansı, Uluslararası Barolar Birliği, ICC gibi kuruluşlar tarafından uluslararası camiada kabul edilen genel kuralları oluşturabilmektedir. *Soft law* hk. ayrıca bkz. Yusuf Çalışkan, **Uluslararası Satım Hukukunda Kanunlar İhtilafı Meseleleri**, İstanbul 2014, s. 49; Gabrielle Ka-

online duruşmalar açısından önem arz etmektedir.⁷ Bu çalışmada, yukarıda sayılan duruşmaların söz konusu kriz dönemlerinde yürütülmesi için tercih edilebilecek seçeneklerden yalnızca online duruşma yöntemi incelenecek olup İstanbul Tahkim Merkezi (Istanbul Arbitration Centre, “ISTAC”) ve Abu Dabi Tahkim Merkezi (Abu Dhabi Commercial Conciliation and Arbitration Center, “ADCCAC”) kurallarına göre yürütülen tahkim yargılamalarında online duruşma yönteminin kullanılması hakkındaki kurallara ve usule uygulanacak hukuka ilişkin durumlar tespit edilecektir.

Detayları ilerleyen bölümlerde verilecek olan tahkim yargılaması açısından online duruşma veya çevrimiçi duruşmanın teknik olarak neyi ifade ettiğini belirtmek gerekmektedir. Online duruşma, tahkim yargılaması faaliyetinin diğer tüm usullerinin klasik manada anlaşılan tahkim usullerine göre yürütüldüğü ancak yalnızca duruşmaların tarafların, tanıkların, hakemlerin ve yargılamanın diğer unsurlarının fiziksel olarak bir araya gelmeden sanal bir duruşma odasında gerçekleştirilen duruşmayı ifade etmektedir. Telekonferans ve video konferans sistemiyle yapılan duruşmalar online duruşma ile aynı anlama gelmeyip yürütülmesi ve tabi olduğu kurallar bakımından farklı prensiplere sahiptir.⁸ Zira, online tahkim yargılaması da online duruşmadan ayrı bir usul olup yargılamanın tamamının online ortamda gerçekleştirilmesini ifade etmektedir.⁹ Vurgulamak gerekir ki, duruşmaların çeşitli internet tabanlı, doğrudan ve anlık olarak görüntülü

ufmann-Kohler, *Soft Law in International Arbitration: Codification and Normativity*, Journal of International Dispute Settlement, 2010, s.1-17.

- 7 IBA Delil Kuralları (IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration, 2010); Lahey Delil Anlaşmasına Göre Video-Link Kullanılması Hakkında Taslak Rehber (Hague Conference Draft Guide to Good Practice on the Use of Video-Links under the Evidence Convention-1970 on the Taking of Evidence Abroad in Civil or Commercial Matters)
- 8 Online duruşma’da herkes farklı yerden bağlanarak sanal bir duruşma salonu oluşturulur. Ancak video konferansta zaten mevcut bir duruşma salonu vardır ve orada katılımcılar varken yalnızca bazı kişiler uzaktan video konferans ile duruşma salonuna bağlanır.
- 9 Online Uyuşmazlık Çözümü’nde (Online Dispute Resolution, ODR) tüm işlemler sanal ortamda gerçekleştirilir. Arabuluculuk, sulh görüşmeleri, evrak sunulması işlemlerinin tamamı online iletişim imkanları kullanılarak gerçekleştirilir. Ancak online duruşmada, duruşma hariç diğer tüm işlemler sıradan tahkim yargılamasında olduğu gibi fiziksel olarak yapılmaktadır. Lexpera, Erişim Tarihi 30/06/2020.emin etmek şarttır. dde sebebiyet veren nispi bir iptal sebebi olduğurcich edilmektedir. uşma

ve sesli iletişime olanak sağlayan uygulamalarla gerçekleştirildiği online duruşmaların Covid-19 salgını gibi kriz zamanlarının haricinde de olağan olarak kullanılmaya başlanacağı ifade edilmektedir.¹⁰

Çalışmamızın ilk bölümünü ISTAC Çevrimiçi Duruşma Usul ve Esasları oluşturmakta olup burada yer alan kurallar tespit edildikten sonra Türkiye’de gerçekleşen tahkim yargılamaları bakımından 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (“**HMK**”) ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu (“**MTK**”) uyarınca iptal davalarında özellik arz edebilecek durumlar incelenecektir. Yargıtay kararları çerçevesinde tahkim yargılamasında hukuki dinlenilme hakkı¹¹ temelinde yargılama usulünde online duruşmaların yeri olup olmadığı tartışması da incelenecektir. İkinci bölümde ise ADCCAC tahkim kuralları bağlamında online duruşma yapılıp yapılamayacağı tespit edilerek Birleşik Arap Emirlikleri (“**BAE**”) Tahkim Kanunu ve Medeni Yargılama Usulü kanunundaki düzenlemelere dikkat çekilecektir.¹² Son bölümde ise online duruşmaların yapılması için dikkat edilmesi gereken hususlar ile tahkim merkezlerinin online duruşmaların yürütülmesine ilişkin almasını gereken kolaylaştırıcı ve iptali önlemeye dönük bazı tedbirlere yer verilecektir. Ayrıca belirtmek gerekir ki, bu makalede konu edilen ISTAC’ın seçilmesinin nedeni ISTAC Çevrimiçi Duruşma Usul ve

10 Online duruşmaların yalnızca olağanüstü hallerde kullanılacak bir yöntem olmadığı, aksine artık tahkim yargılamasındaki günlük uygulamanın bir parçası olacağı ifade edilmektedir. Yeni normal olarak da adlandırılan bu düşünce hakkında pek çok olumlu ve olumsuz değerlendirme vardır. Ayrıca bkz. <https://globalarbitrationreview.com/article/1222421/virtual-hearings-%E2%80%93-the-new-normal> (Erişim Tarihi 30/06/2020) ve http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/04/26/offline-or-online-virtual-hearings-or-odr/?doing_wp_cron=1594106996.1161999702453613281250 (Erişim Tarihi 30/06/2020).

11 Zira, tahkim kurumlarının yükümlülükleri COVID-19 salgını gibi farklı hallerde değişmemektedir. Hukuki dinlenilme hakkı, güvenli, hukuka uygun ve hızlı uyuşmazlık çözümünü gerçekleştirmek tahkimin hem kendi kurallarının hem de *lex arbitri*’lerinin gereğidir.

12 Birleşik Arap Emirlikleri, 7 farklı Emirliğin (eyalet benzeri küçük devletler denilebilir) bir arada olduğu federal bir devlettir. Bu Emirlikler şunlardır: Dubai, Abu Dabi, Acman, Füceyre, Resü’l-Hayme, Şarika ve Ummül-Kayveyn. Emirliklerin hukuk sistemi için ayrıca bkz. Bill Smith; Maria Mazzawi, **The Good, the (Not) bad and the Uncertain: The Impact of the UAE’s new Federal Arbitration Law**, International Journal of Arab Arbitration, s. 34, Wolters Kluwer, Kluwer Arbitration Online (Erişim Tarihi: 30/06/2020).

Esaslarının dünyada ilk kez online duruşmaya ilişkin usul ve esasları belirlemesi nedeniyle arz ettiği önemdir. Bunun yanında ADCCAC tahkim merkezinin konuya ilişkin özel kuralları bulunmaması ve Türk ve Ortadoğu tabiiyetindeki kişilerin tahkim için sıklıkla müracaat ettiği bir merkez olması mukayeseli hukuk çerçevesinde ADCCAC kurallarının inceleme yapılmak üzere seçilme sebebini oluşturmaktadır.

I. ISTAC ÇEVİRİMİÇİ DURUŞMA USUL VE ESASLARINA GÖRE ONLINE DURUŞMA

ISTAC, Covid-19 salgınının yoğun bir şekilde devam ettiği ve seyahat kısıtlamalarının uygulandığı bir dönemde Çevrimiçi Duruşma Usul ve Esaslarını yayınladı.¹³ Türkiye’de birçok mahkeme duruşmalarının ve süreli işlerin 13/03/2020’den 15/06/2020 tarihine kadar ertelendiği bir dönemde tahkim yargılamasındaki işlerin devam etmesi için online duruşma usulünün kullanılabilmesinin ortaya konulması ve bunun temel usul ve esaslarının belirlenmiş olması tahkimin özellikle ülkemizdeki gelişimi için önemli olmuştur.

Bu bölümde öncelikle ISTAC Çevrimiçi Duruşma Usul ve Esaslarının uygulanma şartları incelenecektir. Daha sonra burada yer alan düzenlemelerdeki usul ve imkanlar ayrıntılı olarak tespit edilecektir. Son olarak söz konusu kurallar bağlamında iptal davalarına konu olabilecek ilgili durumlar incelenecektir.

A. Uygulanma Şartları

ISTAC Tahkim Kuralları ve Çevrimiçi Duruşma Usul ve Esasları, bir kurumsal tahkim merkezi olan ISTAC’ın tarafların kabul etmesi halinde uygulanacak olan kurallarıdır.¹⁴ Buna göre, ancak tarafların anlaşması halinde

13 ISTAC Çevrimiçi Duruşma Usul ve Esasları haberi için bkz. <https://istac.org.tr/istanbul-tahkim-merkezinden-dunyada-bir-ilk-istac-cevrimici-durusma-usul-ve-esaslari/> (Erişim Tarihi 30/06/2020). ISTAC Çevrimiçi Duruşma Usul ve Esasları için bkz. <https://istac.org.tr/uyusmazlik-cozumu/tahkim/istac-cevrimici-durusma-usul-ve-esaslari/> (Erişim Tarihi 30/06/2020).

14 Yapısal olarak uluslararası tahkim Ad Hoc Tahkim ve Kurumsal Tahkim olarak ayrılmaktadır. Kurumsal tahkim, belirli bir tahkim kurumunun kurallarına teb’an ve

tahkimin ISTAC kurallarına göre veya ISTAC'ın yönetiminde görülmesi mümkündür. Taraflar, uyuşmazlıklarının ISTAC Tahkim Kuralları uyarınca çözümlenmesini kararlaştırdıkları durumlarda, tahkime bu Kurallar uygulanır. Taraflar arasında yapılacak anlaşma aralarındaki asıl sözleşmenin içinde bir tahkim şartı olarak olabileceği gibi asıl sözleşmeden ayrı bir ISTAC tahkim sözleşmesi şeklinde de olabilir. Burada asıl incelenmesi gereken konu ISTAC Tahkim Kurallarına göre tahkimin yürütülmesini kabul eden tarafların tabi olduğu yargılamada online duruşma usulünün uygulanıp uygulanamayacağıdır.¹⁵ Online duruşma yapılacağı dava açılmadan önce ve dava açıldıktan sonra tarafların anlaşması veya hakem heyetinin kararına bağlı olarak söz konusu olabilir.

Dava açılmadan önce taraflar tahkim şartında veya ayrı olarak yapacakları tahkim sözleşmesinde duruşmaların online olarak yapılacağını genel olarak kabul edebilecekleri gibi duruşmaların ISTAC Çevrimiçi Duruşma Usul ve Esaslarına göre yapılacağını da kararlaştırabilirler. Bu durum online duruşma yapılması için en kesin çözüm olacaktır. Tarafların anlaşmasını geçersiz kılan bir durum olmadığı sürece tahkim duruşmalarının online yapılacağı konusunda herhangi bir tereddüt yaşanmayacaktır.

Davacı tahkim talebinde duruşmaların online yapılması talebinde bulunur ve davalı da bunu tahkim talebine cevabı ile kabul ederse tarafların anlaşması şartı gerçekleşmiş olur. Bu durumda da duruşmaların online olarak yapılması gerekecektir.

ilgili kurumun sekreteryasında yürütülen tahkimdir. Ad Hoc tahkim ise herhangi bir kurumsal tahkim merkezi kurallarına ve yönetimine göre yürütülmeyen diğer tahkimleri ifade etmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Cemal Şanlı, **Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları**, İstanbul 2019, 7. Bası, s. 383.

- 15 Tahkimde hakem heyetinin bağlı olduğu bir *lex fori* olmadığı için online duruşma gibi bazı konuların hangi vasıflandırma kurallarına göre vasıflandırılacağı belirsizdir. Burada genel uygulama hakemlerin yargılama yaptıkları ülkenin veya dava ile en sıkı irtibatlı ülke hukukuna göre vasıflandırmanın yapılmasıdır. ISTAC kurallarına göre icra edilen bir yargılamada Türk hukukunun vasıflandırması kabul edilecek olursa online duruşma ile ilgili konular usuli konular olarak kabul edilecektir. Vasıflandırma hk. Ayrıca bkz. Cemal Şanlı, Emre Esen, İnci Ataman-Figanmeşe, **Milletlerarası Özel Hukuk**, İstanbul 2019, 7. Bası, s.354, 646.

ISTAC Tahkim Kurallarının 7. maddesinin 6. fıkrasına göre tahkim talebi ve gerekli başvuru harcının ISTAC Sekreteryası tarafından alındığı tarihte dava açılmış sayılır. Tarafların tahkim sözleşmesi ile online duruşma yapılmasını kabul etmediği durumlarda da davanın açılmasından sonra online duruşma yapılacağına taraflarca veya hakem heyetince kararlaştırılması mümkündür. Yalnızca bu şekilde bir karar alınırsa online duruşma yapılması mümkün olacaktır. Zira, tahkim yargılamasının ISTAC Tahkim Kurallarına teb'an icra edileceğinin kararlaştırılmış olmasının ISTAC Çevrimiçi Duruşma Usul ve Esaslarının uygulanması sonucunu kendiliğinden doğurup doğurmayacağı konusu belirsizdir. Bunun nedeni Çevrimiçi Duruşma Usul ve Esaslarının ISTAC Tahkim Kurallarının bir eki mahiyetinde olmamasıdır. Çevrimiçi Duruşma Usul ve Esasları ile Tahkim Kuralları birbirinden ayrı iki farklı metin olarak ISTAC tarafından yayınlanmıştır.

ISTAC Tahkim Kurallarının 2. maddesinin 4. fıkrasına göre “bu Kurallar, Ek’leriyle birlikte ayrılmaz bir bütün teşkil eder”. Ancak Çevrimiçi Duruşma Usul ve Esaslarının bu Kuralların eki olduğu belirtilmediği gibi Çevrimiçi Duruşma Usul ve Esaslarının, aksi kararlaştırılmadıkça, ISTAC Tahkim Kurallarına teb'an yürütülen tahkim yargılamalarında uygulanacağına dair bir hüküm de bulunmamaktadır. Örneğin, ISTAC Seri Tahkim Kurallarının Tahkim Kurallarının ayrılmaz bir parçası olduğu ve taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça belli şartların varlığı halinde otomatik olarak uygulanacağı belirtilmiştir. Aynı şekilde ISTAC Acil Durum Hakemi Kuralları da tarafların aksi yöndeki anlaşması hariç olmak üzere hakem heyetleri tarafından uygulanacağını açıkça belirtmiştir.

ISTAC Çevrimiçi Duruşma Usul ve Esaslarının uygulanması için 1. maddeye göre ISTAC kurallarına göre yürütülen bir tahkim davasının olması gerekmektedir. Ancak herhangi bir başka tahkim merkezi kurallarına veya ad hoc olarak belirlenen kurallara göre yürütülen yargılamada ISTAC Çevrimiçi Duruşma Usul ve Esaslarına göre online duruşma yapılması imkanı söz konusu tahkim merkezi kurallarına veya ad hoc tahkim kurallarına göre tespit edilmelidir. Kuralların 2. maddesi taraflardan birinin talebi üzerine veya tek hakem veya hakem kurulunun uygun görmesi durumunda online duruşma yapılabileceğini belirtmiştir.

ISTAC Tahkim Kuralları ile Çevrimiçi Duruşma Usul ve Esasları arasında birbirlerine herhangi bir atıf olmadığı, Çevrimiçi Duruşma Usul ve Esaslarının Tahkim Kurallarının eki de olmadığı için ISTAC Tahkim Kurallarına göre yürütülen bir tahkim yargılamasında online duruşma yapılabilmesi için yalnızca tarafların anlaşması veya hakem kurulunun kararı ile bu kuralların uygulanması mümkün olacaktır.

Çevrimiçi Duruşma Usul ve Esaslarının 2. maddesinde “taraflardan birinin talebi üzerine” duruşmaların online yapılabileceğinin belirtilmiş olması tarafların tek taraflı irade beyanlarıyla online duruşma yapılacağına anlaşılabilmesi gerekir. Zira tahkim tarafların birlikte iradelerine yani anlaşmalarına önem veren tarafların birlikte karar vererek yargılamanın usulü hakkında düzenlemeler yapabildikleri bir yargılama usulüdür.¹⁶ Tahkim yargılamasında duruşmanın şekli de tarafların tasarrufunda olan konulardandır. Öyle ki, taraflar hakem heyetinin duruşma yapmadan da uyuşmazlığı çözmesi konusunda anlaşabilirler.¹⁷ Ayrıca ISTAC Tahkim Kurallarının 22. maddesinde “bu kurallarda hüküm bulunmayan hallerde taraflarca kararlaştırılan kurallar uygulanır” denilerek de tek taraflı irade beyanı değil tarafların anlaşması halinde bu anlaşmanın uygulanacağı belirtilmiştir. ISTAC Tahkim Kurallarında online duruşma ile ilgili bir hüküm bulunmadığı göz önüne alındığında ancak tarafların anlaşması halinde online duruşma yapılabileceği ortaya çıkmaktadır.

Hakem heyetinin yargılamanın yürütülmesinde yetkili olduğu ve gerekli kararları alabileceği doktrinde ve hakem kararlarında kabul edilmektedir.¹⁸ ISTAC Tahkim Kurallarının 30(4). maddesinde de bu durum hakem kurulunun duruşmaların yürütülmesinde tüm yetkiye sahip olduğunun belirtilmesi şeklinde tekrarlanmıştır. Ancak tarafların irade serbestisinin çok önemli olduğu ve yargılamanın yürütülmesinde belirleyici olduğu da unutulmamalıdır. Bu nedenle hakem heyeti tahkim prosedürünün

16 Tahkim, tarafların iradesine dayanan özel bir yargılama usulüdür. Özellikle uluslararası ticaretin ihtiyaç ve niteliğine, tarafların beklentilerine daha uygun olduğu için tahkim tercih edilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Şanlı, *a.g.e.*, s. 321.

17 Ziya Akıncı, *Millîlerarası Tahkim*, İstanbul 2016, 4. Baskı, s. 215.

18 Gary Born, *International Arbitration: Law and Practice*, Kluwer Law International 2012, s. 9.

yerine getirilmesinde taraf anlaşmaları ile sıkı sıkıya bağlıdır.¹⁹ Bu durum hakemlerin yetkilerini taraflar arasındaki anlaşmadan almalarından kaynaklanmaktadır.²⁰ Tarafların online duruşma konusunda anlaşmalarına göre hareket edilmesi hakem kararının yabancı bir ülkede Yabancı Tahkim Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında Sözleşmeye (“**New York Sözleşmesi**”) göre tenfizi durumunda da öneme sahip olacaktır. New York Sözleşmesinin V/1-d maddesi uyarınca hakem kararının tenfiz edilebilmesi için uygulanan tahkim prosedürünün tarafların anlaşmasına uygun olması gerekmektedir, aksi takdirde tenfizin reddedilmesi tehlikesi doğacaktır. Dolayısıyla hakem heyetleri online duruşmanın yapılması konusunda da tarafların anlaşmalarını beklemeleri tahkimin doğasına uygundur.

Tarafların online duruşma yapılması konusunda herhangi bir anlaşması olmasa dahi hakem heyetinin kendi usuli yetkilerine dayanarak online duruşma yapıp yapmamaya karar vereceğinin kabulü tahkimin niteliğine uygun düşecektir. Hakem heyeti tarafların anlaşmasının yokluğunda veya tarafların anlaşmasının aksine olarak online duruşma yapmaya karar verirken tenfiz edilebilirlik, iptal edilme gibi durumları öngörerek hareket etmesi yerinde olacaktır. Tahkim merkezinin kuralları ve tahkim yeri devletinin usul kuralları bu değerlendirmeyi yaparken dikkate alınmalıdır. ISTAC Çevrimiçi Duruşma Usul ve Esasları 2. maddesinde “tek Hakem veya Hakem Kurulunun uygun görmesi durumunda” da tarafların anlaşması olmasına rağmen online duruşma yapma yetkisini hakem heyetine vermiştir. Ayrıca ISTAC Tahkim Kurallarının 30. Maddesi de “tek Hakem veya Hakem Kurulu, duruşmaların yürütülmesinde tüm yetkiye sahip” olduğunu belirtmiştir. Sonuç olarak, hakem heyeti Anayasada, kanunlarda ve ISTAC Tahkim Kurallarında da ifadesini bulan adil yargılanma hakkı prensiplerine uygun davranmak koşuluyla online duruşma yapıp yapmamaya karar verme yetkisine sahiptir.

¹⁹ Şanlı, a.g.e., s. 490.

²⁰ a.e.

B. UYGULANMA YÖNTEMİ

ISTAC Çevrimiçi Duruşma Usul ve Esaslarının 1. maddesine göre “katılımcıların fiziksel olarak bir araya gelmeden telekonferans veya video konferans yöntemi ile” gerçekleştirilen duruşma çevrimiçi duruşmadır. Buna göre tahkim yargılamasının taraflar, taraf vekilleri, bilirkişi, tanık, hakem heyeti, sekreter, tercüman gibi unsurlarının herhangi bir fiziksel birliktelik içinde olmaması online duruşmanın ön şartıdır. Ancak, taraflar ile vekillerinin veya ilgili taraf tanıklarının birlikte bir odada bulunarak da online duruşmaya katılabilmesinin mümkün olması bu unsurların aralarındaki sıkı ilişkinin gereğidir. Ancak hakem heyetinin fiziksel olarak aynı ortamda bulunması durumunda online duruşma değil diğer unsurların duruşmaya online katılımı söz konusu olacaktır.²¹ Zira online duruşmada tüm unsurların sanal olarak bir ortamda bir araya gelmiş olması gerekmektedir.

Bahsettiğimiz sanal olarak bir araya gelme tahkim yerinin belirlenmesi konusunda önem arz edebilir. Zira duruşmalar çoğunlukla tahkim yerinde gerçekleştirilir. Peki duruşmanın online olarak yapılması durumunda taraflar arasında veya hakem heyetince kararlaştırılan tahkim yeri bu online duruşma nedeniyle değiştirilmiş olacak mıdır?

ISTAC Tahkim Kurallarının 23. maddesine göre taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça, tahkim yeri İstanbul’dur ve hakem heyeti duruşmaların başka yerde yapılmasına karar verebilir.²² Online duruşma yapıldığında katılımcıların fiziksel olarak birlikte bulundukları bir yer bulunmadığı için hakemlerin her birinin katıldığı yer, tarafların ve vekillerinin her birinin katıldığı yer, merkezin bulunduğu yer, video veya telekonferans sisteminin bulunduğu yerin online duruşmanın yapıldığı ve tahkim yeri olduğu düşünülebilir. Özellikle *lex arbitri* olması ve iptal davası bakımından taşıdığı önem sebebiyle tahkim yerinin belirlenmesi tahkim yargılaması için önem arz etmektedir. Ancak belirtmek gerekir ki, online duruşma yapıldığı durumlarda dahi taraflarca veya hakem heyetince önceden kararlaştırılmış

21 Online duruşma ile uzaktan katılım arasındaki farklar hakkında bkz. dipnot 8.

22 Hakem heyetinin davanın niteliklerine göre ve usul ekonomisini de gözетerek toplanmalarını veya duruşmaları tahkim yerinden başka bir yerde yapabilir. Aynı yönde bkz. Akıncı, a.g.e., s. 217.

olan tahkim yerinin değiştirilmiş sayılmasının tahkim yargılamasının sıhhati açısından bir gereği yoktur. Tahkim yeri önceden belirlenmiş yer olarak kalmaya devam etmekte, online duruşma nedeniyle bu yerde herhangi bir değişiklik veya tartışma yapılmasına gerek bulunmamaktadır.

ISTAC Çevrimiçi Duruşma Usul ve Esasları uyarınca telekonferans ve video konferans yöntemiyle duruşmaların yapılması temel alınmıştır. Ancak Kuralların 1. maddesine göre bu yöntemlerden farklı veya bu yöntemlere ek usul ve araçlar da hakem heyeti tarafından kararlaştırılabilir. Anlık olarak internet üzerinden görüntü ve ses iletimine izin veren programlar kullanılabileceği gibi blockchain veya başka bir altyapı ile de duruşmaların gerçekleştirilmesi mümkün olabilir. Duruşmanın teknik altyapısı olarak ifade edebileceğimiz bu hususlar Kuralların 3. maddesinde de belirtildiği üzere hakem heyeti tarafından belirlenecektir. Buna göre online duruşma için kullanılacak yazılımı ve katılımcıların bu yazılıma erişim imkanını hakem heyeti katılımcılara bildirecektir. Teknik olarak karşılaşılabilecek problemleri ise, ISTAC Sekreteryası çözerek hakem heyetinin online duruşmayı gerçekleştirmesini sağlayacaktır. Duruşmanın teknik altyapısıyla sıkı ilişkili olan bir husus olan belgelerin sunulması da belirlenmiş olan bu yazılım üzerinden gerçekleştirilebilir. Kuralların 6. maddesine göre hakem heyetinin izniyle belgeleri elektronik olarak sunmak mümkün. Belge sunulmasının online duruşmanın gerçekleştirildiği yazılım veya başka bir yazılım ile yapılacağının belirlenmesini de hakem heyeti yapacaktır. Delillerin duruşma esnasında sunulması veya katılımcılara konuşma notu dağıtılması, konuşmacının görsel sunumunu paylaşması da bu yolla yapılabilir.

Tahkim yargılamasının gizliliğine riayet edilmesi için duruşmaya katılacak kişilerin de belirli olması ve belirlenen kişilerden başkasının duruşma esnasında bulunmaması gerekmektedir. Bunun yönetimi online duruşma sırasında da önem arz etmektedir. Kameranın açısında bulunmasa dahi duruşma esnasında hakem heyetince kabul edilmeyen kişilerin iletişime şahit olması Kuralların 4. maddesine ve tahkimin gizliliği prensibine aykırı olacaktır. Ayrıca, katılımcıların duruşma esnasında iddia ve savunmaları ile beyanlarını anlaşılır bir şekilde sunabilmeleri de hakem heyetinin yönetimi yetkisi dahilindedir. Kuralların 5. Maddesine göre ses ve görüntü iletiminde

sorun yaşanmaması için konuşmak isteyen katılımcının hakem heyetinden izin alması gerekmektedir. Konuşabilmek için izin isteyen katılımcıya izin verilip verilmemesi, konuşma süreleri konusunda tarafların eşitliği ve adil yargılanma hakkını zedeleyecek uygulamalardan kaçınılmalıdır.

Tahkim duruşması sırasında tanık ve bilirkişinin dinlenmesi ile bunların sorgulanmaları tarafların iddia ve savunmalarının desteklenmesi ve hakem heyetinin karar verebilmesi için çok önemlidir. Tanık ve bilirkişinin beyanları sırasında kullandıkları ifadeler kadar çapraz sorguda ve hakemlerin sorgulamalarında cevap verirken gösterdikleri jest ve mimikler de hakem heyetinin kanaat oluşturmada öneme sahiptir. Bu nedenle online duruşma esnasında da tanık ve bilirkişilerin düzgün bir şekilde izlenebiliyor olması gerekmektedir. ISTAC Çevrimiçi Duruşma Usul ve Esaslarının 8. maddesinde de bu ihtiyaca yönelik olarak ayrıntılı bir düzenleme getirilmiştir. Buna göre tanık ve bilirkişi görüntülü olarak duruşmaya katılmalı ve yüzü açıkça kamera tarafından görünebilir olmalıdır. Tanığın veya bilirkişinin yalnızca ses ile online duruşmaya katılamayacağı bu şekilde belirlenmiştir. Ayrıca, tanığın veya bilirkişinin yanında herhangi bir belge bulunup bulunamayacağına ve kendisine diğer katılımcılar tarafından bir belge gösterilip gösterilemeyeceğine de hakem heyetinin karar vermesi gerekir. Tanığın ve bilirkişinin bildiklerini ve düşüncesini başka bir etki ve yardım olmadan ifade edebilmesinin sağlanmasını amaçlayan bu maddenin uygulanmasında hakem heyeti gerekli tedbirleri alabilir.

Duruşma esnasında tercüman kullanılması da mümkün olmakla birlikte tercümanın da önceden hakem heyetine bildirilerek duruşmaya ne zaman, hangi katılımcının tercümesi için kullanılacağını bildirilmesi gerekmektedir. Kuralların 9. maddesine göre tercümanın tercümanlığını yaptığı kişinin yanında bulunması veya duruşmaya uzaktan da katılabilmesi mümkündür.

Duruşmanın idaresinden sorumlu olan hakem heyeti online duruşmanın sesli veya görüntülü olarak kaydedilip kaydedilmeyeceğine de karar verecektir. Hakem heyetinin kararı haricinde ise duruşmanın herhangi bir şekilde görüntü veya ses kaydı olarak kaydedilmesi 10. madde uyarınca yasaklanmıştır.

Online duruşmanın gerçekleştirilmesi açısından bir başka önemli husus ise hukuki dinlenilme hakkının sağlanmasıdır. Kuralların 7. maddesinde belirtilen hukuki dinlenilme hakkı, online duruşmanın her aşamasında ve her taraf için geçerlidir. Duruşmanın gizliliğinin sağlanması, yetkisiz kişilerin duruşma esnasında hazır bulunmaması ve tarafların iddia ve savunmalarını ortaya koymadan haksız bir şekilde engellenmemiş olması hukuki dinlenilme hakkının boyutlarındandır. Duruşma esnasında bir tarafın mikrofonun kesilmesi, internet bağlantısındaki sorun nedeniyle bir tanığın beyanlarının düzgün olarak anlaşılamaması, bir tarafın ilgisinin online duruşma salonuna alınmadan bekleme salonunda bekletilmesi hukuki dinlenilme hakkı ihlali iddialarını ortaya çıkarabilir. Bu konuda bir ihlalin söz konusu olmaması için hakem heyeti gerekli tedbirleri alacağı gibi hukuki dinlenilme hakkının ihlal edildiğine kanaat getirmesi halinde gerekçesini belirterek duruşmayı istediği zaman sonlandırabilir.

C. LEX ARBITRI AÇISINDAN ONLINE DURUŞMA

Tahkim yeri Türkiye’de olan ve MTK anlamında yabancılık unsuru içermeyen tahkim yargılamalarında HMK, yargılamanın usulü açısından emredici hükümlerine riayet edilmesi gereken *lex arbitri*’dir (statü kanunu).²³ Buna göre ISTAC Tahkim Kurallarına göre yürütülen tahkim yargılamalarında HMK tüm yargılama kuralları ve esasları bakımından riayet edilmesi gereken aksi halde hakem kararının iptaline sebep olabilecek kurallar koymuştur.

Online duruşmanın yapılması yargılama usulünün belirlenmesi ile ilgili olduğu için HMK madde 424’teki kuralın, ISTAC Çevrimiçi Duruşma Usul ve Esasları açısından da uygulanması söz konusudur. Buna göre taraflar HMK’daki emredici hükümlere riayet etmek şartıyla ISTAC Çevrimiçi Duruşma Usul ve Esaslarını seçebilirler. Taraflar arasında böyle bir anlaşma olmasa dahi hakem veya hakem kurulu ISTAC Çevrimiçi Duruşma Usul ve Esaslarının uygulanacağını kararlaştırabilir. Önceki bölümde sayılan çeşitli

23 Hakan Pekcanitez, Muhammet Özkes, Mine Akkan, Hülya Taş Korkmaz, **Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku**, İstanbul 2020 (Dinamik Kitap), s. 2604 vd.

yöntemlerle ve farklı zamanlarda tarafların online duruşma için kuralları kabul etmesi veya hakem heyeti tarafından halin şartlarına göre online duruşma yapmayı kararlaştırması mümkündür. Örneğin seyahat kısıtlamalarının olduğu, sağlık nedeniyle katılımcıların bir araya gelmesinin istenmeyeceği durumlarda hakem veya hakem kurulu duruşmaların online yapılacağını HMK'ya da uygun olarak kararlaştırabilir.

Burada dikkat edilmesi gereken en önemli husus HMK'daki hükümlerin ve tarafların anlaşmalarının uygulanması sırasında hukuki dinlenilme hakkının ihlal edilmemesidir. HMK madde 423'te tarafların hukuki dinlenilme hakkının kullanılması gerektiği tarafların eşitliği prensibi ile birlikte düzenlenmiştir. Buna göre tahkim yargılamasında tüm taraflar eşit hak ve yetkiye sahiptir. Tarafların herhangi bir şekilde hukuki dinlenilme hakkına zarar verecek anlaşma ve hakem kararları ile tarafların eşit işlem ve muameleye tabi tutulmadığı uygulamalar HMK'ya aykırılık teşkil edecektir. Online duruşma açısından tarafların teknik imkanlardan aynı ölçüde faydalandırılması, iddia ve savunmalarını sunmaları önünde, varsa, benzer kısıtlamaların söz konusu olması HMK'ya aykırı bir yargılama olmaması için gereklidir.

Online duruşmanın yapılmış kabul edileceği yerin tahkim yeri üzerindeki etkisiyle ilgili yukarıda yaptığımız açıklamalar HMK açısından tahkim yerinin belirlenmesinde de geçerlidir. HMK madde 425 uyarınca tarafların bir anlaşması yoksa hakem veya hakem kurulu olayın özelliklerine göre tahkim yerini belirler. Online duruşma yapıldığı durumda olayın özellikleri tahkim yeri olarak belirlenmiş olan yerden başka bir yerde duruşmaların yapıldığının kabul edilmesi nedeniyle artık o yerin tahkim yeri olması gerektiğini ortaya çıkarıyorsa hakem veya hakem kurulu böyle bir belirleme yapabilir. Ayrıca, HMK madde 429 uyarınca hakem veya hakem kurulu duruşma yapılması veya dosya üzerinden inceleme yapılmasına da karar verebilir. Online duruşma yargılamanın dosya üzerinden yürütülmesi demek değildir. Online duruşmada da fiziksel birliktelik halindeki duruşmanın tüm usuli özellikleri mevcuttur. Bu nedenle hakem heyeti de bu maddeye uygun olarak keşif, bilirkişi, tanık dinleme gibi tüm işlemlerin şeklini, süresini ve zamanını uygun bir süre önce taraflara bildirmek zorundadır.

Online duruşmanın yürütülmesi açısından dikkat edilmesi gereken bir başka husus ise, hakem kararının iptal davasına konu olursa duruşma açısından iptal sebeplerinin söz konusu olabilmesidir. HMK madde 439/2(e) uyarınca, online duruşma esnasında usul açısından tarafların anlaşmasına veya anlaşma yoksa HMK'ya aykırılık yapılmışsa ve bu durum kararın esasına etkili olmuşsa hakem kararları iptal edilebilir.²⁴ Tarafların online duruşma yapılacağını kararlaştırmış olmalarına rağmen hakem heyetinin fiziksel olarak birlikte olunarak duruşma yapması tarafların anlaşmasına aykırılık teşkil edecektir. Online duruşma için kullanılan teknik altyapının tarafların anlaşmasına aykırı olması halinde de söz konusu iptal sebebi gerçekleşmiş olacaktır.

Aynı maddenin (f) fıkrasında bir başka iptal sebebi olarak tarafların eşitliği ilkesi ve hukuki dinlenilme hakkına riayet edilmemesi kanun koyucu tarafından kabul edilmiştir. Tarafların iddia ve savunmalarını ortaya koymaları için kendilerine verilen süre, ispat vasıtaları ve bilirkişi ve tanıklarının online duruşma esnasında ortaya koyabilmeleri önem arz etmektedir. Anayasanın 36. maddesinde de ifade edilen hukuki dinlenilme hakkı tarafların hukuki durumlarını ispat edebilmeleri ve duruşmada gereği gibi temsil edilebilmeleri için gereklidir.²⁵ İnternet kesintisi, online duruşma yazılımının donması gibi problemler nedeniyle tarafların eşitliği ilkesine ve hukuki dinlenilme hakkına zarar verici işlemler yapılmamalıdır.²⁶ Aynı şekilde, tarafların duruşma esnasında elektronik olarak belge sunabilmesinin sağlanması da hukuki dinlenilme hakkının bir gereğidir.²⁷ Aksi takdirde bu madde

24 Bu sebebe dayanarak iptal davası açan tarafın usul hükmünün ihlalinin yanı sıra eğer bu ihlal olmasaydı verilecek hakem kararının doğru olacağını da da ispat etmesinin gerektiği, bu sebeple de mutlak bir iptal sebebi olmadığı, hakem kararının iptaline sebebiyet veren nispi bir iptal sebebi olduğu belirtilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Pekcanitez, Özkes, Akkan, Taş Korkmaz, a.g.e., s. 2759 vd.

25 Hukuki dinlenilme hakkı Anayasa'nın 36. Maddesinde de düzenlenmiş olup iki tarafın da karar için önemli olan vakıalar hakkında iddia ve savunmalarını ifade edebilmeleri, kendilerini temsil ettirebilmeleri, davalarını ispat için dilekçeler verebilmeleri, duruşmalara katılabilmelerini ifade etmektedir. Ayrıca bkz. Pekcanitez, Özkes, Akkan, Taş Korkmaz, a.g.e., s. 2764, 2765.

26 Hakemlerin, tarafların eşitliği ilkesi uyarınca, taraflara iddia ve savunmalarını ileri sürmeleri için iddia ve savunmalarını ortaya koyabilmeleri için uygun bir şekilde fırsat vermeleri gerekmektedir.

27 Özellikle, bir tarafın hakem heyetine sunduğu belge ve delillerin bilerek ve kötü niyetle dikkate alınmamış olmasının şeklen hakkın yerine getirilmemesi olduğu ve hukuki dinlenilme hakkının ihlali olarak kabul edilmesi gerektiği ifade edilmektedir.

uyarınca iptal sebebi oluşmuş olacaktır. Hukuki dinlenilme hakkının ihlal edildiğinin iddia edildiği hakem heyeti kararının iptali davasında, Yargıtay “yapılan yargılama ve çözüm üretiminde tarafların iddia ve savunmalarını sunmaları konusunda her bir tarafa eşit olanak ve süre tanınması” gerektiğini belirtmiştir.²⁸ *Tüm yargılama aşamalarında olduğu gibi online duruşma esnasında da tarafsızlığın korunması ve tarafsızlık şüphesini uyandıracak işlemler yapılmamalıdır. Ancak, bilirkişi incelemesi yaptırılmasından vazgeçilerek karar verilmesinin her zaman tarafların eşitliği ilkesinin ve hukuki dinlenilme hakkının ihlali teşkil etmeyeceği de Yargıtay tarafından vurgulanmaktadır. Online duruşma esnasında bilirkişi deliline başvurma engellemenin yargılamanın yürütülmesi açısından herhangi olumsuz bir sonuç doğurmayacak olması, tarafların iddia ve savunmaları için gereken imkanın zaten sağlanmış olması durumunda iptal sebebi doğuran bir ihlalden bahsedilemeyecektir.*

Tahkim yeri Türkiye’de olan ve 4686 sayılı MTK madde 2 anlamında yabancılık unsuru içeren veya tarafların ya da hakem heyetinin MTK’nın uygulanmasını kararlaştırdığı uyuşmazlıklar hakkında MTK *lex arbitri* olarak uygulanacaktır. HMK’nın emredici hükümleri bakımından yaptığımız açıklamalar MTK’ya teb’an icra edilen tahkimler için de geçerlidir. MTK madde 8 uyarınca taraflar yargılama kuralları olarak ISTAC Çevrimiçi Duruşma Usul ve Esaslarını seçebilirler. MTK’da online duruşma yapılmasını engelleyen bir emredici hüküm bulunmamaktadır.

Tarafların anlaşmaları saklı kalmak kaydıyla, hakem heyeti online duruşma yapılması halinde MTK madde 11(A)’ya göre duruşmada bilirkişi, tanık, belge gibi delillerin sunulması ile katılımcıların duruşmadaki konuşma süreleri ile duruşmanın yürütülmesine ilişkin kuralları belirleyecektir. MTK’nın emredici nitelikteki madde 8(B)’de yer alan tarafların eşitliği hakkındaki hükmü her zaman geçerli olacaktır. Buna göre online duruşmada tarafların iddia ve savunmalarını ileri sürme haklarını zedeleyecek işlemler yapılamayacaktır. Hukuki dinlenilme hakkına aykırı olarak katılımcıların internet bağlantısının kestirilmesi, görüntü veya sesinin kapatılması MTK’ya tabi tahkimde de usuli bir ihlal teşkil edecektir.

Bkz. Pekcanitez, Özkes, Akkan, Taş Korkmaz, a.g.e., s. 2768 vd.

28 *Yargıtay Kararı - 15. HD., E. 2019/1062 K. 2019/2725 T. 12.6.2019 Lexpera, Erişim Tarihi 30/06/2020.*

Hakem kararlarının iptali davasını düzenleyen 15. maddeye göre ise “(f) tahkim yargılamasının, usul açısından tarafların anlaşmalarına veya bu yönde bir anlaşma bulunmaması halinde, bu Kanun hükümlerine uygun olarak yürütülmemesi ve bu durumun kararın esasına etkili olması” ile “(g) tarafların eşitliği ilkesinin gözetilmemesi” hallerinde hakem kararının iptali söz konusu olabilir. Burada sayılan ihlalin hakem kararının iptaline sebep olabilmesi için kararın esasını etkileyecek derecede ciddi bir ihlal olması gerekir. Bir tarafın dayandığı keşif delilinin ve karşı tarafın ticari defterlerinin hakem heyeti tarafından incelenmemesi uyuşmazlığın şartlarına göre eşit davranma ilkesinin ihlali olarak kabul edilebilir.²⁹ Buna karşılık, söz konusu ihlalin tarafların hukuki dinlenilme hakkına riayet konusunda basit bir ihlal oluşturması ve online duruşmada iddia ve savunmaların sunulmasını etkilememesi durumlarında hakem kararının iptali söz konusu olmayacaktır. Ancak, tarafın iddia ve savunma hakkını kullanmasını engelleyecek şekilde duruşma esnasında kendisine söz verilmemesi, iddia ve savunmalarının dinlenmemesi gibi bir usulsüzlük veya noksanlık ya da online duruşma esnasında delillerin sunulmasıyla ilgili usule aykırılıklar MTK anlamında tarafların eşitliği veya hukuki dinlenilme hakkının ihlali olarak kabul edilmelidir.³⁰

II. ADCCAC TAHKİM KURALLARINA GÖRE ONLINE DURUŞMA

Tahkim yargılamasında online duruşmaların yapılabilmesi için tahkim merkezlerinin online duruşma kuralları koymasına gerek yoktur. Herhangi bir tahkim merkezi kurallarına göre icra edilmeyen *ad hoc* tahkimde dahi duruşmaların online yapılması mümkündür. Bunun nasıl mümkün olduğu

29 Ankara 4.ATM E.2007/192 K.2007/309 ve 25.07.2007 T. Kararında taraflardan birinin delil olarak dayandığı keşif delilinin ve karşı taraf defterlerinin incelenmemesini eşit davranma ilkesinin ihlali olarak kabul edilmiş ve hakem kararı MTK m.15/1/g’ye istinaden iptal edilmiştir. Karar yayınlanmamıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Şanlı, a.g.e., s. 375.

30 Ceyda Süral, **Hakem Kararlarının İcrası ve İptal Davası**, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, Özel Sayı 2014, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan, s. 1399 vd. <https://hukuk.deu.edu.tr/wp-content/uploads/2015/09/CEYDA-S%c3%9cRAL.pdf> (Erişim Tarihi 30/06/2020).

incelemek için seçtiğimiz ADCCAC’de de herhangi bir online duruşma kuralı bulunmamaktadır. Ancak, Türk tabiiyetindeki şirketlerin de yoğun olarak davacı veya davalı olarak bulundukları ADCCAC’deki online duruşma uygulamasının incelenmesi hem doktrine hem de pratikteki uygulayıcılar için faydalı olacaktır. Ayrıca, BAE Tahkim Kanununda elektronik iletişim vasıtalarının düzenlenmiş olması da online duruşma açısından incelenmeye değer bir konudur.³¹

A. UYGULANMA ŞARTLARI

Bir kurumsal tahkim merkezi olarak Abu Dabi Tahkim Merkezi tahkim yargılamasının gerçekleştirilmesi için taraflarca yetkilendirilebilir, yargılamasının Abu Dabi Tahkim Merkezi Tahkim Kurallarına göre gerçekleştirileceği kabul edilebilir. Taraflar asıl sözleşmeleri içindeki bir tahkim şartı şeklinde veya ayrı bir tahkim sözleşmesi şeklinde bu anlaşmayı yapabilir.

Tahkim sözleşmesinde duruşmaların online ortamda yapılabileceği kararlaştırılmışsa bu anlaşmanın hakem heyeti tarafından uygulanması mümkündür. Taraflar detaylı olarak online duruşmanın nasıl yapılacağı belirleyebileceği gibi yalnızca online duruşma olacağını belirtmekle de yetinebilir. Taraflar arasındaki tahkim anlaşmasında bu yönde bir hüküm olmasa dahi davacı tahkim talebinde online duruşma ister ve davalı da bunu tahkim talebine cevabı ile kabul ederse yine tarafların bu konudaki anlaşması gerçekleşmiş olacaktır.

ADCCAC Tahkim Kurallarının 5(5). maddesine göre tahkim talebinin Merkez tarafından kaydedildiği tarihte dava açılmış sayılır. Bu tarihten sonra online duruşma yapılacağının kabul edilmesi mümkündür.

31 3 Mayıs 2018 tarihli 6 sayılı Federal Tahkim Kanunu BAE’de tahkim olanaklarının geliştirilmesi, modern iletişim imkanlarıyla tahkim yargılaması yapılmasını amaçlayarak yenilikçi bir takım hükümler getirmiştir. Modern teknolojilerin kullanılması Yeni Tahkim Kanunu olarak adlandırılan bu kanunun önemli yeniliklerinden olmuştur. Bu Kanun hakkında ayrıca bkz. Alain N. Farhad, **The United Arab Emirates’ New Arbitration Legislation: A Giant Leap Forward?**, Journal of International Arbitration (Scherer (ed.); Aug 2019), s. 523 vd, Wolters Kluwer, Kluwer Arbitration Online (Erişim Tarihi: 30/06/2020).

ADCCAC Tahkim Kurallarının 15. maddesine göre taraflar anlaşarak yargılamanın usulünü belirleyebilirler.³² Ayrıca, hakem heyeti, tarafların anlaşması olmasa dahi yargılamada geçerli usuli kuralları belirlemesi yetkisine sahiptir. Yargılamada geçerli usul kurallarının kapsamına online duruşma yapılması da dahildir. Örneğin, salgın bir hastalık nedeniyle ülkelerarası seyahatin mümkün olmaması veya davada gecikmelerin önlenmesi için taraflar duruşmaların online yapılmasını seçebilirler. Hakem heyeti, Kuralların 14. maddesine göre online duruşmanın gerçekleştirilmesinde hukuki dinlenilme hakkına riayet etmek kaydıyla yönetim hakkına sahiptir.³³

B. UYGULANMA YÖNTEMİ

ADCCAC Tahkim Kurallarında online duruşma hakkında özel kurallar bulunmadığı için bu konudaki taraf anlaşmasının veya hakem heyeti kararı büyük öneme sahiptir. Online duruşmanın katılımcılarının sisteme katılması, sunumlarını yaparken dikkat edilecek hususlar, belgelerin elektronik olarak sunulması gibi birçok yönü hakkında ayrıntılı bir anlaşma veya kararın varlığı gereklidir. Taraflar veya hakem heyetince yapılacak düzenlemeler BAE'nin 2018 tarih ve 6 sayılı Federal Tahkim Kanunu'ndaki emredici hükümlere uygun olduğu sürece geçerli olacaktır.

Genel olarak Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu ("UNCITRAL") Model Tahkim Kanunu temel alınarak oluşturulmuş olan Tahkim Kanunu modern iletişim imkanlarının tahkimde kullanılması imkanlarını da içerecek şekilde çeşitli farklılıklara da sahiptir. Örneğin, hakem kararının elektronik imza ile imzalanabileceği, duruşma ve hakem toplantılarının elektronik iletişim vasıtalarıyla uzaktan

32 ADCCAC Tahkim Kuralları Madde 15: "Tahkim usulüne, tarafların anlaştığı usul kuralları uygulanır. Böyle bir anlaşma yoksa, bu Kurallarda bulunan hükümler uygulanır. Bu Kurallarda da hüküm bulunmayan hallerde, Hakem Heyeti uygulanacak usuli kuralları belirler".

33 ADCCAC Tahkim Kuralları Madde 14: "Tarafların anlaşması ve bu Kurallardaki hükümler saklı kalmak kaydıyla, Hakem Heyeti uygulanacak kurallara karar verme konusunda takdir hakkına sahiptir, uygun gördüğü usulü benimseyebilir. Ancak, taraflara eşit muamele edilmesi ve her bir tarafın davasını sunması için tam imkan verilmiş olması gerekir."

yapılabileceği kanunda öngörülmüştür. Bunun dışında, Tahkim Kanununda birkaç istisna dışında usuli konularda emredici kuralların olmadığını da belirtmek gerekmektedir.³⁴ Bu sayede, 23. maddesinde de belirtildiği üzere Tahkim Kanunu, taraflara usuli konulara uygulanacak hukuku seçme konusunda özgürlük tanımıştır.

Tahkim yargılamasının yapıldığı yer de ADCCAC Tahkim Kuralları uyarınca taraflarca seçilebilir. Aksi kararlaştırılmadıkça bu yer Abu Dabi olacaktır. Tahkim Kurallarının 17. maddesi ADCCAC Merkez Komitesi'ne tahkim yargılamasının özelliklerine göre tahkim yeri olarak farklı bir yerin kabul edilmesi imkanını vermiştir.³⁵ *Lex arbitrinin* belirlenmesi ve iptal davasının açılması konularında önemli olabilecek olan bu yer online duruşmanın yapılması nedeniyle özellik arz edebilir. Hakemlerin her birinin katıldığı yer, tarafların ve vekillerinin her birinin katıldığı yer, merkezin bulunduğu yer, video veya telekonferans sisteminin bulunduğu yer online duruşmanın gerçekleştiği yer olarak düşünülebilir.

BAE Tahkim Kanununun tahkim yerini düzenleyen 28. maddesi de benzer hususları tekrar etmekle birlikte online duruşma için bir hüküm içermektedir. Buna göre hakem heyeti, aksi kararlaştırılmadıkça, modern iletişim yöntemlerini kullanarak veya elektronik teknoloji vasıtalarından faydalanarak tahkim duruşmalarını gerçekleştirebilir. Bu madde de göstermektedir ki duruşmaların online olarak yapılması BAE Tahkim Kanununa uygun olacaktır. Elektronik teknoloji vasıtalarının kullanılabilmesinin belirtilmiş olması internet, blockchain veya farklı bir uzaktan ses ve görüntü aktarımı şeklindeki yöntemle duruşmaların yapılabilmesine olanak sağlamaktadır.

34 Bu istisnalardan biri BAE Federal Medeni Usul Kanunu Madde 211'de yer almaktadır. Bu maddeye göre mahkemede tanıklık edebilmek için yemin etmek şarttır.

35 ADCCAC Tahkim Kuralları Madde 17: "Taraflar farklı bir yer kararlaştırmadırsa, tahkim yeri Abu Dabi'dir. Merkez Komitesi tahkim yargılamasının özelliklerine göre farklı bir yer kararlaştırabilir. Hakem Heyeti taraflarla görüştüktan sonra bazı duruşmaları, toplantıları uygun gördüğü başka bir yerde de yapabilir. Tahkim yargılamasının durumuna göre değerlendirme yapılacaktır. Hakem kararı da bu belirlenen yerde verilmiş olacaktır."

BAE Tahkim Kanununun 33. maddesine göre tahkim duruşmaları, tarafların fiziken bir arada bulunması gerekli olmaksızın modern iletişim yöntemleri kullanılarak gerçekleştirilebilir.³⁶ Bu sayede online duruşma yapılması *lex arbitri* açısından da mümkündür.³⁷ Tahkim Kurallarının 24. maddesine göre online duruşma yapılıp yapılmayacağına ilişkin karar hakkında teknik detayları, katılımcıların duruşma esnasında uymaları gereken kuralları hakem heyeti önceden taraflara bildirmek zorundadır.³⁸ Kullanılacak olan online yazılım, katılım yöntemi ile tüm teknik detayların önceden belli olması gerekmektedir. Buna rağmen taraflardan birinin online duruşmaya mazeretsiz katılmaması halinde hakem heyeti duruşmaya devam edebilir.

Aynı madde uyarınca online duruşmanın gizli olması gerekir. Bu durum tahkimin tercih edilme nedenlerinden biri olan tarafların özellikle ticari sırlarının korunması şeklindeki temel prensibe de uygundur.³⁹ Ancak, ISTAC Çevrimiçi Duruşma Usul ve Esaslarının aksine gizliliğin nasıl ve kim tarafından sağlanacağı ayrıca belirtilmemiştir.⁴⁰ Bu durumda katılımcıların yanın-
da kimlerin olabileceğinin, bilirkişi, tanık gibi diğer katılımcıların herhangi

36 Milletlerarası tahkimde bazı durumlarda dosyaya sunulan belge ve bilgilerin duruşma yapılmadan uyumsuzluğun çözümünü sağlamaya elverişli olduğu hk. bkz. Akıncı, a.g.e., s. 215.

37 Tahkim Kanununda belirtilen elektronik iletişim araçlarıyla duruşmanın gerçekleştirilebileceği ifadesi video konferans ve tele konferans yöntemlerini kapsamakla birlikte bunlarla sınırlı değildir. Aynı yönde bkz. Anne K. Hoffmann, **The New Arbitration Law of the United Arab Emirates – Two Steps Forward?**, SchiedsVZ - German Arbitration Journal (Risse, Pickrahn and Mazza (eds); Jun 2019), s.128, Wolters Kluwer, Kluwer Arbitration Online (Erişim Tarihi: 30/06/2020).

38 ADCCAC Tahkim Kuralları Madde 24: “Duruşma yapmaya karar verilirse, Hakem Heyeti bunu önceden taraflara bildirir. Taraflardan biri mazeretsiz olarak katılmazsa, yargılamaya devam edilebilir. Aksi yazılı olarak kararlaştırılmadıkça, duruşmalar gizlidir. Hakem heyeti duruşmaların gerçekleştirilmesi için gerekli tüm tedbirleri alır.”

39 BAE’de gerçekleştirilen tahkim yargılamalarında yargılamanın gizliliğinin sağlanmasının önemi hem mahkeme kararları hem de doktrin tarafından ifade edilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Omar M.H. Aljazy, **Confidentiality vs Enforcement: The Treatment of Arbitral Awards by National Courts in Arab States**, Liber Amicorum Samir Saleh: Reflections on Dispute Resolution with Particular Emphasis on the Arab World (Ziadé (ed.); Ekim 2019), s.8 vd, Wolters Kluwer, Kluwer Arbitration Online (Erişim Tarihi: 30/06/2020).

40 Tahkim yargılamasının gizliliği temel ilkelerden biridir ve tahkim duruşmalarının, devlet yargısı duruşmalarının aksine, herkese açık olması gibi bir zorunluluk yoktur. Ayrıca bkz. Akıncı, a.g.e., s. 216.

bir belge veya başka bir kişiden yardım alıp alamayacağını da usuli bir karar ile belirlenmesi gerekir. Ancak belirtmek gerekir ki Kuralların 33. maddesine göre taraflar, aksi kararlaştırılmadıkça, online duruşmadaki görüşmelerin, belgelerin ve tüm işlemlerin gizliliğini korumakla yükümlüdür. Bu nedenle duruşmaların taraflarca hakem heyetinin kararı olmadan kayda alınması mümkün olmayacaktır. Ayrıca, tarafların gizlilik yükümlülüğü nedeniyle, duruşmalarda sunulan tüm belgelerin, tanık ve bilirkişi ifadelerinin, tüm kayıt ve işlemlerin gizliliği de online duruşma esnasında da geçerlidir.

Tahkim Kanunu ise duruşmadaki gizlilik yükümlülüklerine ilişkin birkaç ilave husus daha getirmiştir.⁴¹ Tahkim Kanunu’nun 33. maddesine göre tüm duruşmalar aksi taraflarca kararlaştırılmadıkça video kamera ile kaydedilecektir. Bu madde ile online duruşmada kullanılan yazılım üzerinden ses ve görüntü kaydının yapılması zorunluluğu getirilmiştir. Ayrıca, gerçekleştirilen her duruşma Hakem Heyeti tarafından kaydedilip yazılı tutanak olarak taraflara verilmek zorundadır.

C. İPTAL VE TENFİZ DAVALARINDA KARŞILAŞILABİLECEK SORUNLAR

Online duruşma yapılması hakkında kararlaştırılan usule veya *lex arbitri* olarak BAE Usul Kanunundaki emredici hükümlere aykırılık hakem kararının iptali sonucunu doğurabilir. ADCCAC Tahkim Kurallarının 26. maddesinde usule aykırı bir işleme karşı itiraz edilmemesi durumu düzenlenmiştir. Buna göre taraflardan biri online duruşma hakkında usule

41 BAE Federal Tahkim Kanunu Madde 33:

“1. Tüm duruşmalar aksi taraflarca kararlaştırılmadıkça video kamera ile kaydedilecektir.

2. Aksi taraflarca kararlaştırılmadıkça, Hakem Heyeti duruşma yapıp yapmamaya, duruşmaların yazılı olarak dosya üzerinden yapılıp yapılmayacağına karar verir.

3. Duruşmalar, tarafların fiziken bir arada bulunması gerekli olmaksızın modern iletişim yöntemleri kullanılarak gerçekleştirilebilir.

4. Hakem heyeti duruşmaların nasıl ve ne zaman yapılacağı ile ilgili taraflara yeterli bir süre önceden bildirimde bulunmak zorundadır.

(...)

6. Gerçekleştirilen her duruşma Hakem Heyeti tarafından kaydedilip yazılı tutanak olarak Taraflara verilmek zorundadır.”

aykırılık varsa makul bir süre içinde itiraz etmeli, yoksa söz konusu usule aykırılık kabul edilmiş sayılır. Buradaki ihlalin *lex arbitrinin* emredici hükümlerine değil hakem heyetinin kararları ve tarafların anlaşması hakkındaki usuli hükümlere ilişkin olduğunu belirtmek gerekir.

Hukuki dinlenilme hakkı tahkim yargılamasının yürütülmesinde her zaman etkili bir prensiptir. Tarafların delillerini sunma imkanından mahrum bırakılması hem iptal davasında hem de New York Sözleşmesine göre tenfizin reddi sebebi oluşturabilir. Zira savunma haklarının ihlal edilmesi her iki düzenleme açısından da iptal sebebi olarak düzenlenmiştir.

Tahkim Kanununun 26. maddesi uyarınca tahkim yargılamasının taraflarına eşit muamele yapılmalı ve her bir tarafa kendi iddia ve savunmalarını sunabilmek için tam imkan sağlanmış olmalı. Online duruşma talebinin değerlendirilmesinden duruşmanın sonuna kadar söz konusu eşit muamele ilkesinin muhafaza edilmesi gerekmektedir. Tarafların mikrofonunun kesilmesi, duruşma sonrasında yazıya çevrilen online duruşmada bir tarafın tüm iddia ve savunmalarının yer almaması veya bir tarafın diğer taraf tanığına internet bağlantısının zayıflığı nedeniyle soru sormaması gibi durumlar eşitliği zedeleyebilir. Tahkim Kanununun 54. maddesi ise tarafın kendi iddia ve savunmasını ortaya koymasının engellendiği durumlarda hakem kararının iptal edilebileceğini düzenlemiştir. Ayrıca online duruşmanın tarafların anlaşmasındaki usul kurallarına uygun olmadan yürütülmesi de iptal sebebi olarak kabul edilmiştir.

Hukuki dinlenilme hakkı ve tarafların eşitliğinin online duruşmada korunması ADCCAC Tahkim Kurallarına teb'an icra edilmiş olan hakem kararının başka bir ülkede New York Sözleşmesine göre tenfizi aşamasında da önemli olacaktır.⁴² New York Sözleşmesinin V/1-b maddesine göre karar davalının savunma haklarına riayet edilerek verilmemiş ise hakem kararının tenfizin reddedilebilir. Taraflara online duruşma usulünün detaylarının bildirilmemiş olması söz konusu tenfizi ret sebebini ortaya çıkarabilir.⁴³

42 BAE, 1958 tarihli Yabancı Tahkim Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında New York Sözleşmesi'ne taraf bir ülkedir.

43 Yargıtay 11 HD E.2001/6144 K.2001/9045 T.19.11.2001 tarihli kararına konu olayda yargılama süreci davalı tarafa faks ve posta yolu ile tebliğ edilmiştir. Yargıtay

Ayrıca, V/1-d maddesine göre tahkim prosedürü taraflar arasındaki anlaşma hükümlerine, anlaşmada hüküm yoksa tahkim prosedürünün cereyan ettiği ülke hukukuna, uygun olmadığında da tenfiz reddedilmesi söz konusu olabilir.

SONUÇ

Özellikle Covid-19 salgını döneminde yargılama işlemlerinin gerçekleştirilebilmesi için bir seçenek olarak uygulanmaya başlanan online duruşma şimdiden normal zamanlarda dahi kullanılır hale gelmeye başlanmıştır. Tahkim katılımcılarının seyahat süresinde kaybettikleri zaman ve paranın azaltılması konusunda online duruşma önemli kazançlar vaat etmektedir. Ancak vurgulamak gerekir ki online duruşma, fiziksel olarak bir araya gelinen duruşmanın bir tekrarı olmamalıdır. Bunun yerine tahkimin hız ve etkililik özelliklerini öne çıkaracak yeni yöntemlerin söz konusu edilmesi yerinde olacaktır. Örneğin, uzun saatler süren duruşmaların, günlerce devam eden tanık ve bilirkişi dinlemelerin yerindeliği sorgulanmalıdır. Bunun yerine elektronik iletişimin sağladığı hız imkanından faydalanarak tahkimin niteliğinden ödün vermeden yargılama faaliyetini gerçekleştirmek mümkündür.

Online duruşmanın sağladığı avantajların artırılması ve tahkim yargılamasının usule uygun yürütülebilmesini sağlamak için alınması gereken bazı tedbirler vardır. ISTAC Çevrimiçi Duruşma Usul ve Esasları bu alandaki önemli bir yeniliği oluşturmuştur. Türkiye’de tahkimin gelişmesi için bir adım olan söz konusu kuralların sürekli yenilenerek geliştirilmesi gerekmektedir. Katılımcıların hukuki dinlenilme hakkının korunması için yapılan düzenlemelere riayet edilmesi geçerli ve icra edilebilir hakem kararlarının varlığı için gereklidir. ADCCAC tarafından online duruşma özelinde getirilmiş ayrı kurallar olmamakla birlikte BAE Tahkim Kanununun elektronik iletişim vasıtalarına verdiği önem nedeniyle online duruşmaların

verdiği kararda buradaki tebligatların mahkemelerde öngörülen tebligat kurallarına yapılmasına gerek olmadığını, tahkim prosedürünün tebliğ edildiğini gösteren mevcut kanıtların aksi davalı tarafça kanıtlanamadığı için davacının tenfiz isteminin kabulünün gerektiğini belirtmiştir. Lexpera, Erişim Tarihi 30/06/2020.

ADCCAC bünyesindeki tahkim davalarında da kullanılması mümkündür. Burada da dikkat edilmesi gereken husus online duruşmanın yürütülmesinde katılımcıların hukuki dinlenilme haklarına riayet edilmesidir.

Belirttiğimiz gerekliliklerin yerine getirilmesi için özellikle tahkim merkezleri rehber veya tavsiye niteliğinde şablon kararlar oluşturabilir. IBA Uluslararası Tahkimde Delillerin Toplanması Hakkında Kurallar veya Prag Kuralları gibi ihtiyari kuralların online duruşmalar hakkında da varlığı online duruşmalara olan güveni ve uygulama isteğini de artıracaktır. Bunun için öncelikle, Milletlerarası Ticaret Odası (International Chamber of Commerce, ICC) rehberinde olduğu gibi bir protokol (*Cyber protocol*) yapılması veya görev belgesinde online duruşma hakkındaki veri güvenliği, gizliliğin korunması, elektronik iletişim ve elektronik arşiv (*electronic bundle*) paylaşımı gibi unsurların düzenlenmesi yerinde olacaktır. Ayrıca, özellikle ISTAC'ın Çevrimiçi Duruşma Usul ve Esaslarına işlerlik kazandırabilmek için bir kontrol listesi (*checklist*) hazırlanarak online duruşma yeri, zaman dilimleri, konuşmaların yazıya geçirilmesi, duruşmaların başlangıç ve bitiş tarihleri gibi detayların belirlenmesi yerinde olacaktır. tarafların dayandıkları delillerin online kopyalarının tutulduğu bir elektronik arşiv de online duruşma esnasındaki referansların takibi için faydalı olacaktır. Ayrıca, farklı tahkim merkezleri kendi ülkelerindeki tahkim taraflarının başka ülkelerdeki tahkim merkezlerindeki yargılamalar için kendi elektronik sistemlerini kullanmalarına müsaade edebilir. ICC'nin yaptığı gibi farklı tahkim merkezleri arasında işbirliği protokolleri yapılabilir ki farklı tahkim merkezleri arasında bu şekilde anlaşma yapılabilir. Son olarak, online duruşma için öncülük yapmış olan ISTAC tarafından online duruşmanın yürütüleceği çevrimiçi bir sistemin oluşturulması işlevselliğin artırılması için gereklidir.

KAYNAKÇA

Akıncı, Ziya: *Milletlerarası Tahkim*, İstanbul 2016, 4. Baskı.

Aljazy, Omar M.H.: *Confidentiality vs Enforcement: The Treatment of Arbitral Awards by National Courts in Arab States*, Liber Amicorum Samir Saleh: Reflections on Dispute Resolution with Particular Emphasis on the Arab World (Ziadé (ed.); Ekim 2019).

Born, Gary: *International Arbitration: Law and Practice*, Kluwer Law International 2012.

Çalışkan, Yusuf: *Uluslararası Satım Hukukunda Kanunlar İhtilafı Meseleleri*, Beta Yayınları, İstanbul 2014.

Farhad, Alain N.: *The United Arab Emirates' New Arbitration Legislation: A Giant Leap Forward?*, Journal of International Arbitration (Scherer (ed.); Ağustos 2019).

Hoffmann, Anne K.: *The New Arbitration Law of the United Arab Emirates – Two Steps Forward?*, SchiedsVZ - German Arbitration Journal (Risse, Pickrahn and Mazza (eds); Jun 2019).

Kaufmann-Kohler, Gabrielle: *Soft Law in International Arbitration: Codification and Normativity*, Journal of International Dispute Settlement 2010.

Pekcanıtez, Hakan; Özekes, Muhammet; Akkan, Mine; Taş Korkmaz, Hülya: *Pekcanıtez Usul Medeni Usul Hukuku*, İstanbul 2020 (Dinamik Kitap).

Smith, Bill; Mazzawi, Maria: *The Good, the (Not) bad and the Uncertain: The Impact of the UAE's new Federal Arbitration Law*, International Journal of Arab Arbitration.

Süral, Ceyda: *Hakem Kararlarının İcrası ve İptal Davası*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, Özel Sayı 2014, Prof. Dr. Hakan Pekcanıtez'e Armağan.

Şanlı, Cemal: *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*, İstanbul 2019, 7. Baskı.

Şanlı, Cemal; Esen, Emre; Ataman-Figanmeşe, İnci: *Milletlerarası Özel Hukuk*, İstanbul 2019, 7. Baskı.

COVID-19 PANDEMİ DÖNEMİNDE HOME-OFFICE UYGULAMASINA İLİŞKİN TÜRK VE ALMAN HUKUKU'NDA MUKAYESELİ BİR DEĞERLENDİRME

Doç. Dr. Yeliz BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU*

Özet

Covid-19 ile mücadele sürecinde dijitalleşme önemli bir enstrüman halini almış olup hem özel sektör hem de kamuda kurumların işlevlerini yerine getirebilmesine hizmet eden bir araç olarak görülmeye başlamıştır. Pandemi öncesinde de dijital çağın imkanlarından yararlanarak kısmen veya tamamen uzaktan çalışma yöntemleri kullanılsa da gerek işçi gerekse işverenlerin büyük bir bölümü bu imkân ve çalışma yöntemi ile ilk defa pandemi döneminde tanışmıştır. Zira olağan dönemde iş görme edimini işyerinde ifa eden çalışanların uzaktan çalışma sistemlerine geçirilmesiyle, pandeminin çalışma hayatında yarattığı olumsuz etkiler giderilmeye ve sosyal izolasyon sağlanmaya çalışılmıştır.

Home-Office çalışma, Türk Hukuku ve mukayeseli hukuk bakımından yeni bir kavram olmamakla birlikte, pandemi dönemiyle birlikte halihazırda bu yöntemle çalışmayan işçilerin de Home Office çalışmaya geçirilmesi ile çeşitli güncel hukuki tartışmaların konusu olmuştur.

Çalışmamızda, Covid-19 dönemi özelinde, geçici bir şekilde başvuru alan Home-Office çalışma ile sınırlı olarak, pandemi dönemi ve sonrasında ortaya çıkabilecek hukuki soru ve sorunlara, Türk ve Alman Hukuku'ndaki genel prensip ve düzenlemeler çerçevesinde yanıt bulunmaya çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Home-Office, evde tele çalışma, uzak ekipler, veri güvenliği, iş sağlığı ve güvenliği

* İbn Haldun Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

Abstract

Digitalization becomes an important instrument during the period of global struggling against Covid-19 outbreak, while it has been regarded as a great service for maintaining the functionality of organisations in both private and public sectors. Although before Pandemia, remote working systems has been used partially or fully by some organisations benefiting from the opportunities served by the digital era, most of the employees and employers have been acquainted with these opportunities for the first time. Because with the adaptation of the usual working systems of the employees performing in the workplaces before pandemic, into remote working systems, the negative impacts of Pandemia in business life is tried to be eliminated and social isolation is maintained.

Though Home-Office working system is not a newly introduced notion in Turkish Law or Comparative Law, it has been the subject of recent legal discussions with the emerging Pandemia period.

In our citation, we will try to provide answers to the legal issues defined in the abstract of our citation within the framework of the general principles and regulations in Turkish and German Law with being limited to temporarily applied Home-Office working system specifically during the Covid-19 Pandemia period.

I. GİRİŞ

Home-Office çalışma veya mobil (hareket halinde) çalışma (unterwegs) bilindiği üzere genellikle çalışanların da arzu ettiği ve giderek popülerliği artan çalışma yöntemlerindendir¹. Günümüzde bazı işler açısından

- 1 Almanya'da pandemi öncesindeki dönemde de Home Office çalışmanın artışta olduğu gözlenmekle birlikte, bu artışın pek de hızlı gerçekleşmediği tespit edilmiştir. 2013 yılında 50 ve daha fazla çalışanı olan şirketlerde %19 oranında Home Office çalışma görülürken, 2017 yılında bu oran %22 olmuştur. Almanya'daki işletmelerin temsil edildiği 2018 IAB Paneli verilerine göre, işletmelerin yaklaşık %26'sı mobil çalışma imkanı sunmaktadır. Bunlardan %15'i hem Home Office hem de mobil ofise imkan tanımaktadır. Sosyal güvenlik primine tabi 50 ve daha fazla çalışanı olan işletmelerin dikkate alındığı Linked Personnel Panel (LPP) verilerine göre oran, daha çok sayıda çalışanı olan işletmelere odaklanıldığından IAB verilerinden daha yüksektir. Buna göre, 2014 ile 2016 yılları arasında oran %32 den %37 ye yükselmiş olup, işletmelerin yaklaşık 1/6'sı haftada en az bir gün Home Office çalışmaya izin vermişlerdir. İşletme büyüklüğü ve çalışan sayısı arttıkça bu oranda artış göstermektedir. Örneğin, yüzden az çalışanı olan her beş şirketten birinde Home Office çalışma olanağı sunulmuşken, bu oran 500 ve daha fazla çalışanı olan işletmelerde %57'dir. Philipp Grunau, Kevin Ruf, Susanne Steffes and Stefanie Wolter, 'Mobile Arbeitsformen aus Sicht von Betrieben und Beschäftigten Homeoffice bietet Vorteile, hat aber auch Tücken' (11|2019) IAB-Kurzbericht 1-2. <http://doku.iab.de/kurzber/2019/kb11119.pdf> Erişim Tarihi: 04.05.2020. 2019 yılında yapılan bir araştırmaya göre, İtalya'da çalışanlarına Home Office çalışma imkânı sunan şirketlerin oranı 100 ve daha fazla çalışanı olan şirketler bakımından %20'dir. Daha az çalışanı olan şirketlerde ise bu oran daha düşüktür. <https://www.statista.com/statistics/1104346/share-of-companies-offering-home-office-in-italy/> Erişim Tarihi 03.05.2020. Farklı ülkelere ilişkin veriler için bkz. Michal Beño, 'Working In The Virtual World – An Approach To The "Home Office" Business Model Analysis', (2018) 8 (1) Journal Of Interdisciplinary Research 25, 28-30. 25.10.2004–28.11.2004 tarihleri arasında, Ankara'daki kamu ve özel kurumlarda, yönetici pozisyonunda görev yapanların tele çalışmaya yönelik eğilimlerinin değerlendirildiği bir anket uygulamasına katılanların % 46'sı tele çalışmanın yararlarına inandıklarını, % 54'ü ise tele çalışmanın organizasyonları açısından yararlı olmayacağını düşündüklerini belirtmişlerdir. H. Filiz Alkan Meşhur, 'Organizasyonların Tele Çalışmaya İlişkin Tutumlarına Yönelik Bir Araştırma', (2010) 25 (1) Dokuz Eylül Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi 1, 13. Amerika'da Kaliforniya Eyaleti'nde 1970'lerde ortaya çıkan tele çalışmanın, gelecekte tüm işler bakımından yaygınlaşması beklenmekle birlikte, bilgi işlem teknolojilerinin çalışma şekline etkisi beklenen hızda gerçekleşmemiş ve hala tüm çalışanlara yaygınlaşmamıştır. Bunda insanların yüz yüze iletişim ihtiyaçları gibi faktörlerde etkili olmuştur. Eurofound and the International Labour Office (2017), Working anytime, anywhere: The effects on the world of work, Publications Office of the European Union, Luxembourg, and the International Labour Office, Geneva, 3 (Kısaca: ILO, 2017). https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_544138.pdf Erişim Tarihi 09.05.2020. Dünyada tele çalışmaya ilişkin bkz Challenges and Opportunities of Teleworking for Workers and Employers in the ICTS and Financial Services Sectors, Issues Paper for the Global Dialogue Forum on the Challenges and

işverence verilen işe ilişkin talimatların sınırsız ağ ve veri tabanı erişimi sayesinde her zaman her yerden (anywhere–anytime) gerçekleştirilebilmesi mümkün hale gelmiştir². Bu nitelikteki işler açısından işyerleri artık alışılmış fiziksel mobilyalı ofisler olarak değil mobil ofis olarak karşımıza çıkmaktadır. Özellikle de internet tabanlı hizmetler sunan Start-up işletmelerin sanal işyerlerinden hizmet sundukları bilinmektedir³. Çalışanların bu şekilde dünyanın herhangi bir yerinden iş görmeleri mümkün hale gelmektedir⁴. İnternet tabanlı telefon veya video konferanslar aracılığıyla sınır ötesinde dahi koordinasyon sağlanabilmektedir⁵.

Pandemi döneminde, dijitalleşmenin etkileri çalışma yaşamında her zamankinden daha hissedilir hale gelmiştir. Örneğin Avrupa’da pandemi döneminde yaklaşık her on çalışandan 4’ü (%37) tele çalışmaya başlamıştır⁶. Pek çok işveren dijital çağın sağladığı imkanlardan yararlanarak

Opportunities of Teleworking for Workers and Employers in the ICTS and Financial Services Sectors (Geneva, 24–26 October 2016), GDFTWEFS/2016 International Labour Organization Sectoral Policies Department, Geneva 2016, 8-14 https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_dialogue/---sector/documents/publication/wcms_531111.pdf Erişim Tarihi: 09.05.2020. 2010 yılı Eurofound araştırması sonuçlarına ilişkin bkz. Seda Ergüneş Emrağ, ‘4857 Sayılı İş Kanununun Değişik 14. Maddesi İçerisinde Tele Çalışma’ (2016) 13 (51) Legal İSGHD 1413, 1414.

- 2 Christian Hoppe, ‘B. Individualarbeitsrecht, VIII. Home-Office und virtuelle Arbeitsplätze’ in Stefan Kramer, IT-Arbeitsrecht, (2. Auflage, C.H. Beck 2019), Rn. 617; Beño (n 1) 25.
- 3 Kramer IT-ArbR/Hoppe, B. Individualarbeitsrecht (n 2) Rn. 617; Irene Bertschek et al., ‘Industrie 4.0: Digitale Wirtschaft – Herausforderung und Chance für Unternehmen und Arbeitswelt’ (2015) 68 (10) Ifo Schnelldienst, 5. <http://hdl.handle.net/10419/165590>. Erişim Tarihi 03.05.2020; Mario Herrmann and Regina Frey Cordes, ‘Homeoffice im Zeichen der Pandemie: Neue Perspektiven für Wissenschaft und Praxis?’ (2020) 2 IUBH Discussion Papers – Human Resources, (No. 2020/2) (IUBH Internationale Hochschule, Erfurt) 4. <http://hdl.handle.net/10419/217267>. Erişim Tarihi 04.05.2020.
- 4 Kramer IT-ArbR/Hoppe, B. Individualarbeitsrecht (n 2) Rn. 617; Arkin Günay, Türk Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta Evde Çalışma (1 st edn, Legal Yayıncılık 2018) 91-93.
- 5 Kramer IT-ArbR/Hoppe, B. Individualarbeitsrecht (n 2) Rn. 617; Bertschek et al. (n 3), 5; Beño (n 1) 25.
- 6 Bu şekilde evden çalışmaya geçen ülkeler arasında İskandinav ve Benelüks (Finlandiya’da oran %60’a yakındır; Belçika, Hollanda, Lüksemburg ve Danimarka’da % 50’nin üzerindedir) ülkeleri öne çıkmaktadır. Pandemi döneminde tele çalışmaya geçen kimselerin önemli bir kısmı daha önce en azından bazen bu yöntemle çalışmış kişilerdir (%56).

çalışanlarını uzaktan çalışma yöntemlerine yönlendirmiştir⁷. Çalışmamızın konusu da uzaktan çalışma yöntemlerinden biri olan Home Office çalışmadır. Home Office olarak da anılan uzaktan çalışmanın bu türünde, iş görme ediminin tamamen veya kısmen evden gerçekleştirilmesi söz konusudur. Bu yöntemle çalışma, pandemi döneminde hiç olmadığı kadar yaygınlaşmıştır⁸. Gerek virüsün yayılımını azaltmak için uyulması gereken sosyal

https://www.eurofound.europa.eu/sites/default/files/ef_publication/field_ef_document/ef20058en.pdf. Dijital çalışmanın yalnızca belirli işlerin robotlara devri veya otomatikleştirilmesi anlamına gelmediği aynı zamanda çalışanların çalışma saat ve yerlerine bakılmaksızın işlerini ifa edebilmesi anlamına da geldiği ifade edilmektedir. Bertschek et al. (n 3), 5.

- 7 Almanya’da pandemi döneminde özellikle bilişim sektörü, pazarlama, hizmet sektöründe belli alanları (örneğin, seyahat büroları) ve müşteri hizmetlerinin belirli alanları (çağrı merkezleri gibi) ile kamu sektöründe Home Office çalışmaya geçiş yapıldığı görülmüştür. Herrmann and Frey Cordes (n 3), 4. Ayrıca Alman Hukuku’nda pandemi öncesinde tele çalışma ve Home Office çalışmaya teknik ve organizasyonel olarak hazır durumdaki işletmelerin avantajlı oldukları, bu çalışma biçimlerinde işyeri temsilciliğinin § 87 Abs. 1 Nr. 1, 2, 3, 6, 7, 10 §§ 95, 99 BetrVG (Betriebsverfassungsgesetz- Kısaca BetrVG- İşyeri Teşkilatı Kanunu) hükümleri çerçevesinde bilgi, istişare ve katılım hakkına sahip olmasına karşılık, belirtilen işyerlerinde zamanında yapılan planlama ile ciddi problemler olmaksızın geçiş yapılmasının mümkün olabileceği ifade edilmektedir. Ayrıca işyeri temsilciliğinin planlama aşamasında § 80 Abs. 2, 90 Abs. 1 Nr. 2-4, 92 BetrVG.125 hükümlerine göre çalışma yerinin teknik ve organizasyonel yapısı, iş akışı ve çalışma ortamına ilişkin bilgi edinme hakkı bulunmaktadır. Eberhard Kiesche and Wolfhard Kohte, Arbeits- und Gesundheitsschutz in Zeiten von Corona (1. Auflage, C.H. Beck 2020) 8. Kapital (Beck Online); Steffen Krieger, Tanja Rudnik and Alberto Povedano Peramato, ‘Homeoffice und Mobile Office in der Corona-Krise’ (2020) 8 NZA (Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht) 473, 477.

- 8 Krieger, Rudnik and Povedano Peramato (n 7) 473. Almanya’da pandemi döneminde Home-Office çalışmaya geçen çalışanlardan büyük bir bölümünün daha önce bu yöntemle çalışmayı tecrübe etmemiş olduğu da ifade edilmektedir. Herrmann and Frey Cordes (n 3), 4. Almanya’da Digitalverbands Bitkom adına 16 yaş üzerinde 1000 kişi ile yapılan bir araştırmaya (bundan sonra kısaca Bitkom Araştırması olarak anılacaktır) katılanların %49’ u bu dönemde tamamen yahut kısmen evden çalıştıklarını beyan etmiştir. Bu kişilerden %18’i daha önce evden çalışmalarına izin verilmediğini, şuan ise kısmen (%15) veya tamamen (%3) izin verildiğini belirtmişlerdir. Geri kalan %31 ise daha önce de Home Office çalışma yapabildiklerini, şuan daha sık (%17) veya tamamen (%14) bu yöntemle çalıştığını ifade etmiştir. %41 ise yapılan işin Home Office çalışmaya uygun olmadığını belirtmiştir.

<https://www.bitkom.org/Presse/Presseinformation/Corona-Pandemie-Arbeit-im-Homeoffice-nimmt-deutlich-zu> Erişim Tarihi 11.05.2020. Deloitte Türkiye tarafından gerçekleştirilen, ülkemizde ilk COVID-19 vakasının açıklanmasının ardından geçen 15 günlük süre içerisinde Türkiye genelinde 17 farklı ilden 334 katılımcının yanıt verdiği anketin sonuçlarına göre, ankete katılanların % 48,7 si evden çalışmaya geçmiş, % 43,2 kısmi bir geçiş yapıldığını, %8,2 si ise işyerinden çalışmaya devam ettiklerini belirtmiştir. “Salgın öncesinde yaygın ve yerleşmiş bir evden çalışma uy-

mesafe kurallarına riayet edebilmek⁹ gerekse de sokağa çıkma sınırlamaları ve çalışan ebeveynler bakımından okul ve anaokullarının kapalı olması sebebiyle ortaya çıkan bakım yükümlülükleri işverenlerin Home-Office çalışmaya daha sıcak bakmasını sağlamıştır¹⁰.

gulanınız bulunmakta mıydı?” sorusuna verilen yanıtlar ise oldukça ilgi çekicidir. Zira bu soruya %75,8 oranında hayır cevabı verilmiştir. Araştırma raporu için bakınız <https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/tr/Documents/human-capital/isin-gelecegi-uzaktan-calisma-sisteminde-organizasyonel-dayanikligi-korumak.pdf>. Erişim Tarihi 20.05.2020. Mercer Türkiye ve Peryön işbirliğinde 103’ü global ve 64’ü yerel olmak üzere 167 şirketin katılımıyla gerçekleştirilen “Koronavirüs Salgınının İş Hayatına Etkisi” anketinin sonuçları ise şu şekildedir: “*koronavirüs öncesinde evden çalışma uygulaması olan şirketlerin oranı yüzde 45 iken, süreç sonrası bu oran şirketlerin merkez ofis çalışanları için yüzde 95’e ulaştı.*”. Araştırma sonuçları için bkz. <https://www.mercer.com.tr/basin-odasi-haberler/peryon-nisan-2020-koronavirus-turkiye-arastirmasi-basin-bulteni.html>. Erişim Tarihi 20.05.2020. Bavyera Dijital Dönüşüm Araştırma Enstitüsü (Das Bayerische Forschungsinstitut für Digitale Transformation (bidt)) tarafından 27-29 Mart 2020 tarihlerinde 1595 katılımcı ile gerçekleştirilen ankete göre, Almanya’da yetişkin internet kullanıcılarının % 43 ü en azından ara sıra Home Office çalışmaktadır. Pandemi öncesinde ise bu oran % 35 idi. Pandemi öncesinde katılımcıların %23 ü en az haftada bir gün Home Office çalışma gerçekleştirirken, katılımcıların %39’u pandemi döneminde haftada en az birkaç kez Home Office çalışmıştır. Home Office çalışmaktan memnun olup olmadıkları sorulan katılımcılardan yalnızca %19’u memnun olmadıklarını ifade etmiştir. Pandemi öncesinde Home Office çalışanların ilk defa çalışanlara kıyasla daha memnun oldukları görülmüştür. Daha önce Home Office çalışma yapmayanlardan %39’u, işverence bu yöneme izin verilmediği için başvurmadıklarını, %26’sı ise işverence izin verilmesine rağmen istemediklerini ifade etmişlerdir. Ayrıca şirket değerlendirmelerinde katılımcıların üçte birinin notunun yükseldiği %6 oranında kötüleştiği dikkat çekmiştir. Studie “Verbreitung und Akzeptanz von Home Office in Deutschland” des bayerischen Forschungsinstituts für digitale Transformation, <https://www.bidt.digital/studie-homeoffice/#intensiver> Erişim Tarihi 25.05.2020.

9 Almanya’da Digitalverbands Bitkom Araştırmasına katılanların %65’i dijital teknolojilerle, örneğin Home Office çalışmanın pandemiye yavaşlatmakta yardımcı olacağına inandıklarını ifade etmişlerdir. <https://www.bitkom.org/Presse/Presseinformation/Corona-Pandemie-Arbeit-im-Homeoffice-nimmt-deutlich-zu> Erişim Tarihi 11.05.2020.

10 Herrmann and Frey Cordes (n 3), 4. IfSG § 56 Abs. 1 a hükmünde okulların ve anaokullarının kapalı olması nedeniyle iş görme edimini yerine getiremeyen ebeveynlere tazminat talep etme hakkı getirilmesine karşılık, kanunda yapılan yasal değişikliğin gerekçesinde Home Office çalışma imkanı olanlar bakımından bu olanağa başvurulamayacağı ifade edilmiştir. Gerekçe öğretilde haklı olarak eleştirilmektedir. Zira çocuk bakım yükümlülükleri ile iş görme ediminin evden yerine getirilmesi pek mümkün değildir. Axel Bertram, Frank Walk and Roland Falder, Arbeiten im Home Office in Zeiten von Corona (1. Auflage, C.H. Beck 2020) (Beck Online), 10. Gerekçe için bkz. <https://dip21.bundestag.de/dip21/btd/19/181/1918111.pdf> Erişim Tarihi: 05.06.2020.

Yukarıda da belirtildiği gibi elbette bu yöntemle çalışmanın tüm sektör ve işler bakımından gerçekleştirilebilmesi mümkün değildir¹¹. Aynı şekilde çalışanın yaşam alanının uygun olmaması yahut kişisel verilerin korunmasına ilişkin yükümlülükler bu şekilde çalışmaya engel teşkil edebilmektedir¹². Almanya’da Home Office çalışma bakımından da çeşitli eşitsizliklerin ortaya çıktığı, genellikle iyi eğitilmiş ve yüksek gelir düzeyine sahip çalışanlar açısından bu imkânın söz konusu olduğu ifade edilmektedir¹³. Kanaatimizce bu tespit ülkemiz bakımından da geçerlidir.

Home Office çalışma şeklinin gerek işçi gerekse işveren açısından avantajlarının yanı sıra dezavantajları olduğuna da dikkat çekmek gerek-

11 Krieger, Rudnik and Povedano Peramato (n 7) 474; Herrmann and Frey Cordes (n 3), 4. Çalışanın evinde yerine getirebileceği işlerin oranı ülkelere göre de farklılık arz etmektedir. Örneğin, Amerika’da yapılan bir çalışmaya göre, bu ülke açısından işlerin % 37 sinin evde çalışarak yerine getirilmesinin mümkün olabileceği ifade edilmiştir. Bununla birlikte, şehirlerin büyüklükleri ve sektörler arasında oran bakımından ciddi farklar söz konusudur. Sektörel açıdan finans, kurumsal yönetim, profesyonel ve bilimsel hizmetlerde çoğu iş evde makul bir şekilde gerçekleştirilebilirken; tarım, otel ve restoranlarda veya perakende satışlarda evde çok az iş yapılabilir. Jonathan I. Dingel and Brent Neiman, ‘How Many Jobs Can Be Done At Home?’ (2020) (Working Paper No. 26948 Issued in April 2020) NBER (National Bureau of Economic Research) 2. <http://www.nber.org/papers/w26948>. Erişim Tarihi 10.05.2020. Gelişmekte olan ülkelere ilişkin olarak bkz. Fernando Saltiel, ‘Who Can Work From Home in Developing Countries?’ (2020) (6) Covid Economics Vetted and Real-Time Papers (CEPR Press (The Centre for Economic Policy Research) 17 April 2020), 104-119. <https://cepr.org/sites/default/files/news/CovidEconomics6.pdf>. Deloitte Türkiye anketi sonuçlarına göre, Home Office çalışma oranları şehirlere göre değerlendirildiğine, İstanbul’da tüm çalışanlarını evden çalışmaya geçiren şirketlerin oranı %52 iken, diğer şehirlerde bu oran % 36 olmuştur. Tüm çalışanların evden çalışmaya geçirilebildiği sektörlerin başında %87,5 ile medya ve reklam sektörü gelmekte olup, bunu hizmet, teknoloji ve e-ticaret takip etmektedir. İşyeri içerisindeki departmanların uzaktan çalışmaya geçişi bakımından ise %75 ile hukuk, %66,7 strateji ve iş geliştirme, %65,6 bilgi teknolojileri departmanları ön plana çıkmaktadır. <https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/tr/Documents/human-capital/isin-gelecegi-uzaktan-calisma-sisteminde-organizasyonel-dayanikligi-korumak.pdf> Erişim Tarihi 20.05.2020.

12 Krieger, Rudnik and Povedano Peramato (n 7) 474.

13 Ayrıntılı bilgi için Katja Möhring, Elias Naumann, Maximiliane Reifenscheid, Annelies G. Blom, Alexander Wenz, Tobias Rettig, Roni Lehrer, Ulrich Krieger, Sebastian Juhl, Sabine Friedel, Marina Fikel, Carina Cornesse, Die Mannheimer Corona-Studie: Schwerpunktbericht zur Erwerbstätigkeit in Deutschland 20.3.-15.4.2020, 16.04.2020, https://www.uni-mannheim.de/media/Einrichtungen/gip/Corona_Studie/2020-04-16_Schwerpunktbericht_Erwerbstätigkeit.pdf Erişim Tarihi 10.05.2020.

tedir¹⁴. İşçiler açısından seyahat süresinden tasarruf, şehir merkezinden uzakta daha ucuz barınma gideri, işverene ait daimi işyerinden uzakta çalışmanın yarattığı özgürlük bu çalışma yönteminin başlıca avantajlarından-
dır¹⁵. Ancak çalışma saatlerinin belirsizleşmesi, iş ve özel yaşam arasındaki sınırın silikleşmesi dezavantaj olarak ortaya çıkmaktadır¹⁶. İşveren bakı-

- 14 Avusturya Viyana'da 506 çalışanla 26.03.2020-29.03.2020 tarihleri arasında yapılan bir anket çalışmasına göre (ankete katılanların %46'sı bu dönemde ağırlıklı olarak veya tamamen evden çalıştılar), istemsiz olarak Home Office çalışmaya geçiş çalışanların 2/3'ü açısından adaptasyon problemi yaratmamakla birlikte ankete katılanların %76'sı günlük işlerinin alıştıklarından çok ya da önemli ölçüde farklı olduğunu ifade etmiştir. Home Office çalışmanın avantajlarının ne olduğu sorusuna ise ankete katılanların %32'si işe gidiş geliş süreleri, %27'si çalışma saatlerindeki özgürlük cevabını vermiştir. Dezavantaj olarak belirtilen hususlar da %39 ile iş arkadaşları ile kişisel temas eksikliği öne çıkmıştır.

https://www.ots.at/presseaussendung/OTS_20200401_OTS0007/corona-oesterreicher-fuehlen-sich-im-homeoffice-wohl Erişim Tarihi 05.05.2020. Almanya'da da Home Office çalışmanın seyahat sürelerine etkisi sebebiyle, işe daha uzun süre ayırdıkları ifade edilmektedir. Grunau, Ruf, Steffes and Wolter (n 1) 5. Aynı yönde: Beño (n 1) 25.

- 15 Kramer IT-ArbR/Hoppe, B. Individualarbeitsrecht (n 2) Rn. 616. Home Office çalışmaya geçiş çalışanların kıyafet tercihlerine de etkisi olduğu bilinmektedir. Örneğin, Polonya'da Mart ayında yapılan bir ankete göre, Home Office çalışanların %66'sı çalışma sırasında eşofman, %15'i kot pantolon ve t-shirt, %6'sı pijama giymeyi tercih ederken yalnızca %5'i giydikleri kıyafetleri kullandıklarını belirtmişlerdir. <https://www.statista.com/statistics/1107138/poland-what-people-wear-working-from-home-due-to-covid-19/> Erişim Tarihi 05.05.2020. Bu çalışma biçimin çalışanlar açısından giyim masraflarından da tasarruf sağladığı ifade edilmektedir. Alkan Meşhur (n 1) 5. Çalışmanın işçiye ait evde yerine getirilmesi durumunda iş organizasyonu kapsamında hukuken işyeri niteliği taşıp taşımadığına ilişkin tartışmalar için bkz. Kübra Doğan Yenisey, İş Hukukunda İşyeri ve İşletme, Alman ve Fransız Hukukları İle Karşılaştırmalı Bir İnceleme (1. Bası, Legal 2007), 85; Murat Kandemir, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Açısından Tele Çalışma (1. Bası, Legal 2011) 99-101; Gonca Aydınöz, 'İş Hukukunda Tele (Uzaktan) Çalışma, Ankara Üniversitesi SBE, (Ankara 2014, Yayımlanmamış Doktora Tezi), 56; Dilek Dulay, Türk İş Hukukunda Evde Çalışma (1. Bası, Turhan Kitabevi 2016) 148-151. Öğretide ileri sürülen bir fıkreye göre, evde çalışanların ve tele çalışanların, dar anlamda işyeri dışında iş görme edimini yerine getirdikleri evleri veya seçtikleri diğer yerler, işyerine bağlı yer olarak kabul edilmelidir. Orhan Ersun Civan, 'İş Hukukunda Uzaktan Çalışma (Evde Çalışma/Tele Çalışma)' (2010) 7 (26) Legal İSGHD 527, 553.

- 16 Norveç'te 950 kişinin katıldığı bir anket çalışmasında, katılanlardan %16'sı Home Office çalışmada daha verimli olduklarını, %31'i işyeri ile aynı ölçüde verimli olduklarını belirtmişlerdir. Geriye kalanlar daha az verimli olduklarını belirtmiş ve farklı gerekçeler açıklamışlardır. Bunlar arasında evde dikkatin daha kolay dağılması, çocuklarla aynı anda evde olma, meslektaşları ile iletişim güçlüğü vb. sebepler bulunmaktadır. <https://kantar.no/kantar-tns-innsikt/redusert-effektivitet-med-hjemmekontor/> Erişim Tarihi 05.05.2020; araştırmaya ilişkin sonuçların İngilizce özeti için bkz.

mundan da alan kullanımının optimize edilmesi uzaktan çalışmanın avantaj sağlayan yanlarından olup, mevcut kriz durumunda bunun önemi daha da artmaktadır¹⁷. Ayrıca verimliliğin sağlanması¹⁸ ve artırılması, işletme maliyetlerinin azaltılması, işe devamsızlık ve gecikmenin azaltılması gibi başka yararları da bulunmaktadır¹⁹. Bununla birlikte çalışan motivasyonunun temini, verimliliğin ve çalışma saatlerinin tespitinde yaşanacak güçlükler işveren bakımından çeşitli dezavantajlara yol açmaktadır²⁰. Şunu da ekle-

<https://www.statista.com/statistics/1107315/home-office-efficiency-during-the-covid-19-pandemic-in-norway/> Erişim Tarihi 05.05.2020. İngiltere’de 2020 yılının mart ayında pazarlamacılık sektöründe yapılan bir ankete katılan pazarlamacıların %73’ü Home Office çalışmanın daha verimli olduğunu, %68’i evde kaldıklarında daha fazla saatlerle çalıştıklarını, 1/4’ü ise Home Office çalışmanın kişisel hayatlarını zorlaştırdığını belirtmişlerdir. <https://www.marketingweek.com/remote-working-fear-coronavirus-crisis/> Erişim Tarihi 05.05.2020. Konuya ilişkin görüş ve değerlendirmeler için Aydınöz (n 15) 52. Tele çalışmanın avantaj ve dezavantajları için Mustafa Alp, ‘Tele Çalışma (Uzaktan Çalışma)’ Prof. Dr. Sarper Süzek’ e Armağan (1. Bası, Beta 2011) 795, 800-801; Kandemir, Tele Çalışma (n 15) 34-38; Alkan Meşhur (n 1) 6-7; Günay (n 4) 84-85; Gözdenur Kılıç, ‘Uzaktan Çalışmanın Bir Türü Olarak Tele Çalışma ve Evde Çalışmadan Farkı’ (Nisan 2020) 15 (164) Terazi Hukuk Dergisi 805, 807. Çalışma sürelerindeki belirsizleşmeye ilişkin Kandemir, Tele Çalışma (n 15) 105-106; Dilek Dulay Yangın, ‘Bilgi ve İletişim Teknolojilerinde Yaşanan Gelişimin İş Hukuku Üzerindeki Etkileri: Tele Çalışmaya İlişkin Tespit ve Öneriler’ in Tankut Centel (ed), İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar III (onikilevha 2018) 221, 222-223; GDFTWEFS/2016, 14-17. Evde çalışmanın yarar ve sakıncalarına ilişkin ayrıntılı bilgi için Dulay, (n 15) 17-23. Uzaktan çalışmanın yarar ve sakıncaları için Civan (n 15) 538.

- 17 Krieger, Rudnik and Povedano Peramato (n 7) 474.
- 18 Almanya’da daha önce Home Office çalışma deneyimi olan çalışanların %56’sı evde çalıştıklarında da verimli olduklarını ifade etmişlerdir. Grunau, Ruf, Steffes and Wolter (n 1) 5.
- 19 Beño (n 1) 26.
- 20 Deloitte Türkiye anketine göre, bu süreçte şirketleri en çok zorlayan unsurlar arasında %43 ile kültür ve alışkanlıklar ön plana çıkarken, bunu organizasyonel yapılanma, müşteri beklentileri ve teknoloji altyapı takip etmiştir. Bkz. <https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/tr/Documents/human-capital/isin-gelecegi-uzaktan-calisma-sisteminde-organizasyonel-dayanikligi-korumak.pdf> Erişim Tarihi 20.05.2020. Mercer Türkiye anketi sonuçlarına göre, bu süreçte karşılaşılan zorluklar bakımından ilk sırada çalışan motivasyonunun sağlanması (%40,7) yer alırken bunu çalışan performans yönetim süreci, iletişim, teknolojik altyapı eksikliği ve evde çocuklarla çalışma takip etmiştir. Araştırma sonuçları için bkz. <https://www.mercer.com.tr/basin-odasi-haberler/peryon-nisan-2020-koronavirus-turkiye-arastirmasi-basin-bulteni.html> Erişim Tarihi 20.05.2020.

yelim ki, uzaktan çalışma yöntemlerinin karbon ayak izinin azaltılması ile çevresel açıdan da yararları olacağı düşünülmektedir²¹.

Pandemi döneminde hali hazırda bu yöntemle çalışmayan işçilerin Home-Office çalışmaya geçirilmesi çeşitli hukuki sorunlara yol açmış olup, bazı hallerde ise mevcut problemlerin tekrar gündeme gelmesi söz konusu olmuştur. Ayrıca belirtelim ki, pandemi dönemi sonrasında da bazı iş ilişkilerinin bu çalışma yöntemi ile devam edeceği düşünülmektedir²².

II. Terim ve Tanım

A. Genel Olarak

Çalışmamızda “Home-Office”²³ kavramının tercih edilmesinin ana nedeni, özellikle mukayeseli çalışmaya esas aldığımız Alman Hukuku’nda

21 Beño (n 1) 26; Wilfried Ganz, ‘My Home(office) is my castle – Zum Recht des Betriebsrats und der Berufsgenossenschaft, Arbeitsplätze zu besichtigen’ (2018) 2 Arb-RAktuell (Arbeitsrecht Aktuell) 35.

22 Bertram, Walk and Falder (n 10) 1. Salgın sonrasında da pek çok işverenin Home Office çalışmayı sürdürebileceği tahmin edilmektedir. Erişim Tarihi 20.05.2020. Mercer Türkiye ve Peryön tarafından açıklanan anket sonuçlarına göre, “Nisan ayında gerçekleştirilen araştırmaya göre; şirketlerin yüzde 59’u COVID-19 süreci tamamlandıktan sonrada uzaktan ve esnek çalışma modeli uygulamasına devam edeceklerini belirtiyor. Şirketler, bu yeni çalışma yöntemine adapte olmak için hem altyapısal aksiyonlarını hızlandırdı, hem de çalışanlarının adaptasyonu için gerekli adımları atmaya devam ediyor. Şirketlerin yüzde 72’si uzaktan çalışmaya adaptasyonu hızlandırmak amacıyla dijital çözümler ve kullanımları konusunda çalışanlarının gelişimlerine katkı sağladıklarını ifade ediyor.”. <https://www.mercer.com.tr/basin-odasi-haberler/peryon-nisan-2020-koronavirus-turkiye-arastirmasi-basin-bulteni.html> Erişim Tarihi 20.05.2020. Deloitte Türkiye’nin yukarıda değindiğimiz araştırmasında salgın sonrasında evden çalışma daha çok uygulanmalı mı sorusuna şirketler tarafından % 72,9 oranında evet cevabı verilmiştir. <https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/tr/Documents/human-capital/isin-gelecegi-uzaktan-calisma-sisteminde-organizasyonel-dayanikiligi-korumak.pdf> Erişim Tarihi 20.05.2020. Pandemi döneminin, daha önce görülmemiş tür ve ölçekte bir sosyal deney başlattığı ve çalışma hayatının bir daha asla eskisi gibi olmayacağı ifade edilmektedir. Oscar Vargas Llave, ‘COVID-19 unleashed the potential for telework – How are workers coping?’ (09.06.2020) <https://www.eurofound.europa.eu/tr/publications/blog/covid-19-unleashed-the-potential-for-telework-how-are-workers-coping> Erişim Tarihi 15.06.2020.

23 Home-Office terimi, İngilizce ev anlamına gelen “Home” ve büro ya da ofis anlamına gelen “Office” kelimelerinin birleşiminden oluşmaktadır. Cambridge

da bu kavramın tercih edilmesi olmakla birlikte²⁴, bunun yanı sıra bu çalışma yönteminin benzer çalışma biçimlerinden ayrılmasında sağladığı kolaylıktır. Şunu da belirtmek gerekir ki, ülkemizde verilen yargı kararlarında da bu terime rastlanmaktadır²⁵.

4857 sayılı İş Kanunu’nun işverene ait işyeri dışında gerçekleştirilen atipik istihdam biçimlerini de düzenleyen 14. maddesinde, bu çalışma biçimlerini ifade etmek üzere “uzaktan çalışma” (“work at a distance”) terimi kullanılmıştır. Aşağıda değinileceği üzere, “uzaktan çalışma” teriminin burada bir üst başlık olarak kullanıldığı ve “tele çalışma” ile “evde çalışma” yöntemlerinin bu başlık altında düzenlendiği anlaşılmaktadır.

Home-Office çalışma bir yanı ile “evde çalışma” diğer yönü ile “tele çalışma” biçimleri ile benzerlikler arz etmektedir²⁶. Bu nedenle öncelikle bu iki çalışma biçimi tanımlanarak, bu çalışma biçimleri ile arasındaki benzerlik ve farklılıklara değinilmek sureti ile Home Office çalışma kavramı açıklanmaya çalışılacaktır. Şunu da ekleyelim ki, uzaktan çalışma yöntemleri konusunda bir terim birliği söz konusu değildir. Alman

Dictionary’de yer alan tanıma göre Home Office, birinin işini yapmak için evinde kullandığı oda veya alandır. (A room or area in someone’s home that they use to work at job) <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/home-office>. Erişim Tarihi 10.05.2020.

- 24 Home Office teriminin günlük konuşma dilinde kullanıldığı yönünde Daniel Benkert, ‘Arbeitsrechtliche Aspekte einer Tätigkeit im Home-Office’ (2019) 10, NJW-Spezial (Neue Juristische Wochenschrift Spezial) 306.
- 25 Yargıtay 9 HD, 9467/21037, T. 27.11.2019; Yargıtay 22 HD, 34907/15287 T. 20.6.2018; Yargıtay 9 HD, 1826/5414 T. 30.3.2017; Yargıtay 22 HD, 12067/15426 T. 30.5.2016; Yargıtay 22 HD, 4014/6151 T. 2.3.2016; Yargıtay 9 HD, 18007/32160 T. 12.11.2015; Yargıtay 9 HD, 30228/29979 T. 26.10.2015; Yargıtay 7 HD, 14989/18530 T. 8.10.2015; Yargıtay 7 HD, 16645/10912 T. 3.6.2015 (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası).
- 26 Evde çalışma ile tele çalışma karşılaştırması için Dulay (n 15) 63; Civan (n 15) 537; Günay (n 4) 126-129; Ergüneş Emrağ (n 1) 1422-1425. Uzaktan çalışanların hukuki statüsü için Civan (n 15) 543. Uzaktan çalışma kavramı için bkz. Sarper Süzek, İş Hukuku (18. Bası, Beta 2019) 266; Nuri Çelik, Nurşen Caniklioğlu and Talat Canbolat, İş Hukuku (32. Bası, Beta 2019) 217-218; Hamdi Mollamahmutoglu, Muhittin Astarlı and Ulaş Baysal, İş Hukuku Ders Kitabı, Cilt 1: Bireysel İş Hukuku (3. Bası, Lykeion 2019), 134; Ömer Ekmekçi and Esra Yiğit, Bireysel İş Hukuku Dersleri (1. Bası, onikilevha 2020), 60; Öner Eyrenci, Savaş Taşkent and Devrim Ulucan, Bireysel İş Hukuku (9. Bası, Beta 2019) 99; Civan (n 15) 527; Alp ‘Tele Çalışma’ (n 16) 797; Ergüneş Emrağ (n 1) 1416.

Hukuku’nda da işyeri dışındaki çalışmalara ilişkin bir terim birlikteliği olmadığı, kanunda evde çalışma ve tele çalışma terimleri kullanılmakla birlikte, tele çalışmaya ilişkin olarak kapsam ve çalışma yeri esaslı alt ayrımlar yapmanın yaygın olduğu dile getirilmektedir²⁷.

B. Evde Çalışma

Uzaktan çalışma türlerinden tarihi daha eskilere dayanan “evde çalışma”²⁸ ya ilişkin genel bir tanım TBK m. 461 hükmünde yer almaktadır. Buna göre, “*Evde hizmet sözleşmesi, işverenin verdiği işi, işçinin kendi evinde veya belirleyeceği başka bir yerde, bizzat veya aile bireyleriyle birlikte bir ücret karşılığında görmeyi üstlendiği sözleşmedir.*” Söz konusu düzenlemenin klasik anlamda evde çalışmaya (Heimarbeit) yönelik olduğu ifade edilmektedir²⁹.

ILO’nun 177 sayılı Evde Çalışma Sözleşmesi’nin 1. maddesinde yer alan tanıma göre, bu Sözleşme’nin amaçları bakımından, evde çalışma, evde çalışan olarak anılan bir kimse tarafından, bu çalışanın ulusal mevzuat ve mahkeme kararlarına göre bağımsız bir çalışan sayılmasını gerektirecek ölçüde özerk ve ekonomik bağımsızlığa sahip olmaksızın, işverene ait işyeri dışında kendi evi yahut çalışan tarafından seçilecek başka bir mekanda, ücret karşılığı, işin görülmesinde kullanılan malzeme, teçhizat ve diğer araçları kimin sağladığına bakılmaksızın işveren tarafından belirlenen bir ürün ve hizmetin ifası ile sonuçlanan

27 Krieger, Rudnik and Povedano Peramato (n 7) 473.

28 Evde çalışma kavramına ve öğretide yapılan tanımlara ilişkin, Sarper Süzek, ‘İş Akdinin Türleri’ (2001) (6/22) 17, 29; Çelik, Caniklioğlu and Canbolat (n 26) 216 vd.; Dulay (n 15) 8, 23; Hatice Duygu Özer, ‘Uzaktan Çalışmada İş Sağlığı ve Güvenliği’ (2018) 6 (12) 193, 196-199; Civan (n 15) 528; Ender Gülver, ‘Türk Borçlar Kanunu’nun Evde Hizmet Sözleşmesine İlişkin Hükümleri Üzerine’, (2014) LXXII (2) İÜHFM 103, 106 vd.; Murat Kandemir, ‘Evde Çalışma ve 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun Evde Hizmet Sözleşmesine İlişkin Hükümleri’ (2014) 72 (2) İÜHFM 143, 145-148; Günay (n 4) 91-93; Dulay (n 15) 23; Büşra Abbas, ‘Atipik Bir Çalışma Biçimi Olarak Evde Çalışma’ (2016) 13 (52) Legal İSGHD 2007, 2008.

29 Kandemir, Tele Çalışma (n 15) 88. Alman Hukukunda evde çalışma Heimarbeitsgesetz (Evde Çalışma Kanunu- Kısaça HAG) ile düzenlenmiştir. Düzenleme İsviçre Borçlar Kanunu’nun 351. maddesini karşılamaktadır.

çalışmasıdır³⁰. Şunu da belirtelim ki, 177 sayılı ILO Sözleşmesi’nin ve 184 sayılı ILO Tavsiye Kararı’nın evde tele çalışmayı da kapsadığı ve dolaylı da olsa tele çalışmaya dayanak oluşturduğu, bu nedenle bu Sözleşmede yer alan hakların da bu çerçevede ele alınabileceği kanaatimizce de isabetli olarak ifade edilmektedir³¹.

C. Tele Çalışma

Avrupa ve diğer ülkelerde “tele çalışma”³² için “telework” terimi tercih edilirken, Amerika’da ise “telecommute” kullanımı tercih edilmektedir³³. Tele çalışma yerine “sanal çalışma” (virtualwork) ya da “e-çalışma” (e-work) terimleri de kullanılmaktadır. Bu amaçla kullanılan bir diğer terim ise “ICT-mobile work” olarak karşımıza çıkmaktadır. ICT (Information and communications Technologies), bilgi ve işlem teknolojileri anlamına gelmektedir³⁴.

Avrupa Komisyonu’nun istihdam ilişkilerinin modernizasyonu ve iyileştirilmesi amacıyla sosyal tarafları diyalog kurmaya daveti üzerine, 20.09.2001 tarihinde müzakere niyetlerini açıklayan ETUC UNICE/UEAPME ve CEEP 16.07.2002 tarihinde “Tele Çalışma Hakkında Çerçeve Anlaşma” yı

30 Sözleşme metni için C177-Home Work Convention, 1996 (No. 177). https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312322 Erişim Tarihi 03.05.2020.

31 Kandemir, Tele Çalışma (n 15) 50; GDFTWEFS/2016, 19. 184 sayılı Tavsiye Kararı için bkz. R184 - Home Work Recommendation, 1996 (No. 184) https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:R184 Erişim Tarihi 20.05.2020.

32 Tele çalışma teriminin ilk defa 1973 yılında kullanımına ilişkin olarak bkz. GDFTWEFS/2016, 2. Tele çalışmayı ifade etmek için “tele çalışma” terimi öncesinde “elektronik evde çalışma” teriminin kullanıldığı ifade edilmektedir. Ayrıntılı bilgi için Aydınöz (n 15) 14-15.

33 Beño (n 1) 25; “Telecommuting” terimi USA, Hindistan ve Japonya’da seyahat ihtiyacı olmayan çalışmalar için kullanılmaktadır (ILO 2017, 5). “Telework” ve “telecommuting” terimleri arasındaki farklılıklar için Alkan Meşhur (n 1) 2; Tamer Soy-sal, ‘Tele Çalışma’ (2006) 3 (9) Legal İSGHD 133, 135.

34 Eurofound and the International Labour Office (2017), Working anytime, anywhere: The effects on the world of work, Publications Office of the European Union, Luxembourg, and the International Labour Office, Geneva, https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_544138.pdf Erişim Tarihi: 09.05.2020; GDFTWEFS/2016, 2.

imzalamışlardır³⁵. Sözü geçen anlaşmanın 2. maddesine göre, tele çalışma, iş ilişkisi veya iş sözleşmesi çerçevesinde işverene ait işyerinde gerçekleştirilmesi mümkün işin, bilgi teknolojilerinden yararlanılarak, düzenli şekilde işyeri dışında yerine getirildiği bir çalışma biçimidir. Öğretide farklı tanımlar yapılmakla birlikte, genel esasları ile tele çalışmayı, işyeri dışında bilgi işlem teknolojileri vasıtasıyla ve işyeri ile bağlantı kurulmak suretiyle iş görme ediminin ifa edildiği bir çalışma biçimi olarak tanımlanmak mümkündür³⁶.

Bununla birlikte belirtelim ki, “tele çalışma” kavramı da aslında kendi içerisinde çeşitli ayrımlara tabi tutulmaktadır. Home Office çalışma da bu çalışma biçimiyle ilişkili olup, işin yapıldığı yer bakımından yapılan sınıflandırmalarda, tele çalışmanın bir alt türü olarak karşımıza çıkmaktadır. İşin yapıldığı yere göre, tele çalışmanın “evde tele çalışma” (ev esaslı tele çalışma), “gezici (mobil) tele çalışma” yahut “dönüşümlü tele çalışma”³⁷ ve “uydu çalışma merkezleri yahut komşu çalışma merkezlerinde tele çalışma” olarak dörde ayrılması mümkündür³⁸. Tele çalışmaya ilişkin bir diğer ayı-

35 Sözleşme metni için

http://resourcecentre.etuc.org/linked_files/documents/Framework%20agreement%20on%20telework%20EN.pdf Erişim Tarihi: 10.05.2020. Anlaşmaya ilişkin ayrıntılı bilgi için Ufuk Aydın, ‘Tele Çalışma ve Tele Çalışma Çerçeve Avrupa Sözleşmesi’ in Mehmet Uçum (ed) Devrim Ulucan’a Armağan (Legal 2008) 351-376.

36 Öğretide yapılan tanımlar için bkz. Günther Wiese, ‘Personale Aspekte und Überwachung der häuslichen Telearbeit’ (2009) 6 RdA (Recht der Arbeit) 344; Öner Eyrenci, ‘Tele Çalışma ve İş Hukuku’ (1991) 1 (2) 199 vd.; Süzek (n 26) 271; Alp ‘Tele Çalışma’ (n 16) 797-800; Aydın (n 35) 353; Kandemir Tele Çalışma (n 15) 39, 41; Çelik, Caniklioğlu and Canbolat (n 26) 219; Dilek Dulay Yangın, ‘6715 Sayılı Yasa’nın Uzaktan Çalışmaya İlişkin Hükümleri ve Değerlendirilmesi’ (2016) (36) Sicil 148, 152; Günay (n 4) 82; Kılıç (n 16) 808; Civan (n 15) 532-533; Ergüneş Emrağ (n 1) 1417-1420; Soysal (n 33) 135-137. Tele çalışmanın unsurları için bkz. Çelik, Caniklioğlu and Canbolat (n 26) 218 vd.

37 Dulay Yangın ‘Uzaktan Çalışma’ (n 36) 152-153; Dulay (n 15) 61; Kılıç (n 16) 810; Bertram, Walk and Falder (n 10) 8-9.

38 Kandemir, Tele Çalışma (n 15) 45-49; Günay (n 4) 87-88. On-site tele çalışma ayrımı için Alp ‘Tele Çalışma’ (n 16) 803. Terminoloji farklılıkları için ayrıca bkz. Beño (n 1) 26. Tele çalışmaya ilişkin çeşitli sınıflandırmalar için Kandemir, Tele Çalışma (n 15) 43-49; Civan (n 15) 536; GDFTWEFS/2016, 5-6. Tele çalışmaya ilişkin bir diğer ayırım “part-time tele çalışma”, “full-time tele çalışma” ayrımıdır. Genellikle iş görme edimlerinin tamamını ya da çoğunu tele çalışma şeklinde yerinde getirme durumunda “full-time tele çalışma” söz konusudur. Bu ve diğer ayrımlar için bkz. J.M. Nicklin et al.: ‘Telecommuting: What? Why? When? and How?’ in J. Lee (ed.): The impact of ICT on work (Singapore, Springer Science+Business Media, 2016), 46. <https://link.springer.com>

rım çalışmanın online (çevirim içi) yahut offline (çevirim dışı) gerçekleştirilmesine bağlı olarak yapılmaktadır³⁹.

Alman Hukuku'nda da benzer şekilde tele çalışmaya ilişkin olarak, evde tele çalışma/sadece harici evden tele çalışma (ausschließlich externer Telearbeit -Telearbeit zu Hause), dönüşümlü/alternatif tele çalışma (alternierender Telearbeit), komşu ya da uydu ofislerde tele çalışma (der Tätigkeit in Nachbarschafts- und Satellitenbüros) ve mobil tele çalışma (mobiler Telearbeit) ayrımı yapılmaktadır⁴⁰. ArbStättV § 2/VII hükmüne göre, tele çalışma yerleri işverence çalışanın özel alanında kurulan ekranlı araçlar ve diğer iş araçları ile donatılmış iş istasyonlarıdır. İşveren ve çalışan arasında iş sözleşmesi ile veya bir anlaşma ile tele çalışma kararlaştırılmışsa, işveren veya işverence yetkilendirilen bir kimse tarafından çalışma yerine ilişkin ekipman ve mobilyalar çalışanın özel alanına getirilir ve kurulumu yapılır. Söz konusu yasal tanım işyerinin düzenlenmesi bağlamında değerlendirilmelidir. Zira çalışanın olası sağlık risklerine karşı koruması için işverenin önlem alma yükümlülüğü, tele çalışma yerinin tasarımı ve kullanımı üzerinde etkisi olmasına bağlıdır⁴¹. Belirtelim ki, Alman Hukukunda tele çalışma terimi çoğunlukla ArbStättV § 2/VII tanımının dışında genel olarak telekomünikasyon araçları ile işyeri dışında gerçekleştirilen faaliyetleri ifade etmek üzere kullanılmaktadır⁴². İş çalışana ait konuttan yapılıyorsa, ev içi tele çalışma (häuslicher Telearbeit), değişen çalışma yerleri söz konusu olduğunda mobil tele çalışma (mobiler Telearbeit) terimleri kullanılmaktadır⁴³.

[ger.com/chapter/10.1007/978-981-287-612-6_3](https://www.gesetze.de/ger.com/chapter/10.1007/978-981-287-612-6_3) Erişim Tarihi 15.05.2020. Komşu büro ve uydu büro kavramları için bkz. Doğan Yenisey 'İşyeri ve İşletme' (n 15) 83.

39 Ulrich Koch, 'BetrVG § 5 Arbeitnehmer' in Müller-Glöge/Preis/Schmidt, Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht (C.H. Beck 2020) BetrVG § 5 Rn. 11; Ronny Heinke '§ 201 Telearbeitsverhältnis' in Kiel/Lunk/Oetker, Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Band 2: Individualarbeitsrecht II (4. Auflage, C.H. Beck 2018) Rn. 5; Doğan Yenisey 'İşyeri ve İşletme' (n 15) 83-84; Dulay (n 15) 106-107; Dulay Yangın 'Uzaktan Çalışma' (n 36) 152; Alp, 'Tele Çalışma' (n 16) 799; Günay (n 4) 84, 86; Dulay Yangın, 'Tele Çalışma' (n 16) 225; Ergünes Emrağ (n 1) 1419.

40 Rolf Wank, 'Telearbeit' (1999) 5 NZA (Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht) 225, 230.

41 Bununla birlikte, sözleşme tarafları bu düzenleme dışında işverene ait işyeri dışında herhangi bir çalışma biçimi kararlaştırmaları mümkündür. Bertram, Walk and Falder (n 10), 7.

42 Bertram, Walk and Falder (n 10), 8.

43 Benkert (n 24) 306. Mobil Office için Bertram, Walk and Falder (n 10), 9.

Home Office ve mobil Office çalışmaların bu çalışma yönteminin alt türleri olduğu belirtilmektedir⁴⁴. Ayrıca belirtelim ki, bu iki çalışma biçiminin eş zamanlı olarak kullanılması da mümkündür⁴⁵.

D. Home Office Çalışmanın Diğer Uzaktan Çalışma Biçimleri İle İlişkisi

Tebliğimizde “Home Office Çalışma” terimi “evde tele çalışma” kavramı ile eş anlamlı olarak kullanılmıştır. “Home Office” çalışma biçiminde, işçi üstlendiği iş görme edimini kendisine ait evden ve bilgi iletişim teknolojilerinden yararlanmak suretiyle ifa etmektedir⁴⁶. Çalışmanın gerçekleştirildiği yer “ev ofis” ya da “ev büro” olarak adlandırılmaktadır. Bu çalışma biçimi, “elektronik evde çalışma (electronic homework)”, “ev esaslı tele çalışma” (home-based teleworkers), “elektronik ev” (electronic cottage)⁴⁷, “Home Office” gibi çeşitli isimlerle anılmaktadır⁴⁸. Mesleki faaliyetlerini kendi evlerinden yerine getiren çalışanlar ise “homeworkers” olarak anılmaktadır⁴⁹. Home Office çalışmanın sürekli olmaması, ayın ya da haftanın belli günlerinde bu yöntemle çalışılması halinde ise kısmi ev esaslı çalışmadan veya dönüşümlü ev esaslı çalışmadan (“partial home-based telework”, “alternierende telearbeit”)⁵⁰ söz edilmektedir⁵¹. Bunun düzenli olarak gerçekleşmesi

44 Bertram, Walk and Falder (n 10), 8.

45 Bertram, Walk and Falder (n 10), 9.

46 Dulay Yangın ‘Uzaktan Çalışma’ (n 36) 152; Kılıç (n 16) 806, 809. Ayrıca bkz. Soysal (n 33) 145-149.

47 Kavrama ilişkin Dulay Yangın ‘Tele Çalışma’ (n 16) 223.

48 Bu amaçla kullanılan diğer terimler için Dulay (n 15) 24. Bu çalışma biçimi “telework from home” (evde tele çalışma) olarak, bu şekilde çalışanlar ise home-based teleworker anılmaktadır. COVID-19: Guidance for labour statistics data collection, Defining and measuring remote work, telework, work at home and home-based work, ILO technical note 5 June 2020, 7 (Kısaca: ILO Technical Note) https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---stat/documents/publication/wcms_747075.pdf Erişim Tarihi 15.06.2020.

49 Beño (n 1) 25.

50 Dulay Yangın ‘Uzaktan Çalışma’ (n 36) 153; Dulay Yangın ‘Tele Çalışma’ (n 16) 225; Civan (n 15) 536. Dönüşümlü evde tele çalışmada bağımlılık unsuruna ilişkin Dulay (n 15) 109. Tam gün ev esaslı çalışma-kısmi süreli ev esaslı çalışma ayrımı için bkz. Soysal (n 33) 148-149.

51 Örneğin, çalışma sürelerinin büyük bir kısmını müşterilerle geçiren satış temsilcileri-

halinde düzenli ev esaslı tele çalışma (“regular home-based telework”), terimi kullanılmaktadır⁵². Alman Hukuku’nda Home Office teriminin yanı sıra bu çalışma biçimini ifade etmek üzere “häuslichen Telearbeit”, “Teleheimarbeit” yahut “Homeoffice” ifadeleri kullanılmaktadır⁵³.

Kanaatimizce Home Office çalışma biçiminin temel özellikleri evde çalışmadan ziyade tele çalışmanın bir alt türü olarak değerlendirilmelidir⁵⁴. Öğretide, evde tele çalışmanın, tele çalışmanın en yaygın ve bilinen şekli olduğu da ifade edilmektedir⁵⁵. Evde tele çalışmanın bir diğer deyişle Home Office çalışmanın klasik evde çalışma ilişkisinden (Heimarbeitsverhältnis) ayrılması gerekir⁵⁶. Uygulamada verilen işlerin evde tamamlanmasına yönelik, iş organizasyonunda entegrasyon olmayan, işverenin çalışma saatleri ve işin yürütümünde yönetim hakkı bulunmayan klasik evde çalışma biçimi giderek daha nadir görülmeye başlamıştır⁵⁷. Tele çalışmayı, diğer uzaktan çalışma biçimlerinden ayıran temel unsur, teknoloji unsuru olup, klasik anlamda evde çalışmada bulunmamaktadır⁵⁸. Teknoloji unsuru, klasik evde çalışmaya nazaran tele çalışmada işveren ile işçi arasındaki

nin, gerekli organizasyon ve ofis görevlerini özellikle de işverene ait işyerinden uzakta bulunuyorlarsa Home Office, yerine getirmeleri oldukça yaygındır. Bertram, Walk and Falder (n 10) 9.

52 ILO 2017, S. Ayrıntılı bilgi için Dulay (n 15) 62. Evin ana çalışma yeri olması durumunda “home-based teleworker” (ev esaslı tele çalışan), son dört haftada en azından haftada bir evde tele çalışma varsa “regular telework from home” (düzenli evde tele çalışma), son dört haftada en azından bir kez evde çalışma varsa “occasional telework from home” (arızı evde tele çalışma) terimleri kullanılmaktadır. ILO Technical Note (n 48) 8.

53 Krieger, Rudnik and Povedano Peramato (n 7) 473-474.

54 Kandemir, Tele Çalışma (n 15) 44. Evde çalışmanın kendi içerisinde “geleneksel evde çalışma” ve “evde tele çalışma” olarak ikili bir ayrıma tabi tutulduğu yönde: Dulay (n 15) 23; Abbas (n 28) 2012-2013.

55 Kandemir, Tele Çalışma (n 15) 44.

56 Kandemir, Tele Çalışma (n 15) 45, 74; Aydınöz (n 15) 46; Kılıç (n 16) 806. Klasik anlamda evde çalışma, İngilizce “working from home” terimi ile ifade edilir. Bu çalışma biçiminde bilgi işlem teknolojileri kullanılmaksızın işin evden ifa edilmesi söz konusudur. ILO 2017, S. Klasik anlamda evde çalışmaya ilişkin Dulay (n 15) 59-60.

57 Aydınöz (n 15) 22. Evde çalışma modelinin tarihi gelişimi, boyutları ve bu yöntemle çalışanların niteliklerine ilişkin ayrıntılı bilgi için Dulay (n 15) 8-14; Günay (n 4) 97-124; Abbas (n 28) 2009-2010.

58 Çelik, Caniklioğlu and Canbolat (n 26) 218; Aydınöz (n 15) 22; Dulay (n 15) 60; Günay (n 4) 127; Kılıç (n 16) 811. Teknoloji unsurunun uzaktan çalışma sözleşmesinin unsurlarından olduğu yönünde: Mollamahmutoğlu, Astarlı and Baysal (n 26) 134-135.

bağımlılık unsurunun da daha kuvvetli tezahürüne yol açmaktadır⁵⁹. Tele çalışma şeklinde görülen bir işin evde görülmesi, her durumda evde hizmet sözleşmesinin varlığı anlamına gelmemektedir⁶⁰. Evde hizmet sözleşmesi bakımından ayırt edici olan, bir iş sonucunun elde edilerek işverene teslim edilmesidir⁶¹. Home Office çalışma (evde tele çalışma), klasik evde çalışmanın değil tele çalışmanın alt türlerinden biridir ve bu sebeple de uygulanacak hükümlerin tespitinde, bu hususun dikkate alınması gerekmektedir⁶². Tele çalışma hukukumuzda İş Kanunu ile düzenlenmiş olup, öncelikle bu kanun hükümlerinin uygulanması, İş Kanunu'nda hüküm bulunmayan hallerde ise Türk Borçlar Kanunu'nun hizmet sözleşmesine ilişkin genel hükümlerinin uygulanması gerekmektedir⁶³.

III. Türk Hukukunda Uzaktan Çalışmaya İlişkin Temel Düzenlemeler

Hukukumuzda uzaktan çalışmaya ilişkin temel düzenlemeler, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 14. maddesinde yer alan uzaktan çalışma ve Türk Borçlar Kanunu'nda yer alan “evde hizmet sözleşmesi”ne ilişkin hükümlerdir⁶⁴. Tebliğimizin konusunu teşkil eden çalışma biçimine uygulanacak hükümlere açıklık getirmek adına aşağıda kısaca bu düzenlemelere değinmeye çalışacağız.

59 Süzek, ‘İş Akdinin Türleri’ (n 28) 31; Alp, ‘Tele Çalışma’ (n 16) 815; Civan (n 15) 543. Home Ofis çalışma yönteminde bağımlılık unsuruna ilişkin ayrıntılı bilgi için Dulay (n 15) 104-106.

60 Çelik, Caniklioğlu and Canbolat (n 26) 217; Günay (n 4) 127.

61 Günay (n 4) 127.

62 Öğretide Süzek tarafından isabetle belirtildiği üzere tele çalışmanın evde gerçekleştirilmesi bu çalışmayı evde çalışma haline getirmeyecektir. Süzek (n 26) 272; Aydınöz (n 15) 46-47; Kılıç (n 16) 806. Bununla birlikte öğretilde ileri sürülen bir fikre göre, tele çalışma ile evde çalışmanın kesiştiği hallerde öncelikle evde hizmet hükümlerinin uygulanması gerekmektedir. Günay (n 4) 128.

63 Çelik, Caniklioğlu and Canbolat (n 26) 221; Süzek (n 26) 273; Ergüneş Emrağ (n 1) 1429. İş Kanunu'ndaki düzenleme öncesine ilişkin bkz. Civan (n 15) 558.

64 İsviçre Hukuku'nda da Borçlar Kanunu'nun Home Office çalışma tanımına yer vermemiş olup, OR § 351-354 hükümlerinde evde çalışmaya (Heimarbeit) özel hükümlere yer verilmiştir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, İş Kanunu’nun 4. maddesine göre, “Bir ailenin üyeleri ve 3 üncü dereceye kadar (3 üncü derece dahil) hısımları arasında dışardan başka biri katılmayarak evlerde ve el sanatlarının yapıldığı işler”⁶⁵ ve “ev hizmetleri” bu Kanun’un kapsamı dışındadır⁶⁶. Bu işler bakımından Türk Borçlar Kanunu hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Ancak tele çalışma bu kapsamda kabul edilebilecek işlerden olmayıp, evde gerçekleştirilen tele çalışmalara ilişkin iş ilişkileri İş Kanunu’nun kapsamındadır. Zira bu çalışma türünde evlerde el sanatlarının yapıldığı bir iş yahut ev hizmetinden bahsedebilmek mümkün değildir.

İş Kanunu’nun çağrı üstüne çalışmayı düzenleyen 14. maddesine 6/5/2016 tarih ve 6715 sayılı Kanun’un 2’nci maddesiyle eklenen 4. fıkrasına göre, “Uzaktan çalışma; işçinin, işveren tarafından oluşturulan iş organizasyonu kapsamında iş görme edimini evinde ya da teknolojik iletişim araçları ile işyeri dışında yerine getirmesi esasına dayalı ve yazılı olarak kurulan iş ilişkisidir.”⁶⁷. Böylece uzaktan çalışma kavramı adı altında bir yandan evde çalışma diğer yandan tele çalışmaya ilişkin düzenleme getirilmiştir. Daha önce de değindiğimiz üzere, öğretide ve söz konusu düzenlemenin gerekçesinde “uzaktan çalışma” teriminin bu iki çalışma biçimini de kapsayan bir üst kavram olduğu isabetle ifade edilmektedir⁶⁸. Ayrıca sözü geçen

65 Evlerde hısımlar arasında yapılan işlere ilişkin ayrıntılı bilgi için Kandemir, Tele Çalışma (n 15) 81-84; Dulay (n 15) 28-30; Günay (n 4) 213-238.

66 Çalışmanın “ev hizmeti” olarak değerlendirilebilmesi için doğrudan yahut dolaylı olarak hizmetin görüldüğü konut ile bağlantısı olması gerekmektedir. Bu çerçevede temizlik, çocuk bakımı, bahçevanlık gibi işler ev hizmeti olarak nitelendirilmektedir. Kandemir, Tele Çalışma (n 15) 84; Dulay (n 15) 24-25, 30-31; Civan (n 15) 529; Günay (n 4) 125-126; Özer (n 28) 197.

67 Bu düzenlemeden önce uzaktan çalışmaya ilişkin ilişkin 6111 sayılı torba yasa tasarısında yer alan düzenlemeye ilişkin ayrıntılı bilgi görüş ve eleştiriler için Alp, ‘Tele Çalışma’ (n 16) 826; Kandemir, Tele Çalışma (n 15) 49; Dulay (n 15) 31-32. İş Kanunu İle Türkiye İş Kurumu Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Kanun Numarası: 6715, Kabul Tarihi: 06.05.2016, RG 20.05.2016/29717. Düzenlemenin çağrı üstüne çalışmaya ilişkin 14. maddede yapılması öğretide isabetli olarak eleştirilmektedir. Ergüneş Emrağ (n 1) 1420.

68 Çelik, Caniklioğlu and Canbolat (n 26) 216; Dulay Yangın ‘Uzaktan Çalışma’ (n 36) 149, 150; Ergüneş Emrağ (n 1) 1416; Kılıç (n 16) 805. Söz konusu düzenlemeye ilişkin olarak 6715 sayılı Kanun taslağının gerekçesinde, “Maddeyle, çalışma mevzuatının, değişen ekonomik koşulları takip eden dinamik bir yapıya kavuşturulması amacıyla evden çalışma ve tele çalışma biçimleri uzaktan çalışma adı altında birleştirilerek tanımı yapıl-

düzenlemede açıkça uzaktan çalışma esaslı iş sözleşmelerinin yazılı olarak kurulması gerektiği ifade edilmiştir⁶⁹. Bunun temel sebebi, bu çalışma biçiminin özelliği gereğince kayıt dışı çalışmanın önlenmesidir⁷⁰. Ayrıca sözü geçen hükmün bir sonraki fıkrasında, “yapılacak iş sözleşmesinde; işin tanımı, yapılma şekli, işin süresi ve yeri, ücret ve ücretin ödenmesine ilişkin hususlar, işveren tarafından sağlanan ekipman ve bunların korunmasına ilişkin yükümlülükler, işverenin işçiyle iletişim kurması ile genel ve özel çalışma şartlarına ilişkin hükümler yer alır.” hükmüne yer verilmek suretiyle sözleşme içeriğinde yer alması gereken zorunlu unsurlara da yer verilmiştir. Söz konusu çalışma türünün özelliğine bağlı olarak ortaya çıkabilecek hukuki problemlerin de önüne geçilmesi sağlanmak istenmiştir. Zira burada genel hükümlerin uygulanmasının çeşitli güçlüklerle yol açtığı özel bir çalışma türü söz konusudur⁷¹.

Türk Hukuku’nda uzaktan çalışma yöntemlerinden evde çalışmaya ilişkin ilk düzenleme, Türk Borçlar Kanunu’nun (TBK) “Hizmet Sözleşmeleri” başlıklı Altıncı Bölümünün “Evde Hizmet Sözleşmesi” başlıklı Üçüncü Ayrımında yer alan madde 461-469 hükümleridir⁷².

muştır. Uzaktan çalışma, işçinin mal ve hizmet üretmek amacıyla işyeri dışında, işverenin gözetiminden uzak bir mekanda iş edimini sunduğu ve bunun karşılığında işverenden ücret aldığı iş ilişkisidir. Uzaktan çalışma iş ilişkisinde, iş görme, ücret ve bağımlılık unsurları varlığını sürdürmektedir. Yazılı olarak yapılacak uzaktan çalışma iş sözleşmesinde; işverenden aldığı hizmet üretimine ilişkin işi, işyerinin dışında evinde ya da ofisinde veya başka bir mekanda ifa edecek olan işçinin yapacağı işin tanımı, yapılma şekli, işin süresi ve yeri, ücret ve ücretin ödenmesine ilişkin hususlar, işveren tarafından sağlanan ekipman ve bunların korunmasına ilişkin yükümlülükler, işverenin işçiyle iletişim kurması ile genel ve özel çalışma şartlarına ilişkin hükümlerin yer alması amaçlanmıştır.” ifadelerine yer verilmiştir. Gerekçe metni için bkz.

<https://mevzuat.tbmm.gov.tr/mevzuat/faces/kanunmaddeleri?pkanunlarno=194519&pkanunnumarasi=6715>. Erişim Tarihi 10.05.2020. Uzaktan çalışmanın yalnızca tele çalışmayı ifade ettiği yönde bkz. Mollamahmutoğlu, Astarlı and Baysal (n 26) 134.

69 Yazılı sözleşme bulunmayan hallerde de taraflar arasındaki ilişkinin tele çalışma olduğunu ispat edildiği takdirde bu ilişkiye tele çalışmaya ilişkin hükümlerin uygulanacağı yönünde: Kılıç (n 16) 810.

70 Karşılaştırmalı hukukta tele çalışma sözleşmelerinde yazılı şekle ilişkin ayrıntılı bilgi için Aydınöz (n 15) 28-30. Yazılı şeklin geçerlilik şekli olduğu yönünde: Dulay Yangın ‘Uzaktan Çalışma’ (n 36) 157.

71 Ayrıntılı bilgi için Aydınöz (n 15) 30-32.

72 Evde hizmet sözleşmelerine uygulanacak hükümlere ilişkin açıklamalar da içeren bir

Öğretide kanaatimizce de isabetli olarak ileri sürülen bir fikre göre, evde gerçekleştirilen tele çalışmalara Borçlar Kanunu'nun evde hizmet sözleşmelerine ilişkin hükümlerinin değil, İş Kanunu'nun uygulanması gerekmektedir⁷³.

IV. Home-Office Çalışmaya Geçiş

A. Genel Olarak

Çalışma konumuza ilişkin olarak kanaatimizce yanıtlanması gereken önemli sorulardan biri, Pandemi öncesinde iş görme edimini işyerinde ifa eden bir işçinin işverenin tek taraflı kararı ile Home-Office çalışmaya geçirilip geçirilemeyeceğidir. Zira pandemi döneminde ülkemizde birçok işveren işçilerini uzaktan çalışmaya yönlendirmiş ve çalışanlarına bu hususta bir talimat vermekle yahut açıklama yapmakla yetinmiştir. Bununla

Yargıtay kararına göre, "4857 Sayılı İş Kanunu'nun 4. maddesinde, İş Kanunu'nun kapsamı dışında bıraktığı işler arasında pazarlamacılık ve evde (ev hizmeti dışında) hizmet işini saymamıştır. Aynı konu hem genel hem de özel kanunda düzenlenmiş ise kural, özel kanun önce uygulanır. Genel kanun hükümleri ancak özel kanunda hüküm bulunmayan durumlarda devreye girer. Özel kanun hem özel olduğu hem de sonraki kanun olduğu için uygulama önceliğine sahiptir. Ancak özel kanun daha eski tarihli, genel kanun yeni tarihli ise hangi kanunun uygulama önceliğine sahip olduğunu belirlemek oldukça güç bir iştir. Yorum metotlarına başvurmak ve kanun koyucunun nihai iradesini ortaya çıkarmak gerekir. TBK eskiden olduğu gibi yine iş kanunları (4857 Sayılı İş K., 854 Sayılı Deniz İş K., 5953 Sayılı Basın İş K.) karşısında genel kanundur. Ancak bireysel iş kanunlarında hüküm bulunmayan hallerde BK. hükümlerinin uygulanması gerekir. 6098 Sayılı TBK. öncekine nazaran çok daha ayrıntılı ve işçiye daha fazla koruyan yeni hükümler getirmiş bulunmaktadır. Kanun koyucunun bugüne kadar İş Kanunu kapsamında çalışan bu kişilerin (pazarlamacı- evde hizmet sözleşmesi ile) faaliyet biçiminin özelliğinden ötürü ayrıntılı hükümlere yer vermeyi istediği ve bunu da Borçlar Kanunu içinde yaptığı anlaşılmaktadır. Bir anlamda bu sözleşme türleri ile ilgili özel hükümler getirmiştir. Ancak bu İş Kanunu hükümleri kapsamında kalmadığı anlamına gelmez. Nitekim şu an tıbbi tanıtım temsilcilerinin sözleşmeleri pazarlamacılık sözleşmesi niteliğinde olmakla birlikte, iş güvencesi yönünden 4857 Sayılı İş Kanunu hükümlerine tabii tutulmaktadırlar. Pazarlamacılık sözleşmesi İş Kanunu'nun 4. maddesindeki istisnalar arasında sayılmadığı için İş Kanunu kapsamında bir sözleşmedir. Ancak İş Kanunu'nda bu sözleşmeye dair özel hükümler bulunmadığı ölçüde 6098 Sayılı yeni Türk Borçlar Kanunu'nun özel hükümleri öncelikle uygulanacak, bulunmadığı takdirde önce İş Kanunu'nu sonra ise Borçlar Kanunu'nun genel hükümlerine başvurulacaktır.". 9 HD, 24670/19553, T. 8.11.2016 (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası).

73 Alp 'Tele Çalışma' (n 16) 816. Ayrıca bkz. Çelik, Caniklioğlu and Canbolat (n 26) 221.

birlikte, Home Office çalışmaya geçiş genel olarak çalışanlar açısından avantajlı görünmekle birlikte, çalışma saatlerinin belirsizleşmesi, ulaşılama hakkına riayet edilmemesi, tatil günlerinde dahi işveren tarafından iş verilmesi, sosyal yaşamdan izolasyon, aile ve bakım yükümlülükleri ile çalışma hayatının iç içe geçmesi gibi olumsuzluklar da söz konusudur⁷⁴. Dolayısıyla her durumda çalışan lehine sonuçlar doğurmayan Home Office çalışmaya geçilmesinin işverenin tek taraflı iradesi ile mümkün olup olmadığı sorusu önem arz etmektedir.

Sorunun hukukumuz açısından uzaktan çalışmaya ilişkin düzenlemeler, işverenin yönetim hakkı ve iş sözleşmesinde esaslı değişiklik kavramları çerçevesinde ele alınması gerekmektedir. Aşağıda öncelikle pandemi önceindeki olağan döneme ilişkin açıklamalara yer verilecek, ardından pandemi dönemine özel olarak problem değerlendirilmeye çalışılacaktır.

B. Genel Olarak İşverenin Tek Taraflı Talimatı İle Home Office Çalışmaya Geçişe İlişkin Değerlendirmeler

İş sözleşmesinin tarafları sözleşmenin kuruluşu esnasında yahut sonradan anlaşmak sureti ile Home Office çalışma yöntemini kararlaştırabilirler. Daha önce de değindiğimiz üzere, İş Kanunu'nun 14. maddesinin 4. fıkrasında açıkça uzaktan çalışma sözleşmesinin yazılı olarak kurulması gerektiği düzenlenmiş olup, bu düzenlemenin 5. fıkrasında sözleşmede belirli hususların yer alması gerektiği kabul edilmiştir.

Tele Çalışmaya İlişkin Avrupa Çerçeve Anlaşması'nın 3. maddesinde de tele çalışmanın iş ilişkisinin kurulması esnasında yahut sonradan taraflarca isteğe bağlı olarak kararlaştırılabileceği belirtilmiştir. Her iki durumda da işveren tele çalışana 91/533/EWG ve yürürlükteki toplu iş sözleşmesi gereğince yapılacak işin tanımı gibi gerekli bilgileri yazılı

74 Öğretide Kandemir tarafından ifade edildiği üzere, “yeni iş ortamlarına dönüşen ev, geleneksel anlamda “yuva” olma özelliğini kaybederek bir tür barınağa dönüşmektedir. Kişi evdedir, ancak, ailenin bir ferdi olarak değil, bir çalışan olarak evdedir. Kişi, işinin başındadır ama işyerinde değildir.” Kandemir Tele Çalışma (n 15) 44.

olarak vermekle yükümlüdür. Bu çerçevede özellikle yer alması gereken bazı bilgilere de sözü geçen hükümde yer verilmiştir. Düzenlemenin devamında açıkça, tele çalışmanın başlangıçta iş tanımının bir parçası olmadığı hallerde işverence teklif edilmesi üzerine işçinin kabul edebileceği yahut reddedebileceği belirtilmiş olup, benzer şekilde işçi tarafından teklif edilmesi durumunda da işverenin kabul edebileceği yahut reddedebileceği düzenlenmiştir. Tele çalışmaya geçiş halinde işçinin statüsünü etkilemeyeceği bu durumun sadece işin yapılış şeklini değiştireceği kabul edilmiştir. Çalışan tarafından işverence yapılan tele çalışmaya geçiş teklifinin reddedilmesi de iş sözleşmesinin feshi ya da çalışma koşullarının değiştirilmesi için tek başına yeterli bir sebep teşkil etmeyecektir⁷⁵.

Tele çalışmaya sonradan geçiş kararının bireysel yahut toplu sözleşme ile geri alınması mümkündür. Geri dönüşe ilişkin usul bireysel veya toplu iş sözleşmesinde belirlenir ve kararın geri alınması işverene ait işyerindeki çalışmaya geri dönmeyi ifade etmektedir. Böylece anlaşılmaktadır ki, Anlaşma'ya göre başlangıçta tele çalışma yönteminin iş sözleşmesi ile kararlaştırılmadığı hallerde bu yöntemle başvurulabilmesi tarafların karşılıklı anlaşmaları ile mümkün olup, işverence alınacak tek taraflı bir kararla işçinin bu çalışma yöntemine geçmeye zorlanması mümkün değildir⁷⁶.

Alman Hukuku'nda da kural olarak Home Office çalışmanın uygulanabilmesi için bir hukuki dayanağın varlığının bulunması gerektiği kabul edilmektedir. Home Office çalışmayla ilişkili düzenlemeye ihtiyaç duyulan çok sayıda husus olduğundan, iş sözleşmesi taraflarının kural olarak açık bir sözleşmesel dayanak oluşturmaları gerektiği benimsenmektedir⁷⁷. İş sözleşmesinin tarafları Home Office çalışmadaki işin kapsamını ve içeriğini bireysel bir iş sözleşmesinde yahut bireysel iş sözleşmesini tamamlayan bir anlaşma ile belirleyebilirler⁷⁸. İşyeri temsilciliği bulunan işyerlerinde ise genellikle işyeri

75 Aydın (n 35) 363.

76 Aydınöz (n 15) 79; Dulay (n 15) 258-259.

77 Krieger, Rudnik and Povedano Peramato (n 7) 474; Michael Fuhlrott and Katharina Fischer, 'Corona: Virale Anpassungen des Arbeitsrechts (2020) 6 NZA (Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht) 345, 349.

78 Jens Günther and Matthias Böglmüller, 'COVID-19-Pandemie und Home-Office' (2020) 8 ArbRAktuell (Arbeitsrecht Aktuell) 186; Krieger, Rudnik and Povedano

sözleşmesinde (Betriebsvereinbarung) Home Office çalışmaya ilişkin hak ve yükümlülükler düzenlenebilmektedir⁷⁹. Genellikle bu düzenlemelerde haftalık Home Office çalışma gün sayısı, iş güvenliği, veri koruma, maliyetlerin üstlenilmesi ve sorumluluğa ilişkin hükümlere yer verilmektedir⁸⁰.

Kanaatimizce, iş sözleşmesinin tarafları arasında uzaktan çalışmaya ilişkin bir anlaşma bulunmaksızın işverenin tek taraflı bir talimatı ile tipik iş sözleşmesi çerçevesinde işyerinde çalışan işçinin Home Office çalışmaya geçirilmesi işverenin yönetim hakkının sınırını aşmaktadır. Bu gibi bir değişiklik bize göre İş Kanunu'nun 22. maddesinde düzenlenen esaslı değişiklik olarak nitelendirilmelidir⁸¹. Sözü geçen hükmün 1. fıkrasına göre, "İşveren, iş sözleşmesiyle veya iş sözleşmesinin eki niteliğindeki personel yönetmeliği ve benzeri kaynaklar ya da işyeri uygulamasıyla oluşan çalışma koşullarında esaslı bir değişikliği ancak durumu işçiye yazılı olarak bildirmek suretiyle yapabilir. Bu şekle uygun olarak yapılmayan ve işçi tarafından altı işgünü içinde yazılı olarak kabul edilmeyen değişiklikler işçiye bağlamaz. İşçi değişiklik önerisini bu süre içinde kabul etmezse, işveren değişikliğin geçerli bir nedene dayandığını veya fesih için başka bir geçerli nedenin bulunduğunu yazılı olarak açıklamak ve bildirim süresine uymak suretiyle iş sözleşmesini feshedebilir. İşçi bu durumda 17 ila 21 inci madde hükümlerine göre dava açabilir." İş sözleşmesi, personel yönetmeliği veya sözleşmenin eki niteliğindeki kaynaklar ile işyeri uygulaması ile oluşan ücret, ücret ekleri, çalışma yeri, görülen iş, işyerindeki pozisyonu, iş süreleri, sorumlulukları ve sosyal ya da aile yaşamında değişiklik yaratan ve benzeri çalışma koşullarında gerçekleştirilecek değişiklikler esaslı değişiklik

Peramato (n 7) 474. Belirtmek gerekir ki, iş sözleşmesinin kuruluşunda yahut sonradan yapılacak değişiklikler bakımından Alman Hukuku'nda yazılı şekil şartı, ispat hukukuna ilişkin düzenlemeler dışında öngörülmemiş olduğundan, sözlü anlaşmalarla ya da zımnî anlaşma gösteren davranışlarla da kararlaştırılabilir.

79 Günther and Böglmüller (n 78) 186. Ayrıca bu sözleşmelerde ve benzer şekilde toplu iş sözleşmelerinde genellikle tele çalışmaya ilişkin koşullar ve uygulama esaslarına yer verilmekle birlikte, tele çalışma konusunda bir hak veya yükümlülük öngören düzenlemelere yer verilmediği, bu nedenle de söz konusu hükümlerin çalışanların çalışma biçimleri üzerinde doğrudan ve emredici bir etkisi olup olmadığı sorusunun ortaya çıktığı belirtilmektedir. Krieger, Rudnik and Povedano Peramato (n 7) 477.

80 Günther and Böglmüller (n 78) 186.

81 Kandemir, Tele Çalışma (n 15) 91; Alp 'Tele Çalışma' (n 16) 843; Dulay (n 15) 257-258; Aydınöz (n 15) 89; Ergüneş Emrağ (n 1) 1436.

niteliğindedir⁸². Değişikliğin esaslı nitelikte olup olmadığının belirlenmesinde genel olarak işçinin durumunun ağırlaşıp ağırlaşmadığı ölçütü belirleyici olup, somut olayın özellikleri ve işçinin sübjektif durumu ile nitelikleri dikkate alınmaktadır⁸³. İşçinin Home Office çalışma yöntemine geçirilmesinin işçi açısından yaratabileceği sakıncalar dikkate alındığında, bu gibi bir değişikliğin esaslı değişiklik teşkil edeceği ve işverenin tek taraflı kararı ile gerçekleştirilemeyeceği açıktır. Öğretide ileri sürülen bir fikre göre, işletmenin bütün olarak tele çalışma yöntemine geçiş yapmasına karar verilmesi durumu işletmesel karar olarak nitelendirilip işverenin tasarrufunda olmasına karşılık, bir veya birkaç işçinin tele çalışmaya geçirilmesi halinde daha sınırlayıcı bir yaklaşım belirlenmesi gerekmektedir⁸⁴.

Şunu da belirtmek gerekir ki, tele çalışmaya geçişle ilgili taraflar arasında bir anlaşma yapılması mevcut iş ilişkisinin sona erdirilmesi anlamını taşımamaktadır⁸⁵. Mevcut iş sözleşmesinde belirlenen çalışma yerinin değiştirilmesi durumu söz konusudur.

İşverenin önceden Home Office çalışmaya geçişi sağlayacak şekilde değişiklik yapma hakkını saklı tutan bir iş sözleşmesi kayıtları da öğretide

82 Kübra Doğan Yenisey, 'Hizmet Akdine Tek Taraflı Müdahale ve İş Şartlarının Esaslı Tarzda Değiştirilmesi' (2001) (5) İstanbul Barosu Çalışma Hukuku Komisyonu Bülteni 113, 128; Kübra Doğan Yenisey, 'Çalışma Koşullarında Değişiklik ve İş Sözleşmesinin Feshi' (2010) 3 Çalışma ve Toplum, 93; Fatih Uşan, '4857 Sayılı İş Yasasının 22. Maddesi Çerçevesinde Değişiklik Feshi, Çalışma Şartlarında Esaslı Değişiklik Ve Uygulama Sorunları' (2007) 9 (Özel Sayı) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 211, 220.

83 Doğan Yenisey, Çalışma Koşullarında Değişiklik (n 82) 95; Doğan Yenisey, Tek Taraflı Müdahale (n 82) 121; Uşan (n 82) 220.

84 Alp, 'Tele Çalışma' (n 16) 846. Bize göre bu halde de İş Kanunu md. 22 hükmüne göre esaslı değişiklik önerisinde bulunulması gerekmekte olup, işçi tarafından öneri kabul edilmediği takdirde ise değişiklik feshinin gündeme gelmesi söz konusu olacaktır. İşveren tarafından değişiklik feshi yoluna gidilmeyerek değişiklikte ısrar edilmesi işe işverence haksız fesih sayılabilecektir. Zira işçinin başka bir işyerine yahut şehre nakli reddetmesi üzerine işyerine alınmaması ve ücretinin ödenmemesi öğretide ve yargı kararlarında işverence haksız fesih olarak nitelendirilmektedir. Örnek yargı kararları ve ayrıntılı bilgi için bkz. Süzek (n 26) 659-663. Ancak belirtelim ki, pandemi döneminde işletmenin geçici olarak kapatılmasına bağlı olarak, Home Office çalışmaya geçiş önerisinin ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir.

85 Kandemir, Tele Çalışma (n 15) 92.

ileri sürülen bir fikre göre geçerli sayılmamalıdır⁸⁶. Kanaatimizce hangi koşullarda Home Office çalışmaya geçiş yapılabileceğine ilişkin belirleme yapılararak getirilmiş ve genel iş koşulu niteliği taşımayan kayıtların geçerli olacağı kabul edilebilir. Örneğin, salgın hastalık tehlikesi yaşandığında Home Office çalışmaya geçiş yapılacağını içeren bir sözleşme kaydı taraflarca müzakere edilerek kararlaştırılmışsa, geçerli olduğu kabul edilmelidir⁸⁷.

Alman Hukukunda da daha önce ifade ettiğimiz üzere, kural olarak Home Office çalışmanın hukuki dayanağı başlangıçta yahut sonradan yapılan karşılıklı bir anlaşma olmalıdır. İşverence tek taraflı olarak Home Office çalışmaya geçiş ise öğretide işverenin yönetim hakkının kapsamı açısından değerlendirilmektedir. Buna göre taraflar arasındaki iş sözleşmesinde işçinin işini ifa edeceği yer düzenlenmişse, geçici olarak çalışanın Home Office yahut Mobil Office çalışmaya geçirilmesine yönelik talimat verilmesi § 106 S. 1 GewO hükmü kapsamında işverenin yönetim hakkı çerçevesinde olmadığından geçersiz olacaktır⁸⁸. Böyle bir değişikliğin yapılabilmesi taraflarca sözleşmede değişiklik yapılmasını gerektirir. İşverence tek taraflı değişiklik yapılabilmesi ise § 2, 1 II KSchG hükmünde düzenlenen değişiklik feshine ilişkin hükümlere göre gerçekleştirilebilir. Bunun dışında Alman Hukuku'nda işverenin bağlayıcı bir talepte bulunabilmesinin ancak iş sözleşmesi yahut işyeri sözleşmesinde hüküm bulunması halinde mümkün olabileceği kabul edilmektedir⁸⁹. Kural olarak işverence herhangi bir sözleş-

86 Aynı yönde: Kandemir, *Tele Çalışma* (n 15) 92-93; Alp 'Tele Çalışma' (n 16) 843, 845; Aydınöz (n 15) 98. Bkz. ve krş. Ergüneş Emrağ (n 1) 1439.

87 Ayrıca bkz. Ergüneş Emrağ (n 1) 1439.

88 Krieger, Rudnik and Povedano Peramato (n 7) 475.

89 Krieger, Rudnik and Povedano Peramato (n 7) 474. Bir görüşe göre, konuya ilişkin yasal bir düzenleme yapılmalı ancak işverenin çalışanın özel yaşam alanına müdahale hakkı bulunmadığından, işverene tek taraflı olarak düzenleme yapma izni verilmemelidir. Almanya'da CDU, CSU ve SPD arasında yapılan Koalisyon Anlaşmasında, mobil çalışmanın kolaylaştırılması amacıyla yasal düzenlemeler yapılmasına yer verilmiştir. Thomas Granetzny and Anja Markworth, 'IX. Home Office in Zeiten von Corona: Was Arbeitgeber jetzt berücksichtigen sollten' in Klaus-Stefan Hohenstatt and Ulrich Sittard, *Arbeitsrecht in Zeiten von Corona* (1. Auflage, C.H. Beck 2020) 32 Erişim Tarihi 20.05.2020 (Beck Online). 2018 yılında 19. Yasama Dönemine ilişkin yapılan Koalisyon anlaşması için bkz. "Ein neuer Aufbruch für Europa Eine neue Dynamik für Deutschland Ein neuer Zusammenhalt für unser Land Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD 19. Legislaturperiode", 41. <https://www.bundesregierung.de/resource/blob/656734/847984/5b8bc23590d4>

mesel kararlaştırma olmaksızın işçinin iradesi dışında evde yahut bir kafede çalışmaya gönderilmesi mümkün değildir⁹⁰. Zira işçiye işin ifa edileceği alanın sağlanması, işverenin yükümlülüğüdür. Aksi durumda çalışanın iş görme edimini ifa için harekete geçmesi beklenemeyecektir⁹¹.

Ülkemizde konuya ilişkin bir yargı kararına rastlanmamakla birlikte, Alman Hukuku'nda işverence tek taraflı olarak Home Office çalışmaya geçiş kararı verilmesinin yargı kararlarında da inceleme konusu olduğu görülmektedir. LAG Berlin-Brandenburg 2018 yılında verdiği bir kararda, şirketin yeniden yapılandırılması sürecinde Home-Office çalışmaya işverenin tek taraflı kararı ile geçilemeyeceği, bunun işverenin yönetim hakkının sınırını aştığı kabul edilmiştir⁹². Mahkeme işverenin Home Office çalışmaya geçişe ilişkin tek taraflı kararının geçerliliğini değerlendirirken, yukarıda yer verdiğimiz GewO § 106 hükmünde yer alan işverenin yönetim hakkına ilişkin düzenlemeye dayanmış ve bu kapsamda tek taraflı değişikliğin geçerli olmadığı sonucuna varmıştır⁹³. Kararda söz konusu değişikliğin çalışan aleyhine sonuçları ele alınırken, bu tip çalışmanın çalışanın meslektaşları ile temasını yitirmesine, iş ve boş zamanlar arasındaki sınırların kaybolmasına, işyeri temsilciliği ve sendikanın da çalışanlara ulaşmasının güçleşeceğine değinilmiştir⁹⁴. Home Office çalışma yönteminin doğasında bu yöntemle

[cb2892b31c987ad672b7/2018-03-14-koalitionsvertrag-data.pdf?download=1](https://www.konrad-adenauer-stiftung.de/media/1000000/cb2892b31c987ad672b7/2018-03-14-koalitionsvertrag-data.pdf?download=1). Eri-
şim Tarihi 20.05.2020.

90 Michael Fuhlrott, 'B. Individualarbeitsrecht' in Stefan Kramer, IT-Arbeitsrecht, (2. Auflage, C.H. Beck 2019) Rn. 21; Benkert (n 24) 306.

91 Kramer IT-ArbR/Fuhlrott, B. Individualarbeitsrecht (n 90) Rn. 21.

92 Karar metni için bkz. LAG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 14.11.2018 – 17 Sa 562/18 (ArbG Berlin 23.2.2018 – 6 Ca 10310/17), BeckRS 2018, 34001. Karara ilişkin değerlendirmeler için bkz. Fuhlrott, Michael, Home-office kann nicht einseitig angeordnet werden, GWR 2019, 97; Stück, Volker, Kein Home-Office per Direktionsrecht, ArbRAktuell 2019, 47.

93 Bu hüküm çerçevesinde, yönetim hakkı kapsamında Home Office bir çalışma ancak iş sözleşmesi yahut toplu iş sözleşmesi ile kararlaştırıldığı takdirde yahut sonradan taraflar arasında yapılacak bir anlaşma ile mümkün olabilecektir. Krieger, Rudnik and Povedano Peramato (n 7) 474.

94 Almanyada 2019 yılında yapılan Digitalverbands Bitkom tarafından 16-65 yaş arası 1002 çalışanla yapılan bir ankette, Home Office çalışma izni bulunan çalışanlardan %62 sinin bu imkanı kullandığı, %38'inin evde veya mobil çalışmayı tercih ettikleri, ev yerine ofisi tercih edenlerin büyük çoğunluğunun sosyal sebeplerle işyerine gitmeyi tercih ettiklerini beyan etmişlerdir. Ankete katılanların %59 u ekip içinde

çalışanlar açısından izolasyon riski bulunmaktadır⁹⁵. Bu nedenle benzer bir olayda Türk Hukuku açısından da işverence yapılan değişikliğin esaslı ve işçi aleyhine sonuç doğuracak nitelikte bir değişiklik olduğunun, işverence tek taraflı olarak gerçekleştirilmesinin İş Kanunu md. 22 hükmüne uyularak gerçekleştirilebileceğinin kabul edilmesi gerekeceği kanaatindeyiz. Ayrıca belirtelim ki, Alman Hukuku'nda iş sözleşmesinde işverene tek taraflı Home Office çalışmaya geçiş hakkı veren kayıtlar da anayasal konut dokunulmazlığına uygun olmadığından ve işverenin çalışana işin görülmesine yönelik bir işyeri sağlama yükümlülüğü bulunduğundan geçerli sayılmamaktadır. Bununla birlikte, iş sözleşmesinde ayrıntılı olarak düzenlenen belirli koşulların varlığına bağlı olarak, belirli bir süre Home Office çalışma yahut mobil çalışmaya geçiş imkânı veren sözleşme kayıtlarının geçerli olabileceği kabul edilebilir⁹⁶. Kanaatimizce değişiklik kayıtlarına ilişkin olarak hukukumuz açısından da aynı sonuçlara varılabilmesi mümkündür.

C. Pandemi Döneminde İşverenin Tek Taraflı Talimatı İle Home Office Çalışmaya Geçiş İle İlgili Değerlendirmeler

Pandemi döneminde işverenler alışılmadık olağanüstü bir durumla karşı karşıya kalmış olup, kısa bir süre içerisinde Home Office çalışmaya geçiş ihtiyacı hasıl olmuştur. Mevcut durumda virüsün bulaş riskinin yüksekliği karşısında sosyal temasın azaltılması büyük önem arz etmektedir. Home Office çalışmaya geçiş hem işyerindeki sosyal teması hem de işe giriş geliş sırasında yahut öğle aralarında yaşanan teması engellemektedir. Bu sayede hem bireysel olarak çalışanın hem de kamu sağlığının korunması diğer yandan da salgının işletmedeki iş gücüne yayılarak işletmenin tamamen durma noktasına gelmesinin engellenebilmesini sağlamaktadır⁹⁷.

çalışmanın önemli olduğunu ifade ederken, %20 si evde yapılamayacağını düşündüğünü, %15 i ise evde çalışmanın verimli olmayacağını belirtmiştir. <https://www.bit-kom.org/Presse/Presseinformation/Homeoffice-Nein-danke-Angestellte-arbeiten-lieber-im-Buero-als-zu-Hause> Erişim Tarihi 12.05.2020.

95 Alp, 'Tele Çalışma' (n 16) 807; Aydınöz (n 15) 51; Alkan Meşhur (n 1) 5; Aydın (n 35) 357.

96 Bertram, Walk and Falder (n 10), 16.

97 Bertram, Walk and Falder (n 10) 16.

Hukukumuzda zorunlu uzaktan çalışmaya ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Buna karşılık, Fransız Hukukunda salgın hastalık halinde zorunlu uzaktan çalışmaya geçiş haline ilişkin özel bir düzenlemeye yer verilmiş olup, bu halde işverence işçinin onayı alınmaksızın çalışanın uzaktan çalışmaya geçirilebileceği kabul edilmiştir⁹⁸. Her ne kadar açık bir yasal düzenleme bulunmaktaysa da pandemi döneminde Aile Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı tarafından uzaktan çalışmaya ilişkin önerilerde bulunulduğu gözlemlenmektedir. Örneğin, “İşyerlerinde Yeni Tip Koronavirüse Karşı Alınması Gereken Önlemler” başlıklı belgede, “İşyeri genelinde çalışanların sosyal mesafesini sağlamak için uygun bir çalışma modeli geliştirilmelidir”, “Hassas risk gruplarında yer alan çalışanların mümkünse evden çalışmaları sağlanmalıdır”, “Çalışanlara verilecek olan iş sağlığı ve güvenliği eğitimleri uzaktan eğitim şeklinde...”, “Ülke dışına düzenlenecek iş seyahatleri, konferans, kongre vb. etkinlikler mümkün olabildiğince ertelenmeli, yapılmasının zaruri olduğu hallerde öncelikle sesli ve görüntülü iletişim imkanları kullanılmalıdır.”, “Mümkünse muhtemel Covid -19 maruziyetini önlemek adına toplantıları ertelemeli veya tele/video konferans olarak yapılmalıdır.” tavsiyelerinde bulunulmuştur⁹⁹. “İşyerlerinde Yeni Tip Koronavirüsten Korunma Tedbirleri” başlıklı belgede “Yurtdışından gelenlerin 14 gün boyunca evden çalışması sağlanmalıdır.”¹⁰⁰. Bunun gibi “Yeni Koronavirüs Salgını Kapsamında İş Sağlığı ve Güvenliği Profesyonellerinin İşyerlerinde Aldıracağı Tedbirler” başlıklı belgede de, “Sosyal mesafe kuralı gözetilerek çalışma yöntem ve şekillerinin yeniden gözden geçirilmesi, mümkün olduğu durumlarda bu kurala uygun iş organizasyonu yapılması”, “Çalışma alanında aynı anda bulunan çalışan sayısının asgari oranda tutulması için planlama yapılması, mümkün olması halinde uzaktan çalışma gibi yöntemlerin tercih edilmesi” ifadelerine yer verilmiş, toplantıların ertelenmesi yahut video/telekonferans yöntemlerinin kullanılması ile eğitimlerin uzaktan eğitim metodu ile verilmesi gerektiği belirtilmiştir. Bağlayıcılığı tartışılabilir belgeler olmamakla birlikte, anlaşılmaktadır ki Bakanlıkça gerek işverenlere gerekse iş sağlığı güvenliği

98 Fransız Hukukunda yer alan düzenleme için bkz. Ergüneş Emrağ (n 1) 1421. Özer’e göre, işçinin onayı alınmaksızın zorunlu uzaktan çalışmaya geçiş mümkün olmamalıdır. Özer (n 28) 205-206.

99 <https://ailevecalisma.gov.tr/covid19>. Erişim Tarihi: 25.05.2020.

100 <https://ailevecalisma.gov.tr/covid19> Erişim Tarihi: 20.06.2020

profesyonellerine, pandemi döneminde uzaktan çalışma yöntemlerine başvurulması önerilmektedir. Bununla birlikte, bağlayıcı niteliği bulunmayan söz konusu yazılarda işverence bu geçişin nasıl gerçekleştirileceğine dair bir açıklama yapılmamaktadır.

Alman Hukuku'nda da benzer şekilde işverenin tek taraflı talimatı ile Home Office çalışmaya geçişi düzenleyen bir hükme yer verilmediği gibi, salgın hastalık halinde uzaktan çalışmaya ilişkin özel bir düzenlemede bulunmamaktadır. Bu hallerde faaliyetin uygun olduğu ölçüde çalışana gerekli ekipmanlar sağlanarak Home Office çalışmasının istenmesi ideal bir çözüm olarak görülmektedir. Bu gibi hallerin çoğunda çalışanlar iş birliği göstermekle birlikte, daha önceleri teorik bir soru olan işverenin yönetim hakkı kapsamında çalışanı Home Office çalışmaya geçirip geçiremeyeceği, uygulamada giderek daha fazla önem arz etmeye başlamıştır. Riskli bölgelerden dönen çalışanların işletmeden uzaklaştırılması karantinaya alınan çalışanların çalıştırılmaması da her ne kadar Alman Hukukunda BGB § 616 ve Enfeksiyondan Korunma Kanununa göre tazminat hakları nedeniyle ekonomik olarak çok ciddi sonuçlar yaratmasa da söz konusu çalışanın yer aldığı pozisyonun önemi sebebi ile işveren açısından sorun yaratabilmektedir¹⁰¹. Ayrıca Alman Hukukunda §§ 2, 1 II KSchG hükmünde düzenlenen değişiklik feshine ilişkin hükümlere geçici olarak pandemi dönemine ilişkin Home Office çalışmaya geçişte başvurulması pek pratik değildir¹⁰². Bu nedenle de Alman Hukukunda uygulamada ortaya çıkan ihtiyaca yönelik olarak çeşitli hukuki görüşler ileri sürülmektedir.

Bu açıklamaların da gösterdiği üzere işverenin yönetim hakkı bağlamında yapılan değerlendirmelerde, pandemi dönemi öncesine göre işveren lehine yorumlar yapıldığı görülmektedir. İşverenin acil ve istisnai hallerde, işçinin onayı olmaksızın sözleşmede kararlaştırılmayan bir işi yerine getirmesini, işçinin § 241 II BGB hükmünden kaynaklanan karşı tarafın çıkarlarına özen gösterme yükümüne (Rücksichtnahmepflicht) ve dürüstlük kuralına (§ 242 BGB) dayanarak da talep edebileceği kabul edilmektedir¹⁰³.

101 Bertram, Walk and Falder (n 10) 16.

102 Krieger, Rudnik and Povedano Peramato (n 7) 475.

103 Krieger, Rudnik and Povedano Peramato (n 7) 473, 476; Fuhlrott and Fischer (n 77)

Zira bu durumda çalışanı ve dolaylı olarak toplumsal çıkarları koruma amacı söz konusu olup, sınırlı bir süre için bu yöntemle çalışmaya geçilmesi söz konusudur¹⁰⁴. Bu hallerde genişletilmiş bir yönetim hakkının varlığı kabul edilir. İşçi bu durumda, sözleşmede kararlaştırılardan farklı yerde veya zamanda ya da kararlaştırılardan farklı işi ifa etmek durumundadır¹⁰⁵. Pandemi döneminde de işverenin genişletilmiş bir yönetim hakkına sahip olacağı, çalışanın da Home Office çalışmaya geçişi kabul etmesi gerektiği kabul edilebilir¹⁰⁶. Örneğin, riskli bir yerden döndüğü için karantinaya alınan bir işçi sağlıklı ve çalışabilir durumda olduğu takdirde, işin evden yapılması da mümkün olduğu sürece işverenin talebini reddetmekte meşru bir çıkarı söz konusu olmayacaktır¹⁰⁷. Ancak işverenin bir zorunluluk olmaksızın gönüllü olarak tedbir almak adına Home Office çalışmayı teklif etmesi durumunda, yönetim hakkının genişlemediği ve çalışanın da işverenden gelen teklifi kabul etmek zorunda olmadığı ifade edilmektedir¹⁰⁸. Buna karşılık, Home Office çalışma direktifi çalışanın sağlığı ve hayatını korumaya hizmet eden, acil ve ucuz bir önlem olması nedeniyle haklıdır. Bu nedenle, çalışan bu yöntemle çalışmanın reddi için haklı gerekçesi olmadıkça, § 615 S. 2 BGB hükmü uyarınca kötü niyetli kabul edilerek, temerrüt nedeniyle ücret talep etme hakkını yitirecektir.

Daha önce de ifade ettiğimiz üzere, işverenin Home Office çalışmaya geçiş talebi işçi tarafından kabul edildiği takdirde, tarafların bu şekilde çalışmaya geçiş yapmasında bir sakınca bulunmamaktadır. Alman Hukuku'nda işçinin zımni olarak rıza vermesinin de bu yöntemle çalışmaya geçiş açısından yeterli hukuki dayanağı sağlayacağı kabul edilmektedir¹⁰⁹. Böylece

345; Günther and Bögmüller (n 78) 186; Bertram, Walk and Falder (n 10) 17.

104 Sadece belirli bir süre ile sınırlı olarak bir geçiş durumu söz konusu olduğundan, konut dokunulmazlığının ihlalinin söz konusu olmayacağı yönünde: Fuhlrott and Fischer (n 77) 345.

105 Krieger, Rudnik and Povedano Peramato (n 7) 476.

106 Krieger, Rudnik and Povedano Peramato (n 7) 476.

107 İspanya'da olduğu gibi, sistematik önem arz etmeyen işyerlerinde tüm işçilerin iş gitmesinin yasaklanması durumunda da aynı şekilde işverenin genişletilmiş yönetim hakkına sahip olacağı ve işçinin Home Office çalışmayı kabul yükümlülüğü altında olacağı ifade edilmektedir. Krieger, Rudnik and Povedano Peramato (n 7) 476.

108 Krieger, Rudnik and Povedano Peramato (n 7) 476.

109 Krieger, Rudnik and Povedano Peramato (n 7) 474.

anlaşılmaktadır ki, işverence verilen talimat karşısında çalışanın Home Office yöntemi ile çalışmaya geçerek itirazda bulunmaması değişikliğin kabulü anlamına gelmektedir.

Pandemi dönemi özelinde şunu da eklemek gerekir ki, LAG Berlin-Brandenburg tarafından yukarıda değinilen kararın işverenin işçiyi tek tarafı olarak Home Office çalışmaya geçirmesinin işçiyi izole ettiği, meslektaşları ile bir araya gelmesini önlediği yönündeki gerekçesi de pandemi dönemi ile sınırlı olarak değerlendirildiğinde isabet taşımayacaktır. Zira bu dönemde işyeri içinde meslektaşlarla iletişim zaten mümkün olmayacak yahut belirli koşullara bağlı olarak ve sınırlı mümkün olabilecektir. Ayrıca tedbirin sadece geçici olması da durumu daha kabul edilebilir kılmaktadır¹¹⁰. İşverenler bu dönemde geçici olarak Home Office çalışma olanağını kullanmaktadır. Buna karşılık, pandemi döneminde de Home Office çalışmaya geçişin işverenin tek tarafı talimatı ile mümkün olmadığı ve çalışanın rızasının gerektiğini savunan yazarlar da bulunmaktadır. Bu görüşe göre, ancak hali hazırda Home Office tesis edilmiş ve iş sözleşmesiyle kararlaştırılmış çalışanlar bakımından işverence tek tarafı olarak talep edilebileceği kabul edilmektedir¹¹¹.

İşyerinin idari bir kararla kapatıldığı haller Alman İş Hukuku öğretisinde ayrıca değerlendirilmektedir. İşveren, Enfeksiyondan Korunma Kanunu (Infektionsschutzgesetz) kapsamındaki bir resmi talimat gereğince işyerini kapatmak zorunda olduğunda, § 106 GewO hükmü gereğince Home Office çalışma talebinin işverenin yönetim hakkı kapsamında değerlendirilmesi gerektiği ileri sürülmektedir¹¹². İş sözleşmesi uyarınca ifa edilmesi gereken iş görme borcunun evden de yerine getirilebildiği hallerde, işçinin iş görme borcunu ifa etme yükümlülüğü de varlığını korumaktadır. İşçinin iş sözleşmesinden doğan borçlarından biri de sadakat borcudur. Bu kapsamda işçinin, işyerinin kapandığı dönemde evde çalışarak işverenin zararının önlenmesi mümkün ise Home Office çalışma talebinin kabulü gerekmektedir. Buna karşılık işyerinde çalışmanın güvenli hale gelmesinden itibaren talebin kabul edilmesi gerekliliği de ortadan kalkacaktır.

110 Günther and Böglmüller (n 78) 186.

111 Granetzny and Markworth, (n 89) 32 (Beck Online); Kiesche and Kohte (n 7) 6. Kapitel (Beck Online).

112 Günther and Böglmüller (n 78) 186.

Pandemi döneminde işverenin çalışanı iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin önlem alma yükümlülükleri kapsamında Home Office çalışmaya geçirme yükümlülüğü yahut hakkı olup olmadığı da Alman Hukuku'nda çeşitli açılardan değerlendirilmektedir. İşveren § 3, 4 ArbSchG, § 241 II BGB ve § 618 I BGB hükümleri gereğince çalışanların sağlık ve güvenliğinden sorumludur. Bu nedenle işyerinde § 241 II BGB çerçevesinde, sağlığa zararlı olmayan bir çalışma ortamının sağlanması için gereken tüm önlemleri makul ölçüde alması gerekmektedir¹¹³. Alman Hukuku'nda, Alman İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun (ArbSchG¹¹⁴) § 7 hükmüne göre § 4 Nr. 6 ArbSchG hükmü kapsamındaki kronik hastalığı olan ve engelli çalışanların durumunu dikkate alma yükümlülüğü olduğu belirtilmektedir¹¹⁵. Çalışanların da işyerindeki diğer çalışanların ve kendilerinin sağlık ve güvenliğini tehlikeye düşürmeme yükümlülüğü vardır (§ 15 I 1, 2 ArbSchG). Pandemi döneminde işyerinde çalışmaya devam etmenin enfeksiyon riskini artıracığı açıktır. Zira çalışanların özellikle de ortak alanlarda temaslarının tamamen önüne geçilebilmesi mümkün değildir. Çalışmanın risk arz eden dönem boyunca evden gerçekleştirilmesinin talep edilmesi, § 106 S. 1 GewO anlamında işverenin makul takdir yetkisi çerçevesinde de değerlendirilebilir¹¹⁶. Daha önce de belirttiğimiz üzere, bu dönemde geçici olarak Home Office çalışmaya geçişin, işçi

113 Krieger, Rudnik and Povedano Peramato (n 7) 475.

114 Gesetz über die Durchführung von Maßnahmen des Arbeitsschutzes zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes der Beschäftigten bei der Arbeit (Kısaca: Arbeitsschutzgesetz- ArbSchG). Kanun metni için bkz. <https://www.gesetze-im-internet.de/arbschg/BJNR124610996.html#BJNR124610996BJNG000200000>. Erişim Tarihi 12.05.2020.

115 Krieger, Rudnik and Povedano Peramato (n 7) 475; Kiesche and Kohte (n 7) 4. Kapitel (Beck Online). Ticaret ve Mal Lojistiğine İlişkin Alman Sosyal Kaza Sigortaları Kurumu (Berufsgenossenschaft Handel und Warenlogistik (BGHW)) virüse yakalanma riski yüksek çalışanların, müşteri ile temasa geçilecek ödeme noktalarında çalıştırılmaması gerektiğini tavsiyelerinde belirtmiştir. <https://www.bghw.de/die-bghw/faq/faqs-rund-um-corona>. Erişim Tarihi 15.05.2020. Kendisi açısından risk gören işçinin işyeri hekimliğinden tavsiye alması ile gerekli iş güvenliği önlemleri netleştirilebilir. İşverenin çalışanlara geçmiş sağlık durumlarına ilişkin sorular sorması ise kabul edilmemektedir. Kiesche and Kohte (n 7) 4. Kapitel (Beck Online).

116 Krieger, Rudnik and Povedano Peramato (n 7) 475. Konuya ilişkin yasal düzenleme gereklemekle birlikte, düzenleme yapılan kadar mahkemenin iki tarafında çıkarlarını gözetmesi gerektiği, işverenin tek taraflı talimatı ile Home Office çalışmaya geçişle ilgili işveren aleyhine ileri sürülen argümanların kalıcı bir şekilde bu yönetime geçişle ilgili olduğu yönünde: Fuhlrott and Fischer (n 77) 349-350.

açısından amirler ve iş arkadaşları ile iletişimin azalmasına yol açan bireysel bir dezavantaj olarak değerlendirilmesi de mümkün değildir. Bu çerçevede öğretide ileri sürülen bir fikre göre salgın süresince işveren tarafından Home Office çalışmaya geçiş talimatı verilmesi, bu talimatla çatışan bir iş sözleşmesi hükmü olmadıkça hukuka aykırı değildir¹¹⁷.

Alman Hukuku'nda işverenin işçiden Home Office çalışmasını talep etmesinin yalnızca bir hak olmadığı aksine pandemi döneminde bazı hal-lerde gözetme borcu gereğince bunu talep etmekle yükümlü de olduğunu ifade eden öğreti görüşleri de bulunmaktadır. İşyerinde çalışmaya devam edilmesi çalışanların sağlığı açısından risk oluşturuyorsa bazı çalışanların yahut işyerindeki tüm çalışanların Home Office çalışmaya geçirilmesi gerekebilecektir. Bu çerçevede, hastalık belirtisi gösteren yahut riskli alanlardan dönen çalışanların işyerinde çalıştırılmaması gerekmektedir. Bu işçilere işlerini evlerinden yahut mobil olarak yerine getirmeleri talimatı verilmesi iş sağlığı ve güvenliği açısından yerinde olacaktır¹¹⁸.

Öte yandan bir çalışanda virüs tespit edilmesi üzerine tüm işçilerin Home Office çalışmaya geçirilip geçirilemeyeceğine ilişkin olarak öğretide ileri sürülen başka bir fikre göre, Home Office çalışmaya geçiş işçi açısından bir hak olmakla birlikte bir yükümlülük olarak nitelendirilemez¹¹⁹. Bir başka alternatif olarak, işveren tarafından mobil çalışma talimatı verilebileceği, bu halde Anayasal konut dokunulmazlığı hakkına da müdahale olmayacağı ve § 106 S. 1 GewO hükmüne daha uygun olacağı da ifade edilmektedir. Ancak bu halde de çalışan mobil çalışma bağlamında pandemi döneminde işini çoğunlukla evden yerine getirecektir. Bu sebeple de Mobil Office veya Home Office çalışma tercihleri bakımından pandemi döneminde bir öncelik sonralık ilişkisi olmadığı belirtilmektedir¹²⁰. Bu çerçevede işveren ister Home Office çalışma isterse de Mobil çalışma teklifinde bulunabilecektir.

117 Krieger, Rudnik and Povedano Peramato (n 7) 475.

118 Günther and Böglmüller (n 78) 187.

119 Bu hak işyeri düzenlemeleri ile de bu hak şekillendirilebilir. Örneğin işyeri pandemi planında sağlık riski olan belirli gruplara Home Office çalışma talebi hakkı verilebilir. Bu durumda işveren riski belgeleyen kanıtlar talep edebilecektir. Kiesche and Kohte (n 7) 8. Kapitel (Beck Online).

120 Krieger, Rudnik and Povedano Peramato (n 7) 475.

Ekleyelim ki, yine iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili olarak 16.04.2020 tarihinde açıklanan SARS-CoV-2- İş Sağlığı ve Güvenliği Standardında (SARS-CoV-2-Arbeitsschutzstandard) Home Office çalışmanın mümkün olduğu işlerde özellikle de mesafeleri yetersiz birkaç çalışan tarafından ofisin ortak kullanıldığı büro işlerinin Home Office olarak yapılması gerektiği ve Home Office çalışmanın çalışanların çocuk ve bakıma muhtaç akraba bakım yükümlülüklerini kolaylaştıracağı ifade edilmiştir. Bununla birlikte Alman İş Hukuku öğretisinde düzenlemenin yasal niteliğinin belirsiz olduğu ve bu nedenle çalışanın bu düzenlemeye dayanarak işverene karşı Home Office çalışma talebinde bulunup bulunamayacağının da netleşmediği vurgulanmaktadır. Ancak bu görüşe göre bir talebin varlığına bakılmaksızın pek çok işveren için yeni iş sağlığı ve güvenliği gerekliliklerini temin ederken iş sağlığı ve güvenliği hukuku açısından şu anda tek ve en uygun seçenek Home Office çalışmaya geçiş olacaktır¹²¹. İşverenlerin bu adımı tek başına atmadıkları hallerde ise çalışma konseyinin iş sağlığı ve güvenliği standardı ile Home Office çalışmanın etkinleştirilmesinin mümkün olabileceği de ifade edilmektedir¹²².

Türk Hukukunda ise pandemi öncesinde işverenin işçisini tele çalışmaya geçirme teklifinin İş Kanunu md. 22 hükmüne göre yapılması gerektiği ve teklifin reddedilmesi halinde, ancak geçerli bir sebebin varlığına bağlı olarak iş sözleşmesinin feshedilebileceği ifade edilmiştir¹²³. Bu açıdan tele çalışmaya geçiş nedeninin geçerli olmasının tek başına yeterli olmadığı kabul edilmektedir. Bununla birlikte, işverenin tüm iş organizasyonunu tele çalışmaya geçirdiği hallerde işçinin teklifi reddetmesinin işveren açısından geçerli neden teşkil edeceği, ancak sadece bazı işçilerin tele çalışmaya geçişi söz konusu ise geçiş geçerli nedene dayanmadığı takdirde işçi tarafından reddedilmesine bağlı olarak yapılacak feshin de geçersiz olacağı ifade edilmiştir¹²⁴. Bize göre, pandemi döneminde gerçekleştirilerek geçici Home Office çalışmaya geçişlerde mutlaka İş Kanunu md. 22 hükmüne başvurulması

121 Bertram, Walk and Falder (n 10) 12. https://www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/PDF-Schwerpunkte/sars-cov-2-arbeitsschutzstandard.pdf?__blob=publicationFile&v=1 Erişim Tarihi 20.05.2020.

122 Bertram, Walk and Falder (n 10) 12-13.

123 Aydınöz (n 15) 100.

124 Alp 'Tele Çalışma' (n 16) 846. Bkz. ve krş. Ergüneş Emrağ (n 1) 1440.

zorunlu değildir¹²⁵. Kanaatimizce hukukumuz açısından, işverenin iş sağlığı ve güvenliğini temin etme, çalışanı koruma ve gözetme borçları değerlendirildiğinde, Alman Hukukunda olduğu gibi pandemi dönemi ile sınırlı olarak Home Office çalışmaya geçişe tek taraflı olarak karar verebileceği, çalışanın da sadakat borcu ve dürüstlük kuralı çerçevesinde, işverenin talebini yerine getirmekle yükümlü olduğu kabul edilmelidir. Zira içerisinde olduğumuz olağanüstü dönemde işveren açısından alınabilecek, hızlı, etkili, düşük maliyetli ve belki de bazı hallerde tek çözüm uzaktan çalışma yöntemlerine başvurulmasıdır. Bununla birlikte, işverence işin görülmesi için gerekli ekipmanın temin edilmediği, çalışanın ev ortamının uygun olmadığı ve uygun hale getirilmesinin işverence sağlanmadığı yahut alternatif çalışma alanı temin edilmediği hallerde, çalışanın işverenin talebini kabule mecbur olduğunun söylenebilmesi kanımızca mümkün olmayacaktır.

Ayrıca şunu da belirtmek gerekir ki, her ne kadar Alman Hukuku'nda çalışanların çocuk veya muhtaç akrabaya bakım yükümlülüklerini bu çalışma yöntemine geçişin kolaylaştırabileceği ifade edilmekteyse de tam tersi haller de mümkündür. Zira söz konusu bakım yükümlülükleri ile tam zamanlı olarak normalde işyerinde görülen işlerin evde görülebilmesi de çalışan açısından kolay olmayacaktır¹²⁶. Bu nedenle, objektif gerekçeler belir-

125 Öğretide pandemi döneminde zorlayıcı nedene bağlı olarak işverenin İş Kanunu md. 22 hükmüne uyulmaksızın tek taraflı çeşitli değişiklikler yapabileceği kanaatimizde de isabetli olarak ileri sürülmektedir. Engin'e göre, "Olağan dönemlerde tam süreli çalışanın kısmi süreli çalışmaya, çağrı üzerine çalışmaya geçirilmesi için İş K. m. 22 gereği işçinin yazılı rızasının alınması gerekir. Ancak, içinde bulunduğumuz dönemde zorlayıcı nedene bağlı olarak, işveren, farklı işçi grupları içi yukarıda sayılan farklı çalışma modellerini tek taraflı talimatıyla, işçinin rızasına gerek kalmadan uygulamaya geçirebilir. Zorlayıcı nedenle esaslı değişiklik İş K. m. 22 ye tabi olmadığı için, işçinin değişikliğe onay vermemesi ve bunun sonucunda işverenin geçerli nedene bağlı fesih yapma zorunluluğu bulunmamaktadır.". Bununla birlikte yazar, özellikle ücret aleyhinde değişikliğe yol açan uygulamalara karşı işçinin İş Kanunu md. 24 hükmüne göre haklı nedenle derhal fesih yoluna başvurabileceğini de ifade etmektedir. Murat Engin, 'Küresel Salgının İş Sözleşmelerine Etkisi ve Kısa Çalışma' Salgının İş İlişkilerine Etkisi, Esnek Çalışma Biçimlerinin Uygulanması Ve Kısa Çalışma Üzerine Bilgilendirme Notu, 24.03.2020 <https://www.linkedin.com/pulse/k%C3%BCresel-salg%C4%B1n%C4%B1n-i%C5%9F-s%C3%B6zle%C5%9Fmelerine-etkisi-ve-k%C4%B1sa-C3%A7al%C4%B1%C5%9Fm-engin/?articleId=664818003385480-8064> Erişim Tarihi 05.05.2020.

126 Pandemi döneminde bir yandan ev diğer yandan işten kaynaklanan yükümlülüklerin bir araya gelmesinin evde tele çalışanların normal dönemde deneyimlediklerinden çok daha yorucu olacağı ifade edilmektedir. Oscar Vargas Llave, 'COVID-19

tilerek, Home Office çalışmayı gerçekleştiremeyeceğini belirten çalışanlar bakımından başka çözüm yöntemlerinin aranması da kanımızca işverenin gözetme yükümlülüğü kapsamında değerlendirilmelidir. İşverence yapılan teklifin çalışan tarafından reddedilmesine bağlı olarak, çalışanın gerekçe bildirmeksizin işverenin talebini reddettiği haller dışında kanaatimizce fesih yaptırımının uygulanabilmesi mümkün olmamalıdır. Kaldı ki, ülkemizde Covid 19 kapsamında alınan tedbirler bağlamında 7244 sayılı Kanun ile İş Kanunu'na eklenen geçici 10. maddeye göre, *“Bu Kanunun kapsamında olup olmadığına bakılmaksızın her türlü iş veya hizmet sözleşmesi, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren üç ay süreyle 25 inci maddenin birinci fıkrasının (II) numaralı bendinde ve diğer kanunların ilgili hükümlerinde yer alan ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller ve benzeri sebepler dışında işveren tarafından feshedilemez.”*¹²⁷. Bu çerçevede, işverence uzaktan çalışmaya geçirilmesi önerilen işçinin bu talebi kabul etmemesine fesih yaptırımının uygulanması mümkün değildir. Bununla birlikte, somut olayın özellikleri dikkate alınarak işverence Home Office çalışmaya geçiş talebinin işçi tarafından gerekçe bildirilmeksizin ve işverence gerekli koşullar sağlanmasına rağmen reddedildiği hallerde, öncelikle uyarıda bulunularak iş görme ediminin bu yöntemle ifasının istenmesi buna rağmen kabul edilmediği takdirde ise İş Kanunu md. 25/II-h hükmü çerçevesinde “işçinin yapmakla ödevli bulunduğu görevleri kendisine hatırlatıldığı halde yapmamakta ısrar etmesi”ne dayalı olarak fesihinin mümkün olacağını düşünmekteyiz.

unleashed the potential for telework – How are workers coping?’ (09.06.2020) <https://www.eurofound.europa.eu/tr/publications/blog/covid-19-unleashed-the-potential-for-telework-how-are-workers-coping> Erişim Tarihi 15.06.2020. Alman Hukukunda çocuklu çalışanlara teknik olarak mümkünse işlerini akşam saatlerinde ifa etme imkanı sağlanması önerilmektedir. Kanaatimizce de çalışana bu dönemde mümkün olduğunca çalışma saatlerinde esneklik sağlanmalıdır. Joachim Schwede, ‘Homeoffice wegen Covid-19 – Arbeitsschutzrechtliche Erwägungen’ (2020) 7 Arb-RAktuell (Arbeitsrecht Aktuell) 160, 161.

127 17 Temmuz tarihinde sona erecek fesih sınırlamasının uzatılmasının planlandığı medya tarafından duyurulmakla birlikte, resmi bir düzenleme henüz yayımlanmamıştır.

D. İşçinin Home-Office Çalışmaya Geçiş Talebi

Kural olarak, pandemi öncesi dönemde işverenin tek taraflı talimat ile işçiye Home Office çalışmaya geçirme hakkı olmadığı gibi, işçinin de herhangi bir sözleşmesel kayıt bulunmaksızın kendiliğinden iş görme edimini Home-office yerine getirmeyi talep etme hakkı bulunmamaktadır¹²⁸. Alman Hukuku'nda da hukukumuzda olduğu gibi işçiye bu yöntemle çalışmayı talep hakkı veren yasal bir düzenleme bulunmamaktadır. Hollanda'nın aksine işçinin Home Office talep hakkı Almanya'da yalnızca politik açıdan tartışılmakla kalmıştır.

Alman öğretisinde işverence iş sağlığı ve güvenliği önlemlerine aykırı davranılması, örneğin, işverence önerilen hijyen önlemlerine uyulmaması yahut çalışanlar arasında gerekli mesafenin sağlanmaması gibi hallerle sınırlı olarak, iş görme borcunun evden ifasının mümkün olduğu hallerde, gizliliğe ilişkin menfaatlerin ihlal edilmemesine riayet edilerek, işçi tarafından Home Office çalışmaya geçişin talep edilebileceği ileri sürülmektedir¹²⁹. Şunu da belirtmek gerekir ki, iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin her ihlal hali iş görmekten kaçınma hakkını vermemektedir. Ancak bu derece ihlalin varlığı durumunda çalışanın iş görmeyi tamamen reddetmek yerine, zira belirtilen hallerde § 273 BGB hükmüne göre çalışanın iş görmekten kaçınma hakkı bulunmakta olup, iş görmekten kaçınma yerine öncelikle Home Office çalışmayı teklif etmesi gerektiği ifade edilmektedir.

İşverence önlem alma yükümlülüğünün ihlal edildiği hallerin yanı sıra özellikle fiziksel durum (örneğin riskli grupta olma) ya da yakınlarına bakım ve gözetim yükümlülükleri dikkate alındığında çalışanların da Home Office çalışma talebinde meşru menfaatlerinin olabileceği açıktır¹³⁰. İşverenin de § 241 II BGB hükmünden doğan yükümlülüğü gereğince¹³¹, işçinin iş görme ediminin yerine getirilmesi aksi halde imkânsız

128 Kramer IT-ArbR/Fuhlrott, B. Individualarbeitsrecht (n 90) Rn. 21; Günther and Böglmüller (n 78) 187; Benkert (n 24) 306; Krieger, Rudnik and Povedano Peramato (n 7) 478.

129 Günther and Böglmüller (n 78) 187.

130 Krieger, Rudnik and Povedano Peramato (n 7) 478.

131 BGB § 241/II hükmünde, borç ilişkisinin taraflarının, ilişkinin içeriği çerçevesinde karşı tarafın hak ve menfaatlerini gözetmekle yükümlü olduğu düzenlenmiştir.

ya da beklenemez hale gelecekse bu yöntemle çalışmayı kabulü gerekecektir¹³². Bu halde çalışanın menfaatlerinin üstün gelip gelmeyeceği somut olayın özelliklerine göre değerlendirilmelidir¹³³. Ayrıca Alman Hukuku'nda işyeri temsilciliği tarafından, § 80 Abs. 1 Nr. 2 b BetrVG hükmüne göre ebeveynlere Home Office çalışma imkânı tanınması önerilebilir ve § 88 BetrVG hükmüne göre kabul edilebilir¹³⁴.

Kanaatimizce, hukukumuz açısından da işçinin iş görmekten kaçınma hakkının doğabileceği hallerin varlığında işçi tarafından Home Office çalışmaya geçişin teklif edilmesi mümkün olmakla birlikte, işverenin bu teklifi kabul etmek zorunda olduğu ileri sürülemeyecektir. Buna karşılık, iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınmaması sebebiyle iş görmekten kaçınma hakkının kullanıldığı hallerde işçi ücret almaya hak kazanacaktır¹³⁵. Bu gibi hal-

132 Krieger, Rudnik and Povedano Peramato (n 7) 478.

133 LAG Rheinland-Pfalz tarafından verilen bir karara göre, çalışanın çocuklarının bakım ve yetiştirilmesini gerekçe göstermesi Home Office çalışma talebi için yeterli değildir. LAG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 18.12.2014–5 Sa 378/14 (ArbG Mainz 12.3.2014–10 Ca 1851/13), BeckRS 2015, 66249. Bununla birlikte mevcut pandemi döneminde okul ve kreşlerin kapalı olması, büyük anne ve babalarla temas sınırlamaları dikkate alındığında durum farklılık arz etmektedir. Krieger, Rudnik and Povedano Peramato (n 7) 478.

134 Kiesche and Kohte (n 7) 8. Kapitel (Beck Online).

135 6331 sayılı Kanun'un 13. maddesine göre, "(1) Ciddi ve yakın tehlike ile karşı karşıya kalan çalışanlar kurula, kurulun bulunmadığı işyerlerinde ise işverene başvurarak durumun tespit edilmesini ve gerekli tedbirlerin alınmasına karar verilmesini talep edebilir. Kurul acilen toplanarak, işveren ise derhâl kararını verir ve durumu tutanakla tespit eder. Karar, çalışana ve çalışan temsilcisine yazılı olarak bildirilir.

(2) Kurul veya işverenin çalışanın talebi yönünde karar vermesi hâlinde çalışan, gerekli tedbirler alınmaya kadar çalışmaktan kaçınabilir. Çalışanların çalışmaktan kaçındığı dönemdeki ücreti ile kanunlardan ve iş sözleşmesinden doğan diğer hakları saklıdır.

(3) Çalışanlar ciddi ve yakın tehlikenin önlenemez olduğu durumlarda birinci fıkradaki usule uymak zorunda olmaksızın işyerini veya tehlikeli bölgeyi terk ederek belirlenen güvenli yere gider. Çalışanların bu hareketlerinden dolayı hakları kısıtlanamaz.

(4) İş sözleşmesiyle çalışanlar, talep etmelerine rağmen gerekli tedbirlerin alınmadığı durumlarda, tabi oldukları kanun hükümlerine göre iş sözleşmelerini feshedebilir. Toplu sözleşme veya toplu iş sözleşmesi ile çalışan kamu personeli, bu maddeye göre çalışmadığı dönemde fiilen çalışmış sayılır.

(5) Bu Kanunun 25 inci maddesine göre işyerinde işin durdurulması hâlinde, bu madde hükümleri uygulanmaz". Ayrıntılı bilgi için bkz. Betül Erkanlı Başbüyük, İşçinin İş Görmekten Kaçınma Hakkı (1. Bası, Seçkin 2020) 21 vd. ; Lütfi İnciroğlu, 'İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununda Çalışanın Çalışmaktan Kaçınma Hakkı' (2014) 20 (1) MÜHF-HAD (Özel Sayı Prof. Dr. Ali Rıza Okur'a Armağan) 809 vd.; Seracettin Göktaş, Türk İş Hukukunda İşçinin Çalışmaktan Kaçınma Hakkı (1. Bası, Yetkin 2008) 17 vd. ; Yeliz

lerde bize göre, işçinin öncelikle iş görmekten kaçınmak yerine Home Office çalışmaya geçişi teklif etmek zorunda olduğu da ileri sürülemeyecektir.

Home Office çalışmaya geçişe ilişkin talep yahut teklif, ister işçi isterse işverenden gelmiş olsun, pandemi ile ilgili koruyucu önlemlere ihtiyaç kalmadığında, işçi iş görme edimini ifa ettiği işyerine dönmek zorunda olup, Home Office çalışmaya devam etme hakkı bulunmamaktadır. Durumun işçi açısından işyeri uygulaması olarak nitelendirilmesi mümkün olmayıp, işçi açısından işverence verilen talimatın geçici olduğu açıktır. İşverence ayrıca bir açıklama yapılmış olması aranmayıp, pandemiye ilişkin bir talimat verilmiş olması durumu da bu kapsamda değerlendirilmelidir¹³⁶. Tarafların anlaşarak Home Office çalışmayı sürekli hale getirmeleri ise her zaman mümkündür.

V. Home Office Çalışma Döneminde İş Sözleşmesi Taraflarının Hak ve Yükümlülükleri

1. Genel Olarak

Home Office çalışma biçimi klasik anlamda işyerinde iş görme borcunun ifa edildiği hallere nazaran bazı farklı özellikler taşımakta olup, bunun tarafların hak ve borçlarına çeşitli yansımaları söz konusudur. Bu hallerin bir kısmına ilişkin çeşitli yasal düzenlemelerle karşılaşmakta, bir kısmında ise özel bir yasal düzenleme getirilmemiş olmakla birlikte bu atipik çalışma biçimine ilişkin taraflarca kararlaştırılması gereken hususlar bulunmaktadır. Aşağıda iş sözleşmesinden doğan hak ve borçlar, Home Office çalışmanın özellikleri ile sınırlı olarak değerlendirilmeye çalışılacaktır.

2. Home Office Çalışmada İş Sağlığı ve Güvenliği

İşverenin iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin yükümlülükleri Home Office çalışma açısından da mevcuttur¹³⁷. İş Kanunu'nun 14. maddesinin

Bozkurt Gümrükçüoğlu, 'İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Önlemlerin Alınmaması Sebebiyle İşçinin İş Görmekten Kaçınma Hakkı' (2012) (30/4) Fasikül, 23-39.

136 Günther and Böglmüller (n 78) 187.

137 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun 4. maddesinde işverenin genel yü-

6. fıkrasında da bu husus açıkça düzenlenmiştir. Sözü geçen hükme göre, “İşveren, uzaktan çalışma ilişkisiyle iş verdiği çalışanın yaptığı işin niteliğini dikkate alarak iş sağlığı ve güvenliği önlemleri hususunda çalışanın bilgilendirmek, gerekli eğitimi vermek, sağlık gözetimini sağlamak ve sağladığı ekipmanla ilgili gerekli iş güvenliği tedbirlerini almakla yükümlüdür.” İşverenin bu çerçevede işin niteliği ve iş görme borcunun ifa edileceği yerin özelliklerini dikkate alarak, alınması gerekli ve mümkün olan tüm tedbirleri alması gerekmektedir¹³⁸. İşverenin söz konusu yükümlülüğü elbette pandemi döneminde de varlığını korumaktadır¹³⁹.

kümlülükleri düzenlenmiş olup, bu hükme göre, “(1) İşveren, çalışanların işle ilgili sağlık ve güvenliğini sağlamakla yükümlü olup bu çerçevede;

a) Mesleki risklerin önlenmesi, eğitim ve bilgi verilmesi dâhil her türlü tedbirin alınması, organizasyonun yapılması, gerekli araç ve gereçlerin sağlanması, sağlık ve güvenlik tedbirlerinin değişen şartlara uygun hale getirilmesi ve mevcut durumun iyileştirilmesi için çalışmalar yapar.

b) İşyerinde alınan iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerine uyulup uyulmadığını izler, denetler ve uygunsuzlukların giderilmesini sağlar.

c) Risk değerlendirmesi yapar veya yaptırır.

ç) Çalışana görev verirken, çalışanın sağlık ve güvenlik yönünden işe uygunluğunu göz önüne alır.

d) Yeterli bilgi ve talimat verilenler dışındaki çalışanların hayati ve özel tehlike bulunan yerlere girmemesi için gerekli tedbirleri alır.

(2) İşyeri dışındaki uzman kişi ve kuruluşlardan hizmet alınması, işverenin sorumluluklarını ortadan kaldırmaz.

(3) Çalışanların iş sağlığı ve güvenliği alanındaki yükümlülükleri, işverenin sorumluluklarını etkilemez.

(4) İşveren, iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerinin maliyetini çalışanlara yansıtamaz.”

- 138 Dulay (n 15) 211; Çelik, Caniklioğlu and Canbolat (n 26) 226. Öğretide Süzek tarafından isabetle belirtildiği üzere, çalışmanın niteliği gereği alma olanağı bulunmayan önlemler dışında işverenin tüm iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini alması gerekmektedir. Süzek ‘İş Akdinin Türleri’ (n 28) 30; Süzek (n 26) 273. Aynı yönde: Civan (n 15) 563; Ergüneş Emrağ (n 1) 1431. Çalışmanın işyeri dışında gerçekleştiriliyor olması işvereni sorumluluktan kurtarmamakla birlikte, sorumluluğun kapsamının belirlenmesinde önem arz etmektedir. Alp, ‘Tele Çalışma’ (n 16) 835; Dulay Yangın ‘Tele Çalışma’ (n 16) 230. İş sağlığı ve güvenliğini önlem alma yükümlülüğüne ilişkin normlara esas bağlama noktası işverenin yürütmüş olduğu faaliyetlerdir. Doğan Yenisey ‘İşyeri ve İşletme’ (n 15) 386. Araç gerecin işverence temin edildiği hallerde iş sağlığı ve güvenliği gerekliliklerini karşılar nitelikte sağlanması ve uygun şekilde kurulum yapılması, işçi tarafından sağlandığı hallerde de işverence kontrol edilmesi gerekmektedir. Alp ‘Tele Çalışma’ (n 16) 836; Caniklioğlu and Canbolat (n 26) 226.

- 139 Uygulamada yapılan sözleşmelerle bu yükümlülüğün kaldırılması çabası gösterildiği görülmektedir. İşverenlerce, “Uzaktan çalıştığım süre boyunca ülke çapında alınan tüm tedbirlere uyacağımı beyan etmekle bu çalışma süresi içinde meydana gelebilecek kaza sayılsın ya da sayılmasın şahsıma ait oluşabilecek tüm tıbbi, fiziksel sorumlulukların

Tele Çalışmaya İlişkin Avrupa Anlaşması'nın 8. maddesine göre, işveren, 89/391 sayılı Direktif, ilgili direktifler, ulusal mevzuat ve toplu iş sözleşmeleri gereğince tele çalışanların iş gördükleri yerde sağlık ve güvenliğinin korunmasından sorumludur. Bu çerçevede, özellikle ekranlı araçlarla çalışmalara ilişkin gereksinimler ve işletmenin iş sağlığı ve güvenliği politikası hakkında bilgilendirmelidir. Tele çalışan da kendisine bildirilen güvenlik önlemlerine düzgün bir şekilde uymalıdır.

Alman Hukuku'nda da işverenin işçiyi koruma ve gözetme yükümlülükleri ve iş sağlığı ile güvenliğinin sağlanması yükümlülüğü Home Office çalışmada da varlığını korumakta olup, Arbeitsschutzgesetzes ve Arbeitsstättenverordnung hükümlerinin Home Office çalışma açısından da geçerli olduğu kabul edilmektedir. § 3 ArbSchG hükmü, işvereni gerekli iş güvenliği önlemlerini almakla yükümlü kılmaktadır. İşverenin Home Office çalışma bakımından da çalışma alanının tasarımı sadece işçiye bırakamayacağı, güvenli bir çalışma alanı sağlamak için çaba göstermesi gerektiği ifade edilmektedir¹⁴⁰. İşverenin pandemi döneminde Home Office çalışmada iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin yükümlülükleri, ArbSchG genel hükümleri ve § 618 BGB hükmünden kaynaklanmaktadır¹⁴¹.

Home Office çalışma halinde ekranlı araçlarla çalışma da söz konusu olacağından, konuya ilişkin özel düzenlemelere de riayet edilmesi

yalnızca tarafıma ait olduğunu beyan ederim." ve benzeri hükümler konulan belgelerin işçilere imzalatılmaya çalıştığı medyaya yansımaktadır. Haber metni için bkz. <https://www.aydinlik.com.tr/haber/yonetmeligi-olmayan-yasa-209430> Erişim Tarihi: 06.06.2020. Bu gibi düzenlemeler işverenin sorumluluğunun ortadan kalmasını sağlamayacak, hukuki olarak geçerli kabul edilemeyecek düzenlemelerdir.

140 Benkert (n 24) 306.

141 ArbStättVO (Alman İşyerleri Tüzüğü) temelde işyerlerinin kurulması ve işletilmesinde çalışanların sağlık ve güvenliklerine ilişkin düzenlemeler içermekte olup, evden tele çalışmaya ilişkin oldukça sınırlı düzenleme bulunmaktadır. Ayrıca her Home Office çalışma formu ArbStättVO anlamında evde tele çalışma olarak nitelendirilmemekte olup, yalnızca § 2 VII ArbStättVO hükmünde düzenlenen koşulları sağlayanlar bu çerçevede değerlendirilmektedir. Bunun için işverence işçinin evinin işyeri olarak düzenlenmesi ve taraflar arasında evde çalışma koşullarına ilişkin bir anlaşma olması gerekmektedir. Ancak çok az durumda pandemi dönemine ilişkin olarak bu koşulların gerçekleşmesi mümkün olacaktır. Günther and Bögl-müller (n 78) 188. Söz konusu düzenlemenin iş sağlığı ve güvenliği hükümleri de dahil olmak üzere işçi ve işveren arasında çalışma koşullarına ilişkin ayrıntılı bir düzenleme yapılmasını önerdiği ifade edilmektedir. Schwede (n 126) 160.

gerekmektedir. 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun 30. maddesi gereğince, Avrupa Birliği'nin 29/5/1990 tarihli ve 90/270/EEC sayılı Konsey Direktifi¹⁴² ile uyumlu olarak ekranlı araçlarla çalışmalarda alınacak asgari sağlık ve güvenlik önlemlerine ilişkin usul ve esasları belirlemek amacıyla "Ekranlı Araçlarla Çalışmalarda Sağlık ve Güvenlik Önlemleri Hakkında Yönetmelik" yayımlanmıştır¹⁴³. Ofiste kullanılan bilgisayarlar, iş amaçlı uzun süreli kullanımı olan dizüstü bilgisayarlar, tablet ve akıllı telefonlarla yapılan çalışmalar bu Yönetmelik kapsamındadır¹⁴⁴.

İşverenin belirtilen genel ve özel iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin yanı sıra Home Office çalışma söz konusu olduğunda, çalışanın ruh sağlığının korunabilmesi açısından sosyal izolasyonu önleyecek tedbirler alınması gerekmektedir¹⁴⁵. Tele Çalışmaya İlişkin Avrupa Anlaşması'nın 9. maddesinin son fıkrasına göre de işveren, tele çalışanın işletmenin diğer personelinin izole olmasını engellemek amacıyla diğer olanakların yanı sıra düzenli olarak iş arkadaşları ile görüşmesi ve işletmeye ilişkin bilgilerle erişimine imkân sağlamalıdır.

İşverenin alması gereken iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin önlemlerin çerçevesi böylece belirlenmekle birlikte, olası risklerin değerlendirilebilmesi adına işverenin çalışanın evine erişim hakkı sahibi olup olamayacağı ve denetim sağlayıp sağlayamayacağı noktasında çeşitli hukuki problemler ortaya çıkmaktadır. Zira çalışanın iş görme borcunu kendi evinde ifa etmesi halinde, Anayasal temel hak olan konut dokunulmazlığı¹⁴⁶ ve özel hayatın

142 Ekranlı Araçlar ile Çalışmalarda Asgari Sağlık ve Güvenlik Koşullarına İlişkin 29 Mayıs 1990 tarihli ve 90/270/EEC sayılı Yönerge metni için <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A31990L0270>.

143 16/04/2013 tarihli ve 28620 sayılı Resmi Gazete. Ekranlı araçlarla yapılacak çalışmalarda iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin Vedat Laçiner and Kübra Yavuz, 'Ekranlı Araçlarla Yapılan Çalışmalarda İş Sağlığı ve Güvenliği' (2013/2) 2 (4) EMEKveTOPLUM HAK-İŞ Uluslararası Emek ve Toplum Dergisi, 128, 128-151.

144 Ekranlı Araçlarla Çalışmalarda İş Sağlığı Ve Güvenliği Rehberi, Hazırlayan: İş Sağlığı ve Güvenliği Genel Müdürlüğü, Ankara, Ekim 2019, 1. <https://www.ailevecalismama.gov.tr/media/30468/ekranliaraclarcalismalardaisgrehberi.pdf>

145 Dulay (n 15) 215. Fransız hukukundaki durum için bkz. Ergünes Emrağ (n 1) 1432.

146 Anayasa'nın 21. maddesine göre, "Kimsenin konutuna dokunulamaz. Millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak

gizliliği işverenin serbestçe denetim ve inceleme yapma imkânı önündeki sınırı oluşturmaktadır. Bu nedenle de ancak çalışanın rızası alınarak ve anayasal hakları ihlal edilmeksizin, ayrıca önceden rıza alınan hallerde dahi her denetimden önce bilgilendirme yapılarak ve rıza alınarak, yasal sınırlara bağlı kalınarak, iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması amacı ile sınırlı ölçüde denetim gerçekleştirilmesi gerekmektedir¹⁴⁷. Öğretide iş sözleşmesinin kurulması sırasında işçinin yapılacak denetimlere rızasının alınması gerektiği ifade edilmektedir¹⁴⁸. İşçinin haklı sebep olmaksızın denetime rıza vermemesinin ise işçinin uyarılması ve sözleşmenin feshi sonucunu doğurabileceği ifade edilmektedir¹⁴⁹. Kanaatimizce, işçinin denetime rıza vermemesi tek başına fesih sebebi teşkil etmeyecektir. Zira işçinin anayasal konut dokunulmazlığı ve özel hayatın gizliliği hakkı söz konusudur.

Pandemi nedeniyle Home Office çalışmaya geçiş durumu her ne kadar acil bir önlem olarak karşımıza çıksa da bu durum işverenin iş sağlığı ve güvenliğine yönelik önlem alma yükümlülüğünü ortadan kaldırmayacaktır.

usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış mercinin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin konutuna girilemez, arama yapılamaz ve buradaki eşyaya el konulamaz. Yetkili mercinin kararı yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını el koymadan itibaren kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, el koyma kendiliğinden kalkar.” Özel hayatın gizliliğine ilişkin düzenleme getiren Anayasa’nın 20. maddesinin 1. fıkrasına göre, “Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz.” Alman Hukuku’nda da çalışanın evinde gerçekleştirilecek iş sağlığı ve güvenliği denetimlerine yasal olarak izin verme yükümlülüğü olmadığı, aksinin konut dokunulmazlığına ilişkin Alman Anayasasının 13. maddesini ihlal edeceği kabul edilmektedir. İşyeri sözleşmesinde işveren ve yetkili kişilerin konuta erişimine ilişkin düzenleme olsa dahi geçersiz olacaktır, anayasal hakların toplu sözleşmeler yolu ile kısıtlanamayacağı ifade edilmektedir. Schwede (n 126) 160. Konut dokunulmazlığı ile sağlık hakkının çatışmasına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Ganz (n 21) 36.

147 Alp, ‘Tele Çalışma’ (n 16) 836; Çelik, Caniklioğlu and Canbolat (n 26) 227; Dulay (n 15) 215-216; Dulay Yangın ‘Tele Çalışma’ (n 16) 233-234. Ayrıca bkz. Civan (n 15) 564-565.

148 Alp ‘Tele Çalışma’ (n 16) 836; Çelik, Caniklioğlu and Canbolat (n 26) 227; Kanderim ‘Tele Çalışma’ (n 15) 134; Ergüneş Emrağ (n 1) 1431.

149 Alp, ‘Tele Çalışma’ (n 16) 836; Ergüneş Emrağ (n 1) 1431; Dulay Yangın ‘Tele Çalışma’ (n 16) 234. Buna karşılık bizim de katıldığımız bir başka görüşe göre, işçinin denetime izin vermemesi hakkı olup, işçi tarafından denetime izin verilmediğinde teknolojik araçlar vasıtası ile denetim ve gözetim yetkisinin kullanılabilir. Çelik, Caniklioğlu and Canbolat (n 26) 227. Ayrıca bkz. Aydınöz (n 15) 172.

Bu çerçevede işveren tarafından öncelikle işçinin iş görme ediminin Home Office çalışmaya uygun olup olmadığı değerlendirilmeli, gerektiği takdirde uygun hale getirilmesi için yapılması gereken değişiklikler varsa bunlar gerçekleştirilmeli, evin teknik durumu sorgulanarak cihazların doğru kullanımı ve güvenlik önlemlerine ilişkin bilgi verilmeli, ekranlı araçlarla çalışma esnasında mola verilmesi gereken süreler konusunda bilgi sağlanmalı, olası risklere ilişkin bilgilendirme yapılmalı, mümkün olduğu ölçüde sosyal izolasyonu önleyici tedbirler alınmalı örn. online toplantılar yapılmalı, motivasyon sağlayıcı e-postalar gönderilmelidir¹⁵⁰.

Pandemi döneminde geçici olarak Home Office çalışmaya geçiş halinde ise başlangıçta iş sözleşmesi kurulurken işçinin onayının alınmış olması durumu ile karşılaşılmayacaktır. Çok muhtemeldir ki, işverence yahut yetkili makamlarca denetim gerçekleştirilmesi de söz konusu olmayacaktır. Bununla birlikte, istisnaen evde çalışmanın gerçekleştirilmesinin risk yaratabileceği öngörülen bir cihazın kullanımı vb. bir durum söz konusu ise gerekli kurulumun sağlanması ve risk durumunun denetlenmesi aksi halde Home Office çalışmaya geçilmemesi gerekmektedir. Home Office çalışmaya geçiş sırasında kanaatimizce her durumda işverence gerçekleştirilebilecek denetimlere ilişkin onayın da alınması isabetli olacaktır. Geçiş sırasında onay alınmayan hallerde ise denetim öncesinde işçinin onayı alınmalıdır. Buna karşılık kanaatimizce, pandemi döneminde işçinin denetimi kabul gerekliliğinden söz edilebilmesi için, denetime ilişkin olarak pandemiye özel tedbirler alınarak konuta erişim sağlanacağına ilişkin bir bilgilendirmenin de varlığı gerekmektedir.

Tele Çalışmaya İlişkin Avrupa Anlaşması'nın 8. maddesinin son fıkrasına göre, işveren, çalışan temsilcisi veya yetkili kişiler, yürürlükteki iş sağlığı ve güvenliği düzenlemelerine uyulup uyulmadığının denetlenmesi amacıyla ulusal mevzuata ve toplu iş sözleşmelerine göre tele çalışmanın yapıldığı yere erişim sağlayabilir. Tele çalışan iş görme edimini kendi evinde ifa ettiği takdirde önceden bildirimde bulunulması ve onayının alınması gerekmektedir. Tele çalışanın da denetim ziyareti yapılmasını talep etmesi mümkündür.

150 Schwede (n 126) 161. Ayrıca bkz. Çelik, Caniklioğlu and Canbolat (n 26) 227 vd.

Alman Hukuku'nda da alınacak önlemlerin uygulanması ve izlenmesi gerek yasal olarak gerekse de fiilen sınırlıdır¹⁵¹. Öncelikle belirtmek gerekir ki, kural olarak işverenin çalışanın evine erişim hakkı bulunmamaktadır. Alman Hukuku'nda da § 13 GG hükmü çerçevesinde, özel bir kararlaştırma olmadıkça işverenin çalışanın evine erişim sağlayamayacağı kabul edilmektedir¹⁵². Kaldı ki, böyle bir eve giriş hakkı bulunsa dahi işverenin evde gerçekleştirilecek tüm tehlikelere ilişkin kalıcı bir etkisi olamayacaktır¹⁵³. Mevcut pandemi döneminde, eve erişim sağlanarak kişisel bir risk değerlendirmesi yapılması da pek beklenebilir görünmemektedir¹⁵⁴. İşverenin yönetim hakkının işçinin evinin işyeri olarak tasarlanmasında talimat verme hakkı sağlayamayacağı kabul edilmektedir¹⁵⁵. Bu nedenle de işyeri dışındaki çalışmalar bakımından, işverenin risk değerlendirmesi (§ 5 ArbSchG) ve işçiyi bilgilendirme ve talimat verme (§ 12 ArbSchG) yükümlülükleri üzerinde durulmaktadır. İşverenin vereceği talimatlarla, çalışana olası riske karşı bilgilendirerek, bu risklerden kaçınmasını sağlaması gerekmektedir¹⁵⁶.

Klasik Home Office çalışmada dahi işverenin çalışma alanı üzerindeki etkisi sınırlıyken Mobile Office halinde işverenin her bir çalışma yeri bakımından riski değerlendirerek talimat vermesi beklenemez. Mobil çalışmanın doğasından kaynaklanan çalışanın çalışma yerini kendisi belirlemesi esası dikkate alındığında, işveren açısından çalışma yerini belirlemediğinde, tipik tehlikeleri esas alan genel bir risk değerlendirmesinin yeterli

151 Buna karşılık Alman Hukuku'nda öğretide bazı yazarlarca, Home Office çalışma bakımından özel iş güvenliği kurallarının uygulanmasına gerek olmadığı, işverenin hem kendisine ait işyerinde hem de çalışanın evinde iş sağlığı ve güvenliğini sağlama yükümlülüğünün aynı olduğu ileri sürülmektedir. Buna karşılık bu görüşün, konut dokunulmazlığı bağlamında problemlere yol açacağı ifade edilmektedir. Konuya ilişkin farklı görüş ve değerlendirmeler için bkz. Bernd Wiebauer, 'ArbSchG § 1' in: Landmann/Rohmer, Gewerbeordnung und Ergänzende Vorschriften (83. EL C.H. Beck 2019) Rn. 57-58.

152 Günther and Böglmüller (n 78) 187; Wiebauer (n 151) Rn. 56; Krieger, Rudnik and Povedano Peramato (n 7) 478.

153 Günther and Böglmüller (n 78) 187.

154 Krieger, Rudnik and Povedano Peramato (n 7) 479.

155 Wiebauer (n 151) Rn. 56.

156 Mevcut durumda, çalışanlara egzersiz, ergonomi ve psikolojik stres faktörüne ilişkin özel bilgilendirme yapılması gerekmektedir. Krieger, Rudnik and Povedano Peramato (n 7) 479.

olduğu kabul edilir¹⁵⁷. Gerek Home Office gerekse Mobil Office açısından, çalışanın işbirliği yükümlülükleri (Mitwirkungspflichten) kapsamında, kendisini koruma (§ 15 ArbSchG) ve tehlikeyi bildirme (§ 16 ArbSchG) yükümlülüğü söz konusudur¹⁵⁸.

Öğretide evde meydana gelen her kazanın işyerinde meydana geldiği kabul edilerek iş kazası sayılamayacağı ifade edilmekte olup, kazanın ayrıca işin görülmesi esnasında gerçekleşmiş olmasının aranması gerektiği savunulmaktadır¹⁵⁹. Kanaatimizce de işverenin sorumluluğunun söz konusu olduğu bir iş kazasından söz edilebilmesi için işçi tarafından ifa edilen iş ile kaza arasında uygun illiyet bağının varlığı gerekmektedir¹⁶⁰.

3. Çalışma ve Dinlenme Süreleri

Tele Çalışmaya İlişkin Avrupa Anlaşması'nın 9. maddesine göre, tele çalışan çalışma süresini ilgili mevzuat, toplu iş sözleşmesi ve işyeri uygulamalarına göre düzenlenebilecektir. Ayrıca tele çalışanın iş yükü ve performans kriterlerinin işyerinde çalışan karşılaştırılabilir işçi ile denk olması gerekmektedir. Ancak söz konusu hükme aykırılığın yaptırımı düzenlenmemiştir. Düzenleme tele çalışana çalışma süresini düzenleme yetkisi vermekle birlikte, bu durum fazla çalışma ücretine hak kazanamayacakları şeklinde yorumlanmamalıdır¹⁶¹.

157 Günther and Böglmüller (n 78) 188. İşverenin durumun özellikleri dikkate alınarak, iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinden kendi yetki alanında olanları yerine getirmesinin yeterli olabileceği ifade edilmektedir. Bu düşünce bir yandan işverenin çalışma koşullarının düzenlenmesinde iş sağlığı ve güvenliği açısından sorumlu olduğunu diğer yandan Home Office çalışma da işçinin işyerindeki kadar savunmasız olmadığını, zira genel koşulları kendisinin belirlediğini anlatmaktadır. Home ofice çalışmada işçinin kendisi çalışma alanındaki bazı tehlikeleri işverenden daha iyi bilebilir ve yönetebilir. Bu sebeple de, tehlike durumunda verilecek tepkilere ilişkin işverenin vereceği açık talimatlar önem arz etmektedir. Risk değerlendirmesi açısından işverenin evdeki tehlikeleri tanımlaması ve koruyucu önlemleri belirlemesi gereklidir. Bu iki şekilde sağlanabilir. Çalışanın evinin ziyaret edilmesine izin vermesi yahut önemli bilgilerin işverene verilmesidir. Wiebauer (n 151) Rn. 68- 69.

158 Günther and Böglmüller (n 78) 188; Wiebauer (n 151) Rn. 72.

159 Dulay (n 15) 207.

160 Çelik, Caniklioğlu and Canbolat (n 26) 226; Süzek (n 26) 274; Süzek 'İş Akdinin Türleri' (n 28) 31; Civan (n 15) 566.

161 Aydınöz (n 1) 118; Ergünes Emrağ (n 1) 1434.

Hukukumuzda da Home Office çalışma bakımından, çalışma sürelerine ilişkin temel düzenlemeler geçerlidir. Bununla birlikte öğretilerde çalışma sürelerine ilişkin koruyucu hükümlerin bu çalışma biçiminde uygulanmasında çeşitli güçlükler bulunduğu da isabetli olarak ifade edilmektedir¹⁶². Bu yöntemle yapılan çalışmanın online olarak gerçekleştirilmesi durumunda, çalışanın bağlantı kurma, ara verme ve işe son verme zamanları kayıt altına kolaylıkla alınabildiğinden, çalışma süresinin kolaylıkla tespiti mümkündür¹⁶³. Offline çalışmalarda da çeşitli kontrol yazılımları ile bilgisayar kullanım ve çalışma süresi hesaplanabilmekle birlikte, işçinin bilgisi dışında bir elektronik gözetim yöntemine başvurulmaması gerekmektedir¹⁶⁴. Çalışma süresinin tespiti ve uygulanması açısından başvurulabilecek bir diğer yöntem de işçinin yalnızca belirlenen mesai saatlerinde ana sunucuya erişim imkanına sahip olmasıdır¹⁶⁵.

İş Kanunu'nun "çalışma süresinden sayılan haller" başlıklı 66. maddesinde, "İşçinin işinde ve her an iş görmeye hazır bir halde bulunmakla beraber çalıştırılmaksızın ve çıkacak işi bekleyerek boş geçirdiği süreler" in çalışma süresinden sayılacağı kabul edilmiştir. Home Office çalışma bakımından da aynı esasın kabul edilmesi gerekmektedir. Bu nedenle, işçinin ulaşılabilir ve iş görme borcunu ifaya hazır şekilde, işverence verilecek emir ve talimatı veya işin kendisine yönlendirilmesini bekleyerek geçirdiği süreler de çalışma süresinin tespitinde dikkate alınmalıdır¹⁶⁶. Fiili ve farazi ça-

162 Kandemir, Tele Çalışma (n 15) 107; Günay (n 4) 86; Civan (n 15), 567.

163 Çelik, Caniklioğlu and Canbolat (n 26) 224; Kandemir, Tele Çalışma (n 15) 107; Dulay (n 15) 176; Civan (n 15), 567; Ergüneş Emrağ (n 1) 1434.

164 Kandemir, Tele Çalışma (n 15) 108; Dulay (n 15) 163, 176; Ergüneş Emrağ (n 1) 1434; Civan (n 15), 568; Kılıç (n 16) 812. Başvurulacak elektronik gözetim yöntemleri açısından Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ve TBK 417 ve 419 hükmü ile uyumuna da dikkat edilmelidir. İşçinin yalnızca bilgisinin olması da her türlü gözetim yöntemine başvurulabileceği anlamına gelmemektedir. Zira bu yöntemlerle, çalışanların faaliyetlerinin kaydedilmesi ve performans ile tüm aktiviteleri için raporlar alınması, ziyaret ettikleri web siteleri, kullandığı programlar, USB hareketlerin, oluşturdukları sildikleri veya kopyaladıkları dosyaların kayıtlarının alınabilmesi mümkündür. Ancak belirtilen mevzuatın izin verdiği ölçüde bu yöntemlere başvurulması ve kişisel verilerin korunmasına ilişkin ilkelere uyumlu olarak kullanılması da zorunludur.

165 Kılıç (n 16) 813; Civan (n 15), 567.

166 Alp 'Tele Çalışma' (n 16) 839; Dulay (n 15) 167, 177; Ergüneş Emrağ (n 1) 1434; Çelik, Caniklioğlu and Canbolat (n 26) 224.

alışma sürelerinin birleştirilmesi ile elde edilen çalışma süresi tespiti neticesinde tespit edilen fazla saatlerle çalışmalar, ulusal bayram ve genel tatil çalışmaları ile hafta tatili çalışmalarının karşılığının işçiye ödenmesi gerekmektedir¹⁶⁷. Yıllık izin sürelerinin hesaplanmasında İş Kanunu'nun yıllık izne ilişkin temel düzenlenmeleri uygulama alanı bulacaktır¹⁶⁸.

Alman Hukuku'nda bu halde de Çalışma Süreleri Kanunu'nun (Arbeitszeitgesetz (ArbZG))¹⁶⁹ geçerli olduğu, bu çerçevede azami çalışma süresinin § 3 ArbZG, ara dinlenmelerinin § 4 ArbZG ve dinlenme sürelerinin § 5 ArbZG hükmüne uygun olması gerektiği belirtilmektedir¹⁷⁰. Ayrıca § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG hükmü gereğince kanunda yahut toplu iş sözleşmesinde hüküm olmadığı sürece işyeri temsilciliğinin, günlük çalışma sürelerinin başlangıcı, bitişi, ara dinlenmeleri ve haftalık çalışma süresinin haftanın çalışılan günlerine dağıtımı konusunda yönetime katılma hakkı bulunmaktadır. İşverenin Home Office çalışmada denetimi oldukça sınırlı olup, aksine çalışma ve boş zamanların iç içe geçmesi riski mevcuttur. Bu sebeple, mukayeseli hukukta işverenin çalışma süresini belgeleme yükümlülüğünü çalışana devretmesi gerektiği, işçinin de çalışma saatlerini kaydederek, özellikle de günlük 8 saatin aşıldığı durumları, işverene ve gerektiğinde denetim makamına sunması gerektiği ifade edilmektedir¹⁷¹. Alman Hukuku'nda evde çalışma ve tele çalışma bakımından çalışma sürelerine ilişkin uygulanan bir diğer yöntem de "Vertrauensarbeitszeit" adı verilen "güven esaslı çalışma süresi" uygulamasıdır.¹⁷² Bu uygulamada, işverence önceden uzunluğu belirlenen çalışma süresinin konumu ve iş günlerine dağıtımı konusunda işçi serbesti sahibi olup, çalışma sürelerine uyulup uyulmadığı işverence denetlenmemektedir. Bununla birlikte, işverence verilen işe ilişkin belirlenecek hedefe ulaşıp ulaşılmadığı denetlenebilmektedir.¹⁷³ Bu uygulamanın işçi

167 Dulay (n 15) 177.

168 Dulay (n 15) 165.

169 Kanun metni için <https://www.gesetze-im-internet.de/arbzg/BJNR117100994.html#BJNR117100994BJNG000100307> Erişim Tarihi: 25.05.2020.

170 Benkert (n 24) 306.

171 Benkert (n 24) 306; Krieger, Rudnik and Povedano Peramato (n 7) 479.

172 Ayrıntılı bilgi için Dulay (n 15) 168-180.

173 Dulay (n 15) 173.

açısından yaratacağı sakınca çalışma süresinin konumunun işçi tarafından belirlenerek, denkleştirme yapma imkanının da işçiye bırakılması sonucunda işçinin fazla çalışma ücreti talep edememesidir.¹⁷⁴

4. Araç Gereç Temini ve Masraflar

Kural olarak iş sözleşmesinde işin ifasında kullanılacak araç-gereçlerin sağlanması işverence yerine getirilmesi gereken bir yükümlülüktür¹⁷⁵. İş Kanunu'nun 14. maddesinde uzaktan çalışmaya ilişkin iş sözleşmesinde yer alması gereken hususlar arasında işveren tarafından sağlanan ekipman ve bunların korunmasına ilişkin yükümlülüklerin yer alacağı düzenlenmiştir. Sözleşmede düzenleme bulunmayan hallerde ise Türk Borçlar Kanunu'nun 413. maddesi uygulama alanı bulacaktır. Bu çerçevede gerekli araç, gereç ve malzemenin işverence temin edilmesi gerekmektedir. Buna karşılık, sözleşme ile aksinin kararlaştırıldığı yahut araç, gereç ve malzemelerin işçi tarafından sağlanmasının adet haline geldiği hallerde işverenin temin etme yükümlülüğü olmayacaktır.¹⁷⁶ Ancak bu halde de aksi kararlaştırılmamış ve aksine bir adet bulunmadıkça, işverenin işçi tarafından sağlanan araç, gereç ve malzemeye uygun bir karşılık ödemesi gerekecektir. Benzer şekilde, işin görülmesinden kaynaklanan giderlerin işverence üstlenilmesi gerekmektedir¹⁷⁷. Home-Office çalışmalar bakımından da aynı esas

174 Dulay (n 15) 172, 180.

175 İşin görülmesine kullanılacak araç ve malzemelerin teminine ilişkin Türk Borçlar Kanunu'nun 413. maddesine göre, "Aksine anlaşma veya yerel âdet yoksa, işveren işçiye bu iş için gerekli araçları ve malzemeyi sağlamakla yükümlüdür. İşçi işverenle anlaşarak kendi araç veya malzemesini işin görülmesine özgülürse, aksi anlaşmada kararlaştırılmadıkça veya yerel âdet bulunmadıkça işveren, bunun için işçiye uygun bir karşılık ödemekle yükümlüdür."

176 Çelik, Caniklioğlu and Canbolat (n 26) 222; Eyrenci, Taşkent and Ulucan (n 26) 100; Civan (n 16) 557.

177 İşin gerektirdiği giderlerin üstlenilmesi ise Türk Borçlar Kanunu'nun 414. maddesinde düzenlenmiş olup, bu hükme göre, "İşveren, işin görülmesinin gerektirdiği her türlü harcama ile işi işyeri dışında çalıştırdığı takdirde, geçimi için zorunlu olan harcamaları da ödemekle yükümlüdür.

Yazılı olarak yapılmış bir hizmet veya toplu iş sözleşmesinde, bizzat işçi tarafından karşılanması kararlaştırılan harcamaların, işçiye götürü biçimde günlük, haftalık veya aylık olarak ödenmesi öngörülebilir. Ancak bu ödeme, zorunlu harcamaları karşılayacak miktardan az olamaz.

Zorunlu harcamaların kısmen veya tamamen işçi tarafından bizzat karşılanmasına ilişkin anlaşmalar geçersizdir."

geçerlidir¹⁷⁸. Home Office çalışan işçiye bilgisayar, faks, yazıcı benzeri teknik araç ve gerecin sağlanması, kullanılacak bilgi iletişim teknolojilerine ve ağ bağlantısına ilişkin abonelik ile kullanılacak programların temin edilmesi gerekir.¹⁷⁹ Söz konusu araç gerecin kurulumu, bakımı, onarımı ve sigortalanması gibi hususlardan da işveren yükümlüdür¹⁸⁰. İşçinin, işveren ve diğer çalışanlar yahut müşterilerle yaptığı görüşmelere ilişkin iletişim giderleri, elektrik, internet kullanımından kaynaklanan giderleri bu kapsamda değerlendirilmelidir¹⁸¹. Kullanımın kişisel mi işe ilişkin mi olduğunun belirlenmesinde çeşitli yöntemlere başvurulması mümkündür. Öğretide ileri sürülen bir fikre göre, işverenin iletişim araçlarının kullanımını iş ile sınırlaması mümkündür¹⁸². İşçinin de kendisine teslim edilen araç, gereç ve malzemeyi gerekli dikkat ve özeni göstererek kullanması gerekmektedir.

İşverenin işçinin kira giderinin bir kısmını üstlenmesi gerekip gerekmediği hususunda öğretide bizim de katıldığımız bir fikre göre, işin görülebilmesi için ayrılan eve ait bölümün işçinin özel amaçlı kullanımına işverence sınırlandırma getirmesi durumunda işçiye bu amaçla ek bir ödeme yapılması gerekirken, sınırlama yapılmayan hallerde ise ek bir ödeme yapılması gerekmemektedir¹⁸³. İşe ilişkin zorunlu giderlerin işçi tarafından üstlenileceğine dair sözleşme hükümleri ise TBK 414 hükmü karşısında geçersiz olacaktır¹⁸⁴. İşçinin giderlerinin ödenmesine ilişkin esaslar bakımından ise TBK 416 hükmü uygulama alanı bulacaktır¹⁸⁵.

178 Krieger, Rudnik and Povedano Peramato (n 7) 478; Kandemir, ‘Tele Çalışma’ (n 15) 115. Tele çalışmaya ilişkin olarak aynı yönde: Ergüneş Emrağ (n 1) 1426. Ayrıca bkz. Çelik, Caniklioğlu and Canbolat (n 26) 223.

179 Alp, ‘Tele Çalışma’ (n 16) 832; Dulay (n 15) 203; Ergüneş Emrağ (n 1) 1428.

180 Dulay (n 15) 204.

181 Alp, ‘Tele Çalışma’ (n 16) 832; Ergüneş Emrağ (n 1) 1426.

182 Alp, ‘Tele Çalışma’ (n 16) 833; Kılıç (n 16) 815.

183 Alp, ‘Tele Çalışma’ (n 16) 834; Ergüneş Emrağ (n 1) 1427.

184 Çelik, Caniklioğlu and Canbolat (n 26) 224. TBK madde 414/III hükmüne göre, “Zorunlu harcamaların kısmen veya tamamen işçi tarafından bizzat karşılanmasına ilişkin anlaşmalar geçersizdir.”

185 TBK madde 416 hükmüne göre, “İşçinin yapmış olduğu giderlerden doğan alacağı, daha kısa bir süre kararlaştırılmamışsa veya yerel âdet yoksa, her defasında ücretle birlikte ödenir.

İşçi, sözleşmeden doğan borçlarını yerine getirmek için düzenli olarak masraf yapıyorsa, kendisine en az ayda bir olmak üzere belirli aralıklarla uygun bir avans verilir.”

Tele Çalışmaya İlişkin Avrupa Anlaşması'nın 7. maddesine göre, araç gereç temini ve masrafların üstlenilmesine ilişkin ortaya çıkabilecek soruların, kural olarak tele çalışan kendi ekipmanlarını temin etmediği sürece tele çalışma ilişkisi başlamadan önce yanlış anlaşılmaya imkân vermeyecek şekilde kararlaştırılmış olması gerekmektedir. Kural olarak, tele çalışan tarafından sağlanmadığı sürece, işveren işin ifası için gerekli araç gereci temin etmek, kurmak ve bakımını sağlamakla sorumludur. Tele çalışmanın düzenli olarak uygulanması durumunda işverenin işten kaynaklanan masrafları özellikle de iletişim giderlerini üstlenmesi gerekmektedir. Ayrıca tele çalışana gerekli teknik desteğin sağlanması gereklidir. Tele çalışan tarafından kullanılan ekipman yahut verilerin kaybı ya da hasara uğramasından doğan zarardan ulusal mevzuat veya toplu iş sözleşmeleri çerçevesinde işveren sorumludur.

Alman Hukuku'nda Home Office çalışma halinde, işverenin Home Office çalışma alanından sorumlu olduğu ve ilgili masrafları karşılaması gerektiği kabul edilmektedir. Bunun içerisine mobilyaların, elektronik aletlerin alınmasının yanında elektrik ve ısıtma maliyetinin de dahil olduğu ifade edilmektedir¹⁸⁶. Bu amaçla işverene sabit bir oranla anlaşma yapması tavsiye edilmektedir¹⁸⁷. Kanaatimizce bu yönetime hukukumuz açısından da başvurulması mümkündür¹⁸⁸. Home Office kararlaştırılan tek işyeri olduğunda (çalışma yalnızca bu yöntemle yerine getirildiğinde), işçinin seyahat masraflarının da ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu halde, işçinin işyeri merkezine yaptığı seyahatler de iş seyahati olarak nitelendirilmektedir¹⁸⁹. İşverene bu bakımdan da sözleşmede bir maliyet düzenlemesine yer verilmesi önerilmektedir. Ancak, değişen çalışma biçimleri

186 Benkert (n 24) 306. Almanya'da da genellikle telefon ve bilgisayar sağlanmakta, mobilya ve büro materyali daha nadiren görülmektedir. Ganz (n 21) 35. Ekipmanın edinilmesi, bakımı ve servis giderinden de işveren sorumludur. Çalışan kendisine ait ekipmanı kullandığı takdirde, § 670 BGB hükmüne göre koşulların gerektirdiği ölçüde masraflarını işverenden talep edebilir. Ancak bu kapsamda talepte bulunulabilmesi, işverenin meşru menfaati için söz konusu masrafın yapılmış olmasına bağlıdır. Örneğin, hali hazırda çalışanın satın aldığı ve özel olarak da kullandığı geniş bant internet bağlantısı için işverenden talepte bulunması mümkün olamayacaktır. Krieger, Rudnik and Povedano Peramato (n 7) 478.

187 Benkert (n 24) 306.

188 Alp, 'Tele Çalışma' (n 16) 833; Dulay (n 15) 201.

189 Benkert (n 24) 306.

bir arada kararlaştırıldığına -haftanın belli günlerinde işyerinde çalışma, belli günlerinde Home Office çalışma gibi- kural olarak işyeri merkezine seyahat masrafını işçi üstlenmelidir¹⁹⁰.

5. Eşit Davranma Borcu

İş Kanunu'nun 14. maddesinin 6. fıkrasına göre, *“Uzaktan çalışmada işçiler, esaslı neden olmadıkça salt iş sözleşmesinin niteliğinden ötürü emsal işçiye göre farklı işleme tabi tutulamaz.”*¹⁹¹ Tele Çalışmaya İlişkin Avrupa Anlaşması'nın 4. maddesinde de tele çalışanların çalışma koşulları açısından yürürlükteki mevzuat ve toplu iş sözleşmesi çerçevesinde işyerinde çalışanlarla aynı haklardan yararlanacakları, bununla birlikte tele çalışmanın özellikleri dikkate alınarak, tamamlayıcı nitelikte bireysel yahut toplu sözleşmelere ihtiyaç duyulabileceği ifade edilmiştir. Sözü geçen Anlaşma'nın 10. maddesine göre, tele çalışanlar işyerindeki emsal işçilerle eğitim, öğretim ve kariyer geliştirme fırsatlarına sahiptir. Tele çalışanlar ve dolayısıyla Home Office çalışanlar bakımından diğer çalışanlarla aynı değerlendirme kriterleri geçerlidir. Ayrıca söz konusu maddenin 2. fıkrasına göre, tele çalışanlar kendilerine sunulacak teknik ekipman ve bu çalışma şeklinin özellikleri hakkında gerekli eğitimi almalıdırlar. Bunun yanı sıra tele çalışanın üstleri ve çalışma arkadaşlarına da bu çalışma biçimi ve idaresi hakkında eğitim verilmesi gerektiği belirtilmiştir. Kanaatimizce pandemi döneminde Home Office çalışmaya geçiş halinde de işverenin eğitim verme yükümlülüğü söz konusu

190 Benkert (n 24) 306.

191 Bu düzenleme öncesinde de öğretide isabetli olarak İş Kanunu'nun 5. maddesi gereğince, işverenin eşit davranma borcu altında olacağı ifade edilmiştir. Alp, 'Tele Çalışma' (n 16) 830. Öğretide işverene ait işyerinde aynı veya benzer iş yapan bir işçi bulunmadığında, İş Kanunu'nun 13. maddesinin 3. fıkrasında yer alan “İşyerinde böyle bir işçi bulunmadığı takdirde, o işkolunda şartlara uygun işyerinde aynı veya benzer işi üstlenen tam süreli iş sözleşmesiyle çalıştırılan işçi esas alınır.” hükmünün kıyasen uygulanabileceği ifade edilmektedir. Alp, 'Tele Çalışma' (n 16) 830; Ergüneş Emrağ (n 1) 1429; Aydınöz (n 15) 216-217. Buna karşılık kanaatimizce belirli süreli iş sözleşmeleri bakımından da emsal işçinin belirlenmesinde İş Kanunu'nun 12. maddesinde yer alan bu ölçütün uygulanabilirliği söz konusu olmadığı gibi, işverene aynı işkolunda mevcut çalışma koşullarını araştırarak mukayeseye dayalı iş koşulları oluşturma yükümlülüğü getirilmesi isabetli değildir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Yeliz Bozkurt Gümrükçioğlu, Türk İş Hukuku'nda Belirli Süreli İş Sözleşmesi (1. Bası, Vedat Kitapçılık 2012), 73-74.

olabilecektir. Özellikle de daha önce bu yöntemle çalışmamış işçilere gerekli bilgilendirmenin yapılması ve iş görme ediminin özenle ifa edilebilmesi için gerekli ek bir eğitim varsa işverence verilmesi gerekmektedir. Aksi halde işçinin özenle ifa borcunu ihlal ettiği ileri sürülemeyecektir.

İşçiye sadece işyeri dışında çalışıyor olması sebebiyle daha düşük ücret ödenemeyeceği, ikramiye ve prim gibi işyeri uygulamaları dışında bırakılamayacağı kabul edilmekle birlikte, çalışma şeklinin özelliği sebebiyle işyerinde verilen öğle yemeği ve ulaşım hizmetinden yararlandırılmamasının eşitlik ilkesine aykırılık olarak nitelendirilemeyeceği ifade edilmektedir¹⁹². Buna karşılık bizimde katıldığımız bir başka görüşe göre uzaktan çalışan işçilere yemek verilememesi durumunda ek bir ödeme ile mahrum kalınan sosyal yardımın telafisi gerekmektedir¹⁹³. Kanaatimizce, pandemi döneminde geçici olarak Home Office çalışmaya geçiş halinde de genellikle aynı esas geçerli kabul edilebilecektir. Home Office çalışmaya geçirilmeden önce yemek ücreti ödenen yahut ticket verilen işçilere aynı imkânın sağlanması, işyerinde yemek dağıtılan hallerde de yemek bedelinin ücrete eklenerek ödenmesi gerektiğini düşünmekteyiz. Zira çalışma saatlerinin aynı kalması durumunda işçinin yemek gideri varlığını koruyacaktır. Home Office çalışmaya geçişle işyerinde sağlanan servisin kaldırılması mümkün olmakla birlikte, işçinin belirli aralıklarla işyerine gitmesini gerektiren bir çalışma modeli tercih edilmişse bu masrafların karşılanması gerektiği kanaatindeyiz. Home Office çalışmaya geçiş iş görme ediminin işyeri dışında ifası dışında işçinin durumunu diğer çalışma koşulları açısından kötüleştirmemelidir.

6. İşçinin Şahsen İfa, Özen Gösterme ve Sadakat Borcu

Home Office çalışma bakımından da işçinin işi şahsen ifa etme borcu ile gerek işin görülmesinde ve gerekse kendisine sağlanan araç gereçler ve malzemelerin kullanımında özen gösterme yükümlülüğü söz konusudur.

192 Alp, 'Tele Çalışma' (n 16) 830; Ergüneş Emrağ (n 1) 1429.

193 Çelik, Caniklioğlu and Canbolat (n 26) 225; Eyrenci, Taşkent and Ulucan (n 26) 100.

Türk Borçlar Kanunu'nun 396. maddesinde, işçinin yüklendiği işi özenle yapmak ve işverenin haklı menfaatinin korunmasında sadakatle davranmak zorunda olduğu düzenlenmiştir. Ayrıca, işverene ait makineleri, araç ve gereçleri, teknik sistemleri, tesisleri ve taşıtları usulüne uygun olarak kullanmak ve bunlarla birlikte işin görülmesi için kendisine teslim edilmiş olan malzemeye özen göstermekle yükümlü olduğu kabul edilmiştir (TBK 396/II). Belirtilen esaslar Home Office çalışma halinde de varlığını korumaktadır. Söz konusu yükümlülükler aykırılığın sonuçları bakımından bu çalışma türü bir özellik arz etmemekte olup, diğer iş sözleşmeleri ile aynı sonuçların ortaya çıkması söz konusu olacaktır.

Bu çerçevede Home Office çalışmada işçinin kendisine verilen bilgi iletişim teknolojisi araçlarını belirtilen güvenlik kurallarına uyumlu şekilde kullanması, evde yaşayan diğer kimselerin kullanımına sunmaması, izin verilen ölçü dışında özel amaçla kullanmaması gerekmektedir¹⁹⁴. Bununla birlikte belirtelim ki, işçinin sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için işçinin söz konusu ekipmanı kullanmaya ehil nitelikte olması, işverence gerekli eğitime tabi tutulması, uygun talimatların verilmesi, sağlanan ekipmanın uygun olması, kurulum ve bakımın gereği gibi yapılmasının temin edilmiş olması gerekmektedir¹⁹⁵. Tele Çalışmaya İlişkin Avrupa Anlaşması'nın 7. maddesine göre de tele çalışanın kendisine sağlanan araç gereci özenle kullanması gerekmektedir. Ayrıca internet vasıtasıyla yasa dışı materyal toplaması ve yaymasının yasak olduğu kabul edilmiştir.

Kural olarak işçi Türk Borçlar Kanunu'nun 396. maddesinin 4. fıkrası gereğince, "İşçi, iş gördüğü sırada öğrendiği, özellikle üretim ve iş sırları gibi bilgileri, hizmet ilişkisinin devamı süresince kendi yararına kullanamaz veya başkalarına açıklayamaz. İşverenin haklı menfaatinin korunması için gerekli olduğu ölçüde işçi, hizmet ilişkisinin sona ermesinden sonra da sır saklamakla yükümlüdür." Home Office çalışma halinde, işçinin kullanımına tahsis edilen bilgisayar ve hesaplara üçüncü kişilerce erişim sağlanmaması için gereken şifre ve bilgileri paylaşmamalı, teknik araçların

194 Kandemir, Tele Çalışma (n 15) 102; Dulay (n 15) 152.

195 Alp, 'Tele Çalışma' (n 16) 834; Dulay (n 15) 159-160.

kendisi dışındaki kişilerce kullanılmamasını sağlayacak önlemler alması gerekmektedir¹⁹⁶. Benzer şekilde, işverenin ticari sırlarının yer aldığı kağıtlar evde basıldıktan sonra, ev çöpüne atılmamalıdır. Bunun gibi iş amacıyla gerçekleştirilen telefon görüşmelerinin içeriğinin evde yaşayan üçüncü kişiler tarafından öğrenilmemesine dikkat etmek gerekmektedir¹⁹⁷. Ancak işçi açısından sorumluluğun söz konusu olabilmesi için öncelikle işveren tarafından işletmeye ilişkin verilerin korunması amacıyla gerekli önlemlerin alınması, ihtiyaç duyulan alt yapının hazırlanması, güvenlik tedbirleri belirlenerek, işçiye gerekli bilgilendirmenin yapılması ve eğitimin verilmiş olması gerekmektedir¹⁹⁸. Tele Çalışmaya İlişkin Avrupa Anlaşması'nın 5. maddesinde işverenin veri güvenliğini sağlama ve işçiye bilgilendirme yükümlülüğü özel olarak düzenlenmiştir.

İş ilişkisinin devamı esnasında sadakat borcu kapsamında işçinin rekabet etmeme borcu da söz konusudur. Türk Borçlar Kanunu'nun 396. maddesinin 3. fıkrası gereğince, işçi, hizmet ilişkisi devam ettiği sürece, sadakat borcuna aykırı olarak bir ücret karşılığında üçüncü kişiye hizmette bulunamaz ve özellikle kendi işvereni ile rekabete girilemez. İşçinin Home Office çalışmaya geçirilmesi halinde de bu yükümlülüğü varlığını sürdürecektir.

7. Kişisel Verilerin Korunması Hukukundan Doğan Yükümlülükler ve Özel Hayatın Gizliliği

İşverenlerin bu dönemde karşılaştıkları bir diğer güçlük ise kişisel verilerin korunmasına ilişkin mevzuattan kaynaklanan yükümlülüklerin Home-Office çalışma açısından da yansımaları olmasıdır. Zira işveren işyerinde olduğu gibi Home-Office çalışma bakımından da veri güvenliğini sağlama yükümlülüğü altındadır. Pandemi döneminde de işverenin kişisel verilerin korunmasına ilişkin yükümlülükleri varlığını korumaktadır¹⁹⁹. Gerek kişisel verilerin korunmasına ilişkin mevzuat gerekse işçinin kişisel

196 Kandemir, Tele Çalışma (n 15) 111; Dulay (n 15) 183.

197 Granetzny and Markworth (n 89) 34 (Beck Online).

198 Dulay (n 15) 185.

199 Granetzny and Markworth (n 89) 33 (Beck Online).

verilerinin korunmasına ilişkin TBK md. 419 hükmüne pandemi döneminde de riayet edilmesi gerekmekte olup, Home Office çalışmaya geçiş ile birlikte gerekli tedbirlerin alınması gerekmektedir²⁰⁰. İşçinin de işletmeye ilişkin verileri koruma yükümlülüğü söz konusudur²⁰¹.

Home-office çalışma halinde de işverenin teknik ve organizasyonel veri koruma yükümlülüklerine uygunluğu sağlaması gerekmektedir²⁰². Veri güvenliğinin home-office çalışmaya geçerken teminat altına alınması gerekir. Bu açıdan verinin taşınması, iletilmesi ve imhası sırasında alınacak önlemler önem arz etmektedir. Bu çerçevede, örneğin, verilerin kağıt forma aktarılması işverence önceden verilen izinle gerçekleşmelidir. İş Kanunu'nun 13. maddesinde, *“Uzaktan çalışmanın usul ve esasları, işin niteliği dikkate alınarak hangi işlerde uzaktan çalışmanın yapılamayacağı, verilerin korunması ve paylaşılmasına ilişkin işletme kurallarının uygulanması ile diğer hususlar Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından çıkarılan yönetmelikle belirlenir.”* hükmüne yer verilmesine karşılık henüz konuya ilişkin yönetmelik çıkartılamamıştır.

Tele Çalışmaya İlişkin Avrupa Çerçeve Anlaşması'nın 6. maddesinde, işverenin tele çalışanın mahremiyetine saygı duymakla yükümlü olduğu düzenlenmiştir. Ayrıca bir izleme sistemi kurulması durumunda, izlemenin ölçülü olması ve 99/70 sayılı Yönergeye uygun olması gerektiği kabul edilmiştir. Hukukumuz açısından da aynı esaslar geçerlidir²⁰³.

Home Office çalışmada değerlendirilmesi gereken bir diğer husus, “uzak ekipler” (Remote Teams) halinde çalışmanın yöneticiler ve çalışanlar açısından ortaya çıkaracağı güçlükler ve buna bağlı olarak ortaya çıkacak problemlerdir. Uzun süreli Home Office çalışmada yöneticiler ve çalışanlar birbirinden uzaklaşmaktadır. Bu durum çalışan motivasyonu,

200 Alman Hukuku açısından da çalışanların verilerinin işlenmesinde BDSG § 26 ve GDPR md. 6 hükümlerine uyulması gerekmektedir.

201 Öğretide çoğunluk tarafından işçinin işletmeye ilişkin verileri koruma yükümlülüğü özen ve sadakat borcuna dayandırılmaktadır. Alp ‘Tele Çalışma’ (n 16) 830; Kandemir ‘Tele Çalışma’ (n 15) 110 vd.; Ergüneş Emrağ (n 1) 1433. Bir diğer görüşe ise itaat borcuna dayanmaktadır. Aydınöz (n 15) 165.

202 Granetzny and Markworth (n 89) 34 (Beck Online).

203 Bkz. Çelik, Caniklioğlu and Canbolat (n 26) 223.

işin kontrolü ve performans takibini güçleştirmektedir. Bu amaçla çalışanlardan işin ilerleyişine ilişkin raporlar istenmesi mümkündür²⁰⁴. Ancak elektronik gözetim yöntemlerine başvurulması kişiliğin ve kişisel verilerin korunması açısından sorunlara yol açabilecektir²⁰⁵. Çalışanlardan bu ve benzeri şekillerde performans ve yaptıkları işe ilişkin kanıtlar sunulmasının talep edilmesi kabul edilebilir değerlendirilirken, keylogger vb. gizli gözetim tedbirlerine başvurulması ancak bir suçtan yahut ciddi bir görev ihlalden şüphelenilmesi durumunda düşünülebilir²⁰⁶.

SONUÇ

Covid 19 Pandemisi gerek ülkemizde gerekse diğer ülkelerde çalışma yaşamını ciddi ölçüde etkilemiş olup, dijitalleşmenin ciddi oranda artması ve mümkün olan işler bakımından pek çok çalışanın Home Office çalışmaya geçirilmesine yol açmıştır. Pandemi döneminde hem çalışan sağlığının hem de toplum sağlığının korunmasına hizmet eden Home Office çalışmaya geçişin yeni normalde ve sonrasında da sıkça başvurulacak bir çalışma yöntemi olacağı öngörülmektedir. Zira daha önce pek çok işveren ve çalışan bakımından hiç başvurulmayan bu çalışma yöntemine pandemi döneminde yoğun olarak başvurulmuş, işe ve işletmeye etkilerinin görülebilmesi imkânı doğmuştur. Yapılan araştırmalarda bu dönemde çalışanlar açısından olumlu sonuçları da olduğu görülen bu çalışma biçiminin uzun vadeli ve tek çalışma yöntemi olarak kullanılmasının sonuçları ise henüz kanaatimizce ortaya çıkmış değildir.

Pandemi dönemi ile sınırlı olarak işverence geçici bir dönem için işçinin Home Office çalışmaya geçirilebilmesinin geçerlilik koşulları, söz konusu değişikliğin taraflar arasındaki iş ilişkisinde ortaya çıkartacağı değişiklikler, tarafların bu döneme ilişkin hak ve borçlarının incelendiği bu çalışmada Türk İş Hukuku ile Alman İş Hukuku öğretisindeki görüşler ve pandemiye özel yasal düzenlemeler değerlendirilmeye çalışılarak, gelecek

204 Günther and Böglmüller (n 78) 188.

205 Wiebauer (n 151) Rn. 56.

206 Günther and Böglmüller (n 78) 188.

dönemde konuya ilişkin ortaya çıkabilecek hukuki problemler tespit edilerek çözüm yolları geliştirilmeye çalışılmıştır.

Kanaatimizce ortaya çıkabilecek ilk hukuki problem işçinin işverence tek taraflı bir değişiklikle işyerindeki klasik çalışma biçiminden Home Office çalışmaya geçirilip geçirilemeyeceği olup, çalışmamızda belirtilen koşulların varlığına bağlı olarak bu soruya olumlu yanıt vermek gerekmektedir. Bununla birlikte, Home Office çalışmaya geçişin çalışma yerindeki değişiklik dışında işçi aleyhine başka sonuçlar doğurmaması, örneğin sosyal ve ekonomik haklarında bir azaltmaya gidilmemesi diğer çalışma koşullarının korunması gerekmektedir. Gerekli koşulların varlığına bağlı olarak işverence Home Office çalışmaya geçirilen işçinin de bu şekilde çalışmaya kabul etme yükümlülüğü olduğu kanaatindeyiz. Zira Home Office çalışmaya geçiş niteliği uygun işler bakımından, işverenlerin bu dönemde iş sağlığı ve güvenliği açısından başvurabilecekleri hızlı, etkin ve ucuz bir tedbir olarak değerlendirilmelidir. Buna karşılık belirtelim ki, pandemi sonrasında bu çalışma yöntemi ile çalışmaya devam edilebilmesinin İş Kanunu'nun 22. maddesine uygun bir değişiklikle gerçekleştirilmesine bağlı olarak mümkün olabileceğini düşünmekteyiz.

Home Office çalışma biçiminin atipik özelliklerinin tarafların iş sözleşmesinden doğan hak ve borçlarına da çeşitli yansımaları bulunmaktadır. Çalışmamızda iş sağlığı ve güvenliği, çalışma ve dinlenme süreleri, araç, gereç temini ve masraflar, eşit davranma borcu, işçinin şahsen ifa, özen gösterme ve sadakat borcu ile kişisel verilerin korunması hukukundan doğan yükümlülükler ve özel hayatın gizliliğine ilişkin özellik arz eden haller bu çerçevede kapsamlı olarak değerlendirilmeye çalışılmıştır.

KAYNAKÇA

Abbas B, 'Atipik Bir Çalışma Biçimi Olarak Evde Çalışma' (2016) 13 (52) Legal İSGHD 2007- 2038.

Alkan Meşhur H F, 'Organizasyonların Tele Çalışmaya İlişkin Tutumlarına Yönelik Bir Araştırma', (2010) 25 (1) Dokuz Eylül Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi 1-24.

Alp M, 'Tele Çalışma (Uzaktan Çalışma)' Prof.Dr. Sarper Süzek' e Armağan (1. Bası, Beta 2011) 795-851.

Aydın U, 'Tele Çalışma ve Tele Çalışma Çerçeve Avrupa Sözleşmesi' in Mehmet Uçum (ed) Devrim Ulucan'a Armağan (Legal 2008) 351-376.

Aydınöz G, 'İş Hukukunda Tele (Uzaktan) Çalışma, Ankara Üniversitesi SBE, (Ankara 2014, Yayınlanmamış Doktora Tezi).

Benkert D, 'Arbeitsrechtliche Aspekte einer Tätigkeit im Home-Office' (2019) 10, NJW-Spezial (Neue Juristische Wochenschrift Spezial) 306-307.

Beño M, 'Working In The Virtual World–An Approach To The “Home Office” Business Model Analysis', (2018) 8 (1) Journal Of Interdisciplinary Research 25-36.

Bertram A, Walk F and Falder R, Arbeiten im Home Office in Zeiten von Corona (1. Auflage, C. H. Beck 2020) (Beck Online).

Bertschek I et al., 'Industrie 4.0: Digitale Wirtschaft – Herausforderung und Chance für Unternehmen und Arbeitswelt' (2015) 68 (10) Ifo Schnelldienst 3-18. <http://hdl.handle.net/10419/165590> Erişim Tarihi 03.05.2020.

Bozkurt Gümrükçüoğlu Y, Türk İş Hukuku'nda Belirli Süreli İş Sözleşmesi (1. Bası, Vedat Kitapçılık 2012).

Bozkurt Gümrükçüoğlu Y, 'İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Önlemlerin Alınmaması Sebebiyle İşçinin İş Görmekten Kaçınma Hakkı' (2012) (30/4) Fasikül, 23-39. (Kaçınma Hakkı).

Civan O E, 'İş Hukukunda Uzaktan Çalışma (Evde Çalışma/Tele Çalışma)' (2010) 7 (26) Legal İSGHD 527-574.

Çelik N, Caniklioğlu N and Canbolat T, İş Hukuku (32. Bası, Beta 2019).

Dingel J I and Neiman B, 'How Many Jobs Can Be Done At Home?' (2020) (Working Paper No. 26948 Issued in April 2020) NBER (National Bureau of Economic Research) 2. <http://www.nber.org/papers/w26948>. Erişim Tarihi 10.05.2020.

Doğan Yenisey K, İş Hukukunda İşyeri ve İşletme, Alman ve Fransız Hukukları İle Karşılaştırmalı Bir İnceleme (1. Bası, Legal 2007) (İşyeri ve İşletme).

Doğan Yenisey K, 'Hizmet Akdine Tek Taraflı Müdahale ve İş Şartlarının Esaslı Tarzda Değiştirilmesi' (2001) (5) İstanbul Barosu Çalışma Hukuku Komisyonu Bülteni, 113-132 (Tek Taraflı Müdahale).

Doğan Yenisey K, 'Çalışma Koşullarında Değişiklik ve İş Sözleşmesinin Feshi' (2010) 3 Çalışma ve Toplum 93-116 (Çalışma Koşullarında Değişiklik).

Dulay D, Türk İş Hukukunda Evde Çalışma (1. Bası, Turhan Kitabevi 2016).

Dulay Yangın, D, '6715 Sayılı Yasa'nın Uzaktan Çalışmaya İlişkin Hükümleri ve Değerlendirilmesi' (2016) (36) Sicil 148-171 (Uzaktan Çalışma).

Dulay Yangın, D, 'Bilgi ve İletişim Teknolojilerinde Yaşanan Gelişimin İş Hukuku Üzerindeki Etkileri: Tele Çalışmaya İlişkin Tespit ve Öneriler' in Tankut Centel (ed), İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar III (onikilevha 2018) 221-260 (Tele Çalışma).

Ekmekçi Ö and Yiğit E, Bireysel İş Hukuku Dersleri (1. Bası, onikilevha 2020).

Engin M, 'Küresel Salgının İş Sözleşmelerine Etkisi ve Kısa Çalışma' Salgının İş İlişkilerine Etkisi, Esnek Çalışma Biçimlerinin Uygulanması Ve Kısa Çalışma Üzerine Bilgilendirme Notu, 24.03.2020 <https://www.linkedin.com/pulse/k%C3%BCresel-salg%C4%B1n%C4%B1n-i%C5%9F-s%C3%B6zle%C5%9Fmelerine-etkisi-ve-k%C4%B1sa-%C3%A7al%C4%B1%C5%9Fm-engin/?articleId=664818003385480-8064> Erişim Tarihi 05.05.2020.

Ergüneş Emrağ S, '4857 Sayılı İş Kanunun Değişik 14. Maddesi Işığında Tele Çalışma' (2016) 13 (51) Legal İSGHD 1413-1444.

Erkanlı Başbüyük B, İşçinin İş Görmekten Kaçınma Hakkı (1. Bası, Seçkin 2020)

Eyrenci Ö, 'Tele Çalışma ve İş Hukuku' (1991) 1 (2) 199-209.

Eyrenci Ö, Taşkent S and Ulucan D, Bireysel İş Hukuku (9. Bası, Beta 2019).

Fuhlrott M, 'B. Individualarbeitsrecht' in Stefan Kramer, IT-Arbeitsrecht, (2. Auflage, C.H. Beck 2019) (Atıf: Kramer IT-ArbR/Fuhlrott, B. Individualarbeitsrecht, Rn.).

Fuhlrott M and Fischer K, 'Corona: Virale Anpassungen des Arbeitsrechts (2020) 6 NZA (Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht) 345-349.

Ganz W, 'My Home(office) is my castle – Zum Recht des Betriebsrats und der Berufsgenossenschaft, Arbeitsplätze zu besichtigen' (2018) 2 ArbRAktuell (Arbeitsrecht Aktuell) 35-37.

Granetzny T and Markworth A, 'IX. Home Office in Zeiten von Corona: Was Arbeitgeber jetzt berücksichtigen sollten' in Klaus-Stefan Hohenstatt and Ulrich Sittard, Arbeitsrecht in Zeiten von Corona (1. Auflage, C.H. Beck 2020) 32 Erişim Tarihi 20.05.2020 (Beck Online).

Grunau P, Ruf K, Steffes, S and Wolter S, 'Mobile Arbeitsformen aus Sicht von Betrieben und Beschäftigten Homeoffice bietet Vorteile, hat aber auch Tücken', IAB-Kurzbericht 11|2019, 1-2. <http://doku.iab.de/kurzber/2019/kb1119.pdf> Erişim Tarihi 04.05.2020.

Gülver E, 'Türk Borçlar Kanunu'nun Evde Hizmet Sözleşmesine İlişkin Hükümleri Üzerine', (2014) LXXII (2) İÜHFM 103-122.

Günay A, Türk Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta Evde Çalışma (1 st edn, Legal Yayıncılık 2018) 91-93.

Günther J and Böglmüller M, 'COVID-19-Pandemie und Home-Office' (2020) 8 ArbRAktuell (Arbeitsrecht Aktuell) 186-189.

Heinkel R, '§ 201 Telearbeitsverhältnis' in Kiel/Lunk/Oetker, Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Band 2: Individualarbeitsrecht II (4. Auflage, C.H. Beck 2018).

Herrmann M and Frey Cordes R, 'Homeoffice im Zeichen der Pandemie: Neue Perspektiven für Wissenschaft und Praxis?' (2020) 2 IUBH Discussion Papers – Human Resources, (No. 2020/2) (IUBH Internationale Hochschule, Erfurt) 4. <http://hdl.handle.net/10419/217267>. Erişim Tarihi 04.05.2020.

Hoppe C, 'B. Individualarbeitsrecht, VIII. Home-Office und virtuelle Arbeitsplätze' in Stefan Kramer, IT-Arbeitsrecht, (2. Auflage, C.H. Beck 2019) (Atıf: Kramer IT-ArbR/**Hoppe**, B. Individualarbeitsrecht, Rn.).

İnciroğlu L, 'İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununda Çalışanın Çalışmaktan Kaçınma Hakkı' (2014) 20 (1) MÜHF-HAD (Özel Sayı Prof. Dr. Ali Rıza Okur'a Armağan).

Kandemir M, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Açısından Tele Çalışma (1. Bası, Legal 2011) (Tele Çalışma).

Kandemir M, 'Evde Çalışma ve 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Evde Hizmet Sözleşmesine İlişkin Hükümleri' (2014) 72 (2) İÜHFM 143-166 (Evde Çalışma).

Kılıç G, 'Uzaktan Çalışmanın Bir Türü Olarak Tele Çalışma ve Evde Çalışmadan Farkı' (Nisan 2020) 15 (164) Terazi Hukuk Dergisi 805- 819.

Kiesche E and Kohte W, Arbeits- und Gesundheitsschutz in Zeiten von Corona (1. Auflage, C.H. Beck 2020) (Beck Online).

Koch U, 'BetrVG § 5 Arbeitnehmer' in Müller-Glöge/Preis/Schmidt, Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht (C.H. Beck 2020) BetrVG § 5 Rn. 11 (ErfK/Koch).

Kramer S, 'B. Individualarbeitsrecht, VIII. Home-Office und virtuelle Arbeitsplätze' in Stefan Kramer, IT-Arbeitsrecht, (2. Auflage, C.H. Beck 2019) (Atıf: Kramer IT-ArbR/Kramer Rn.).

Krieger S, Rudnik T and Povedano Peramato A, 'Homeoffice und Mobile Office in der Corona-Krise' (2020) 8 NZA (Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht) 473-480.

Llave O V, 'COVID-19 unleashed the potential for telework-How are workers coping?' (09.06.2020) <https://www.eurofound.europa.eu/tr/publications/blog/covid-19-unleashed-the-potential-for-telework-how-are-workers-coping> Erişim Tarihi 15.06.2020.

Mollamahmutoglu H, Astarlı M and Baysal U, İş Hukuku Ders Kitabı, Cilt 1: Bireysel İş Hukuku (3. Bası, Lykeion 2019).

Özer H D, 'Uzaktan Çalışmada İş Sağlığı ve Güvenliği' (2018) 6 (12) 193-226.

Saltiel F, 'Who Can Work From Home in Developing Countries?' (2020) (6) Covid Economics Vetted and Real-Time Papers (CEPR Press (The Centre for Economic Policy Research) 17 April 2020), 104-119. <https://cepr.org/sites/default/files/news/CovidEconomics6.pdf>.

Schwede J, 'Homeoffice wegen Covid-19-Arbeitsschutzrechtliche Erwägungen' (2020) 7 ArbRAktuell (Arbeitsrecht Aktuell) 160-162.

Göktaş S, Türk İş Hukukunda İşçinin Çalışmaktan Kaçınma Hakkı (1. Bası, Yetkin 2008).

Soysal T, 'Tele Çalışma' (2006) 3 (9) Legal İSGHD 133-166.

Süzek S, İş Hukuku (18. Bası, Beta 2019) (İş Hukuku) (yeni bası atfı)

Süzek S, 'İş Akdinin Türleri' (2001) (6/22) 17-35 (İş Akdinin Türleri).

Uşan F, '4857 Sayılı İş Yasasının 22. Maddesi Çerçevesinde Değişiklik Feshi, Çalışma Şartlarında Esaslı Değişiklik Ve Uygulama Sorunları' (2007) 9 (Özel Sayı) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 211-271.

Wank R, 'Telearbeit' (1999) 5 NZA (Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht) 225-235.

Wiebauer B, 'ArbSchG § 1' in: Landmann/Rohmer, Gewerbeordnung und Ergänzende Vorschriften (83. EL C.H. Beck 2019).

Wiese G, 'Personale Aspekte und Überwachung der häuslichen Telearbeit' (2009) 6 RdA (Recht der Arbeit) 344-352.

Wilfried G, 'My Home(office) is my castle – Zum Recht des Betriebsrats und der Berufsgenossenschaft, Arbeitsplätze zu besichtigen' (2018) 2 ArbRAktuell (Arbeitsrecht Aktuell) 35-37.

KORONAVİRÜS SALGINI NEDENİYLE SOKAĞA ÇIKMA YASAKLARININ ÜCRET ÖDEME BORCUNA VE TELAFİ ÇALIŞMASINA ETKİLERİ

Dr. Öğr. Üyesi Hasan KAYIRGAN*

Özet

Ülkemiz ve tüm dünyanın maruz kaldığı Koronavirüs (Kovid-19) salgını nedeniyle uygulanan tedbirlerden biri de sokağa çıkma yasağıdır. Bu bağlamda işin durması ve işçi tarafından iş görme borcunun yerine getirilememesi gibi oluşan nedenler Koronavirüs Salgınının zorlayıcı neden sayılıp sayılmayacağı sorusunu gündeme getirmektedir. Zorlayıcı neden kavramı özel hukukta sıkça kullanılmakta ve sorumluluk hukukunda borçlunun sorumluluğunu ortadan kaldırmaktadır. Ancak Zorlayıcı neden kavramına ilişkin olarak yapılan tek yasal tanım Kısa Çalışma Yönetmeliğinde bulunmaktadır. Buna göre; *Zorlayıcı neden: işverenin kendi sevk ve idaresinden kaynaklanmayan, önceden kestirilemeyen, bunun sonucu olarak bertaraf edilmesine imkân bulunmayan, geçici olarak çalışma süresinin azaltılması veya faaliyetin tamamen veya kısmen durdurulması ile sonuçlanan dışsal etkilerden kaynaklanan dönemsel durumları ya da deprem, yangın, su baskını, heyelan, salgın hastalık, seferberlik gibi durumları ifade etmektedir* (m. 3/1-h).

Ücretin ödenmesi için zorlayıcı nedenin kimin risk sahasında oluştuğunun önemi bulunmamaktadır. Buna göre gerek işçiden kaynaklı zorlayıcı nedenlerle işin yerine getirilememesinde gerekse işverenden kaynaklı imkânsızlık hallerinde bir hafta boyunca işverenin yarım ücret ödeme yükümlülüğü bulunmaktadır.

* Gaziantep Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, hsnkyrgn@gmail.com, ORCID ID: orcid.org/0000-0003-2227-745X.

İşverenin zorlayıcı nedenin varlığı halinde işi kabulde temerrüde düşmediği kabul edilmiş ve sadece yarım ücret ödeyeceği öngörülmüştür. İşveren yarım ücreti de bir hafta ile sınırlı olarak ödemekle yükümlü tutulmuştur.

İşverenin yarım ücret ödediği bu günler için telafi çalışması yaptırıp yaptıramayacağı da hukuki bir sorun olarak değerlendirilmelidir.

İş Kanunu m. 64 uyarınca zorunlu nedenlerle işin durması, ulusal bayram ve genel tatillerden önce veya sonra işyerinin tatil edilmesi, benzer nedenlerle işyerinde normal çalışma sürelerinin önemli ölçüde altında çalışılması, çalışmanın tamamen tatil edilmesi veya işçinin talebi ile kendisine izin verilmesi hallerinde işverenin çalışılmayan süreler için telafi çalışması yaptırabileceği öngörülmüştür. 7226 sayılı yapılan değişiklikle işveren telafi çalışmasını zorlayıcı nedenin sona ermesinden başlayarak 4 ay içinde yaptırabilecektir.

Anahtar Kelimeler: Koronavirüs (Covid – 19), Zorlayıcı neden, Ücret, Telafi Çalışması, Sokağa Çıkma Yasağı

Abstract

One of the measures implemented due to the coronavirus (Kovid-19) outbreak that our country and the World is exposed to is the curfew. In this context, the reasons such as stopping of the work and failure to fulfill the debt of the work by the employer raises the question whether the coronavirus outbreak can be counted as a compelling reason. The concept of force majeure is frequently used in private law and eliminates the liability of the borrower in liability law.

However, the only legal definition regarding the concept of Force majeure is found in the Short Labor Regulation. According to this; Force majeure: However, the only legal definition regarding the concept of force majeure is found in the Short Labor Regulation. the periodic situations or earthquake, fire, flood, landslide caused by external effects that are not caused by the employer's own referral and administration, cannot be predicted, as a result of which can not be eliminated, resulting in a temporary

or shortening of the working time or a complete or partial cessation of the activity, expresses epidemic disease, mobilization, etc. One of the distinctive elements of the compelling reason is the element of externality. The extraordinary event must occur for a reason outside the domain of the borrower. The event that causes the compelling reason must come from the outside, take place outside the field of activity of the person - the field of jurisdiction, and include the foreign element in the business. For this reason, in the event that the damage is caused by the driver's body or spiritual malfunction, or in cases such as lack of vehicle, no externality can be mentioned. The coercive factor and compelling reason may be caused by a natural event such as flood, rock fall, lightning strike, landslide or a legal arrangement. Even human behavior can show such an effect.

It does not matter who is in the risk area of the compelling reason for paying the fee. Accordingly, the employer is obliged to pay half a wage for one week both in cases of impossibility caused by the worker and in cases of impossibility arising from the employer.

It is assumed that if the employer has a compelling reason, he/she will not be in default in acceptance and will only pay half the wages. The employer is also obliged to pay half the fee for a week.

Whether the employer can make compensation for these days when he pays half the wage should also be considered as a legal problem.

While the compulsory reasons that arise during the execution of the work in the workplace sometimes require overwork, sometimes it causes the work to stop. In addition, in some cases, the compulsory cause causes both overwork and compensatory work.

Labor Law In accordance with 64, the employer is compensated for periods that are not working within four months in case of stopping work due to compulsory reasons, vacationing the workplace before or after national holidays and general holidays, working significantly below normal working hours in the workplace for similar reasons, vacationing the work entirely or permitting him/her at the request of the worker. With the amendment

number 7226, the employer will be able to make the compensation work within 4 months, starting from the end of the compelling cause.

Keywords: Coronavirus (Covid-19), Force Majeure, Wage, Compensation Work, Curfew,

GİRİŞ

Dünya Sağlık Örgütü tarafından küresel salgın (pandemi) olarak ilan edilen Koronavirüs (Kovid -19) salgını kısa süre içerisinde tüm dünyayı etkilemiş, 13.6.2020 tarihi itibarıyla 7.669.872 kişiye hastalık bulaşmış ve 426.185 kişi yaşamını yitirmiştir¹. Bu nedenle ülkemiz ve tüm dünyanın maruz kaldığı Koronavirüs (Kovid-19) salgını ile mücadele kapsamında uygulanan tedbirlerden biri de sokağa çıkma yasağıdır. Sokağa çıkma yasağı nedeniyle iş sözleşmesinin temel borçlarından biri olan iş görme borcu yerine getirilememiştir. İşin durması ve işçi tarafından iş görme borcunun yerine getirilememesi gibi nedenler Koronavirüs Salgınının zorlayıcı neden sayılıp sayılmayacağı ve sonuçlarının nasıl tezahür edilmesi gerektiği sorusunu gündeme getirmektedir.

Çalışmamızda sokağa çıkma yasaklarının ücret ödeme borcuna nasıl bir etkisinin bulunduğu ve çalışılmayan bu günlerin telafi çalışmasına konu edilip edilemeyeceği değerlendirilecektir. Bu doğrultuda öncelikle zorlayıcı neden ve zorunlu neden kavramları inceleme konusu yapılacak, ardından da ücret ödeme ve telafi çalışması hükümleri irdelenecektir.

I. KAVRAM OLARAK ZORLAYICI NEDEN

A. Genel Olarak

Zorlayıcı neden kavramı özel hukukta sıkça kullanılmakta ve sorumluluk hukukunda borçlunun sorumluluğunu ortadan kaldırmaktadır. Ancak

1 https://en.wikipedia.org/wiki/Template:COVID-19_pandemic_data#covid19-container

Zorlayıcı neden kavramına ilişkin olarak yapılan tek yasal tanım Kısa Çalışma Yönetmeliğinde bulunmaktadır. Buna göre;

Zorlayıcı neden: işverenin kendi sevk ve idaresinden kaynaklanmayan, önceden kestirilemeyen, bunun sonucu olarak bertaraf edilmesine imkân bulunmayan, geçici olarak çalışma süresinin azaltılması veya faaliyetin tamamen veya kısmen durdurulması ile sonuçlanan dışsal etkilerden kaynaklanan dönemsel durumları ya da deprem, yangın, su baskını, heyelan, salgın hastalık, seferberlik gibi durumları ifade etmektedir (m. 3/1-h).

Avrupa Adalet Divanı'nın kararlarına göre zorlayıcı neden altında alı-şılmamış ve öngörülemeyen olaylar anlaşılmalıdır². Zorlayıcı nedenden bahsedebilmek için dışarıdan gelen bir etki bulunması ve bu etkinin olağanüstü ve önlenemez olması gerekir³.

İsviçre Borçlar Kanunu'na göre doğa olayları, savaş ve ayaklanma hal-leri zorlayıcı nedene örnek olarak gösterilmiştir (Art 187). Bu hükme göre her doğa olayı da zorlayıcı neden olarak kabul edilemez. Örneğin olağanüstü bahar fırtınası zorlayıcı neden olarak kabul edilmemiş ve öngörüle-me-yen, daha büyük şiddette esaslı olayların zorlayıcı neden oluşturabileceği ifade edilmiştir⁴. Buradan da olağanüstü bahar fırtınasının dahi öngörü-le-me-zlik (tahmin edilebilirlik) unsurunu barındırmadığından zorlayıcı ne-den olarak kabul edilmediği anlaşılmaktadır. Başka bir deyişle mukayeseli hukukta zorlayıcı nedenin dar anlamda yorumlandığı söylenebilir.

Alman Hukukunda yargı kararlarıyla zorlayıcı nedenin sınırları ç-i-zilmiştir. Buna göre zorlayıcı neden teşkil eden olayın olağanüstü, işlet-meye yabancı, esaslı doğal güçler veya işletmeye yabancı üçüncü kişi-nin eylemi nedeniyle dışarıdan gelen; insani görüş ve tecrübe ile önceden

2 EuGH., 14.6.2012, C-533/10, Rz. 25–28 mwN; EuGH., 18.5.2017, C-154/16, Rz. 61 (Stephan Alexander, Zollkodex der Union, Hrsg.: Peter Witte, (7. Auflage, C.H.BECK Verlag, 2018), Rn. 10)

3 Caroline Meller-Hannich, (Beckonlinegrosskommentar, 1.12.2018), BGB. § 206 Rn. 4; Werner Filthaut, Haftpflichtgesetz, (9. Auflage, C.H.BECK Verlag 2015) § 1 Rn. 158.

4 Peter Gauch und Hubert Stöckli, Kommentar zur SIA-Norm 118 Allgemeine Be-dingungen für Bauarbeiten (2. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG Verlag, 2017), 946; BGE., 123 III 183, Sammlung der Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts, 183-188.

öngörülemeyen nitelikte olması gerektiği vurgulanmıştır. Bahsi geçen öngörülememenin ekonomik olarak katlanılabilir araçlar ile hakkaniyete uygun şekilde beklenebilecek azami özenle engellenemiyor veya zararsız kılınamıyor olması gerektiği belirtilmiştir⁵. Bu bakımdan zorlayıcı nedenin objektif olarak dıştan gelme (haricilik) ve olağanüstülük ile sübjektif olarak ise önlenememe unsurlarını barındırdığı ifade edilmektedir⁶. Şartların meydana gelmesi zorlayıcı nedenin mevcudiyeti için zorunlu olduğundan kümülatif nitelikte olup bütün şartlar birlikte aranmalıdır⁷.

Zorlayıcı nedenin mutlak bir kavram olmadığı, her durum ve halde gerçekleşen olayın zorlayıcı neden sayılamayacağı da belirtilmelidir⁸. Trafikte bir sürücü için zorlayıcı neden teşkil edebilecek olay, diğer bir sürücü için öngörülemezlik unsuru bulunmadığından zorlayıcı neden olarak kabul edilmeyebilir⁹. Bu durum zorlayıcı nedenin nispi niteliği ile açıklanmaktadır¹⁰. Yıldırım düşmesinin zorlayıcı neden için verilen genel örneklerden biri olmasına rağmen patlayıcı madde deposu olarak kullanılan bir binaya yıldırım düşmesi halinde meydana gelen zarardan sorumluluk, zorlayıcı neden ileri sürülerek bertaraf edilemez.¹¹

-
- 5 Otto **Palandt**, Bürgerliches Gesetzbuch, (76. Auflage, C.H. BECK Verlag, 2017), 244; Christian **Walter**, Beckonlinegrosskommentar GesamtHrsg: Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann Hrsg: Spickhoff, (1.7.2018) StVG § 7 Rn. 150; **Filthaut**, (n 3) § 1, Rn. 158; BGH., 12.07.1988, VI ZR 256/87, NJW 1988, 2733.
 - 6 BGH., 23.10.1952, III ZR 364/51, NJW 1953, 184.
 - 7 **Filthaut**, (n 3) § 1 Rn. 158.
 - 8 Fikret **Eren**, Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi (1. B., Sevinç Matbaası, 1975), 176, (İlliyet Bağı).
 - 9 **Walter**, (n 5) Rn. 150.2.
 - 10 İnal'a göre kiralanan bir atın üzerine yıldırım düşmesi olayında zorlayıcı nedenin meydana geldiği söylenebilecek iken patlayıcı madde bulunan bir depoya yıldırım düşmesi zorlayıcı neden unsurunu oluşturmaz (Tamer **İnal**, "Mücbir Sebeplerin Oluşum Unsurları", (1997) 5 (2) Kamu- İis, 13, (23)). Zira söz konusu durum daha sonra açıklanacağı üzere zorlayıcı nedenin nispi olduğunu, kişiye veya olaya bağlı değişebileceğini göstermektedir.
 - 11 Yargıtay da bir kararında zorlayıcı nedenin nispi bir kavram olduğu hususunu belirtmiştir. Nitekim söz konusu karar; "Mücbir sebep nisbi bir kavramdır. Bu itibarla sorumlu kişinin işletme veya faaliyetine bağlı tehlikelerin niteliğine göre takdir edilmelidir" biçimindedir (Y4HD. 16.4.1981, E. 14802, K. 217; Mustafa Reşit **Karahasan**, Türk Borçlar Hukuku, (C. III, İstanbul 1992), 1540).

Sözleşmenin tarafları, bazı hallerin zorlayıcı neden sayılmasına, bazı hallerin de zorlayıcı neden dışında tutulup sorumluluğun devam edeceğine yönelik hükümler kararlaştırılabilmektedir. Bu hallerde de unsurların bulunup bulunmadığına bakılmayacak ve kararlaştırılan hal gerçekleşmişse öngörülen sonuç esas alınacaktır. Örneğin depremin zorlayıcı neden sayılmayacağı kararlaştırılmışsa, verilen örneklerde deprem zorlayıcı neden olarak edilmiş olsa da zorlayıcı nedenlere bağlı sonuçlar oluşmayacaktır¹².

Açıklanan hususlar ışığında zorlayıcı nedeni, sorumlu veya borçlunun faaliyet alanı dışında meydana gelen, borcun ihlaline kaçınılmaz bir şekilde yol açan ve söz konusu olayın öngörülmesi mümkün olmayan olağanüstü haller olarak tanımlamak mümkündür¹³.

B. Zorlayıcı Nedenin Unsurları

Zorlayıcı neden için öncelikle fiilen gerçekleşen bir olay bulunmalı¹⁴ ve bu olay olağanüstü olmalıdır¹⁵. Olağanüstülükten kasıt aniden meydana gelen ve tarafların etkilerinden uzak¹⁶ engellerdir.

Zorlayıcı nedenin ayırt edici unsurlarından biri de haricilik unsurudur. Olağanüstü olay borçlunun hakimiyet alanının dışından bir sebeple

12 Erzan **Erzurumluoğlu**, Türk-İsviçre Borçlar Hukuku Sistemine Göre Borçluya Yüklenemeyen Nedenlerden Dolayı Edimin Yeriine Getirilememesi, (1. B., Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Yayınları, 1970), 40; Ali Naim İnan and Özge **Yücel**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, (4. B., Seçkin Yayıncılık, 2014), 613.

13 Fikret **Eren**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, (14. B., Yetkin Yayıncılık, 2012), 557 (Borçlar Hukuku); **Eren**, İlliyyet Bağ, 176; Haluk **Tandoğan**, Türk Mesuliyet Hukuku (2. B., Vedat Kitapçılık, 2010), 464; Şahin **Akıncı**, Borçlar Hukuku Bilgisi Genel Hükümler, (10. B., Sayram Yayıncılık, 2017), 139 (Borçlar Hukuku); Gökhan **Antalya**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1, (2. B., Beta Yayıncılık, 2013), 537; Henri **Desc-henaux** and Pierre **Tercier**, Sorumluluk Hukuku, Çev., Salim Özdemir, (1983) 35; **Gauch** and **Stöckli**, (n 4) 946; BGE., 25.06.1976, 102 Ib 257, E. 5 (Sammlung der Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts, 257-263); BGE., 19.12.1985, 111 II 429 (Sammlung der Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts, 429-446).

14 Ertuğrul **Yuvalı**, “İş Hukukunda Zorlayıcı Neden ve Zorunlu Neden Kavramları İle Bu Kavramların İş Sözleşmesi Üzerindeki Etkileri”, (2012) 12, (3), Kamu-İş, 1, (4).

15 BGH., 23.10.1952 – III ZR 364/51, NJW 1953, 184; BGH 15.3.1988 – VI ZR 115/87 = NJW-RR 1988, 986; **Walter**, (n 5) Rn. 150; **Filthaut**, (n 3) § 1, Rn. 172.

16 Ali Cengiz **Köseoğlu**, İşyerinin Kapanmasının İş Sözleşmelerine Etkisi, (Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 60).

meydana gelmelidir¹⁷. Diğer bir deyişle zorlayıcı nedene sebep olan olayın dıştan gelmesi, kişinin faaliyet alanı –hakimiyet alanı- dışında gerçekleşmesi, işletmeye yabancılık unsurunu barındırmalıdır^{18, 19}. Bu nedenle zararın sürücünün bedeni veya ruhi arızasından kaynaklanması halinde veya aracın eksikliği gibi hallerde haricilikten bahsedilemez²⁰. Haricilik unsuru ile zorlayıcı neden sel, kayanın düşmesi, yıldırım düşmesi, heyelan gibi bir doğa olayından²¹ veya yasal bir düzenlemeden²² kaynaklanabilir. Hatta insani davranışlar da böyle bir etkiyi gösterebilir²³.

Sözleşmeden doğan bir davranış normu veya borcun ihlalinin söz konusu olmadığı durumlarda zorlayıcı nedenin varlığından söz etmenin pratik anlamda bir değeri bulunmamaktadır. Bu nedenle, zorlayıcı nedenin unsurları içerisinde sözleşmeden doğan edim yükümlülüğünün veya borcun ifa edilmesinin engellemesi de aranmaktadır²⁴. Bu unsur borçlunun sonuç yükümlülüğünün ortadan kaldırılmasında önem kazanmaktadır. Zira zorlayıcı neden, davranış normunun ihlaline bağlanan sonucu ortadan kaldırır²⁵.

17 Eren, İlliyet Bağ, 179; Zahit İmre, Doktrinde ve Türk Hukukunda Kusursuz Mesuliyet Halleri, (1949), 201; Gauch and Stöckli, (n 4) 946; Rainer Fritsch, Abgabeordnung: AO, Hrsg., Ulrich Koenig/Thilo Cöster/Rainer Fritsch/Jens Intemann/Doris Wunsch/Guido Zöllner, (3. Auflage, C.H. BECK Verlag, 2014), Rn. 2; Filthaut, (n 3) § 1, Rn. 160.

18 Filthaut, (n 3) § 1, Rn. 160.

19 EuGH., 08.07.2010, C-334/08, Slg. 2010, I-6869; Roberto Bartone, EU-Außenwirtschafts- und Zollrecht, Hrsg.: Honst Günter Krenzler/Cristoph Herrman/Marian Niestedt, (12. Auflage, C.H.BECK Verlag, 2018), Rn. 13.

20 Walter, (n 5) Rn. 150.1

21 Walter, (n 5) Rn. 150.1

22 Yargıtay, Trafik Komisyonunca kimyasal maddelerin taşınmasının Bursa sınırları dışında alternatif il yolları kullanılarak taşınması yönünde yasaklama kararı verildiğini, onay için valiliğe sunulan kararın gerekli onayı da alarak yürürlüğe girdiğini ve davacı şirketin kullanmakta olduğu güzergahın kullanım dışı kaldığı yönündeki İl İdare Kurulunun kararının mücbir neden olduğunu kabul etmiştir (Yargıtay 23 HD., 9063/5425, 26.12.2016; Yargıtay 23 HD., 963/2054, 12.07.2017).

23 Walter, (n 5) Rn. 150.1

24 Eren, İlliyet Bağ, 176; Tandoğan, (n 13) 465; Erzurumluoğlu, (n 12) 38.

25 Erzurumluoğlu, (n 12) 39; Akıncı'ya göre A'nın, inşaatın 5. katında çalışmakta iken aniden meydana gelen bir deprem sonucunda dengesini kaybedip çekici elinden düşürdüğü olayda, yoldan geçen başka bir kişinin çekicin başına düşmesinden dolayı sorumlu tutulamayacaktır. Zira burada çekici elinden düşürmesine etken olarak

İllyet bağı zarar ile zararı meydana getiren olay arasındaki neden sonuç ilişkisini ifade eder²⁶. Zorlayıcı neden ile borcun ihlali arasında da neden sonuç ilişkisi bulunmalıdır. Diğer bir deyişle sözleşmesel yükümlülüğün yerine getirilememesi zorlayıcı nedenden kaynaklanmalı ve zorlayıcı neden borcun ihlalinin sebebi olmalıdır²⁷. Örneğin, fabrikaya yıldırım düşmesi ile yangın çıkması sonucu işçilerin ölmesi arasında neden sonuç ilişkisinin bulunması gereklidir. İşçiler yangından değil de ahşap merdivenden koşarken merdivenin yıkılması sonucu -yangından kaynaklanmayan bir nedenle- düşerek ölmüş ise bu takdirde neden sonuç ilişkisinden yani uygun illiyet bağından bahsedilemeyecektir.

Zorlayıcı nedenin önemli unsurlarından biri de öngörülemezliktir. Öngörülemezlikten kasıt ise olayın değil, sonuçlarının öngörülememesi-dir²⁸. Bir olayın meydana gelmesi tahmin edilebilir olsa da sonuçlarının dikkate alınması mümkün olmayabilir²⁹. Bu itibarla yargı kararlarında da öngörülemezlik unsurunun asli bir unsur olarak kabul edildiği görülmektedir³⁰. Burada esas itibarıyla hiç kimsenin bir etkisinin bulunmayacağını söylendiği durumlarda öngörülemezlik mevcut olacaktır³¹.

Zorlayıcı nedenin sonuçları öngörülebilir ise zorlayıcı nedenden bahsedilemeyecek ve sonuç yükümlülüğü devam edecektir. Zorlayıcı neden konusu olay ile borçlunun fiili ile bağlantı kurulabilir ise öngörülemezlik kurulandan da bahsedilmesi mümkün olmayacaktır. Nitekim patlayıcı maddelerin bulunduğu bir deponun deprem bölgesinde bulunması halinde bir sarsıntı da bu maddelerin daha ağır bir sonuca maruz bırakabileceği öngörülebilir bir

zorlayıcı nedeni göstermekte, davranış ile sonuç arasındaki bağın kesildiğine işaret etmektedir (Akıncı, Borçlar Hukuku, 140).

26 Tandoğan, (n 13) 465; Erzurumluoğlu, (n 12) 39; Mehmet Ayan, Borçlar Hukuku (Genel Hükümler), (9. B., Mimoza Yayıncılık, 2015), 262; Akıncı, Borçlar Hukuku, 138.

27 Eren, İlliyet Bağı, 181.

28 Eren, İlliyet Bağı, 183; Erzurumluoğlu, (n 12) 40; Alexander, (n 2) Rn. 10.

29 İnal, (n 10) 42.

30 Yargıtay 13 HD., 1771/1798, 27.5.1988 (Karahasan, (n 11) 991); Yargıtay 15 HD., 639/978, 4.10.1974 (Karahasan, (n 11) 1003).

31 EuGH., 04.02.2016, C-659/13; C-34/14, ABl. EU 2016, Nr. C 106, 2; Bartone, (n 19) Rn. 13.

durumdur. Bunun gibi önceden öngörülebilir kış olayları da aşırı olsa bile öngörülemezlik unsuru bakımından eksik kabul edilecek ve zorlayıcı neden sayılmayacaktır³². Benzer şekilde, makineler usulüne uygun sabitleştirilmemiş veya zedelenmişse, böylece hafif bir rüzgâr dahi zarar verebilecek nitelikte ise öngörülemez olay şartı yerine getirilmemiş olacaktır³³.

İsviçre Borçlar Kanunu'nda zorlayıcı nedenlere örnek olarak gösterilen doğal felaketler, savaş ve isyan hallerinin (Art. 187) meydana gelmesi de tek başına zorlayıcı neden olarak kabul edilemeyecektir. Şayet örnek olarak verilen olaylar öngörülebilir ise zorlayıcı nedenin özelliğini barındırmayacağı da ifade edilmiştir³⁴.

Alman Hukukunda da öngörülemezlik unsuruna vurgu yapılarak, örneğin bir aracın yolda giderken hayvan çıkabilir uyarısı içeren levhaların bulunmasına rağmen bir hayvanın yola çıkması sonucu kaza meydana gelmesinde olay alışılmışın dışında kabul edilmemiş ve öngörülemezlik unsurunun bulunmadığı sonucuna ulaşılmıştır³⁵. Aynı şekilde fırtına uyarısı yapılmasına karşılık mümkün ve beklenebilir olmasına rağmen tam zamanında tedbir alınmamışsa, zarar aynı şekilde öngörülemezlik özelliği taşımayacaktır³⁶.

Koronavirüs Salgının ikinci dalgasının gelebileceği uyarısının açıklananlar doğrultusunda öngörülemezlik unsurunu bertaraf edip etmeyeceği de ayrıca tartışmaya açıktır. Bu bağlamda özellikle basiretli tacirler için öngörülemezlik unsurunun birinci dalgaya nazaran dar yorumlanmasının düşünülmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Kaçınılmazlık unsuru zorlayıcı neden kavramının en önemli unsuru olarak görülmekte ve olayın önlenemezliğini, dayanılmazlığını ve

32 Walter, (n 5) Rn. 150.2.

33 Christina Eckes and Dirk Carsten Günther, Münchener Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz, Band 3, Hrsg., Theo Langheid/Manfred Wandt, (2. Auflage, C.H. BECK Verlag, 2018), Rn. 100.

34 Gauch and Stöckli, (n 4) 946.

35 Walter, (n 5) Rn. 150.2

36 Eckes and Günther, (n 33) Rn. 99

dolayısıyla öngörülemezliğini de içinde barındırdığı ifade edilmektedir³⁷. Kaçınılmaz kavramı, sözlükte “istek ve irade dışında olan” şeklinde tanımlanmaktadır³⁸. Özellikle fırtına, deprem, sel, volkan patlaması ve benzeri şekildeki doğal felaketler kaçınılmazlık özelliğini barındırır³⁹.

Kaçınılmazlık durumu için gereken olaya karşı konulamama hali, esas itibarıyla zarar verenin etkiye karşı reaksiyon gösterememesidir⁴⁰. Alınabilecek her türlü tedbire rağmen önlenemezlik durumunun objektif olarak meydana gelmesi halinde kaçınılmazlıktan söz edilebilecektir⁴¹. Bu itibarla bir depo çalışanının forklift ile zarar vermesi nedeniyle tanklardan sıvı akarsa veya sigara nedeniyle depo alanında yangın çıktıysa kaçınılmazlık söz konusu olmayacaktır⁴².

Kaçınılmazlığa sebebiyet veren olayın şiddeti borçlunun olanaklarıyla ortadan kaldırılmasına engel oluşturmamalıdır⁴³. Sonuç herkes için aynı olmakta, deprem, yıldırım, harp veya hukuki engeller karşısında aynı acziyet durumu mutlak olarak oluşmaktadır⁴⁴.

Zorlayıcı nedenin kabul edilebilmesi için olaya tarafların katkılarının bulunmaması gerekir. Zorlayıcı neden, tarafların kusurlarını ortadan kaldırmakta ve olayın sonuçlarına da katlanmalarını engellemektedir (sonuç

37 Gareth **Thomas** and I.T. **Smith**, Industrial Law, (Lexis-Negis, 2003), 450; **Eren**, Borçlar Hukuku, 521, **Walter**, (n 5) Rn. 150.2; **Yuvalı**, (n 14) 6.

38 http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.Sc4da2ec0454b1.58059236.

39 **Eckes** and **Günther**, (n 33) Rn. 99.

40 **Walter**, (n 5) Rn. 150.3.

41 Peter **Witte**, Zollkodex der Union, (7. Auflage, C. H. BECK Verlag, 2018), Rn. 57.

42 *ibid* Rn. 58.

43 İnal, (n 10) 21; “Bir hadisede bulunup bulunmadığı hususunda karar vermeden önce hakim, zararı önleyecek her hangi bir tedbirin alınması mümkün olup olmadığını bilirkişi marifetiyle araştırması gerekir” Yargıtay TD., 5441/4591, 25.8.1956 (Hikmet İşler, Türk Ferdi İş Hukukunda Mücbir Sebep, (Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), 25); “Mücbir sebep ortaya çıkış tarzı ve niteliği itibarıyla hayatın olağan akışından çıkması beklenebilecek rastlantılar sınırını açık biçimde asan ve elden gelen tüm önlemlere başvurulmak suretiyle dahi borçlu tarafından önüne geçilemeyen bir olgudur.” Yargıtay 15 HD., 26/2433, 2.6.1987 (**Karahasan**, (n 11) 1541).

44 İnal, (n 10) 23; **Eren**, Uygun İlliyyet, 181,

yükümlülüğünü bertaraf etmektedir). Bir olayda zorlayıcı neden mevcut deniyorsa kişinin kusurunun bulunmaması gerekir⁴⁵. Bu anlamda en ufak kusur dahi zorlayıcı nedeni bertaraf eder⁴⁶. Diğer taraftan zorlayıcı nede- nin bulunduğu ispatlanması borçlunun kusursuzluğunun da mevcut olduğu anlamına gelecektir⁴⁷. Roma hukukundan gelen bir ilke olarak hiç kimse haksızlık ederek durumunu iyileştiremez kuralı (ex suo delicto me- liorem suam conditionem facere potest (*niemand kann durch sein Vergehen seine Rechtslage verbessern*)), yani kimse kendi kusurundan faydalanamaz il- kesi uyarınca zorlayıcı nedenin kabulü için tarafların kusurunun bulunma- ması gerektiği sonucuna ulaştırmaktadır⁴⁸.

Kimse kendi kusurundan kaynaklanan bir sebeple hak iddia edemez genel kuralı da dikkate alındığında zorlayıcı nedenin varlığından bahsedebil- mek için kişinin kusursuz bulunması ya da olayın meydana gelmesin- de katkısının bulunmaması gerekmektedir. Türk Borçlar Kanunu'nun 52. maddesi kimsenin kendi kusurundan faydalanamayacağını gözeterek taz- minatın indirilmesi veya tazminatın ortadan kaldırılması yönünde hakime takdir hakkı tanımıştır⁴⁹.

45 **Meller-Hannich**, (n 3) Rn. 6; Mustafa Harun Kıyık, İslam Borçlar Hukukunda Do- ğal Afetlerin Akitlere Etkisi, (Hiper Yayın Yayıncılık, 2018), 111; Helmut **Grothe**, Münchener Kommentar zum BGB., Hrsg.: Franz Jürgen Säcker/ Roland Rixecker/ Hartmut Oetker/Bettina Limperg, (8. Auflage, C.H. BECK Verlag, 2018) Rn. 4.

46 **Palandt**, (n 5) 244; BGH., 07.05.1997, VIII ZR 253/96, NJW 1997, 3164; **Mel- ler-Hannich**, (n 3) Rn. 4; **Fritsch**, (n 17) Rn. 2; BGH., 24.09.1981 – IX ZR 93/80 (**Grothe**, (n 45) Rn. 4); Wolfgang **Henrich**, BGB § 206, Hrsg.; Heinz Georg Bam- berger/Herbert Roth/Wolfgang Hau/Roman Poseck, (48. Auflage, C.H.BECK Ver- lag, 2018), Rn. 3.

47 İnal, (n 10) 22.

48 Çelik/Caniklioğlu/Canbolat'a göre işverenin kusurundan kaynaklanan durumlarda zorlayıcı nedenden bahsedilemez (Nuri Çelik, Nurşen **Caniklioğlu** and Talat **Can- bolat**, İş Hukuku Dersleri, (31. B., Beta Yayıncılık, 2018) 585).

49 Madde 52- Zarar gören, zararı doğuran fiile razı olmuş veya zararın doğmasında ya da artmasında etkili olmuş yahut tazminat yükümlüsünün durumunu ağırlaştırmış ise hâkim, tazminatı indirebilir veya tamamen kaldırabilir.

II. ZORUNLU NEDEN

Zorlayıcı neden ve buna benzer umulmayan hâl, olağanüstü hâl, imkânsızlık kavramlarına Borçlar Hukukunda yer verilmiş iken zorunlu neden kavramı kullanılmamıştır.

İş Kanununda ise fazla çalışma ve telafi çalışmasında ayrıca zorunlu neden ifadesine yer verilmiştir:

Zorunlu nedenlerle fazla çalışma başlığı altında m. 42/I uyarınca,

“Gerek bir arıza sırasında gerek bir arızanın mümkün görülmesi halinde yahut makineler veya araç ve gereç için hemen yapılması gerekli acele işlerde yahut zorlayıcı sebeplerin ortaya çıkmasında, işyerinin normal çalışmasını sağlayacak dereceyi aşmamak koşulu ile işçilerin hepsi veya bir kısmına fazla çalışma yaptırılabilir”.

hükmü kabul edilmiştir.

Yine madde 64 uyarınca telafi çalışması için zorunlu nedenlerle işin durması bir şart olarak yerini almaktadır. Ancak burada zorunlu neden için bir tanım yapılmamıştır.

Kanun koyucunun zorunlu neden hallerini bir arızanın meydana gelmesine, bir arızanın muhtemel olmasına, araç gereç için hemen müdahaleyi gerektiren acil sayılabilecek işlerin bulunmasına ya da zorlayıcı nedenlerin ortaya çıkması şartına bağladığı anlaşılmaktadır.

Acele işler bakımından yalnızca bir makine veya aletler için acele işler terimi kullanılmıştır. Ancak bu hallerin ortak özelliği yapılması gereken işin acele ve geçici nitelikte olmasıdır⁵⁰. Bu nedenle hammaddenin veya gıda malzemesinin bozulması tehlikesinin bulunduğu durumlar yanında

50 Ömer Ekmekçi, Türk İş Hukukunda Fazla Çalışma, (İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 1988), 90 (Fazla Çalışma); Serkan Odaman, Esneklik Prensibi Çerçevesinde Yargıtay Kararları Işığında Türk İş Hukukunda Çalışma Süreleri ve Yöntemleri, (Legal Yayıncılık, 2013), 37.

kazanın önlenmesi veya oluşan kazanın neticelerinin ortadan kaldırılması da acele nitelikte olduğundan zorunlu nedenlerin konusunu oluşturabilir⁵¹.

Kanunda ayrıca zorlayıcı neden ifadesi kullanılmış olsa da salt zorlayıcı nedenin anlaşılmayacağı umulmayan hal ve kusurlu bir davranışın da söz konusu nedeni oluşturabileceği ifade edilmektedir⁵². Nitekim zorlayıcı nedenin ayrıca ve açıkça belirtilmesi karşısında acele işler için umulmayan hâl ve buna benzer beklenemez hâl, olağanüstü olay gibi diğer hâllerde de söz konusu olabilir. Zorunlu nedenler, sadece yenilmez hâlleri değil, güçlü nedenler olarak öngörülen olağanüstü olaylar, beklenmedik olaylar veya umulmayan olayları da kapsamaktadır⁵³. Zorunlu nedenler, genel olarak işyerinde işin durmasına, normal çalışma sürelerinin altında çalışılmasına veya tamamen tatil edilmesine neden olan durumlar şeklinde tanımlanmıştır.⁵⁴ Bu bakımdan zorunlu nedenlerin zorlayıcı nedenlerin üzerinde bir kavram olduğu belirtilmektedir⁵⁵.

Açıklananlar ışığında zorunlu nedenleri, işverenden beklenen mutad tedbirleri aşan acil veya olağanüstü nitelikte olan, tarafların bir etkisinin bulunmadığı (kusurunun bulunmadığı) ve işyerinde işin durmasına sebebiyet veren hâller olarak tanımlamak mümkündür. İş Hukuku bakımından zorunlu nedenlerin unsurları şu şekilde sıralanabilir:

- 1) İşverenden beklenen mutad tedbirleri aşan acil veya olağanüstü durumların mevcut olması,
- 2) Tarafların bir etkisinin bulunmaması,
- 3) İşin durmasına sebebiyet vermesi gerekmektedir.

51 Kenan **Tunçomağ** and Tankut **Centel**, İş Hukukunun Esasları, (9. B., Beta Yayıncılık, 2018), 165-166.

52 Hamdi **Mollamahmutoğlu**, Muhittin **Astarlı** and Ulaş **Baysal**, İş Hukuku Ders Kitabı, C. 1, Bireysel İş Hukuku, (2. B., Lykeion Yayınları, 2018) 360 (İş Hukuku Ders Kitabı); Ali Cengiz **Köseoğlu** and Sibel **Kabul**, “4857 sayılı İş Kanunu Bağlamında Çalışma Süresinin Aşılması: Fazla Çalışma”, (2014) LXXII, (2), İÜHFMD, 233, (240).

53 Oğuz **Kurucu**, İş Süreleri, Dinlenmeler, Fazla Çalışma, (Kadioğlu Matbaası, 1987), 111.

54 Emine Tuncay **Senyen Kaplan**, Bireysel İş Hukuku, (9. B., Gazi Kitabevi, 2018), 367.

55 Münir **Ekonomi**, “Telaflı Çalışması”, 2004, (4), Legal İSGHD., 1248 (1251), (Telaflı Çalışması).

A. İşverenden Beklenen Mutat Tedbirleri Aşan Acil veya Olağanüstü Durumların Mevcut Olması

4857 sayılı İş Kanunu'nda zorunlu nedenlerle fazla çalışma için gereken nedenlere örnek olarak “*Gerek bir arıza sırasında, gerek bir arızanın mümkün görülmesi halinde yahut makineler veya araç ve gereç için hemen yapılması gerekli acele işlerde yahut zorlayıcı sebepler*” gösterilmiştir. Bu hükümden hareketle zorunlu nedene esas teşkil edecek olay acil veya olağanüstü olmalıdır.

Acil tanımından kastedilen derhal müdahale edilmemesi halinde telefisi güç durumların oluşması anlaşılmalıdır⁵⁶. Aynı zamanda olaylar, aniden ve hızlı bir şekilde cereyan etmelidir⁵⁷. Kanunda zorlayıcı neden gibi hâller ifadesi de kullanıldığından umulmayan hâl, zorlayıcı neden gibi tüm beklenmeyen hâller olağanüstü hâl içerisinde kabul edilmelidir.

Acil veya olağanüstü hâllerin ortak özelliği bu hâllerde işverenin olağan tedbirlerle söz konusu durumu bertaraf edememesi ve aynı zamanda işveren tarafından öngörülemes olmasıdır⁵⁸. Bu nedenle zorunlu nedenler için işverenin olağan daha doğrusu alışılmış –mutat- tedbirlerini aşan acil veya olağanüstü nitelikte bir olayın gerçekleşmesi aranmalıdır. Bu hâllere örnek olarak yangın, makinelerin tamamen bozulması, binanın yıkılması, aniden don olması gösterilebilir⁵⁹.

56 OLG Hamburg E. v. 24. 10. 1962, 1 Ss 90/62; Claudia **Hahn**, Flexible Arbeitszeit, (2. Auflage, C.H.BECK Verlag, 2014), Rn. 492; Nicolai **Fabricius**, Arbeitschutzrecht, Hand Kommentar, Hrsg.: Wolfhard Kohte/Ulrich Faber/Kerstin Feldhoff, (2. Auflage, Nomos Verlag, 2018), § 14, Rn. 5.

57 **Hahn**, (n 56) Rn. 492.

58 Ulrich **Baek**/Markus **Deutsch**/Nadine **Kramer**, Arbeitszeitgesetz Kommentar, (3. Auflage, C.H. BECK Verlag, 2014), § 14 Rn. 6; Dietrich **Growe**, Arbeitsrecht Handkommentar, Hrsg.: Wolfgang Däubler/Jens Peter Hjort/Michael Schubert/Martin Wolmerath, (4. Auflage, Nomos Verlag, 2017), § 14, Rn. 7; **Hahn**, (n 56) Rn. 493; **Fabricius**, (n 56) Rn. 5; Rüdiger **Linck**, Arbeitsrechts-Handbuch, Hrsg., Günter Schaub, (17. Auflage, C.H. BECK Verlag, 2017), § 45, Rn. 37; BAG., 16.3.2004–9 AZR 93/03, NZA 2004, 927.

59 Rudolf **Anzinger**/Wolfgang **Koberski**, Kommentar zum Arbeitsgesetz, (4. Auflage, Recht und Wirtschaft Verlag, 2013), § 14 Rn. 4; **Growe**, (n 59) § 14 Rn. 5; Joachim **Wichert**, Gesamtes Arbeitsrecht, Hrsg.: Winfried Boecken/Franz Josef Düwell/Martin Diller/Hans Hanau, (Nomos Verlag, 2016), § 14, Rn. 12; Dirk **Neumann**/

B. Tarafların Bir Etkisinin Bulunmaması

Zorlayıcı nedenler için aranan kusursuzluk ilkesi zorunlu nedenler için de aranmalıdır. Olay işverenin kasti veya ihmali hareketinden kaynaklanmışsa bu takdirde acil durumdan bahsedilemeyecektir⁶⁰. Zorunlu nedenin oluşmasında tarafların bir etkisinin bulunması durumunda temerrüt hükümleri uygulanmalıdır. Diğer bir deyişle kimse kendi kusurundan yararlanarak karşı tarafa fazla çalışma veya telafi çalışması yaptırmaya hakkına sahip değildir. Aynı zamanda tarafların işin durmasına bir etkisinin olması, olayın acil veya olağanüstü olmasına ve mutlak tedbirleri aşması ilkesini de zedelemektedir. Sonuç olarak zorunlu nedenin meydana gelmesi tarafların etkisinin dışında bir nedene dayanması gerektiği belirtilmelidir.

C. İşin Durmasına Sebebiyet Vermesi

İş Kanunu'nda zorunlu nedenlere dayanarak fazla çalışma veya telafi çalışması yapılması ihtiyacı işin durması sebebine bağlanmaktadır. Bu nedenle İş Hukuku bağlamında zorunlu nedenin işin durmasına da neden olması gerekmektedir. İşin durması işyerinde zorunlu faaliyetlerin engellenmesi olarak algılanmalıdır. İşin durma süresi önemli olmamakla birlikte geçici olmalıdır⁶¹.

Josef Biebl/Jurgen Denecke, Arbeitsgesetz: ArbZG., Kommentar, (16. Auflage, C.H.BECK Verlag, 2013), § 14 Rn. 4; Harald Schliemann, Arbeitszeitgesetz mit Nebengesetzen Kommentar, (3. Auflage, C.H.BECK Verlag, 2017), § 14 Rn. 5; Fabricius, (n 56) Rn. 9; BAG., 17.9.1986 – 5 AZR 369/85.

60 BAG., 28. 2. 1958–1 AZR 491/56, AP AZO § 14 Nr. 1; Rudolf Buschmann and Jürgen Ulber, Arbeitszeitgesetz, (8. Auflage, Bund Verlag, 2014) § 14 Rn. 1; Hahn, (n 56) Rn. 492; LAG., Baden-Württemberg 23.11.2000–4 Sa 81/00–AuR 2001, 512; Wichert, (n 59) § 14, Rn. 6.

61 OLG., Celle 8.10.1986 – 2 Ss (OWi) 53/86, NZA 1987, 283; Hahn, (n 56) Rn. 493; Fabricius, (n 56) Rn. 16.

III. ZORLAYICI NEDEN HALİNDE ÜCRET ÖDEME BORCU

A. Genel Olarak

İşçinin iş görme borcunu hazır olarak beklemesi karşısında deprem, sel, hammadde temin edilememesi, makine ve aletlerin arızalanması gibi hallerde ücret hakkının bulunup bulunmadığının çözümünün imkânsızlığa ilişkin hükümler doğrultusunda mı yoksa işin kabulünde temerrüde düşülmesi hükümlerine göre mi değerlendirilmesi gerektiği tartışma konusudur⁶². İşçinin iş görmeye hazır olarak beklemesi, iş görme borcunun yerine getirilmiş sayılması için yeterli görülmesi halinde alacaklının temerrüdü hükümleri uygulanacak ve işçi ücrete hak kazanacaktır. Ancak buna karşın iş görme borcunun hazır bulundurulması yeterli görülmeyip, işini belli bir makinede veya yerde de ifasının aranması halinde, imkânsızlığın sonuçlarının oluşacağı ve bu suretle işçinin ücret hakkının bulunmadığı ileri sürülmektedir⁶³.

Bir sözleşmede borçlunun ifası tarafların kusuru bulunmaksızın imkânsızlaşmış ise borçlu borcundan kurtulur, ancak aynı zamanda genel imkânsızlık hükümleri nazara alındığında ücret hakkını da kaybeder. İş Hukukunda aynı ilkenin uygulanması halinde ise olumsuz sonuçlar oluşacağından⁶⁴ Alman Hukukunda işletme rizikosu teorisi uyarınca işçinin çalışmasını engelleyen olayların kaynağı kim ise bu olayların sonuçlarına o tarafın katlanması gerektiği ve grev dışındaki tüm hallerde işletme rizikosu kapsamında işçinin ücret hakkının bulunduğu kabul edilmekteydi⁶⁵. Diğer taraftan iş görenin yerine getirilmesi teknik olarak imkân dâhilinde ancak ekonomik olarak anlamsız olduğu durumlar ekonomik riziko olarak

62 Polat **Soyer**, “İşletme Rizikosu Teorisi ve Türk İş Hukuku”, (1981) 2, (2), DEÜHFD, 101, (104).

63 ibid 104.

64 Ayrıca bkz.: Ulrich **Koch**/Günter **Schaub**, Arbeitsrecht von A – Z, (22. Auflage, 2018).

65 **Soyer**, (n 62) 109.

nitelendirilmiş ve buna göre ekonomik ve işletmesel rizikolarının işveren tarafından taşınması gerektiği belirtilmiştir⁶⁶.

Roma Hukukunda aynı düşüncenin hakim olduğu görülmüş ve taahhüt edilen işin işçinin dışında veya işverenden kaynaklı bir nedenden dolayı yerine getirilememesi halinde işçinin ücrete hak kazanacağı kabul edilmiştir⁶⁷. Alman Medeni Kanunu m. 615/3 uyarınca işletmenin durmasına sebebiyet veren iş düşmesi ne işverene ne de işçiye yükletilebilen bir nedene dayanmıyorsa sorumluluğun işverene ait olacağı kabul edilmiştir⁶⁸. Bu hüküm öncesinde Alman Federal İş Mahkemelerinde kanunda boşluk bulunduğundan hareketle işverenin işletme rizikosu çerçevesinde ücret ödeme yükümlülüğünün devam ettiği kabul edilmiştir⁶⁹.

Zorlayıcı nedenle işin yerine getirilmesi mümkün olmadığından işçinin ücret kaybının telafi edilmesi amacıyla İş Kanunu uyarınca işçinin zorlayıcı nedenlerle Kanunun m. 25/III kapsamında kalan “çalışılmayan süreler” için yarım ücret ödeneceği hüküm altına alınmıştır (m. 40)⁷⁰. Ücret, bir kimseye bir iş karşılığında işveren veya üçüncü kişiler tarafından sağlanan ve para ile ödenen tutar olarak tanımlanmıştır (İş Kanunu m. 32). Burada bir iş karşılığında ücretin ödeneceği kabul edilmiş ve iş varsa ücret var kuralı benimsenmiştir. İşte bu kuralın istisnasını İş Kanunu m. 40 oluşturmakta ve işin yerine getirilmemesi bir zorlayıcı nedenden kaynaklanıyorsa işveren bir hafta süre boyunca yarım ücret ödemekle yükümlü tutulmaktadır⁷¹. Bu nedenle İş Kanunu’nun m. 40 uyarınca öngörülen yarım ücretin sosyal ücret olduğu vurgulanmaktadır⁷².

66 Ulrich **Preis**, Arbeitsrecht – Individual Arbeitsrecht Lehrbuch für Studium und Praxis, (4. Auflage, Otto Schmidt Verlag, 2012) Rn. 120.

67 Max **Kaser**/Rolf **Knütel**/Sebastian **Lohsse**, Römisches Privatrecht, 21. Auflage, C.H. BECK Verlag, München 2017, 179.

68 Axel **Kokemoor**/Stephan **Kreissl**, Arbeitsrecht I, Individualarbeitsrecht, Hrsg. Jörg Dieter Oberrath, (5. Auflage, Richard Boorberg Verlag, 2015), Rn. 48.

69 BAG., 30. 1. 1991 – 4 AZR 338/90, NZA. 1991, 519 (520).

70 Nizamettin **Aktay**, Kadir **Arıcı** and Emine Tuncay **Senyen Kaplan**, İş Hukuku, (6. B., Gazi Kitabevi, 2013), 211.

71 Müjdat **Şakar**, İş Kanunu Yorumu, (4. B., Yaklaşım Yayıncılık, 2009), 392.

72 Kemal **Oğuzman**, Hizmet İş Akdinin Feshi, (İsmail Akgün Matbaası, 1955), 98; Sarper **Süzek**, İş Akdinin Askıya Alınmasının Genel Teorisi, (Savaş Yayınları, 1989), 101

Ücretin ödenmesi için zorlayıcı nedenin kimin risk sahasında oluştuğunun önemi bulunmamaktadır. Buna göre gerek işçiden kaynaklı zorlayıcı nedenlerle işin yerine getirilememesinde gerekse işverenden kaynaklı imkânsızlık hallerinde bir hafta boyunca işverenin yarım ücret ödeme yükümlülüğü bulunmaktadır⁷³.

İşverenin zorlayıcı nedenin varlığı halinde işi kabulde temerrüde düşmediği kabul edilmiş⁷⁴ ve sadece yarım ücret ödeyeceği öngörülmüştür. İşveren yarım ücreti de bir hafta ile sınırlı olarak ödemekle yükümlü tutulmuştur. İşçiye yarım ücret garantisi verilmesinin Alman Hukukundaki uygulamalar karşısında yetersiz olduğu, tam ücretin ödenmesiyle işletme varlığının tehlikeye düşmediği durumlarda İş Hukukunun öngörmüş olduğu işçiyi koruma özelliği dikkate alındığında bu çözümün tatminkâr olmadığı ileri sürülmüştür⁷⁵. Burada ücret rizikosunun işçiye tamamen veya kısmen yüklenebilmesinde işletme rizikosunun yani işletmenin ücret ödeme noktasında tehlikeye düşüp düşmeyeceğinin dikkate alınmalıdır⁷⁶.

İşveren en az bir hafta süre boyunca asgari yarım ücret ödeyecek olsa da bu kural nispi emredici olup, sözleşme ile işverenin tam ücret ödeyeceği veya bir haftadan fazla süre ile örneğin bir ay boyunca yarım ücret ödeyeceğinin kararlaştırılabilmesine de bir engel bulunmamaktadır. Bunun yanında sözleşme ile bu hükmün aksi kararlaştırılmamış olsa dahi işveren tarafından işçiye tam ücret şeklinde ödeme yapılabilir. İşveren, ödeme yapmasına yönelik sözleşmeleri yasaklayan bir hüküm bulunmadığından şayet isterse

vd. (Askı); Sarper Süzek, İş Hukuku, (13. B., Beta Yayıncılık, 2017) 441, (İş Hukuku); Fatma Burcu Savaş, İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Haklı Nedenle Feshi, (Beta Yayıncılık, 2012) 136.

73 Tunçomağ and Centel, (n 51) 226.

74 Ercan Akyiğit, İş Hukuku, (12.B., Seçkin Yayıncılık, 2018) 290.

75 Soyler, (n 62) 115; İşveren'e göre de mücbir sebep hali teşkil eden ifa imkânsızlıklarında sadece bir haftaya kadar olan sınırlı ücret garantisinin yeterli olmadığı her olayda işyerinin mali ve teknik durumu nazara alınarak sosyal koruma prensibi doğrultusunda hareket edilmelidir (Adil İzveren, İş Hukuku, (Doğuş Matbaacılık, 1974), 153).

76 İzveren, (n 75) 153; Bunun yanında işletme varlığının tehlikeye düşeceği gerçeğiyle ücret hakkından tamamen veya kısmen yoksun kalan işçiye işsizlik sigortası adı altında bir sosyal güvenlik sistemi kurulması gerektiği haklı olarak o dönemde ileri sürülmüştü (Soyler, (n 62) 115).

veya taraflar aralarında anlaşmış ise yarım ücretin daha fazlası veya bir haftalık asgari süreyi aşacak şekilde ücret ödemesi yapılabilmesine engel bir durum bulunmamaktadır.

İş görme ediminin imkânsızlaşmasına neden olan zorlayıcı neden konusu olay bir haftadan az da sürmüş olabilir. Örneğin valilik tarafından uygulanan karantina veya sokağa çıkma yasağı ya da yola çıkış düşmesi nedeniyle iş görme ediminin imkânsızlaşmasının üç günde bertaraf edilmesi halinde işverenin yarım ücret ödeme yükümlülüğü üç gündür. İşçi zorlayıcı nedenin bir haftadan fazla süreceği belli olduğundan, fesih hakkını bir hafta dolmadan kullanmış ise yarım ücretin de fesih tarihine kadar ödenmesi gerekecektir⁷⁷. Bu nedenle yarım ücret ödeme yükümlülüğünün zorlayıcı neden teşkil eden olayın en az bir hafta sürmesi gerektiği düşünülmemelidir.

Hafta tatili için yarım ücret ödenip ödenemeyeceği bir sorun olarak gündeme gelebilir. İş Kanunu'nun 46. maddesine göre, “*Bu Kanun kapsamına giren işyerlerinde, işçilere tatil gününden önce 63'üncü maddeye göre belirlenen iş günlerinde çalışmış olmaları koşulu ile yedi günlük bir zaman dilimi içinde kesintisiz en az yirmidört saat dinlenme (hafta tatili) verilir. Çalışılmayan hafta tatili günü için işveren tarafından bir iş karşılığı olmaksızın o günün ücreti tam olarak ödenir. Bir işyerinde işin bir haftadan fazla bir süre ile tatil edilmesini gerektiren zorlayıcı sebepler ortaya çıktığı zaman, 24 ve 25 inci maddelerin (III) numaralı bentlerinde gösterilen zorlayıcı sebeplerden ötürü çalışılmayan günler için işçilere ödenen yarım ücreti hafta tatili günü için de ödenecektir*”⁷⁸. Bu hüküm uyarınca herhangi bir çekinceye mahal vermeksizin, hafta tatili ücreti için de yarım ücret ödenmesi gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır.

İşverenin ödemekle yükümlü olduğu yarım ücretin sadece çıplak ücreti mi yoksa ücret eklerini de kapsayıp kapsamadığı ise belirtilmemiştir. 4857 sayılı İş Kanunu m. 21'de tüm hakların ödeneceğine ilişkin 4 aylık yoksun kalınan ücrette, m. 17'de yer alan ihbar ve kötüniyet tazminatı hesaplamasında (*Bu maddeye göre ödenecek tazminatlar ile bildirim sürelerine*

77 Ferit Hakkı Saymen, Türk İş Hukuku, (İsmail Akgün Matbaası, 1954) 574.

78 Savaş, (n 72) 136.

ait peşin ödenecek ücretin hesabında 32 nci maddenin birinci fıkrasında yazılan ücrete ek olarak işçiye sağlanmış para veya para ile ölçülmesi mümkün sözleşme ve Kanundan doğan menfaatler de göz önünde tutulur) ve 1475 sayılı İş Kanunu m. 14 uyarınca kıdem tazminatının hesabında ayrıca ve açıkça işçinin asıl ücretinin yanında kendisine sağlanan para veya para ile ölçülebilen menfaatlerin de nazara alınacağı kabul edilmiştir. İş hukukunda sözü edilen hükümlerden yola çıkarak çıplak ücretin kural giydirilmiş ücretin ise istisna olduğu anlaşılmaktadır. İş Kanunu m. 40 uyarınca öngörülen ücretten kastedilenin çıplak ücret olduğu, daha doğrusu işçinin aldığı asıl ücret olarak kabul edilmesi gerektiği belirtilmelidir. Kanunda ücret ifadesi kullanıldığından, ödenecek yarım ücretten gelir vergisi ve damga vergisinin de kesilmesi gerekmektedir. Tabii çıplak ücret üzerinden ödeme yükümlülüğü bir hafta için olup salt yarım ücret şeklindedir⁷⁹.

Yarım ücretten prim kesintisi yapıp yapılamayacağı noktasında da bir açıklık bulunmamaktadır. Söz konusu döneme ilişkin bildirim yükümlülüğü bulunmamaktadır. Doğal afetler, tutukluluk, gözaltı, genel hayatı etkileyen olaylar, hatta zorlayıcı nedenlere dayalı olarak da yapılabilen kısa çalışma hallerine eksik gün kodları verilmiştir. Bu hallerde işverenin bildirim yükümlülüğü bulunmadığından ödenen yarım ücretten ayrıca sigorta primi kesilmeyeceği de vurgulanmalıdır. Bu nedenle ücretten yalnızca %15 gelir vergisi ile binde 7,59 oranında damga vergisi kesintisi yapılacaktır.

İşveren tarafından yarım ücretin ödenmemesi üzerine işçinin söz konusu alacağı dava ettiği durumlarda iş mahkemesi, daha önce temerrüde düşülüp düşülmediğine bakacak aksi takdirde dava tarihinden itibaren faiz işletilmesine hükmedecektir. Bunun yanında bir haftalık yarım ücret İş Kanunu m. 34 uyarınca öngörülmüş olan iş karşılığı bir ücret olmadığından uygulanacak faiz de yasal faiz olacaktır.

79 “...işçi üstlendiği hizmet edimini ifa etmek, işveren ise ücreti ödemek zorundaydı. İşverenin verecek işi kalmazsa bile ücreti ödemek zorunluluğu vardı. İşin ifası işgörenin alanındaki bir olay yüzünden imkânsız hale gelirse ücret ödemek gerekirdi. D. 19. 2, 19,9’da Ulpianus, bir sekreterin, işverenin ölümü halinde kararlaştırılan hizmet süresine göre ücretini alması gerektiğini söylemektedir...”, Belgin **Erdoğan**, Roma Borçlar Hukuku Dersleri, (DER yayınları, 2005), s. 93 ve 174 nolu dipnot.

B. Sokağa Çıkma Yasaklarının Ücret Ödeme Borcuna Etkisi

Koronavirüs salgını ilk defa Çin'in Wuhan kentinde ortaya çıkmış ve çok hızlı bir şekilde dünyaya yayılmıştır. Dünya Sağlık Örgütü 11 Mart 2020 itibarıyla 114 ülkede 118 bin vakanın görüldüğünü ve 4 bin 291 kişinin hayatını kaybettiğini, virüsün yayılma hızının çok ciddi olduğundan alarm seviyesine geçtiklerini ve bu kapsamda Covid-19'u pandemik bir hastalık olarak ilan etmiştir. Dünya Sağlık Örgütü tarafından küresel salgın (pandemi) olarak ilan edilen Covid 19 virüsü salgını kısa süre içerisinde tüm dünyayı etkilemiş, 13.6.2020 tarihi itibarıyla 7.669.872 kişiye hastalık bulaşmış ve 426.185 kişi yaşamını yitirmiştir. Bu konudaki gelişmelere baktığında anilik unsurunun yanında tarafların etkilerinden uzak bir nitelik de taşımaktadır. Bu açıdan salgın zorlayıcı neden unsurlarından olağanüstülük niteliğine de sahiptir. Diğer taraftan salgının dıştan gelmesi, kişinin faaliyet alanı –hâkimiyet alanı- dışında gerçekleşmesi dikkate alındığında haricilik unsurunu da taşımaktadır. Buna göre koronavirüs salgınının zorlayıcı neden olarak kabul edilmesi gerektiği hususunda kuşku yoktur.

Koronavirüs salgını nedeniyle alınan tedbirler dikkate alındığında sözleşmeden doğan edim yükümlülüğünün veya borcun ifa edilmesinin engellenmesi de söz konusu olmuştur. Bu kapsamda sözleşmesel yükümlülüklerin yerine getirilmesi tarafların kusurundan kaynaklanmayan nedenle mümkün olamamaktadır.

Sokağa çıkma yasaklarının zorlayıcı neden niteliği taşıması nedeniyle işverenin ücret ödeme borcunun İş Kanunu m. 40 hükümleri uyarınca değerlendirilmesi gerekecektir. Burada sokağa çıkma yasağına konu edilen günün iş günü mü yoksa tatil günü mü olduğu değerlendirilmelidir. Şayet işçinin halihazırda kendisi için tatil olarak öngörülen günde sokağa çıkma yasağı ilan edilmesi halinde ücretini aynı şekilde tam olarak almalıdır. Buna karşın örneğin hafta tatili gününü hafta içi kullanan bir işçi sokağa çıkma yasağı ilan edilen hafta sonu günleri için ücretinin yarım olarak ödenmesi gerekir. Açıklananlardan hareketle haftanın 5 günü hafta içi günleri çalışan bir işçinin hafta sonu sokağa çıkma yasağı ilan edilmesi

halinde sokağa çıkma yasağı ilan edilen günler için de ücretinin tam olarak ödenmesi gerekir. Diğer taraftan haftanın 6 günü çalışan bir işçinin ise ücreti yarım ücret şeklinde ifa edilmelidir. Genel tatil günleri için ise ücret tam olarak ödenmelidir.

IV. TELAFİ ÇALIŞMASINDA ZORLAYICI VE ZORUNLU NEDENLER

A. Genel Olarak

İşyerinde işin yürütülmesi esnasında ortaya çıkan zorunlu nedenler bazen fazla çalışmayı gerektirmekte iken bazen de işin durmasına sebebiyet vermektedir. Bunun yanında bazı durumlarda da zorunlu neden hem fazla çalışmaya hem de telafi çalışmasına neden olmaktadır. Meydana gelen bir arıza durumunda ilk önce arızanın giderilmesi için fazla çalışma yapılması zorunluluğu doğmakta, sonra arıza sebebiyle çalışma durduğundan işlerin aynı hızda ya da beklenen şekilde devam edebilmesi için işçilerin duran çalışmaları telafi etmeleri ihtiyacı söz konusu olmaktadır.

1475 sayılı İş Kanunu döneminde özellikle genel tatil günlerinden önce veya sonra işyerinin tatil edilmesi nedeniyle bu çalışmalar için telafi çalışması yaptırılmaktaydı⁸⁰. Yine ekonomik kriz nedeniyle işçileri çıkarmak yerine çalışma süresinin kısaltılması nedeniyle ortaya çıkan çalışma boşluğu da telafi çalışması ile giderilmeye çalışılmıştır⁸¹. Ancak 1475 sayılı Kanunda düzenlenmeyen bu çalışma modeli için ödenmesi gereken ücretin ne olacağı ve nasıl kararlaştırılacağı toplu iş sözleşmesi ile giderilmekteydi⁸². 4857 sayılı İş Kanunu'nun esnekleştirme çalışmaları çerçevesinde işyeri-işletme üretim gerekleri önemsenmiş, iş gücünün en iyi şekilde etki

80 Çelik, Caniklioğlu and Canbolat, (n 48) 687; Aktay, Arıcı and Senyen-Kaplan, (n 70) 246.

81 Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, (n 48) 687; Haluk Hadi Sümer, İş Hukuku Uygulamaları, (7. B., Seçkin Yayıncılık, 2019), 378 (İş Hukuku Uygulamaları).

82 Aktay, Arıcı and Senyen-Kaplan, (n 70) 246; Ercan Güven and Ufuk Aydın, Bireysel İş Hukuku, (4. B., Nisan Kitabevi, 2013) 312.

göstermesi dikkate alınmıştır⁸³. İş Kanunu m. 64 uyarınca zorunlu nedenlerle işin durması, ulusal bayram ve genel tatillerden önce veya sonra işyerinin tatil edilmesi, benzer nedenlerle işyerinde normal çalışma sürelerinin önemli ölçüde altında çalışılması, çalışmanın tamamen tatil edilmesi veya işçinin talebi ile kendisine izin verilmesi hallerinde işverenin iki ay içinde çalışılmayan süreler için telafi çalışması yaptırabileceği öngörülmüştür.

Hükümden anlaşılacağı üzere telafi çalışması için zorunlu nedenlerle işin durması bir şart olarak yerini almaktadır⁸⁴. Zorunlu neden kavramının zorlayıcı nedenin de üzerinde bir kavram olduğu daha önce belirtilmişti⁸⁵. Örneğin makinelerin senelik bakımı için işlerin iki gün durması hali bir zorlayıcı neden olarak telakki edilemeyecek ise de zorunlu neden olarak kabulü ile telafi çalışması yaptırılabilmesi mümkündür⁸⁶.

Telafi çalışması ile işletmelerin üretim ve gereklilik olanakları nazara alınarak iş gücünün amaçlanan düzeyde kullanılmasına imkân verilmektedir⁸⁷. Bu sayede işin devamlılığı gözetilmekte ve işverene uygun bir zaman dilimi içerisinde haftalık en yüksek çalışma saatlerinden saparak (farklı olarak) uygun denkleştirme düzenlemesine izin verilmektedir⁸⁸.

Telafi çalışmasında asıl amaç çalışılmayan sürenin telafi edilmesi olmaktadır⁸⁹. Bir görüşe göre telafi çalışması ancak ücreti ödenen günlerde çalışılmaması halinde bu günlerin yerine yapılan çalışmayı ifade etmektedir⁹⁰. Bu nedenle zorlayıcı nedenlerin mevcut olması halinde işçiye bir haf-

83 **Ekonomi**, (n 55) 1249.

84 **Ekonomi**, (n 55) 1251.

85 Haluk Hadi **Sümer**, *İş Hukuku*, (23. B., Seçkin Yayıncılık, 2018), 153, (İş Hukuku).

86 **Sümer**, *İş Hukuku*, 154.

87 Nuri Çelik, “*Ekonomik Krizde Toplu İşçi Çıkarmayı Önleyici Çözüm Arayışları*”, Prof. Dr. Turhan Esener’e Armağan, 2000, 429; Öner **Eyrenci**, “4857 Sayılı İş Kanunu’nda Telafi Çalışmaları”, (2007), 9 (Özel Sayı), Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 31, 31; **Odaman**, (n 50) 132.

88 Roland A. **Müller** and Christian **Maduz**, *Kommentar ArG Arbeitsgesetz mit weiteren Erlassen im Bereich Arbeitsschutz, OFK - Orell Füssli Kommentar*, (8. aktualisierte Auflage Orell Füssli Verlag AG, 2017), 87.

89 **Ekonomi**, (n 55) 1250; **Eyrenci**, (n 90) 32.

90 Ömer **Ekmekçi**, “4857 Sayılı İş Kanunu’nda Telafi Çalışması Kavramı, Koşulları ve

tadan fazla ücret ödenemeyeceğinden duran bu süreler için telafi çalışması talep edilmesi de mümkün olmayacaktır⁹¹.

Telafi çalışmasına ilişkin zorunlu nedenlerin tanımına İş Kanunu'nda ve Çalışma Süreleri Yönetmeliği'nde yer verilmemiş olduğundan İş Kanunu m. 42'de yapılan zorunlu neden tanımının geçerli olduğu ileri sürülmüştür. Bu görüş uyarınca zorunlu nedenler sadece bir arıza sırasında veya bir arızanın giderilmesi halinde yahut makineler veya araç ve gereç için hemen yapılması gerekli acele işlerin mevcudiyeti ile sınırlanmıştır⁹². Ancak salt bu olayların meydana gelmesi ile telafi çalışmasının sınırlanması kanunun amacına uymamaktadır. İşçiye ücretin ödenmesine karşılık işin durması ve işçi bu çalışması karşılığında iş görme edimini yerine getirememiş ise bu hallerde zorunlu neden bulunduğu kabul edilmeli ve telafi çalışmasına cevaz verilmelidir. Diğer bir deyişle işyerinde işin durmasına veya normal çalışma sürelerinin altında çalışılmasına ya da tamamen tatil edilmesine sebebiyet verilen durumlar zorunlu nedenler olarak telakki edilmelidir⁹³. Odaman'a göre ise zorunlu neden kavramı ile makinelerin veya araç ve gereçlerin acil olarak tamiri ve bakımı nedenleri ile fesih nedeni olarak kabul edilen zorlayıcı nedenler kastedilmiştir⁹⁴. Zorunlu nedenler, işverenden beklenen mutad tedbirleri aşan acil durumlar veya olağanüstü nitelikte olan, tarafların bir etkisinin bulunmadığı (kusurunun bulunmadığı) ve işyerinin durmasına sebebiyet veren haller olarak kabul edilmelidir.

Zorunlu nedenlerin salt meydana gelmesi yeterli olmayıp İş Kanununa göre işin önemli ölçüde oranda durması da ek olarak aranmaktadır⁹⁵. Önemli ölçüde ifadesinden ne anlaşılması gerektiği ise kanunda belirtilmemiştir. Burada Kanun gerekçesi ve Çalışma Süreleri Yönetmeliği m. 13 uyarınca çalışma süresinin üçte ikisine kadar düştüğü durumlar

Hükümleri", (2005), 19, (6), Çimento İşveren Dergisi, 30, 31 (Telafi Çalışması).

91 ibid 31.

92 **Ekonomi**, (n 55) 1251; **Ekmekçi**, Telafi Çalışması, 33; Hamdi **Mollamahmutoğlu**, Muhittin **Astarlı** and Ulaş **Baysal**, **İş Hukuku**, (6. B., Turhan Kitabevi, 2014) 1277 (İş Hukuku); **Aktay**, **Arıcı** and **Senyen-Kaplan**, (n 70) 247.

93 **Aktay**, **Arıcı** and **Senyen-Kaplan**, (n 70) 246

94 **Odaman**, (n 50) 133.

95 **Ekonomi**, (n 55) 1253.

önemli ölçü olarak kabul edilmektedir⁹⁶. İsviçre doktrinine göre bu kavram “*verhältnismässig kurze Zeit*” ifadesi ile kullanılmış ve işin durmasının tek gün ya da bir veya en fazla iki hafta süreceği kabul edilmiştir⁹⁷. Aynı şekilde İsviçre doktrinine göre sadece günler değil, hatta saatler ve dakikalar ile işin durması söz konusu olduğunda da telafi çalışması cihetine gidilebilecektir.

Telafi çalışmasına ilişkin düzenlemeler İsviçre İş Kanunu’ndan (Art. 11) alınmıştır⁹⁸. Söz konusu Kanun maddesinin ise kamu çalışanları için düzenlendiği, özel hukuk için ise işçi ve işveren arasında iş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesi uyarınca bir anlaşmaya ihtiyaç duyulduğu belirtilmektedir⁹⁹. Halbuki Türk Hukukunda kanunda aranan şartların meydana gelmesi halinde işçinin onayı aranmaksızın telafi çalışması uygulaması işverene verilmiştir. Bu durum işletme rizikosu içerisinde değerlendirildiğinde işverenin telafi çalışması yaptırabilmesinin işçinin rızasına bağlı olduğu ve bu çalışma çerçevesinde kendisine ayrıca zamlı ücret ödenmesi gerektiği kanaatindeyiz. Diğer taraftan zorunlu nedenler işverenin işyeri sahasında yani sorumluluk alanında meydana gelmiş olup Alman Hukukunda yer alan işletme rizikosu hükümleri uyarınca (BGB. m.615/3) işverenin iş görme edimini kabulde temerrüt (Annahmeverzug) durumu olduğundan bu çalışmaların telafisinin de işçinin onayına bağlı tutulması gerektiği belirtilmelidir. Ancak istisnaen sadakat yükümlülüğünün devreye girebileceği işletmesel acil durumlarda telafi çalışmasının işçinin onayına bağlı tutulamayacağı söylenebilir¹⁰⁰.

96 **Ekonomi**, (n 55) 1253.

97 **Müller and Maduz**, (n 91) 88.

98 *Ausgleich ausfallender Arbeitszeit*

Art. 11: Wird die Arbeit wegen Betriebsstörungen, wegen Betriebsferien, zwischen arbeitsfreien Tagen oder unter ähnlichen Umständen für verhältnismässig kurze Zeit ausgesetzt oder werden einem Arbeitnehmer auf seinen Wunsch arbeitsfreie Tage eingeräumt, so darf der Arbeitgeber innert eines angemessenen Zeitraumes einen entsprechenden Ausgleich in Abweichung von der wöchentlichen Höchstarbeitszeit anordnen.

Der Ausgleich für den einzelnen Arbeitnehmer darf, mit Einschluss von Überzeitarbeit, zwei Stunden im Tag nicht überschreiten, ausser an arbeitsfreien Tagen oder Halbtagen.

99 **Müller and Maduz**, (n 91) 88.

100 *ibid* 88.

Telafi çalışmasında salt zorunlu nedenler kavramı kullanılmış olsa da benzer durumlar ifadesinden zorlayıcı nedenler anlaşılmalıdır¹⁰¹. Bu doğrultuda işverence öngörülemeyen, kaçınılamayan ve önlenemeyen, bunun yanında da olayın işverenin kusuruna dayandırılmadığı hallerde (basit ihmalinin dahi bulunmadığı hallerde) zorlayıcı nedenin varlığı kabul edilecek ve telafi çalışması hükümleri uygulanabilecektir.

Telafi Çalışması hükümlerine aykırı hareket edilmesi halinde idari para cezası uygulanacağı belirtilmelidir. 4857 sayılı İş Kanunu m. 104/2 uyarınca telafi çalışması hükümlerine aykırı hareket eden işveren veya işveren vekiline para cezası uygulanacağı hüküm altına alınmıştır.

B. Telafi Çalışmasında Süre Sınırı ve Ücret Hakkı

İş Kanunu m. 64 uyarınca zorunlu nedenlerle işin durması, ulusal bayram ve genel tatillerden önce veya sonra işyerinin tatil edilmesi, benzer nedenlerle işyerinde normal çalışma sürelerinin önemli ölçüde altında çalışılması, çalışmanın tamamen tatil edilmesi veya işçinin talebi ile kendisine izin verilmesi hallerinde işverenin çalışılmayan süreler için telafi çalışması yaptırabileceği öngörülmüştür. 7226 sayılı yapılan değişiklikle işveren telafi çalışmasını zorlayıcı nedenin sona ermesinden başlayarak 4 ay içinde yaptırabilecektir. Bu sürenin 7226 sayılı Kanun öncesinde 2 ay olarak uygulandığı belirtilmelidir.

Söz konusu çalışmanın günlük en çok çalışma süresini aşmamak koşulu ile günde 3 saati aşmaması gerekmektedir¹⁰². Burada iki türlü sınır bulunmaktadır. Öncelikle telafi çalışması yaptırmak isteyen işveren en fazla 3 saat telafi çalışması yaptırabilecektir. Ancak 3 saatlik çalışma yaptırılması halinde işçinin günlük çalışması için öngörülen yasal 11 saatlik sürenin aşılmaması gerekir. Diğer bir deyişle bir işveren işçilerine günlük 9 saat çalışma yaptırıyorsa bu halde ancak 2 saat telafi çalışması yaptırabilir. Bunun yanında hafta tatili dışındaki günlerde izinli olunan, örneğin haftanın 5 günü çalışılan bir işyerinde cumartesi günü 3 saat telafi çalışması yaptırılması da

101 Müller and Maduz, (n 91) 88.

102 Sümer, İş Hukuku Uygulamaları, 377.

mümkündür¹⁰³¹⁰⁴. Kanunen izin verilen turizm, sağlık ve güvenlik işleri dışında gece çalışmasında 7,5 saati aşacak şekilde telafi çalıştırılması yaptırılamayacaktır¹⁰⁵.

Kanunda aranan koşulların bulunması ile tanınan telafi çalışması yaptırma hakkının fazla çalışma veya fazla sürelerle çalışma sayılmayacağı düzenlenmiş olup (İş Kanunu m. 64/1) işverenin salt saatlik ücreti ödeme yükümlülüğü bulunduğu söylenebilir. Telafi çalışmasına konu olan çalışma için normal ücreti ödenecek, bunun dışında fazla çalışma ücreti teşkil edecek şekilde zamlı ücret verilmeyecektir¹⁰⁶. Buna karşın çalışılmayan ve ücreti ödenmiş olan günler için çalışma yaptırıldığından telafi çalışması nedeniyle herhangi bir ücret ödenmesinin söz konusu olmadığı da ileri sürülmektedir¹⁰⁷. Bu nedenle örneğin zorlayıcı nedenlerle işin engellenmesi halinde yarım ücret ödenen günler için yapılan telafi çalışmasında ödenen yarım ücretin mahsup edilmesi gerektiği de savunulmaktadır¹⁰⁸. Burada zorlayıcı nedenlere dayanılarak ödenen yarım ücretin sosyal ücret olduğu ve işin yerine getirilememesi riskini işverenin taşıması gerektiği düşüncesinden hareket edilmesi gerekmektedir. Açıklanan hususlar ışığında işçinin zorlayıcı nedenlerin telafisi konumundaki çalışması bakımından tam ücret alması gerekmektedir¹⁰⁹. Yine Kanunda aranan süre sınırlarına yani günlük 3 saatin veya azami çalışma süresi olan 11 saatin aşılması halinde bu

103 **Tunçomağ and Centel**, (n 51) 158; **Ekmekçi**, Telafi Çalışması, 37; **Ekonomi**, (n 55) 1257; **Sümer**, İş Hukuku Uygulamaları, 380; Fevzi **Demir**, En Son Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması, (10. B., Seçkin Yayıncılık, 2017), 107.

104 Bunun yanında Ekmekçi'ye göre işçi haftanın 5 günü çalışıyor ve Cumartesi günü çalışması bulunmuyor ise 3 saatlik sınırın aşılması da mümkündür (**Ekmekçi**, Telafi Çalışması, 37); Ancak o gün dahi 11 saatlik azami sınıra tabi olmak gerekmektedir (**Demir**, (n. 107) 107); Aksi görüş için bkz.: **Sümer**, İş Hukuku Uygulamaları, 380; Yargıtay da cumartesi günü tatil günü olsa da telafi çalışmasının 3 saati aşamayacağını vurgulamıştır (Yargıtay 9 HD., 27667/5298, 17.03.2008 (**Odaman**, (n 50) 136)).

105 Jean-Fritz **Stöckli** and Daniel **Soltermann**, Arbeitsgesetz, Bundesgesetz vom 13. März 1964 über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel, SHK - Stämpfli Handkommentar, (Stämpfli Verlag AG, 2005), 270.

106 **Ekonomi**, (n 55) 1258; **Aktay, Arıcı and Senyen Kaplan**, (n 70) 249.

107 **Ekmekçi**, Telafi Çalışması, 33 aksi görüş için bkz.: **Öner Eyrenci**, Savaş **Taşkent** and Devrim **Ulucan**, Bireysel İş Hukuku, (9. B., Beta Yayıncılık, 2019) 325.

108 Muhittin **Astarlı**, İş Hukukunda Çalışma Süreleri, (Turhan Kitabevi, 2008) 211.

109 **Ekonomi**, (n 55) 1259; **Eyrenci, Taşkent and Ulucan**, (n 110) 326.

çalışmaların fazla çalışma sayılması ve ücretin zamlı olarak ödenmesi gerektiği belirtilmelidir.

Tatil günlerinde de telafi çalışması yaptırılmayacağından, işçiye tatil gününde telafi çalışması yaptırılmışsa genel tatil ücreti ödenmesi gerekir. Daha doğrusu işçiye çalışmaması gereken genel tatil günü için ödenmesi gereken ücretin yanında ayrıca telafi çalışması adı altında çalıştırılması nedeniyle bir gün daha (7,5 saati geçmemek kaydıyla 1 saat dahi çalıştırılması halinde) genel tatil ücreti ödenecektir.

İsviçre hukukunda telafi uygun bir zaman dilimi içinde yapılmak zorunda olup, bu zaman diliminin ilke olarak öyle saptanması gerekir ki işçiler için haddinden fazla aşırı yük oluşturmamalıdır¹¹⁰. Bu çalışma, günlük çalışma süresinin uzatılması vasıtasıyla telafi amacına ulaşacaksa; gereği halinde fazla çalışma dahil olmak üzere uzatma, boş günler veya yarım günler dışında günlük 2 saati aşamayacaktır¹¹¹. Uygun zaman diliminin 14 hafta olduğu düzenlenmiştir (Art. 11). Buna karşın, işveren 14 haftayı aşacak şekilde bir zaman dilimi içerisinde haftalık en yüksek çalışma saatlerini aşması altında telafi çalışması yaptırabilmesi için işçinin onayı gerekmektedir¹¹². Ancak her hâlükârda işverenin telafi çalışmasını bir yıl içinde yapabileceği hüküm altına alınmıştır (Art. 11).

C. Koronavirüs Nedeniyle Sokağa Çıkma Yasaklarının Telafi Çalışmasına Etkisi

Koronavirüs nedeniyle uygulanan sokağa çıkma yasaklarının -önlemlerin- zorlayıcı neden niteliğinde olduğu belirtilmişti. Diğer taraftan sokağa çıkma yasaklarının zorunlu neden niteliğini barındırdığı da düşünüldüğünde çalışılmayan sürelerin telafi çalışmasına konu edinilmesi mümkündür. Bu kapsamda hafta sonu sokağa çıkma yasağı ilan edilen gün için şayet işçinin de bugün işgünü ise çalışılmayan bugün için telafi çalışması hükümlerinin uygulanması gerekir.

110 Müller and Maduz, (n 91) 89.

111 Müller and Maduz, (n 91) 89.

112 ibid 89.

İşveren telafi çalışmasına konu edilen bu süreler için saatlik ücreti karşılığı ücret ödemekle yükümlüdür. Bunun yanında işçinin de telafi çalışmasına onay göstermesi de aranmayacaktır.

Telafi çalışması hükümlerine aykırı hareket eden işveren 4857 sayılı İş Kanun m. 104/2 uyarınca idari para cezasına çarptırılacağı da ayrıca hükm altına alınmıştır.

SONUÇ

Ülkemiz ve tüm dünyanın maruz kaldığı Koronavirüs (Kovid -19) salgını nedeniyle uygulanan tedbirlerden biri de sokağa çıkma yasağıdır. Bu bağlamda işin durması ve işçi tarafından iş görme borcunun yerine getirilememesi gibi oluşan nedenler Koronavirüs Salgınının zorlayıcı neden sayılıp sayılmayacağı sorusunu gündeme getirmektedir. Zorlayıcı neden kavramı özel hukukta sıkça kullanılmakta ve sorumluluk hukukunda borçlunun sorumluluğunu ortadan kaldırmaktadır. Ancak Zorlayıcı neden kavramına ilişkin olarak yapılan tek yasal tanım Kısa Çalışma Yönetmeliğinde bulunmaktadır. Buna göre; *Zorlayıcı neden: işverenin kendi sevk ve idaresinden kaynaklanmayan, önceden kestirilemeyen, bunun sonucu olarak bertaraf edilmesine imkân bulunmayan, geçici olarak çalışma süresinin azaltılması veya faaliyetin tamamen veya kısmen durdurulması ile sonuçlanan dışsal etkilerden kaynaklanan dönemsel durumları ya da deprem, yangın, su baskını, heyelan, salgın hastalık, seferberlik gibi durumları ifade etmektedir* (m. 3/1-h).

Koronavirüs salgını ilk defa Çin'in Wuhan kentinde ortaya çıkmış ve çok hızlı bir şekilde dünyaya yayılmıştır. Dünya Sağlık Örgütü 11 Mart 2020 itibarıyla 114 ülkede 118 bin vakanın görüldüğünü ve 4 bin 291 kişinin hayatını kaybettiğini, virüsün yayılma hızının çok ciddi olduğundan alarm seviyesine geçtiklerini ve bu kapsamda Covid-19'u pandemik bir hastalık olarak ilan etmiştir. Dünya Sağlık Örgütü tarafından küresel salgın (pandemi) olarak ilan edilen Covid 19 virüsü salgını kısa süre içerisinde tüm dünyayı etkilemiş, 13.6.2020 tarihi itibarıyla 7.669.872 kişiye hastalık bulaşmış ve 426.185 kişi yaşamını yitirmiştir. Bu konudaki gelişmelere baktığında anilik unsurunun yanında tarafların etkilerinden uzak bir nitelik

de taşımaktadır. Bu açıdan salgın zorlayıcı neden unsurlarından olağanüstülük niteliğine de sahiptir. Diğer taraftan salgının dıştan gelmesi, kişinin faaliyet alanı -hâkimiyet alanı- dışında gerçekleşmesi dikkate alındığında haricilik unsurunu da taşımaktadır. Buna göre koronavirüs salgınının zorlayıcı neden olarak kabul edilmesi gerektiği hususunda kuşku yoktur.

Ücretin ödenmesi için zorlayıcı nedenin kimin risk sahasında oluştuğunun önemi bulunmamaktadır. Buna göre gerek işçiden kaynaklı zorlayıcı nedenlerle işin yerine getirilememesinde gerekse işverenden kaynaklı imkânsızlık hallerinde bir hafta boyunca işverenin yarım ücret ödeme yükümlülüğü bulunmaktadır.

Sokağa çıkma yasaklarının da zorlayıcı neden niteliği gözetildiğinde 4857 sayılı İş Kanunu m. 40 uyarınca işverenin yarım ücret ödemekle yükümlü olduğu sonucuna ulaşılmaktadır. Aynı şekilde sokağa çıkma yasakları nedeniyle telafi çalışması hükümlerine başvurulması mümkün olacak ve bu çalışmalar için işçilere çalışmaların karşılığı ücret ödenecektir. Ayrıca bu çalışmalar fazla çalışma teşkil etmeyecektir.

KAYNAKLAR

- Akın L, Covid-19'un İş İlişkilerine Olası Etkisi, (2020), 34, (3), Çimento İşveren Dergisi, 16-71
- Akıncı Ş, Borçlar Hukuku Bilgisi Genel Hükümler, (10. B., Sayram Yayıncılık, 2017)
- Aktay N, Arıcı K and Senyen Kaplan E T, İş Hukuku, (6. B., Gazi Kitabevi, 2013)
- Alexander S, Zolllkodex der Union, Hrsg.: Peter Witte, (7. Auflage, C.H.BECK Verlag, 2018)
- Anzinger R and Koberski W, Kommentar zum Arbeitsgesetz, (4. Auflage, Recht und Wirtschaft Verlag, 2013)
- Astarlı M, İş Hukukunda Çalışma Süreleri, (Turhan Kitabevi, 2008)
- Baeck U, Deutsch M and Kramer N, Arbeitszeitsgesetz Kommentar, (3. Auflage, C.H. BECK Verlag, 2014)
- Buschmann R and Ulber J, ArbeitszeitGesetz, (8. Auflage, Bund Verlag, 2014)
- Demir F, En Son Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması, (10. B., Seçkin Yayıncılık, 2017)
- Deschenaux H and Tercier P, Sorumluluk Hukuku, Çev., Salim Özdemir, (1983)
- Ekmekçi Ö, Türk İş Hukukunda Fazla Çalışma, (İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 1988), 90 (Fazla Çalışma)
- Ekonomi M, "Telaflı Çalışması", 2004, (4), Legal İSGHD., 1248-1260
- Erdoğan B, Roma Borçlar Hukuku Dersleri, (DER yayınları, 2005)
- Eren F, Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağ Teorisi (1. B., Sevinç Matbaası, 1975), (İlliyet Bağ)
- Erzurumluoğlu E, Türk-İsviçre Borçlar Hukuku Sistemine Göre Borçluya Yüklene-meyen Nedenlerden Dolayı Edimin Yerine Getirilememesi, (Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Yayınları, 1970)
- Eyrenci Ö, Taşkent S and Ulucan D, Bireysel İş Hukuku, (9. B., Beta Yayıncılık, 2019)
- Filthaut W, Haftpflichtgesetz, (9. Auflage, C.H.BECK Verlag 2015).

Fritsch R, Abgabeordnung: AO, Hrsg., Ulrich Koenig/Thilo Cöster/Rainer Fritsch/Jens Intemann/Doris Wünsch/Guido Zöllner, (3. Auflage, C.H. BECK Verlag, 2014).

Gauch P and Stöckli H, Kommentar zur SIA-Norm 118 Allgemeine Bedingungen für Bauarbeiten (2. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG Verlag, 2017)

Grothe H, Münchener Kommentar zum BGB., Hrsg.: Franz Jürgen Säcker/ Roland Rixecker/Hartmut Oetker/Bettina Limperg, (8. Auflage, C.H. BECK Verlag, 2018)

Henrich W, BGB § 206, Hrsg.; Heinz Georg Bamberger/Herbert Roth/Wolfgang Hau/Roman Poseck, (48. Auflage, C.H.BECK Verlag, 2018)

İnal T, “Mücbir Sebeplerin Oluşum Unsurları”, (1997) 5 (2) Kamu- İis, 13 – 53

İnan A and Yücel Ö, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, (4. B., Seçkin Yayıncılık, 2014)

İşler H, Türk Ferdi İş Hukukunda Mücbir Sebep, (Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi

Karahasan R, Türk Borçlar Hukuku, (C. III, İstanbul 1992)

Kıyık M H, İslam Borçlar Hukukunda Doğal Afetlerin Akitlere Etkisi, (Hiper yayın Yayıncılık, 2018)

Köseoğlu A C and Kabul S, “4857 sayılı İş Kanunu Bağlamında Çalışma Süresinin Aşılması: Fazla Çalışma”, (2014) LXXII, (2), İÜHFİM, 233-268

Kurucu O, İş Süreleri, Dinlenmeler, Fazla Çalışma, (Kadioğlu Matbaası, 1987)

Meller-Hannich C, (Beckonlinegrosskommentar, 1.12.2018), BGB. § 206

Mollamahmutoğlu H, Astarlı M and Baysal U, İş Hukuku Ders Kitabı, C. 1, Bireysel İş Hukuku, (2. B., Lykeion Yayınları, 2018)

Müller R A and Maduz C, Kommentar ArG Arbeitsgesetz mit weiteren Erlassen im Bereich Arbeitsschutz, OFK - Orell Füssli Kommentar, (8. aktualisierte Auflage Orell Füssli Verlag AG, 2017

Odaman S, Esneklik Prensibi Çerçevesinde Yargıtay Kararları Işığında Türk İş Hukukunda Çalışma Süreleri ve Yöntemleri, (Legal Yayıncılık, 2013)

Palandt O, Bürgerliches Gesetzbuch, (76. Auflage, C.H.BECK Verlag, 2017)

Preis U, Arbeitsrecht – Individual Arbeitsrecht Lehrbuch für Studium und Praxis, (4. Auflage, Otto Schmidt Verlag, 2012)

- Savaş F B, İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Haklı Nedenle Feshi, (Beta Yayıncılık, 2012)
- Saymen F H, Türk İş Hukuku, (İsmail Akgün Matbaası, 1954).
- Senyen Kaplan E T, Bireysel İş Hukuku, (9. B., Gazi Kitabevi, 2018)
- Soyer P, “İşletme Rizikosu Teorisi ve Türk İş Hukuku”, (1981) 2, (2), DEÜHFD., 101-126
- Stöckli J F and Daniel Soltermann, Arbeitsgesetz, Bundesgesetz vom 13. März 1964 über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel, SHK - Stämpflis Handkommentar, (Stämpfli Verlag AG, 2005)
- Sümer H H, İş Hukuku Uygulamaları, (7. B., Seçkin Yayıncılık, 2019)
- Sümer H H, İş Hukuku, (23. B., Seçkin Yayıncılık, 2018)
- Tandoğan H, Türk Mesuliyet Hukuku (2. B., Vedat Kitapçılık, 2010)
- Thomas G and Smith I T, Industrial Law, (Lexis-Negis, 2003)
- Tunçomağ K and Centel T, İş Hukukunun Esasları, (9. B., Beta Yayıncılık, 2018)
- Walter C, Beckonlinegrosskommentar GesamtHrsg: Gsell/Krüger/ Lorenz/ Reymann, Hrsg: Spickhoff. (1.7.2018) StVG § 7

COVID-19 SALGINININ İŞ KAZASI VE MESLEK HASTALIĞI BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Mehmet Zahid YENER*

Özet

Çin Halk Cumhuriyeti'nin Hubei Eyaleti'nin Wuhan kentinde, 2019 yılının sonlarında Corana (Covid-19) virüsünün deniz ve et ürünleri pazarından ortaya çıktığı tahmin edilmektedir. Öncelikle Wuhan kentini etkileyen salgın, sonrasında Çin Halk Cumhuriyeti'nde yayılmıştır. Uluslararası etkileşiminin bir sonucu olarak virüs, Çin Halk Cumhuriyeti dışında da yayılmaya başlamıştır. 2020 yılının ilkbaharında ise tüm dünyayı etkisi altına alan uluslararası bir salgın haline gelmiştir. 11 Mart 2020 tarihinde Türkiye'de virüs kaynaklı ilk vakanın tespit edildiği, 18 Mart 2020 tarihinde ise Corona salgını kaynaklı ilk vefatın görüldüğü kamuoyuna açıklandı.

Hayatın tüm alanlarını etkileyen salgın, iş dünyasını da etkiledi. Virüsün iş dünyasına etkilerinden biri de çalışan kişilerin salgın sebebi ile hastalanması yahut hayatını kaybetmesidir. İş görme edimini yerine getiren çalışanlar, bu sırada virüsü kapıp hastalandıklarında çeşitli talep hakları gündeme gelir. 4857 sayılı Kanun ve 5510 sayılı Kanun kapsamında gündeme gelebilecek talepler, iş kazası ya da meslek hastalığı kavramları içerisinde değerlendirilebilir. Virüs sonucunu hastalanan çalışanın hangi hukuki müessese çerçevesinde değerlendirileceği önemlidir. Zira belirlemenin yapılması, Sosyal Güvenlik Kurumu'na yapılacak bildirimin çeşidi ve meydana gelecek hukuki sonuçlar bakımından oldukça önemlidir.

İşverenin otoritesi altında iken işçinin zarara uğramasına sebebiyet veren olaylar, iş kazası olarak nitelendirilir. İşverenin işini yürüttüğü sırada işçinin Corona virüs kapması, kanaatimizce 5510 sayılı Kanun m. 13 gereği iş kazası olarak değerlendirilebilir. Zira işçi, yürüttüğü iş sırasında ya da iş dolayısı ile Corona virüse yakalanmıştır.

* Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi,
ORCID ID: 0000-0002-2458-9580.

Virüs salgınının, işin niteliğinden dolayı tekrarlanan bir sebeple meydana gelip gelmediği, meslek hastalığına dair belirlenimin yapılabilmesi için önem taşır. Zira virüs, tek bir temas ile bulaşarak insan vücudunda kendine yer edinmektedir. Aynı şekilde virüs, pek tabii işin yürütüm şartları çevresinde söz konusu olmaz. Dolayısı ile kanaatimizce çalışanlar için virüs, meslek hastalığı olarak değerlendirilemez.

Sağlık çalışanları açısından ise salgının meslek hastalığı sayılabileceği düşünülebilir. Zira virüsün ülkemize gelişi ile birlikte virüsle mücadelede en önde sağlık çalışanları yer alır. Bir kişiden başka bir kişiye temas ya da kabarcık yolu ile virüs, çok çabuk bulaşabilmektedir. Sağlık çalışanlarının da işlerinin yürütüm şartları gereği hastalarla çok yakın temas içerisinde bulundukları da değerlendirildiğinde, Corona virüsüyle karşılaşma riskleri oldukça yüksektir.

Ancak SGK Emeklilik Hizmetleri Genel Müdürlüğü, 7.5.2020 tarih ve 2020/12 sayılı Genelgesi ile, Corona virüs salgınına maruz kalan ve sağlık hizmeti sunucularına müracaat eden sigortalılara iş kazası ve meslek hastalığı olarak değil, hastalık kapsamında provizyon alınması gerektiğini ifade etmiştir.

Bu çalışmada, iş kazası, meslek hastalığı ve hastalık kavramları açıklanacaktır. Daha sonra bu kavramların özellikleri ile birlikte Yargıtay'ın benzer bir konu hakkında vermiş olduğu karar da dikkate alınarak virüs salgını değerlendirilecektir. Burada, sağlık çalışanları ile diğer çalışanlar ayrı değerlendirmeye tabi tutulacaktır. Ayrıca SGK Genelgesi olay özelinde değerlendirilecektir.

Anahtar Kelimeler: Covid-19, Corona Virüsü, Salgın, İş Kazası, Meslek Hastalığı.

Abstract

It is estimated that the Corona virus emerged from the seafood and meat products market in Wuhan, A city of Hubei Province of the People's Republic of China at the end of 2019. The outbreak in primarily affected the city of Wuhan, then it spread to the Republic of China. As a result of international human interaction, the virus has also begun to spread outside the People's Republic of China. It became an international epidemic that affects the whole world especially in the spring of 2020. The first case of virus had detected in Turkey on March 11, 2020 and on March 18, 2020 it was declared to the public that the first death from corona outbreak occurred.

The epidemic has affected not only whole life, but also business world. One of the effects of the virus on the business world is that employees die due to the epidemic. Various demand rights arise for employees who are infected while fulfilling their performance. Demands that may be raised within the scope of Law No. 4857 and Law No. 5510 are evaluated within the concepts of occupational accident or occupational disease. It is significant in which legal conditions the infected employee will be evaluated. Because the determination is significant in terms of the type of notification to be made to the Social Security Institution and the legal consequences that will occur.

Occupational accidents are defined as the cases that cause damage to worker while under the authority of the employer. The fact that the worker contracted the Corona virus while carrying out the work of the employer, in our opinion, Law No. 5510 article 13 requirement can be considered as an occupational accident. Because the worker has been infected with the corona virus during or because of his work.

It is significant whether the virus outbreak occurs for a recurring reason due to the nature of the work. In this way, occupational disease can be determined. Because the virus is transmitted by a single contact, it has a place in the human body. In the same way, the virus, of course, does not

exist around the terms of execution of the work. Therefore, in our opinion virus cannot be considered as occupational disease for employees.

In terms of health workers, the epidemic may be considered occupational disease. Since the virus was seen in our country, health workers have been leading the fight against the virus. The virus can be transmitted very quickly from one person to another through contact or bubble. The risks of corona virus are very high when it is evaluated that health workers are in very close contact with patients due to the running conditions of their work.

It has been regulated that the insured who are exposed to coronavirus epidemic and who apply to healthcare providers should receive a provision within the scope of the disease.

In this study, the concepts of occupational accident and occupational disease will be explained. The virus will then be evaluated by taking into account the characteristics of these concepts as well as the decision of the Supreme Court on a similar issue. As a result, issues such as the legal rights of an infected employee and how to notify the Social Security Agency will be explained.

Key Words: Covid-19, Corona Virus, Outbreak, Occupational Accident, Occupational Disease.

I. COVID-19 VİRÜSÜ İLE İŞ KAZASI İLİŞKİSİ

A. İşverenin İşçiyi Gözetme Borcu

İşveren, işçinin sadakat borcu karşısında işçiyi gözetme altındadır¹. İşçinin, işyeri ile kanunen işyeri olarak sayılmış yerlerde, iş sözleşmesine bağlı olarak işverenin işini görürken işçinin çıkarlarını koruması, işçinin iş görme edimini yerine getirirken karşılaşılabileceği zararlara yönelik gerekli tedbirleri alması veya işçiyi zarara uğratabilecek her türlü davranıştan kaçınması, işverenin işçiyi gözetme borcu olarak ifade edilir².

TBK m. 417/I, işverenin işçiyi gözetme borcunu düzenlenmiştir. Buna göre *“işveren, hizmet ilişkisinde işçinin kişiliğini korumak ve saygı göstermek ve işyerinde dürüstlük ilkelerine uygun bir düzeni sağlamakla, özellikle işçilerin psikolojik ve cinsel tacize uğramaları ve bu tür tacizlere uğramış olanların daha fazla zarar görmemeleri için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür.”*

TBK m. 417/II gereği ise işveren, iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin tedbirleri almakla yükümlüdür³. İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu’nun yürürlüğe girmesi ile birlikte iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin konular münhasır bir

- 1 Sarper Süzek, İş Hukuku (16. Baskı, Beta 2018) 399; Muhammed Fatih Uşan, İş Hukuku (2. Baskı, Gazi 2009) 91; Öner Eyrenci/Savaş Taşkent/Devrim Ulucan, Bireysel İş Hukuku (9. Baskı, Beta 2019) 173; Emine Tuncay Senyen Kaplan, Bireysel İş Hukuku (9. Baskı, Gazi 2018) 186.
- 2 Haluk Hadi Sümer, İş Hukuku (21. Baskı, Seçkin 2016) 81; Hamdi Mollamahmutoğlu/Muhittin Astarlı/Ulaş Baysal, İş Hukuku Ders Kitabı Cilt I: Bireysel İş Hukuku (3. Baskı, Lykeion 2019) 191.
- 3 İş sağlığı ve güvenliği hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Haluk Hadi Sümer, İş Sağlığı ve Güvenliği (3. Baskı, Seçkin 2019); İbrahim Aydın, İş Sağlığı ve Güvenliğinden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk (1. Baskı, Seçkin 2015); Haluk Hadi Sümer, İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku (3. Baskı, Seçkin 2019); Ali Ekin, İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Yükümlülükler Uymamanın Sonuçları (1. Baskı, Yetkin 2010); Teoman Akpınar, İş Sağlığı ve Güvenliği (3. Baskı, Ekin 2017); Leyla Kılıç, İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliğini Sağlama Yükümlülüğü ve Sorumluluğu (1. Baskı, Yetkin 2006); Levent Akın, İş Sağlığı ve Güvenliği ve Alt İşverenlik (1. Baskı, Yetkin 2013); Ulaş Baysal, Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülükleri (1. Baskı, Beta 2019); Ender Demir, ‘6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Kapsamında İşverenin Yükümlülükleri ve Sorumluluğu’ (2014) 13 (1) İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 127.

kanunla düzenlenmiştir. 6331 sayılı Kanun, işveren ve işçiye iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin çeşitli önlemleri alma yükümlülüğü getirmiştir. İşverenin, bu yükümlülüklere uymaması, çeşitli hukuki sonuçları beraberinde getirir.

Hayatın tüm alanlarını etkileyen salgın, iş dünyasını da etkiledi. Virüsün iş dünyasına etkilerinden biri de çalışan kişilerin salgın sebebi ile hastalanması ya da hayatını kaybetmesidir. İşverenler, çalışma hayatında işçilerinin iş görme edimlerini yerine getirirken karşılaştığı riskleri en aza indirmek için çeşitli önlemleri almak durumundadır. İşverenler, bilim kurulumunun kararları ile ilgili kurum ve kuruluşların kararları doğrultusunda gündeme gelecek tedbirleri alarak virüsün bulaşı riskini en aza indirmek için gerekli gayreti göstermelidir. İşe giriş esnasında ve belirli aralıklarla çalışanların ateşlerinin ölçülmesi, çalışanların maske ile çalışması için gerekli önlemlerin alınması ve bunun denetimini yapılması, işyerinde çalışabilecek azami çalışan sayısını tespit edilmesi ve ona göre çalışma düzenini oluşturulması, görülen işin niteliğine göre gerekli koruyucu ekipmanın temin edilmesi, belirlenen yaklaşık bir buçuk metrelik mesafenin ayarlanması ve kontrollerinin yapılması, işyerinin hijyeninin sağlanması gibi önlemler işveren tarafından alınmalıdır.

İşverenin alacağı önlemlerin esasları ve aykırı davranılmasında gündeme gelebilecek sonuçlar 6331 sayılı Kanun ile düzenlenmiştir. Dünya genelinde etkilendiği bir salgında, işverenlerin salgını yok etme ya da tamamen koruma sağlaması gibi davranışlar hayatın olağan akışı içerisinde beklenebilir. İşverenler, işçiyi koruma borcu çerçevesinde, 6331 sayılı Kanun m. 4 ve 10 hükümlerine uygun salgınla mücadelede gerekli önlemleri alarak işyeri özelinde karşılaşılabilecek riski en aza indirebilirler. İşverenin gerekli önlemleri alıp almaması, meydana gelecek sorumluluğun belirlenmesinde de önem teşkil eder.

B. İş Kazasının Tanımı

Teknolojideki gelişmeler üretim faaliyetlerinde de bir gelişme meydana getirmiş ve Sanayi Devrimi'nin ortaya çıkmasına neden olmuştur. Sanayi Devrimi ile beraber üretim faaliyetleri gelişim göstermiştir. Üretim faaliyetlerindeki bu gelişme, zamanla karmaşık bir hal almaya başlamıştır. Bunun sonucunda üretim sürecinde meydana gelen kazalar da artış göstermiştir. Üretim faaliyetleri içerisinde meydana gelen bu kazalar, iş kazası olarak adlandırılmaktadır.

İş kazası kavramı, Türk hukukunda ne 4857 sayılı İş Kanunu'nda ne de 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası'nda tanımlanmıştır. Dolayısı ile kavram, öğretide tanımlanmıştır. Kanun koyucu, 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu ile iş kazasına bir tanımla getirmiştir. 6331 sayılı Kanun m. 3/I-g ile iş kazasını *“işyerinde veya işin yürütümü nedeniyle meydana gelen, ölüme sebebiyet veren veya vücut bütünlüğünü ruhen ya da bedenen engelli hâle getiren olay”* olarak tanımlanmıştır.

İş kazası kavramından ne anlaşılması gerektiğine ilişkin çeşitli tanımlamalar yapılmıştır. Buna göre iş kazası işçinin, işverenin otoritesi altında, işverenin işini gördüğü sırada, mesleki faaliyet alanı içerisinde aniden meydana gelen ve sigortalı işçinin bedensel ya da ruhsal zarara uğramasına sebebiyet veren kazadır⁴.

4 Can Tuncay/Ömer Ekmekçi, Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri (20. Baskı, Beta 2019) 390 vd.; Ali Güzel/Alı Rıza Okur/Nurşen Caniklioğlu, Sosyal Güvenlik Hukuku (18. Baskı, Beta 2020) 361; Resul Kurt, İş Sağlığı ve Güvenliği Rehberi (3. Baskı, Seçkin 2015) 179; Muhammed Fatih Uşan, Türk Sosyal Güvenlik Hukukunun Temel Esasları (1. Baskı, Seçkin 2009) 172; Hüseyin Akyıldız, Sosyal Güvenlik Hukuku (2. Baskı, Alter 2009) 92; Mesut Balcı, ‘İş Kazası ve Meslek Hastalığı Nedeniyle İşverenin Sorumluluğu’ (2006) (4) Sicil İş Hukuku Dergisi 151, 152.

C. İş Kazasının Unsurları

İşçinin zarar gördüğü her olay, iş kazası olarak nitelendirilmez. Hukuken iş kazası değerlendirilmesinin yapılabilmesini kanun koyucu, çeşitli şartlara bağlamıştır. Buna göre işçinin 5510 sayılı Kanun gereği sigortalı olması ya da sigortalı sayılması, işçinin meydana gelen kaza sebebiyle zarara uğraması, kanun gereği bir kazanın mevcut olması ile zarar ile kaza arasında illiyet bağının varlığı gerekir.

1. Sigortalı Olma

5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanun'u gereğince iş kazasının varlığı için zarara uğrayan kişinin, kanunen sigortalı olması gerekir. 5510 sayılı Kanun m. 4, kimlerin sigortalı olduğunu belirtmiştir. Ayrıca kanun koyucu, 5510 sayılı Kanun m. 5 ile bu kapsamı genişletmiştir. Bununla birlikte bir işverene bağımlı olarak iş akdi ile çalıştırılan kişilerin çalışma durumu SGK kayıtlarında yer almasa bile diğer koşulların da varlığı halinde, sigortalı sayılmaktadır⁵.

2. İşçinin Kaza Sebebiyle Zarara Uğraması

İşçinin, kaza sebebiyle bir zarara uğraması gerekmektedir⁶. Bu zarar bedeni veya manevi nitelikte olabilir. Bedeni zarara, kemik kırıkları, duyu yeteneklerinde oluşan kayıplar örnek verilebilirken manevi zarara duygusal çöküntüler örnek verilebilir⁷.

5 Tuncay/Ekmekçi (n 4) 273; hizmet tespiti hakkında bkznz. Abbas Bilgili, Hizmet Tespiti Davaları (1. Baskı, Karahan 2011); Umut Topçu, Hizmet Tespiti Davaları (2. Baskı, Seçkin 2017); Erdal Arap, Hizmet Tespiti Davası (1. Baskı, Seçkin 2018).

6 Refik Korkusuz/Suat Uğur, Sosyal Güvenlik Hukuku (6. Baskı, Ekin 2018) 289; Yusuf Alper/İlknur Kılış, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku (4. Baskı, Dora 2018) 256.

7 Erşen Gökçe Demiral, İş Kazaları (1. Baskı, Seçkin 2017) 47; Ömer Akel, İş Kazası Sayılan Haller ve İş Kazasının Bildirilmesi (1. Baskı, Seçkin 2019) 44 vd.; Mesut Balcı/Birol Soner/Bahri Aydoğan/Ahmet Yener, İş Kazası ve Meslek Hastalığı (1. Baskı, Yetkin 2020) 122.

3. Kanun Gereği Bir Kazanın Mevcudiyeti

a. Sigortalının İşyerinde Bulunduğu Sırada

5510 sayılı Kanun'un 13.maddesi gereğince kazanın işyerinde meydana gelmesi gerekmektedir. İşyeri kavramı, 4857 sayılı İş Kanunu m. 2/1'de işveren tarafından mal veya hizmet üretmek amacıyla maddi olan ve olmayan unsurlar ile işçinin birlikte örgütlendiği birim olarak tanımlanmaktadır⁸. İşçi, çalışsın ya da çalışmasın, işyerinde olduğu sürece oluşacak kaza iş kazası teşkil edecektir⁹.

4857 sayılı İş kanun m. 2/2 ile işyeri kavramına hangi unsurların dahil olacağını belirtmiştir. Buna göre işverenin işyerinde ürettiği mal veya hizmet ile nitelik yönünden bağlılığı bulunan ve aynı yönetim altında örgütlenen yerler (işyerine bağlı yerler) ile dinlenme, çocuk emzirme, yemek, uyku, yıkanma, muayene ve bakım, beden ve meslekî eğitim ve avlu gibi diğer eklentiler ve araçlar da işyerinden sayılır. Bu bakımdan adı geçen yerlerde meydana gelen kaza da işyerinde meydana gelmiş sayılacaktır.

b. Yürütülmekte Olan İş Sebebiyle

İş görme, her zaman işyerinde gerçekleşmemektedir. Bu yüzden işyerinde gerçekleşmemiş olsa bile işçinin işverenin işini yaptığı sırada gerçekleşen kaza yine iş kazası olarak değerlendirilecektir. Kazanın işveren tarafından yürütülen iş nedeni ile meydana gelmesi, meydana gelen olayın iş kazası olarak nitelendirilmesi için yeterlidir¹⁰.

8 Ayrıntılı bilgi için bkzn. Kübra Doğan Yenisey, İş Hukukunda İşyeri ve İşletme (1. Baskı, Legal 2007); Uşan, İş Hukuku (n 1) 29 vd.; Nuri Çelik/Nurşen Caniklioğlu/Talat Canbolat, İş Hukuku Dersleri (31. Baskı, Beta 2018) 133 vd.; Kenan Tunçomağ/Tankut Centel, İş Hukukunun Esasları (8. Baskı, Beta 2016) s. 61 vd.

9 Resul Arslanköylü, Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu Şerhi (1. Baskı, Yetkin 2010) 424; Özge Bensus Çiçekçi, 'İş Kazası Sayılan Haller İşverenin Sorumluluğunun Niteliği Yargı Kararları' (2010) 10 (103) Fasikül Hukuk Dergisi 20, 25.

10 Süzek (n 1) 347; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat (n 8) 273; Yargıtay 21 HD, 6443/6691, 05.07.2004.

c. Sigortalının İşveren Tarafından Baka Yere Gönderilmesinde Asıl İşini Yapmaksızın Geçen Zamanlarda Kazaya Uğraması

İşçi, işveren tarafından görevli olarak başka bir yere gönderilebilmektedir. Sigortalı işçinin, işveren tarafından başka bir yere gönderildiği durumlarda, iş görme edimini henüz yerine getirmeden, yolculuk sırasında kazaya uğrayabilir. İşte işçinin asıl işini yapması için bir yerden başka bir yere gönderilmesi esnasında kazaya uğraması, iş kazası belirlemesinin yapılması için yeterlidir¹¹.

d. Emziren Sigortalının Emzirme Süresi İçinde Kazaya Uğraması

Kadın işçinin çocuğunu emzirdiği sürede bir kazaya uğraması halinde, 5510 sayılı Kanun m. 13/d uyarınca bu kaza iş kazası olarak sayılacaktır¹². İş Kanunu m. 74/6 hükmü gereği kadın işçiler, bir yaşından küçük çocuklarını emzirmeleri için günde bir buçuk saat izne sahiptir. Bu süre kanunen çalışma süresinden sayılmaktadır. Kaza, kadın işçinin çocuğunu emzirdiği süre içerisinde meydana gelirse iş kazasının varlığından söz edilir.

e. Sigortalının İşverenin Sağladığı Taşıtlı İşyerine Geliş Gidiş Sırasında Kazaya Uğraması

İşverenlerin, işçilerin işyerine gelip gitmeleri için servis araçları temin ettiğine günümüz iş hayatında sıklıkla rastlanılmaktadır. Kanun koyucu, iş hayatındaki bu değişimi göz önüne alarak 5510 sayılı Kanun ile yeni bir düzenleme getirdi. Buna göre 5510 sayılı Kanun m. 13/d gereğince sigortalı işçiler, işverence sağlanan bir taşıtlı işin yapıldığı yere götürülüp getiriliyorsa, bu süreçte aracın kazaya uğraması iş kazası teşkil edecektir¹³.

11 Ali Güneren, İş Kazası ve Meslek Hastalığından Kaynaklanan Maddi ve Manevi Tazminat Davaları (3. Baskı, Adalet 2018) 455; Yargıtay 21 HD, 10541/2619, 18.02.2013; Yargıtay HGK, 36/67, 03.02.2010.

12 Hüseyin Akyıldız/Adem Korkmaz, İş ve Sosyal Sigortalar Hukuku (1. Baskı, Alter 2009) 253; Alper/Kılış (n 6) 256.

13 Tuncay/Ekmekçi (n 4) 407, Demiral (n 7) 45.

4. Uygun İlliyet Bağı

İlliyet bağı olmadıkça sorumluluktan bahsedilemeyeceği için kaza ile zarar arasında uygun bir bağlantı olmalıdır. Hayatın normal akışı ve genel hayat tecrübeleri çerçevesinde bir değerlendirme yapıldığında, gerçekleşen kaza, ortaya çıkan zararı oluşturmaya elverişli ise illiyet bağının varlığından söz etmek mümkündür¹⁴. Bununla beraber illiyet bağının kesilmesine yol açan mücbir sebep, üçüncü kişilerin veya işçinin ağır kusuru da olayda mevcut olmamalıdır¹⁵.

D. SONUÇLARI

İş kazası sonucunda zarara uğrayan işçi, çeşitli zararlarla karşılaşabilir. İşçinin uğramış olduğu zarar çeşidine göre talep edebileceği haklar mevcuttur. Bu talepler, temel olarak maddi ve manevi tazminat olmak üzere ikiye ayrılır.

İşçi, iş kazasına müteakip maddi tazminat talebinde bulunabilir. Maddi tazminat talepleri sigortalı işçinin iş göremezlik nedeniyle maddi tazminat talebi ile hak sahiplerinin destekten yoksun kalma nedeniyle maddi tazminat talebi olarak karşımıza çıkar¹⁶.

14 Güzel/Okur/Caniklioğlu (n 4) 375; Uşan, Türk Sosyal Güvenlik Hukukunun Temel Esasları (n 4) 175.

15 Ayrıntılı bilgi için bkzn. Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (24. Baskı, Yetkin 2019) 695 vd.; Kemal Oğuzman/Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt II (14. Baskı, Vedat 2018) 45 vd.; Ahmet Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (20. Baskı, Turhan 2016) 320 vd.; Haluk Nomer, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (16. Baskı, Beta 2018) 166 vd.; Henri Deschenaux/Pierre Tercier, Sorumluluk Hukuku (1. Baskı, Kadioğlu 1983) 27 vd.; Başak Baysal, Haksız Fiil Hukuku (1. Baskı, On İki Levha 2019) 191 vd.; Fikret Eren, Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi (1. Baskı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 1975).

16 Ayrıntılı bilgi için bkzn. Emre Gökyayla, Destekten Yoksun Kalma Tazminatı (1. Baskı, Seçkin 2004); Canan Ruhi/Ahmet Cemal Ruhi, İş Kazası ve Meslek Hastalıklarından Kaynaklanan Tespit ve Tazminat Davaları (1. Baskı, Seçkin 2018); Levent Akın, İş Kazasından Doğan Maddi Tazminat (1. Baskı, Seçkin 2001); Güneren, (n 11) 724 vd.

İş kazası sonucunda bedensel bütünlüğü zedelenen sigortalı işçi, uğramış olduğu zarar sebebiyle çektiği acıları dindirmese de bir anlık acılarından daha az elem ve ıstırap duymasını sağlayacak bir miktar paranın ödenmesini talep edebilir. Bu talep, hukuken manevi tazminat olarak nitelendirilir¹⁷. Ayrıca TBK m. 56/II'deki koşulların varlığı halinde zarar görenin veya ölenin yakınları da manevi tazminat talebinde bulunabilir.

Bununla birlikte iş kazası sonucunda SGK tarafından ödenen çeşitli ödemeler de mevcuttur. Bunlar geçici iş göremezlik ödeneği, sürekli iş göremezlik ödeneği, iş kazası sonucu ölen sigortalının hak sahiplerine gelir bağlanması, gelir bağlanmamış kız çocuklarına evlenme ödeneğinin verilmesi, ölen sigortalıya cenaze ödeneğinin verilmesi ve genel sağlık sigortası hükümlerince sağlanan sağlık yardımlarıdır¹⁸.

E. COVID-19 VİRÜSÜNÜN İŞ KAZASI BAĞLAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ

İşveren, hem TBK m. 417 ile düzenlenen işçiyi koruma borcu kapsamında hem de 6331 sayılı Kanun m. 4 kapsamında işçinin, iş görme edimini yerine getirirken onun sağlığını korumak durumundadır. İşveren, işçisinin sağlığını korumak için gerekli önlemleri almazsa, meydana gelen zarardan sorumludur.

Corona salgını, tüm dünyada olduğu gibi ülkemizde de görülmüştür. Türkiye, komple sokağa çıkma kısıtlamalarına gitmemiştir. Bir yandan üretim faaliyetleri devam ederken bir yandan da çeşitli iş kolları faaliyetlerine devam etmiştir

17 Ayrıntılı bilgi için bkz. Mesut Balcı/Birol Soner/Bahri Aydoğan/Ahmet Yener, İş Kazaları ve Meslek Hastalıklarından Kaynaklanan Manevi Tazminat Talepleri (1. Baskı, Yetkin 2019); Gökhan Antalya, Manevi Zararın Belirlenmesi ve Manevi Tazminatın Hesaplanması (1. Baskı, Legal 2017); Yasemin Başmanav, 'İş Kazası ve Meslek Hastalığında Manevi Tazminat' (2013) (40) İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi 37.

18 Tuncay/Ekmekçi (n 4) 613 vd.; Güzel/Okur/Caniklioğlu (n 4) 390 vd.

Bu faaliyetlerin devamı sırasında, işçilerden birinin ya da bir kısmının enfekte olması durumunda ne olacağı önem teşkil eder. İşverenin otoritesi altında iken işçinin zarara uğramasına sebebiyet veren olaylar, iş kazası olarak nitelendirilir. İşçi, şayet yürüttüğü iş sırasında ya da iş dolayısı ile virüse yakalanmışsa, bu durumda kanaatimizce iş kazasının varlığından söz etmek gerekir.

Covid-19 kapsamında alınan tedbirler gereğince bir kısım işçilerin işini evden çalışma şeklinde yapması söz konusu olup bu durumdaki kişilerin uğramış oldukları zarar verici olayın da evde çalışırken mi yoksa bireysel ihtiyaçlarını gidermek için dışarıda bulunurken mi ya da evde birlikte yaşadığı kişilerden mi virüs kapıldığı tam olarak belirlenememiş olsa bile işçi yararına düşünülerek enfekte olması durumu, iş kazası olarak değerlendirmek gerektiği düşüncesindeyim. Belki burada işverenin sorumluluğu açısından kaçınılmazlık değerlendirilebilir.

Benzer bir salgında Yargıtay 21. Hukuk Dairesi'nin oyçokluğuyla 15.04.2019 T, 2018/5018 E, 2019/2931 K sayılı vermiş olduğu kararın önemine binaen değinmek isterim. Tır şoförü olarak çalışan işçi, iş görme edimi kapsamında işveren tarafından Ukrayna'ya sefere gönderilmiştir. İşçi, sefer sonucunda rahatsızlanarak hastaneye başvurmuş ve izleyen süreçte vefat etmiştir. Adli Tıp Kurumu'nun raporunda, işçinin H1N1 (domuz gribi) sebebiyle vefat ettiği, virüsün ortalama kuluçka süresinin ise 1-4 gün olduğu belirtilmiştir. Yargıtay, ilgili raporu göz önüne alarak işçinin ölüm sebebi ve virüsün kuluçka süresini de değerlendirerek, işveren tarafından yürütülmekte olan iş nedeniyle Ukrayna'ya yapılan sefer sırasında işçinin enfekte olduğu değerlendirilmiş. Dolayısıyla H1N1 virüsüne bağlı olarak meydana gelen ölüm olayı iş kazası olarak nitelendirilmiştir.

Yargıtay'ın bu değerlendirmesi göz önüne alındığında, iş görme ediminin icrası sırasında Corona virüsü kapalı işçinin de maruz kaldığı olayın iş kazası olarak değerlendirilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Yargıtay kararında da vurgulandığı gibi Covid-19'un bulaşı süresinin göz önüne alınarak işçinin maruz kaldığı olayın iş kazası olarak değerlendirilmesi gerekir. Örneğin bir gün çalışıp sonradan bir hafta izne çıkartılan veya işten çıkartılan işçi, 8.

Günde yani çalışmadığı bir günde bu hastalığın belirtilerini gösterdiğinde, bulaşının bu süre içerisinde olması, sağlık raporlarıyla ortaya konması durumunda, Yargıtay kararı doğrultusunda gerçekleşen olayın iş kazası olarak değerlendirilmesi kanaatindeyim.

II. COVID-19 VİRÜSÜ İLE MESLEK HASTALIĞI İLİŞKİSİ

A. MESLEK HASTALIĞININ TANIMI

İş hayatında işçilerin iş görme edimleri, oldukça çeşitli ve birbirinden oldukça farklıdır. Kimi zaman yoğun beden gücü ile iş görme edimi yerine getirilirken kimi zaman ise yoğun beyin gücü ile iş görme edimleri yerine getirilir. İş görme edimlerinin yanı sıra bu edimlerin yerine getirildikleri işyerleri de farklılık arz eder. Kimi zaman iş görme edimin bir hastanede, ofiste, motorlu bir araçta gerçekleştirilirken kimi zaman madende, ocak başında gerçekleştirilir. İş görme edimlerinin ve işyerlerinin farklılık arz etmesi, her iş için çeşitli riskleri bünyesinde barındırır. İşte bu risklere karşı işçilerin korunma mekanizmalarından biri de meslek hastalığı sigortası olarak karşımıza çıkar.

5510 sayılı Kanun m. 14/I'de meslek hastalığı tanımlanmıştır. Buna göre *“meslek hastalığı, sigortalının çalıştığı veya yaptığı işin niteliğinden dolayı tekrarlanan bir sebeple veya işin yürütüm şartları yüzünden uğradığı geçici veya sürekli hastalık, bedensel veya ruhsal engellilik halleridir.”* Öğretide ise meslek hastalığı, en temel ifade ile iş görme ediminin özelliğinden kaynaklı olarak sigortalı işçinin uğramış olduğu geçici veya sürekli hastalık, bedensel ya da ruhsal arıza halleri olarak ifade edilir¹⁹.

19 Uşan, Türk Sosyal Güvenlik Hukukunun Temel Esasları (n 4) 177 vd.; Balcı/Soner/Aydoğan/Yener, İş Kazası ve Meslek Hastalığı (n 7) 659; Korkusuz/Uğur (n 6) 291; Huriye Karataş, İş Kazası ve Meslek Hastalığında İşverenin Hukuki Sorumluluğu (1. Baskı, Seçkin 2019) 41.

B. UNSURLARI

İşçinin geçirmiş olduğu her hastalık, hukuken meslek hastalığı olarak nitelendirilmez. Bunun için bazı özel şartların varlığı aranır. 5510 sayılı Kanun'a göre bunlar meslek hastalığını ileri süren kişinin sigortalı olması, bedensel veya ruhsal bir engelin oluşması ya da sigortalının ölmesi, illiyet bağı ve meslek hastalığına ilişkin sağlık raporunun mevcudiyetidir.

1. Meslek Hastalığına Maruz Kalan Kişinin Sigortalı Olması

Meslek hastalığı belirlemesinin yapılması için aranan ilk şart, 5510 sayılı Kanun m. 14/I uyarınca, hastalığa maruz kalan kişinin sigortalı olması gerekir. Meslek hastalığına uğrayan kişi, sigortalı ya da sigortalı sayılan kişilerden değilse, hukuken meslek hastalığı söz konusu olmaz. 5510 sayılı Kanun m. 4 ve m. 5 ile kimlerin sigortalı olduğu ya da sigortalı sayıldığı düzenlenmiştir. Çalışma kapsamında önem teşkil eden iş/hizmet akdi çalışan işçiler, kanun kapsamında sigortalı sayılmaktadır. İşçinin sigortalılığı işveren tarafından SGK'ya bildirilmese dahi, şartların varlığı halinde işçi sigortalı sayılır.

2. Bedensel ya da Ruhsal Bir Engelin Mevcudiyeti veya Sigortalının Ölümü

Meslek hastalığı belirlemesinin yapılabilmesi için aranan bir diğer şart ise bedensel ya da ruhsal bir engelin oluşması ya da sigortalının ölmesidir. Sigortalı işçinin, gördüğü iş nedeniyle meslek hastalığı olarak nitelendirilebilecek bedensel ya da ruhsal bir engele maruz kalması gerekir.

5510 sayılı Kanun m. 14, yalnızca ruhsal ya da bedensel bir engelden söz ederken meslek hastalığı sebebiyle ölüm olayının gerçekleşmesi durumundan bahsetmemektedir. Her ne kadar 5510 sayılı Kanun m. 14 ile ölüm olayından bahsedilmese de, 5510 sayılı Kanun m. 20/I, meslek hastalığı nedeniyle ölen kişilerin destekten yoksun kalma tazminatı alabileceklerini düzenlemiştir. Dolayısıyla, meslek hastalığı belirlemesinin yapılmasında

işçinin, bedensel ya da ruhsal engelle uğramasının yanında ölmesi de bir unsur olarak değerlendirilebilir²⁰.

3. Sigortalının İleri Sürdüğü Hastalığın Meslek Hastalığı Olarak Kabul Edilmesi

Kanun koyucu, hangi hastalıkların meslek hastalığı olarak değerlendirileceğini Çalışma Gücü ve Meslek Kazanma Gücü Kaybı Oranı Tespit İşleri Yönetmeliği'nin ekinde düzenlemiştir. Dolayısı ile meslek hastalığı belirlenmesinin yapılabilmesi için, işçinin maruz kaldığı hastalığın, kural olarak bu listede yer alması gerekir.

Yönetmelik Eki'nde olmayan bir hastalık da meslek hastalığı olarak sayılabilir. İşçinin geçirdiği hastalığın meslek hastalığı olduğuna dair Sosyal Sigorta Yüksek Sağlık Kurulu tarafından karar verilebileceği gibi yargı kararı ile tespit de edilebilir. Böylece listede yer almasa dahi işçinin uğramış olduğu hastalık, meslek hastalığı olarak nitelendirilir²¹.

4. Sağlık Raporu

Meslek hastalığından söz edebilmek için aranan son şart ise 5510 sayılı Kanun m. 14/II uyarınca hastalığın Kurum Sağlık Kurulu tarafından tespit edilmesidir. Buna göre *“sigortalının çalıştığı işten dolayı meslek hastalığına tutulduğunun; a) Kurumca yetkilendirilen sağlık hizmet sunucuları tarafından usûlüne uygun olarak düzenlenen sağlık kurulu raporu ve dayanağı tıbbî belgelerin incelenmesi, b) Kurumca gerekli görüldüğü hallerde, işyerindeki çalışma şartlarını ve buna bağlı tıbbî sonuçlarını ortaya koyan denetim raporları ve gerekli diğer belgelerin incelenmesi”* gerekir.

20 Güneren (n 11) 573; Bülent Fahri İşçi, Meslek Hastalığının Tanımı ve Tespiti (1. Baskı, On İki Levha 2017) 115.

21 Yargıtay 21 HD, 14137/7921; Yargıtay 21 HD, 18802/11419, 21.09.2016.

5. İlliyet Bağı

Meslek hastalığı belirlemesinin yapılabilmesi için işçinin gördüğü iş ya da işyerinin özellikleri ile bedensel ya da ruhsal bir engelle maruz kalması ya da ölüm olayının gerçekleşmesine sebep olan hastalık arasında illiyet bağı-
nın, diğer bir deyişle sebep sonuç ilişkisinin varlığı aranır. Diğer bir ifade ile meslek hastalığı belirlemesinin yapılabilmesi için sigortalının iş görme edimi ve bu edimi gerçekleştirdiği işyeri ile ilgili olması gerekir²².

C. SONUÇLARI

Meslek hastalığına maruz kalan işçi, çeşitli haklara sahiptir. Meslek hastalığı sonucunda işçinin zarara uğraması durumunda maddi ya da manevi tazminat davası ile uğramış olduğu zararların tazminini talep edebileceği gibi SGK tarafından geçici iş göremezlik ödeneği, sürekli iş göremezlik ödeneği, iş kazası sonucu ölen sigortalının hak sahiplerine gelir bağlanması, gelir bağlanmamış kız çocuklarına evlenme ödeneğinin verilmesi, ölen sigortalıya cenaze ödeneğinin verilmesi ve genel sağlık sigortası hükümlerince sağlanan sağlık yardımları da ödenir²³.

D. COVID-19 VİRÜSÜNÜN MESLEK HASTALIĞI BAĞLAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ

5510 sayılı Kanun m. 14 uyarınca meslek hastalığından söz edebilmek için hastalığın yapılan işin niteliğinden dolayı tekrarlanan bir sebeple meydana gelmesi ya da işin yürütüm şartları sebebiyle söz konusu olması gerekir.

22 Tuncay/Ekmekçi (n 4) 417; Alper/Kılış (n 6) 262.

23 Ayrıntılı bilgi için bknz. Mesut Balcı, İş Kazası veya Meslek Hastalığından Doğan Maddi ve Manevi Tazminat Davaları Uygulaması (3. Baskı, Yetkin 2018) 1209 vd.; Sami Narter, İş Kazası ve Meslek Hastalığında Hukuki ve Cezai Sorumluluk (3. Baskı, Adalet 2018) 273 vd.; Fikret Eren, Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Sorumluluğu (1. Baskı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 1974).

Sağlık çalışanları dışında çalışanlar için virüs salgınını meslek hastalığı olarak nitelendirmek mümkün değildir.

Ancak sağlık çalışanları açısından ise salgının meslek hastalığı sayılabileceği düşünülebilir. Zira virüsün ülkemize gelişi ile birlikte virüsle mücadelede en önde sağlık çalışanları yer alır. Bir kişiden başka bir kişiye temas ya da kabarcık yolu ile virüs, çok çabuk bulaşabilmektedir. Sağlık çalışanları da işlerinin yürütüm şartları gereği hastalarla çok yakın temas içerisindeyler. Ve bu hastalığa mesleki faaliyetlerinin yürütümü esnasında yakalanmaları nedeniyle, sağlık çalışanları açısından meslek hastalığı olarak değerlendirilmesi gerektiği düşüncesindeyim. Zira iş kazasında Yargıtay uygulamasında fark maluliyet kabul edilmemektedir. Şu aşamada virüsün vücutta bıraktığı hasarın zaman içerisinde ilerleyip ilerlemediğini bilememekteyiz. Bunu öyle görünüyor ki bize zaman gösterecek. Sağlık çalışanları açısından meslek hastalığı kabul edilmesi fark maluliyeti ortaya çıkması durumunda sağlık çalışanın bu maluliyetteki her artış için tazminat talep etme hakkı doğmaktadır. Bu da onun lehine bir durum doğuracağı kanaatindeyim.

Bu hususta şu konuya değinmekte fayda var. Meslek hastalıkları sınıflandırmasına baktığımızda, bulaşıcı hastalıklar kategorisinin varlığını görürüz. Bu kapsamda, enfeksiyon riskine maruz kalan meslek grupları arasında sağlık çalışanları da yer almaktadır. Bununla birlikte, listede yer alan hastalıkların bazıları HIV, Hepatit B, tüberküloz ve SARS olarak sayılmıştır. Söz konusu hastalıklar, sağlık çalışanları için meslek hastalığı olarak sayılıyorsa, Covid 19’ında meslek hastalığı olarak sayılabilmesinin önünde kanaatimizce bir engel yoktur. Zira bu konuda uzman kişilerin yaptığı araştırmalarda, Covid-19’un SARS virüsü ile yüzde seksen oranında benzer olduğu ortaya konmuştur²⁴. Buna ek olarak, Covid-19 verilerine göre SARS’tan yaklaşık 20 kat daha öldürücüdür²⁵. Salgının hala devam etmesi, şüphesiz bu

24 Bknz. <https://www.thder.org.tr/uploads/files/covid-19-2-nisan.pdf> Erişim Tarihi 15 Haziran 2020

25 Dünya Sağlık Örgütü verilerine göre SARS salgınında dünyada toplam 8422 enfekte olmuş ve 916 kişi hayatını kaybetmiştir. https://www.who.int/csr/sars/country/2003_08_15.pdf?ua=1 Erişim Tarihi 15 Haziran 2020. Corona virüs ise haziran ayı sonu itibarıyla dünya genelinde 10 milyondan fazla insana bulaşmış ve toplamda 500 binden fazla kişi hayatını kaybetmiştir.

öldürücülük oranını arttırmaktadır. Yine aynı şekilde virüsün bulaşma hızı, SARS'tan, Hepatit B'den, tüberkülozdan ve HIV'den daha hızlıdır. Dünya-daki yayılım miktarları, bu durumu net şekilde ortaya koymaktadır.

Çalışma Gücü ve Meslekte Kazanma Gücü Kaybı Oranı Tespit İşlemleri Yönetmeliği'nde belirtilen usul ve esaslar çerçevesinde Kurum tarafından Corona virüs, meslek hastalığı olarak tanımlanabileceği gibi yargı kararlarında meslek hastalığı olarak değerlendirilebilir.

III. SGK'NIN COVID-19 VİRÜSÜ HAKKINDAKİ DEĞERLENDİRMESİNE BAKIŞ

SGK Emeklilik Hizmetleri Genel Müdürlüğü, 7.5.2020 tarih ve 2020/12 sayılı Genelgesi ile, Corona virüs salgınına maruz kalan ve sağlık hizmeti sunucularına müracaat eden sigortalılara hastalık kapsamında provizyon alınması gerektiğini ifade etmiştir.

Hastalık sigortası, iş kazası ve meslek hastalığı dışında kalan hastalık ve kaza durumlarında belirli yardımların ödenmesini öngören sigorta türüdür²⁶.

Genelge kapsamında salgın, iş kazası ve meslek hastalığı olarak değerlendirilmemiştir. Belirttiğim gibi, 5510 sayılı kanun m. 13 ve 14'te belirtilen koşullarda meydana gelen virüse maruz kalma olayının iş kazası ve meslek hastalığı olarak değerlendirilmesi gerektiğini düşünmekteyim.

Corona virüsü, hastalık olarak değerlendirilirse işçiye sağlanan hak, 5510 sayılı Kanun m. 16/II uyarınca geçici iş göremezlik ödeneği ve 5510 sayılı Kanun m. 60 vd. ile düzenlenen genel sağlık sigortası hükümlerine göre sağlık yardımları gerçekleştirilir²⁷. İş kazası ve meslek hastalığı, niteliği itibarıyla işçinin iş görme edimini yerine getirirken karşılaştığı riskler

26 Ayrıntılı bilgi için bkz. Uşan, Türk Sosyal Güvenlik Hukukunun Esasları (n 4) 188 vd.; Korkusuz/Uğur (n 6) 300 vd.; Eda Sarp, 'Hastalık Sigortası' (2012) 36 (92) Bursa Barosu Dergisi 55.

27 Kılış/Alper (n 6) 266; Akyıldız/Korkmaz (n 12) 255.

karşısında bir koruma getirir. Dolayısıyla eğer işçi, iş görme edimini yerine getirirken virüse maruz kalırsa, yapılacak belirlemenin hastalık değil, duruma göre iş kazası ve meslek hastalığı olması gerekir.

İş kazası ve meslek hastalığının sonucunda geçici iş göremezlik ödeneğinden yararlanma, sürekli iş göremezlik gelirinini bağlanması, ölüm halinde işçinin yakınlarına gelir bağlanması, evlenme ödeneği, maddi ve manevi tazminat gibi parasal haklar mevcuttur. Sağlık yardımları ise genel sağlık sigortası hükümlerince belirlenir. Hastalık sigortasından sağlanan hakkın söz konusu olabilmesi, sigortalının belirli sürede prim ödemesine bağlanmışken iş kazası ve meslek hastalığında sigortalılık ya da prim süresi aranmaz²⁸.

Hem meydana gelen olayın niteliği hem de sonuçlarının işçi lehine olmasından hareketle, iş görme edimi yerine getirilirken virüse maruz kalınması ve sağlık kuruluşlarına başvurulması halinde, nitelendirmenin iş kazası veya meslek hastalığı olarak yapılması gerektiği düşüncesindeyiz.

Kurumun olayı hastalık hali olarak nitelendirmesi durumunda zararlandırıcı olaya maruz kalan işçi ya da yakınları olayın iş kazası veya meslek hastalığı olarak nitelendirilmesi için yargı yoluna başvurusu gerekecektir.

Bu zorlu süreci yaşayan zarar göreni, bir de yorucu yargı sürecine maruz bırakmamak için kurumun olayı iş kazası veya meslek hastalığı olarak değerlendirmesinin daha yerinde olacağını düşünmekteyim.

28 Tuncay/Ekmekçi (n 4) 456; Güzel/Okur/Caniklioğlu (n 4) 441.

SONUÇ

Çin’den başlayan Covid-19 virüsü, zaman içerisinde yaygınlaşarak tüm dünyayı etkisi altına almıştır. Bu salgından Türkiye’de etkilenmiş, yüz binlerce kişi salgına maruz kalırken maalesef binlerce vatandaşımız salgın sebebiyle hayatını kaybetmiştir.

Covid-19 salgını, hukukumuzda çeşitli yansımaları beraberinde getirmiştir. Bu yansımalarından biri de iş ve sosyal güvenlik hukukunda ortaya çıkar. İşçilerin, çalıştıkları sırada virüsü kapmaları sonucunda iş kazası, meslek hastalığı veya hastalık sigortası gibi çeşitli sonuçlar gündeme gelebilir.

İş hayatında her bir işçinin iş görme ediminin kapsamı ve işin görüldüğü yer farklılık arz eder. Kim işçiler masa başında, bir sağlık kuruluşunda çalışırken kimi işçiler madende, markette ya da bir kargo şirketinde çalışabilir. Bu bakımdan salgına maruz kalan işçi için bir değerlendirme yapılacağına, bu ayrımın sağlık çalışanları ve diğer çalışanlar özelinde irdelenmesi gerekir.

Kanaatimizce sağlık çalışanları dışında çalışanların Covid-19 virüsüne maruz kalmalarında iş kazası bağlamında değerlendirmenin yapılması gerekir. İş kazası, en temel ifade ile işçinin, işverenin otoritesi altında iken zarara uğramasına sebebiyet veren olaylar olarak ifade edilmektedir. Bu bakımdan değerlendirildiğinde, işçinin yürüttüğü iş sırasında ya da iş dolayısı ile virüse yakalanması, kanaatimizce iş kazası olarak değerlendirilir.

Benzer bir salgın döneminde (H1N1 domuz gribi salgını) Yargıtay 21. Hukuk Dairesi’nin yapmış olduğu değerlendirme sonucunda işçinin hayatını kaybetmesi, iş kazası olarak değerlendirilmiştir. Yargıtay’ın bu değerlendirmesi göz önüne alındığında, iş görme ediminin icrası sırasında Corona virüsü kapan işçinin de maruz kaldığı olayın iş kazası olarak değerlendirilmesi gerekir.

Salgın döneminde birtakım çalışanlar, iş görme edimlerini evde çalışarak yerine getirdiler. Evden çalışan işçilerin virüse maruz kalması durumunda belirlenmenin ne şekilde olacağı önem teşkil eder. Bu durumdaki

kişilerin virüse maruz kalmasının evde çalışırken mi yoksa bireysel ihtiyaçlarını gidermek için dışarıda bulunurken mi ya da evde birlikte yaşadığı kişilerden mi virüs kapıldığı tam olarak belirlenememiş olsa bile işçi yararına düşünülerek enfekte olması durumu, iş kazası olarak değerlendirmek gerektiği düşüncesindeyim. Belki burada işverenin sorumluluğu açısından kaçınılmazlık değerlendirilebilir.

Virüsün ülkemize gelişi ile birlikte virüsle mücadelede en önde yer alan sağlık çalışanları açısından ise Covid-19 salgınının meslek hastalığı sayılabileceği düşünülebilir. Virüs, özelliği itibarıyla bir kişiden başka bir kişiye temas ya da kabarcık yolu ile virüs, çok çabuk bulaşabilmektedir. İşin yürütüm şartları gereği sağlık çalışanları, hastalarla çok yakın temas içerisindedirler. Ve bu hastalığa mesleki faaliyetlerinin yürütümü esansında yakalanmaları nedeniyle, sağlık çalışanları açısından meslek hastalığı olarak değerlendirilmesi gerektiği düşüncesindeyim.

İş kazasında Yargıtay uygulamasında fark maluliyet kabul edilmektedir. Şu aşamada virüsün vücutta bıraktığı hasarın zaman içerisinde ilerleyip ilermediğini bilememekteyiz. Sağlık çalışanları açısından meslek hastalığı kabul edilmesi fark maluliyeti ortaya çıkması durumunda sağlık çalışanın bu maluliyetteki her artış için tazminat talep etme hakkı doğmaktadır. Bu da onun lehine bir durum doğuracağı kanaatindeyim.

İşverenlerin iş kazası ve meslek hastalığında sorumluluğunun belirlenmesine kusur sorumluluğu veya kusursuz sorumluluğun her somut olaya göre değerlendirilmesi gerekir. İşveren, bilim kurulunun belirlemiş olduğu tüm tedbirleri almış olmasına rağmen işyerinde bir işçi, Covid-19 virüsüne yakalanmış ise ve işverenin tedbirleri aldığı, bir kusurunun bulunmadığı belirlenmiş ise bu durumda kaçınılmazlığın düşünülmesi ve olayın kaçınılmazlık olarak değerlendirilmesi gerektiği düşüncesindeyiz. Ancak işveren, bilim kurulunun belirlemiş olduğu tedbirleri almamış ve işçilerine bu tedbirlerle ilgili eğitimleri vermemiş ise bu durumda kusuru oranında sorumlu tutulacaktır.

KAYNAKÇA

- Abbas Bilgili, Hizmet Tespiti Davaları (1. Baskı, Karahan 2011).
- Ahmet Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (20. Baskı, Turhan 2016).
- Ali Güzel/Ali Rıza Okur/Nurşen Caniklioğlu, Sosyal Güvenlik Hukuku (18. Baskı, Beta 2020).
- Başak Baysal, Haksız Fiil Hukuku (1. Baskı, On İki Levha 2019).
- Bülent Fahri İşçi, Meslek Hastalığının Tanımı ve Tespiti (1. Baskı, On İki Levha 2017).
- Can Tuncay/Ömer Ekmekçi, Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri (20. Baskı, Beta 2019).
- Canan Ruhi/Ahmet Cemal Ruhi, İş Kazası ve Meslek Hastalıklarından Kaynaklanan Tespit ve Tazminat Davaları, 1. Baskı, Seçkin 2018).
- Eda Sarp, 'Hastalık Sigortası' (2012) 36 (92) Bursa Barosu Dergisi 55.
- Emine Tuncay Senyen Kaplan, Bireysel İş Hukuku (9. Baskı, Gazi 2018).
- Emre Gökyayla, Destekten Yoksun Kalma Tazminatı (1. Baskı, Seçkin 2004).
- Ender Demir, '6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Kapsamında İşverenin Yükümlülükleri ve Sorumluluğu' (2014) 13 (1) İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 127.
- Erdal Arap, Hizmet Tespiti Davası (1. Baskı, Seçkin 2018).
- Erşen Gökçe Demiral, İş Kazaları (1. Baskı, Seçkin 2017).
- Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (24. Baskı, Yetkin 2019).
- Fikret Eren, Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Sorumluluğu (1. Baskı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 1974).
- Fikret Eren, Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağ Teorisi (1. Baskı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 1975).
- Gökhan Antalya, Manevi Zararın Belirlenmesi ve Manevi Tazminatın Hesaplanması (1. Baskı, Legal 2017).
- Haluk Hadi Sümer, İş Hukuku (21. Baskı, Seçkin 2016).
- Haluk Hadi Sümer, İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku (3. Baskı, Seçkin 2019).

- Haluk Nomer, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (16. Baskı, Beta 2018).
- Hamdi Mollamahmutoğlu/Muhittin Astarlı/Ulaş Baysal, İş Hukuku Ders Kitabı Cilt I: Bireysel İş Hukuku (3. Baskı, Lykeion 2019).
- Henri Deschenaux/Pierre Tercier, Sorumluluk Hukuku (1. Baskı, Kadioğlu 1983).
- Huriye Karataş, İş Kazası ve Meslek Hastalığında İşverenin Hukuki Sorumluluğu (1. Baskı, Seçkin 2019).
- Hüseyin Akyıldız, Sosyal Güvenlik Hukuku (2. Baskı, Alter 2009).
- Hüseyin Akyıldız/Adem Korkmaz, İş ve Sosyal Sigortalar Hukuku (1. Baskı, Alter 2009).
- Kemal Oğuzman/Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt II (14. Baskı, Vedat 2018).
- Kenan Tunçomağ/Tankut Centel, İş Hukukunun Esasları (8. Baskı, Beta 2016).
- Kübra Doğan Yenisey, İş Hukukunda İşyeri ve İşletme (1. Baskı, Legal 2007).
- Levent Akın, İş Kazasından Doğan Maddi Tazminat (1. Baskı, Seçkin 2001).
- Levent Akın, İş Sağlığı ve Güvenliği ve Alt İşverenlik (1. Baskı, Yetkin 2013).
- Mesut Balcı, 'İş Kazası ve Meslek Hastalığı Nedeniyle İşverenin Sorumluluğu' (2006) (4) Sicil İş Hukuku Dergisi 151.
- Mesut Balcı, İş Kazası veya Meslek Hastalığından Doğan Maddi ve Manevi Tazminat Davaları Uygulaması (3. Baskı, Yetkin 2018).
- Mesut Balcı/Birol Soner/Bahri Aydoğan/Ahmet Yener, İş Kazaları ve Meslek Hastalıklarından Kaynaklanan Manevi Tazminat Talepleri (1. Baskı, Yetkin 2019).
- Mesut Balcı/Birol Soner/Bahri Aydoğan/Ahmet Yener, İş Kazası ve Meslek Hastalığı (1. Baskı, Yetkin 2020).
- Muhammed Fatih Uşan, İş Hukuku (2. Baskı, Gazi 2009).
- Muhammed Fatih Uşan, Türk Sosyal Güvenlik Hukukunun Temel Esasları (1. Baskı, Seçkin 2009).
- Nuri Çelik/Nurşen Caniklioğlu/Talat Canbolat, İş Hukuku Dersleri (31. Baskı, Beta 2018).
- Ömer Akel, İş Kazası Sayılan Haller ve İş Kazasının Bildirilmesi (1. Baskı, Seçkin 2019).

Öner Eyrenci/Savaş Taşkent/Devrim Ulucan, Bireysel İş Hukuku (9. Baskı, Beta 2019).

Özge Bensu Çiçekçi, 'İş Kazası Sayılan Haller İşverenin Sorumluluğunun Niteliği Yargı Kararları' (2010) 10 (103) Fasikül Hukuk Dergisi 20.

Refik Korkusuz/Suat Uğur, Sosyal Güvenlik Hukuku (6. Baskı, Ekin 2018).

Resul Arslanköylü, Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu Şerhi (1. Baskı, Yetkin 2010).

Resul Kurt, İş Sağlığı ve Güvenliği Rehberi (3. Baskı, Seçkin 2015).

Sami Narter, İş Kazası ve Meslek Hastalığında Hukuki ve Cezai Sorumluluk (3. Baskı, Adalet 2018).

Sarper Süzek, İş Hukuku (16. Baskı, Beta 2018).

Ulaş Baysal, Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülükleri (1. Baskı, Beta 2019).

Umut Topçu, Hizmet Tespiti Davaları (2. Baskı, Seçkin 2017).

Yasemin Başmanav, 'İş Kazası ve Meslek Hastalığında Manevi Tazminat' (2013) (40) İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi 37.

Yusuf Alper/İlknur Kılış, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku (4. Baskı, Dora 2018).

COVID-19 VE TÜRK AİLE HUKUKU SÖZLEŞMELERİNE ETKİLERİ

Doç. Dr. Selin SERT SÜTÇÜ*

Özet

Çin de Aralık 2019 tarihinde ortaya çıkan ve tüm Dünyayı etkisi altına alan ve Dünya Sağlık Örgütü tarafından pandemi ilan edilen COVID-19 birden fazla hukuki sorunu beraberinde getirmiştir. Ölü sayısının artması, hastalığın bir anda ve çok hızlı bir şekilde yayılması, alınan önlemlerin ve tedbirlerin yetersizliği üst üste gelince Dünya genelinde kaosa sebep olan olağanüstü bir durum ortaya çıkmıştır.

Ülkemizde Mart 2020 itibari ile pandeminin görülmesiyle birlikte bir dizi önlemler alınmaya başlanmış, özellikle yargılamada sürelerin durması ile birlikte adeta gündelik hayat ve birçok iş ilerleyemez hale gelmiştir.

COVID-19 hukukun birçok alanını farklı şekillerde etkilemekle birlikte aile hukuku da pandemiden etkilenen hukuki alanlardan birisidir.

Pandeminin aile hukuku üzerindeki etkileri nişanın bozulmasına, evlenmeye ve boşanma ile boşanmanın sonuçlarına ilişkin olmak üzere sınıflandırılabilir.

Anahtar Kelimeler: *nişanın bozulması, evlenmeye izin, evlenme, boşanma, velayet.*

* Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi, selin81hukuk@gmail.com.

Abstract

COVID 19, which emerged in China in December 2019 and which has been affecting the whole world and has been declared a pandemic by the World Health Organization, brought with it multiple legal problems. When the number of deaths increased, the disease spread spontaneously and very quickly, and the inadequacy of the measures and precautions taken, an extraordinary situation emerged causing worldwide chaos.

With the pandemic seen in our country as of March 2020, a series of measures have been taken, especially with the cessation of periods in the trial, and almost everyday life and many jobs have not progressed.

Although COVID-19 affects many areas of law in different ways, family law is one of the legal areas affected by pandemics.

The effects of a pandemic on family law can be classified into distortion of the engagement, marriage and the consequences of divorce and divorce.

Keywords: breakdown of engagement, permission to marry, marriage, divorce, custody

I. GENEL OLARAK

Aile hukuku sözleşmelerinin en çok pandemiden etkilendiği alanlardan birisi nişanlanmadır¹.

Nişanlanma dışında COVID 19 evlenme engeli olabilir mi? COVID 19 a yakalanma boşanma sebebi midir? Boşanma herhangi bir nedenle gerçekleştikten sonra boşanmanın sonuçlarına COVID 19 un etkisi var mıdır? Hususlarının da ayrıca incelenmesi gerekmektedir.

1 Selahattin Sulhi Tekinay, Türk Aile Hukuku, (2 nd, edn., İstanbul Üniversitesi 1982), 11.

II. COVID-19 VE NİŞANLANMA

Nişanlanma; ileride birbiri ile evlenmek isteyen ayrı cinsten iki kişinin bu konudaki niyetlerini aralarında dile getirmeleri, birbirlerine karşı açıklamaları olarak ifade edilmiştir². Nişanlanma; 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'nda evlenmenin ön şartıdır³.

Nişanlanmanın hükümsüzlüğünün ileri sürülmesi doktrinde genel olarak kabul edildiği üzere ne TBK daki genel hükümlere ne de evlenmedeki irade bozukluğu hallerine ilişkin TMK düzenlemelerine tabi değildir. Nişanlanmanın kendine özgü niteliklerinin değerlendirilmesi sonucu; nişanlanan tarafların iradesinin bozulduğu hallerde nişanlanma sözleşmesinden dönme değil, haklı sebeple nişanın bozulması kavramı içinde değerlendirilmesi ve nişanın bozulması bakımından haklı sebep kabul edilmesi gerekmektedir⁴.

Taraflardan birisinin yapacağı tek yanlı irade açıklaması ile taraflar dilediği zaman nişanlılık ilişkisine son verme imkanına sahip olabilecektir. Bu duruma nişanın bozulması denir⁵. Nişanın bozulması için nişanı bozmak isteyen taraf haklı bir sebep bildirmek zorunda değildir, ancak nişanın haksız olarak bozulması halinde bunun hukuki sonuçlarına katlanmalıdır.

Nişanlısının COVID-19'a yakalanması sebebiyle diğer nişanlı, nişanı haklı olarak bozabilir mi? Kanun koyucu nişanın bozulması bakımından haklı sebebin ne olduğunu belirtmemiştir. Bu sebeple somut olayın şartlarına bakılarak içinde bulunulan durumun haklı sebep olup olmadığı değerlendirilmelidir. Sebebin haklı olup olmadığını değerlendirme konusunda takdir yetkisi hakimdedir.

2 Turgut Akıntürk and Derya Ateş, Aile Hukuku (21st edn., Beta Yayıncılık 2019), 23.

3 Geniş bilgi için bkz. Nevzat Koç, Türk İsviçre Hukukunda Nişanlanma Sözleşmesi, (1 st, edn, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları 2002), 20 vd.; Mustafa Dural, Tufan Ögüz, Mustafa Alper Gümüş, Türk Özel Hukuku, III, Aile Hukuku, (14th, edn., Filiz 2019), 15; Hüseyin Hatemi, Aile Hukuku, (8th, edn., Oniki Levha Yayıncılık 2020), 7; Mehmet Erdem, Aile Hukuku, (2 nd, edn., Seçkin Yayıncılık 2019), 23; Yıldız Abik, "Nişanlanma ve Nişanlılık", AÜHFĐ, 54.2, 2005, 66.

4 Koç, (n 1), 29-30; Akıntürk and Ateş, (n 1), 39; Dural, Ögüz, Gümüş, (n 1), 19-20; Hatemi, (n 1), 10; Erdem, (n 1), 33.

5 Dural, Ögüz, Gümüş, (n 1), 30-31; Akıntürk and Ateş, (n 1), 39.

Kanaatimizce, COVID-19 un bulaşıcı bir hastalık olduğu, fakat hastaların iyileşme ihtimalinin de bulunduğu görülmekte olan bir durumdur. Bu halde, nişanın haklı olarak bozulduğunun kabul edilebilmesi için ya nişanlının iyileşme ihtimalinin olmaması ya da çok uzun süreden beri nişanlının hasta olarak durumunun stabil olduğunun gözlenmesi gerekmektedir. Nişanlılardan COVID-19'a yakalanan bu durumu nişanlısından gizler ise, bulaşıcı nitelikteki bu hastalığın⁶ gizlenmesi nişanın bozulmasında haklı neden kabul edilmelidir.

Nişanlının iyileşme şansının olduğu ve diğer nişanlının da bu hali bile- rek nişanı bozması halinde ise hediye-lerin geri verilmesi ve tazminat taleplerinin göz önüne alınması.

III. COVID 19 EVLENMEYE ETKİSİNİN İNCELENMESİ

COVID-19 un evlilik sözleşmesine etkisi tarafların evlenmesine engel olup olmamasına veya evlenmiş olan çiftlerin bu sebebe dayanarak boşanma davası açıp açamayacağı hususlarının değerlendirilmesi gerekmektedir.

Türk Medeni Kanunu kesin olmayan evlenme engellerini düzenlemiştir. Kesin olmayan evlenme engelleri bekleme süresi ve bazı bulaşıcı hastalıklardır⁷. TMK da bulaşıcı hastalıklar⁸ belirtilmemiştir. Umumi Hıfzısıhha Kanunu ise bazı bulaşıcı hastalıkların evlenme engeli olduğunu düzenlemiştir.

6 Haklı sebep örnekleri arasında nişanlılardan birisinin devamlı ve ağır hastalığa yakalanması halini örnek olarak vermiştir., Dural, Ögüz, Gümüş, (n 1), 32.

7 Akıntürk and Ateş, (n 1), 80- 81; Dural, Ögüz, Gümüş, (n 1), 60-61; Ahmet Kılıçoğlu, Aile Hukuku, (4th, edn., Turhan Kitabevi 2019), 7 vd.; Kemal Oğuzman and Mustafa Dural, Aile Hukuku, (1 st, edn., Filiz Kitabevi 1994), 76; Hatemi, (n 1), 60; Erdem, (n 1), 60-61.

8 “Bulaşıcı hastalığın varlığı, kesin olmayan evlenme engelidir. Kesin olmayan evlenme engelinin varlığı halinde bulaşıcı hastalığın öğrenilmesine rağmen çiftler evlenmek isteyebilir”; Akıntürk and Ateş, (n 1), 62.

Umumi Hıffzısihha Kanunu m. 122 hükmü; evlenecek erkek ve kadınlar evlenmeden evvel tıbbi muayeneye tabidir. Bu muayenenin sureti icrası ve teferrüatı hakkında Cumhurbaşkanınca çıkarılan yönetmelik neşrolunur.

Umumi Hıffzısihha Kanunu m. 123 hükmü frengi, belsoğukluğu ve yumuşak şankr ve cüzzama ve bir marazı akliye müptela olanların evlenmesi memnudur. Bu hastalıklar usulü dairesinde tedavi edilip sirayet tehlikesi geçtiğine veya şifa bulduğuna dair tabip raporu ibraz olunmadıkça musapların nikahları aktolunmaz.

Umumi Hıffzısihha Kanunu m.124 hükmü; ilerlemiş sari vereme musap olanların nikahı altı ay tehir olunur. Bu müddet zarfında salah eseri görülmezse bu müddet altı ay daha temdit edilir. Bu müddet hitamında alakadar tabipler her iki tarafa bu hastalığın tehlikesini ve evlenmenin mazarratını bildirmeğe mecburdur.

Sağlık Bakanlığı; 18.03.2002 Tarih ve 4134 Sayılı Genelge ile Umumi Hıffzısihha Kanununa ek olarak AIDS, Hepatit B-C, tüberküloz, gonore, genetik geçişli hastalıkların sorgulanmasını istemiştir.

COVID 19 evlenme engeli olarak düzenlenmemiştir. Taraflardan birisi COVID 19 ise diğer tarafa hastalık ve hastalığın etkileri anlatılır ancak diğer taraf hala evlenmek isterse evlenmelerinde bir engel yoktur. Verem gibi düşünülerek evliliğin 6 ay boyunca ertelenmesi de düşünülebilecektir.

COVID-19 hastalığının ilerlemesi ile birlikte çiftlere evlenmeden önce COVID-19 testi yapılması da zorunluluk olarak getirilebilecektir.

Evlenme töreninin yapılması sırasında genel sağlık önlemlerine uygun olarak törenin mümkün olan az sayıdaki arkadaş veya akraba ile yapılması da pandeminin bir sonucu olarak karşımıza çıkmaktadır. Gelen konuklar sosyal mesafeyi korumaya özen göstermeli, gerekli önlemlerin alınmasına yardımcı olmalıdır. Bu amaçla ülkemizde de düğünlerin yapılması tamamen yasaklanmış, yeni yeni salon kapasitesinin yüzde yirmi beşini aşmak kaydıyla düğün yapılabileceği ifade edilmiştir.

Evlenme törenini hemen gerçekleştiremeyecek olan çiftler evlenmeye izin belgesi alabilirler⁹. Evlenme izin belgesi alan çiftler, yurt içinde veya yurt dışında evlendirmeye yetkili makam önünde ayrıca bir dosya düzenlenmesine gerek kalmaksızın evlenebilirler. İzin geçerlilik süresi verildiği tarihten itibaren altı aydır. Evlenme altı ay içinde gerçekleşmezse izin belgesi geçerliliğini kaybedecektir. Çiftler bu durumda evlenme ile ilgili yaptıkları işlemleri yeniden yapmak zorundadırlar. Evlenme izin belgesi TMK m. 139¹⁰ ve TMK m. 140 hükümlerinde¹¹ ile Evlendirme Yönetmeliği m. 22 hükmünde¹² düzenlenmiştir.

Evlenemeye izin belgesi alan çiftler COVID-19 sebebiyle evlenememeleri sebebiyle evlenmeye izin belgesinin süresinin altı ayı geçmesi üzerine yeniden bir belge alınması mı gerekir? Yoksa evlenmeye izin belgesinin haklı sebep nedeni ile uzadığı mı kabul edilmelidir? Dünya Sağlık Örgütü tarafından COVID-19 un haklı sebep olarak değerlendirilmesi gerektiği ifade edildiği için ve ayrıca bu hususta Türk hukukunda düzenleme yapılmamıştır. İçişleri Bakanlığının COVID-19 kapsamında aldığı önlemlerden birisi de düğün salonlarının kapatılmasıdır. Eşlerin düğün salonları dışında evlenme törenini gerçekleştirmeleri bakımından ise çeşitli önlemler alındığı görülmektedir. Örneğin; nikah törenlerinin on kişiyi geçmeyecek şekilde planlaması veya sadece çiftler ve tanıklarla düğün

9 Dural, Ögüz, Gümüş, (n 1), 68; Akıntürk and Ateş, (n 1), 91; Hatemi, (n 1), 62; Erdem, (n 1), 63.

10 Evlendirme memuru, evlenme koşullarının varlığını tespit ederse veya ret kararı mahkemece kaldırılırsa, evlenecekler evlenme gün ve saatini bildirir veya isterlerse evlenme izni belgesini verir. Evlenme izni belgesi, verildiği tarihten başlayarak altı ay içinde evlenecekler herhangi bir evlendirme memuru önünde evlenebilme hakkı sağlar.

11 Evlenme koşullarının bulunmadığının anlaşılması veya belgelerin verilmesinden başlayarak altı ayın geçmesi hâlinde, evlendirme memuru evlenme törenini yapamaz.

12 Dosyanın incelenmesi sonucunda evlenmelerine engel bir hallerinin bulunmadığı ve belgelerinin de tam olduğu tespit edilen çiftlere istedikleri takdirde, beyannamenin izin belgesi bölümü onaylanarak verilir. Böyle bir belgeyi alan çiftler, yurt içinde ve yurt dışında evlendirmeye yetkili makam huzurunda, ayrıca bir dosya düzenlenmesine lüzum kalmaksızın evlenebilirler. Belge, verildiği tarihten itibaren 6 ay süre ile geçerli olup, bu husus belgede de gösterilir. (Değişik dördüncü fıkra: 29/12/2014-2014/7126 K.) Bu belgeye dayanarak evlendirmeyi yapan yetkili makam, izin belgesini veren evlendirme memurluğuna, bu durumu 15 gün içinde bildirmekle görevlidir.

yapılması... gibi. Evlenmeye izin belgesi alan çiftler düğün salonunda düğün yapamadığı halde evlenmelerine bir engel yoktur. Ya sadece belirli katılımcı ile nikahın yapılması ya da nikahın gerçekleşerek düğünün daha sonraki bir tarihte yapılması durumları söz konusu olacaktır. COVID-19 kapsamında alınan önlemlerden birisi de evlenmeye izin belgesi alabilmek için alınması gereken sağlık raporudur. Bu raporun yeni tarihli istenmesi de karşımıza çıkan uygulamalardan birisidir. Örneğin; en fazla 3 gün önce alınmış sağlık raporu gibi.

Evlenmenin TMK m. 148-151 ve m. 153 hükümlerinden birisi ile sakat olmasına nisbi butlan¹³ denilmektedir. Nisbi butlan hallerinden birisi de tehlikeli bir hastalığın gizlenmesidir¹⁴. Altsoy için tehlike oluşturan hastalıkların bu kapsamda olduğu düşünülmektedir. COVID 19 un alt soy için değil sadece hastalığa yakalanan kişinin yakınındaki herkese bulaşma ihtimali olmakla birlikte alt soya etkisi üzerine henüz bir araştırma yapılmaması sebebiyle bu kapsamda değerlendirilmemelidir.

COVID-19 da bulaşıcı olması sebebiyle bu hastalığın gizlenmesi (aldatma amacı ile hareket etme) kanaatimizce nisbi butlan sebebi olarak düşünülebilecektir. Durumun ciddiyeti her ne kadar bu hastalığın gizlenme şansını ortadan kaldırsa da gizliliği ortadan kaldıracak olan hastanın rızasıdır. Hasta rıza göstermezse, diğer tarafın hastalığı bilme ihtimali de azalmaktadır. Tüm bu sebepler birlikte değerlendirildiğinde ayrıca TMK nisbi butlan sebeplerini sınırlı sayıda belirttiği de göz önüne alındığında COVID-19 halinin varlığı evliliğin nisbi butlanına yol açmaz.

Ayrıca TMK m. 149/2 hükmü gereğince; “Eşinde bulunmaması onunla birlikte yaşamayı kendisi için çekilmez bir duruma sokacak derecede önemli bir nitelikte yanılarak evlenmişse” düzenlemesinden yola çıkıldığında dahi kanımızca evliliğin nisbi butlanı söz konusu olmaz.

13 Akıntürk and Ateş, (n 1), 215 vd; Tekinay, (n 1), 133-34; Dural, Öğüz. Gümüş, (n 1), 91; Hatemi, (n 1), 115.

14 Oğuzman and Dural, (n 1), 101.

IV. COVID 19 BOŞANMA VE BOŞANMANIN SONUÇLARINA ETKİSİ

Evlilik birliğinin sona erme nedenlerinden birisi de boşanmadır. Boşanma sebepleri bakımından eşlerin COVID 19 a yakalanmalarının etkisi farklı şekillerde karşımıza çıkabilecektir.

Boşanma nedenleri; genel boşanma nedenleri ve özel boşanma nedenleri olarak düzenlenmiştir¹⁵. Özel boşanma sebepleri içerisinde akıl hastalığı düzenlenmiş ise de Mevcut yasal düzenleme kapsamında boşanma nedeni olarak belirtilen tek hastalık türü; akıl hastalığıdır¹⁶. Türk Medeni Kanun'un m. 165 hükmünde de akıl hastalığı tek başına ve ayrı bir boşanma nedeni olarak düzenlenmiştir.

COVID 19 hastalığına yakalanmak ise başlı başına boşanma nedeni değildir. Çok çeşitli yollarla kişi bu hastalığın taşıyıcısı olabilecektir. Bu gibi hastalık durumlarında eşlerin birbirlerini desteklemeleri ve yardım yükümlülüklerini karşılamaları gerekmektedir. Bunun ihlali ise; boşanma sebebi olmaktadır.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 2012/11453 E. 2012/30816 K. sayılı ve 19.12.2014 Tarihli kararında bu durum açıklanmıştır. Şöyle ki; *"..Yapılan soruşturma ve toplanan delillerden davalı kocanın birlik görevlerini yerine getirmediği, hasta olan davacının tedavisi ile ilgilenmediği anlaşılmaktadır. Bu halde taraflar arasında ortak hayatı temelinden sarsacak derecede ve birliğin devamına imkân vermeyecek nitelik84-85te bir geçimsizlik mevcut ve sabittir. Olayların akışı karşısında davacı dava açmakta haklıdır. Bu şartlar altında eşleri birlikte yaşamaya zorlamanın artık kanunen mümkün görülmemesine göre, boşanmaya (TMK.md. 166/1) karar verilecek yerde, yetersiz gerekçe ile davanın reddi doğru bulunmamıştır..."*¹⁷

15 Akıntürk and Ateş, (n 1), 243; Dural, Ögüz, Gümüş, (n 1),105; Erdem, (n 1), 84-85.

16 Akıntürk and Ateş, (n 1), 259; Dural, Ögüz, Gümüş, (n 1), 117.

17 www.kazanci.com.tr.

Ayrıca Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 2004/6485 E. 2004/11259 K. sayılı ve 05.10.2004 Tarihli kararında ise; “eşin hastalığıyla ilgilenmemek evlilik birliğini temelden sarsacağı için boşanma sebebi” olarak belirtilmiştir¹⁸.

COVID-19 ve ilgili değerlendirme yaparsak bu durumda bu hastalığa yakalanmak veya bu hastalıkla ilgili tedavi görmek tek başına boşanma sebebi değildir. Ancak bu süreçte eşini yalnız bırakmak, ilgilenmemek, hastalıkla ilgili özensiz davranışlarda bulunmak gibi durumlar da birlikte değerlendirildiğinde bu sebeplerle boşanma davası açılabilecektir.

Özel boşanma sebepleri arasında sayılan onur kırıcı davranışın¹⁹ da bu hususta değerlendirilmesi gerekmektedir. COVID-19'a yakalanan eşini iyileşmiş dahi olsa sürekli olarak toplum içinde rencide etme, aşağılama, hor görme durumlarının artması halinde ortak hayatın çekilip çekilmediğine bakılmaksızın eşler boşanma davası açabilecektir.

Özel boşanma sebeplerinden olan zina; evli bir erkeğin karısından başka bir kadınla veya evli bir kadının kocasından başka bir erkekle isteyerek cinsel ilişkide bulunması halidir²⁰. COVID-19'a yakalanan eşinin tedavisi sırasında eşini bir başka erkek veya bir başka kadınla aldatan eşin zina fiilini işlemesi; bu fiili işlerken eşinin sağlık durumunu bilmesi ancak başka biriyle birlikte olmayı istemesi nedeni ile aldatılan eş (eşini affetmezse) zina sebebine dayalı olarak boşanma davası açabilecektir.

18 www.kazanci.com.tr.

19 Akıntürk and Ateş, (n 1), 248; Dural, Ögüz, Gümüş, (n 1), 109; Tekinay, (n 1), 203; Bilge Öztan, Aile Hukuku, (6 th, edn., Turhan 2015), 223; Hatemi, (n 1), 118; Erdem, (n 1), 107; Ayşe Kübra Karabulut, Türk Medeni Kanunu'nun 162. ve 163. Maddelerine Dayanılarak Açılan Boşanma Davaları, (1 st, edn., Oniki Levha Yayıncılık 2018), 90 vd.

20 Akıntürk and Ateş, (n 1), 244; Dural, Ögüz, Gümüş, (n 1), 105; Öztan, (n 1), 217; Oğuzman and Dural, (n 1), 115; Hatemi, (n 1), 117; Erdem, (n 1), 109; Gülfer Gözütok, Terk Sebebiyle Boşanma, (1 st, edn., Seçkin Yayıncılık 2020), 43; Oğuz Ersöz, Türk Hukukunda Zina Sebebiyle Boşanma, (1 st, edn., Oniki Levha Yayıncılık 2018), 66 vd.

Özel boşanma sebepleri içerisinde değerlendirilmesi gereken bir başka sebep terk tir²¹. Terkin şartları; ortak hayata son verme, evlilik birliğinden doğan yükümlülükleri yerine getirmemek maksadının bulunması, ayrı yaşamanın en az 6 ay sürmesi, terk eden eşe ihtarda bulunulmasıdır. Eşinin COVID 19 a yakalanması sebebiyle evi terk eden eş in kanımızca evlilik birliğinden doğan yükümlülükleri yerine getirmeme isteği daha fazladır. O sebeple terk iradesi, evliliğe devam etmeme arzusu hastalık sebebinin yanında daha hafif kalmaktadır. Bir başka durum da; örneğin kadının ailesinin başka bir şehirde olması durumunda kadın ailesini ziyaret etmek için evden ayrılrsa ve sokağa çıkma, seyahat yasağı ile birlikte eve geri dönemese diğer eş terk edildim diyerek boşanma davası açamamalıdır.

Genel boşanma sebebi olan; evlilik birliğinin sarsıldığının kabul edilebilmesi için; evlilik birliği temelden sarsılmalı ve ortak hayat çekilmez hale gelmiş olmalıdır²². COVID 19 hastalığına yakalanma halinde eşlerin evlilik birliğinin temelden sarsıldığı ve ortak hayatın çekilmez hale geldiğini söylemek güç olacaktır. Hastalığa yakalanan eşin üzerine düşen yükümlülükleri yerine getirmemesi, evine gelirken gerekli önlemleri almaktan kaçınması halinde evlilik birliğinin çekilmez hale geldiğinin kabul edilmesi gerekmektedir.

Eşler; anlaşmalı olarak boşanmak isterse²³ bu durumda eşlerden birisinin COVID 19 a yakalanıp yakalanmamasının bir önemi yoktur.

Boşanma davası sonrası veya boşanma davası devam ederken ortaya çıkabilecek problemlerden birisi de nafaka²⁴ sorunudur. Nafaka alacakla-

21 Akıntürk and Ateş, (n 1), 254; Dural, Ögüz, Gümüş, (n 1), 113; Oğuzman and Dural, (n 1), 120; Öztan, (n 1), 252; Hatemi, (n 1), 118; Erdem, (n 1), 112.

22 Akıntürk and Ateş, (n 1), 260-261; Dural, Ögüz, Gümüş, (n 1), 119; Oğuzman and Dural, (n 1), 124; Öztan, (n 1), 240; Hatemi, (n 1), 122; Mustafa Ünlütepe, Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması Nedeniyle Boşanma, (1st, edn., Seçkin Yayıncılık 2019), 153 vd.

23 Esra Pınar Yılmaz Bilgin, Türk Hukukunda Anlaşmalı Boşanma, (1 st, edn., Oniki levha Yayıncılık 2018), 38 vd; Helin Neval Tekin, Anlaşmalı Boşanma, (1 st, edn., Seçkin Yayıncılık 2019), 65 vd.

24 Akıntürk and Ateş, (n 1), 284-285; Dural, Ögüz, Gümüş, (n 1), 147-148; Öztan, (n 1), 276.

rına ilişkin alacak takipleri, 2279 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı'nda istisna tutulmuştur. Dolayısıyla nafaka alacaklarına ilişkin icra takiplerine ilişkin prosedür, iş ve işlemler aynen uygulanmaya devam edecek. Karar nafaka alacaklarına uygulanmayacaktır. Dolayısıyla nafaka alacaklarına ilişkin icra takibi başlatılması ve ilerletilmesi mümkündür, örneğin nafaka alacağına ilişkin bir takip başlatılabilir, başlatılmış bir takip için haciz işlemi uygulanabilecektir.

Velayet hakkı, anne babanın, kural olarak küçüklerin ve istisnai olarak da kısıtlıların bakım ve korunmalarının sağlanması amacıyla, onların kişilik hakları ve malları üzerinde sahip oldukları görev, yetki ve hakların bütünü-nü ifade eder²⁵.

Türk Medeni Kanunu m.335 hükmünde; Ergin olmayan çocuk, ana ve babasının velâyeti altındadır. Yasal sebep olmadıkça velâyet ana ve babadan alınamayacağı düzenlenmiştir.

Velayet kamu düzenine ilişkin bir hak olup aynı zamanda devredilemez. Bu haktan feragat edilmesi de mümkün değildir. Velayet hakkının TMK'da belirtilen sebeplerin varlığı halinde, ancak ana ve babadan alınabileceği düzenlenmiştir. Velayet kişiye sıkı surette bağlı hak niteliğinde bir mutlak haktır²⁶.

Ayrılık ve boşanma durumunda velayetin düzenlenmesindeki amaç, küçüğün ileriye dönük yararlarıdır. Başka bir anlatımla, velayetin düzenlenmesinde asıl olan, küçüğün yararını korumak ve geleceğini güvence altına almaktır.

TMK'nın m.335 ve m.351. hükümleri arasında düzenlenen "velâyet"e ilişkin hükümler kural olarak, kamu düzenine ilişkindir ve velayete ilişkin davalarda resen (kendiliğinden) araştırma ilkesi uygulandığından hâkim,

25 Akıntürk and Ateş, (n 1), 406; Dural, Ögüz, Gümüş, (n 1), 357; Oğuzman AND Dural, (n 1), 272; Öztan, (n 1), 364.

26 Akıntürk and Ateş, (n 1), 407; Dural, Ögüz, Gümüş, (n 11), 360; Tekinay, (n 1), 483; Oğuzman and Dural, (n 1), 272.

tarafların isteği ile bağlı değildir. Velayetin değiştirilmesine yönelik istem incelenirken ebeveynlerin istek ve tercihlerinden ziyade çocuğun üstün yararı göz önünde tutulur.

Türk Medeni Kanun m. 348 hükmünde belirtildiği gibi Ana ve babanın deneyimsizliği, hastalığı, başka bir yerde bulunması veya benzeri sebeplerden biriyle velayet görevini gereği gibi yerine getirememesi velayetin kaldırılması ve değiştirilmesi sebebidir.

COVID-19 yakalanan tarafı öğrenen diğer taraf geçici olarak velayetin kendisine verilmesini talep edebilir.

Gazetelere yansıyan bir olayda; “Kocaeli’de boşanan çift çocuklarının velayeti için dava açtı. Karar verilene kadar yurttan tutulan E.B.’nin babası, koronavirüs nedeniyle dava süreci boyunca oğlunun kurumda kalmasını istemeyerek geçici velayetini aldı.

Kocaeli’de Cemile B. ve Mehmet B. çifti bir süre önce boşanırken, çocukları E.B.’nin velayeti için dava açtı. Kocaeli 4. Asliye Ceza Mahkemesi velayetin kime verileceği konusunda karar verene kadar E.B.’nin Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı’na bağlı bir kurumda koruma altında tutulmasına karar verdi. Baba Mehmet B.’nin avukatı Hilal Altun, Kocaeli 4. Asliye Ceza Mahkemesi’ne başvurarak, koronavirüs nedeniyle çocuğun velayetinin geçici olarak babasına verilmesini talep etmiştir”²⁷.

Çocukla kişisel ilişki kurulması²⁸; TMK m. 182/1 hükmüne göre; “Mahkeme boşanma veya ayrılığa karar verirken, olanak bulundukça ana ve babayı dinledikten ve çocuk vesayet altında ise vasinin ve vesayet makamının düşüncesini aldıktan sonra, ana ve babanın haklarını ve çocuk ile olan kişisel ilişkilerini düzenler”.

27 <https://www.avukatkatipleri.com/korona-velayet-durumunu-degistirebilir-mi-yargitay-kararlari-cercevesinde-velayet-hukuku-degerlendirmesi/>.

28 Akıntürk and Ateş, (n 1), 396; Dural, Ögüz, Gümüş, (n 1), 348; Tekinay, (n 1), 278.

TMK m. 323 hükmünde; “Ana ve babadan her biri, velâyeti altında bulunmayan veya kendisine bırakılmayan çocuk ile uygun kişisel ilişki kurulmasını isteme hakkına sahiptir”.

TMK m. 324 hükmünde ise, “Ana ve babadan her biri, diğerinin çocuk ile kişisel ilişkisini zedelemekten, çocuğun eğitilmesi ve yetiştirilmesini engellemekten kaçınmakla yükümlüdür. Kişisel ilişki sebebiyle çocuğun huzuru tehlikeye girer veya ana ve baba bu haklarını birinci fıkrada öngörülen yükümlülüklerine aykırı olarak kullanırlar veya çocuk ile ciddi olarak ilgilenmezler ya da diğer önemli sebepler varsa, kişisel ilişki kurma hakkı reddedilebilir veya kendilerinden alınabilir”.

21.03.2020 tarihli 2279 no.lu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile çıkartılan 24.03.2020 tarihli Adalet Bakanlığı Genelgesi, nafaka ve şahsi münasebete ilişkin önemli hükümler içermektedir. Bu genelge ile Çocukla kişisel ilişki tesisine ilişkin takiplerin de geçici bir süreyle durdurulacağı ancak mahkemeler tarafından verilen ihtiyati tedbir kararlarının infazına devam edilebileceği belirtilmiştir.

İçişleri Bakanlığınca Valiliklere gönderilen bir diğer genelgeye göre de 03.04.2020 tarihinden sonra 20 yaşın altındaki çocukların “şimdilik” 15 gün süre ile sokağa çıkmaları geçici olarak yasaklanmıştır. Genelge; 20 yaş altı için sokağa çıkma yasağı getirmiş, böylelikle sokağa çıkamayan çocukla ebeveynin kişisel ilişki kurma şansı kalmamıştır.

Çocukla şahsi münasebette ebeveynlerin karşısına çıkan bir diğer engel ise, aynı genelgede yer alan seyahat yasağı engeli olmaktadır. Bu genelge ile 31 ilde yaşayanlara seyahat yasağı getirildiğinden, velayet hakkı kendinde olmayan ebeveyn ya da çocuk seyahat yasağı olan bu şehirden birinde yaşamakta ise çocuk teslimi ve şahsi münasebet ebeveyn ve çocuk açısından fiilen de ortadan kalkmaktadır.

Konya Bölge Adliye Mahkemesi 2. Hukuk Dairesi’ne yapılan başvuruda baba, icra iflas işlemlerinin durdurulması ve sokağa çıkma kısıtlamaları gerekçe göstererek “Çocuğumla haftada iki gün görüşme hakkım var

ama kullanamıyorum. Bu günlerde görüntülü görüşmemize imkân tanın-
sın” dedi. Mahkeme emsal teşkil edecek babanın bu talebini kabul etti. Böy-
lece üç yaşındaki çocuk ile babasının haftada iki gün ve belirli bir saatte cep
telefonu uygulaması üzerinden görüntülü görüştürülmesine karar verilmiş-
tir. Boşanan çiftlerin çocuklarının velayeti anne ya da babadan birine verilse
de bu şekilde velayeti alamayan ebeveyne, çocukları ile haftanın belirli gün-
leri veya özel günlerde görüntülü olarak görüşme olanağı tanınmış oldu²⁹.

V. SONUÇ

COVID 19 gündelik hayatımızı olduğu kadar gündelik hayatın bir par-
çası olan hukuk düzenini de etkilemiştir. Hastalığın bulaşıcı olması ve ola-
sı etkilerinin tam bilinmemesi sebebiyle düğünler, nişanlar etkilenmiş,
boşanmak isteyenler bakımından da dava sürelerinin işlemez hale gelme-
si sebebiyle davalar görülememiştir.

Kanımızca COVID-19 nişanlanma bakımından nişanın bozulması
için haklı neden olarak kabul edilebilecek iken, evlenme engeli ve boşan-
ma bakımından ise tek başına evlenmeye engel olabilecek ya da boşanmaya
sebeep olabilecek bir durum değildir. COVID-19’a yakalanan eşe bakmama,
ilgi göstermeme, gibi birden fazla sebep ile birleştiğinde ancak bu durum
boşanma sebebi veya evlenme engeli olabilecektir.

COVID-19 velayetin değiştirilmesi bakımından haklı bir sebeptir. Eş-
ler bu sebebi dayanarak velayetin değiştirilmesini talep edebilir.

Çocukla kişisel ilişki kurulması aşamasında ise çözüm; uzaktan bağ-
lantı yollarının en azından bu sıkıntılı süreç içerisinde tercih edilmesi ol-
malıdır.

29 <https://www.avukatkatipleri.com/cocuk-teslimi-ve-koronavirusun-COVID-19-etkisi/>

KAYNAKÇA

- ABİK, Yıldız, “Nişanlanma ve Nişanlılık”, AÜHFD, 54, 2, 2005.
- AKINTÜRK and ATEŞ, Turgut and Derya, Aile Hukuku, (21 st, edn., Beta Yayıncılık, 2019).
- DURAL, ÖĞÜZ, GÜMÜŞ, Mustafa, Tufan, Mustafa Alper, Türk Özel Hukuku, III, Aile Hukuku, (14 th, edn., Filiz Kitabevi 2019).
- ERDEM, Mehmet, Aile Hukuku, (2nd, edn., Seçkin Yayıncılık 2019).
- ERSÖZ, Oğuz, Türk Hukukunda Zina Sebebiyle Boşanma, (1 st, edn., Oniki Levha Yayıncılık 2018).
- GÖZÜTOK, Gülfer, Terk Sebebiyle Boşanma, (1st, edn., Seçkin Yayıncılık 2019).
- HATEMİ, Hüseyin, Aile Hukuku, (8 th, edn, Oniki Levha Yayıncılık 2020).
- KARABULUT, Ayşe Kübra, Türk Medeni Kanunu’nun 162. ve 163. Maddelerine Dayanılarak Açılan Boşanma Davaları, (1 st, edn., Oniki Levha Yayıncılık 2018).
- KILIÇOĞLU, Ahmet, Aile Hukuku, (4 th, edn., Turhan Kitabevi 2019).
- KOÇ, Nevzat, Türk- İsviçre Hukukunda Nişanlanma Sözleşmesi, (1st, edn., Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını 2002).
- OĞUZMAN and DURAL, Kemal and Mustafa, Aile Hukuku, (1 st, edn., Filiz Kitabevi 1994).
- ÖZTAN, Bilge, Aile Hukuku, (6 th, edn., Turhan Kitabevi 2015).
- TEKİN, Helin Neval, Anlaşmalı Boşanma, (1 st, edn., Seçkin Yayıncılık 2019).
- TEKİNAY, Selahattin Sulhi, Türk Aile Hukuku, (2 st, edn., İstanbul Üniversitesi Yayınları 1982).
- ÜNLÜTEPE, Mustafa, Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması Nedeniyle Boşanma, (1 st edn., Seçkin Yayıncılık 2019).
- YILMAZ BİLGİN, Esra Pınar, Türk Hukukunda Anlaşmalı Boşanma, (1 st, edn., Oniki levha Yayıncılık 2018).

COVID-19 VIRÜSÜNÜN SÖZLEŞMELERE ETKİSİNİN TBK MD. 138 HÜKMÜ ÇERÇEVESİNDE DEĞERLENDİRİLMESİ

Dr. Öğr. Üyesi Özlem ACAR ÜNAL*

Özet

Sözleşmeye bağlılık ilkesi (Ahde Vefa) gereği, sözleşmede kararlaştırılan edimlerin aynen ifa edilmesi beklenir. Bu durum özellikle hukuki güvenlik ve dürüstlük kuralının bir sonucudur. Ancak kanun koyucu her koşulda bu ilkeye sıkı sıkıya bağlı kalmanın mümkün olmayacağını kabul etmiş ve bazı özel durumların varlığı halinde sözleşmenin değişen şartlara uyarlanabileceğini hüküm altına almıştır. Pandemi sürecinin yarattığı olumsuz sonuçlar bakımından da uygulamada sıklıkla başvurulabilecek yöntemlerden birisi sözleşmelerin uyarlanması olacaktır. Ancak belirtmek gerekir ki, pandemi sebebiyle bütün sözleşmelerin uyarlanabileceğini söylemek elbette mümkün değildir. Zira yaşanan durum ne kadar olağanüstü olursa olsun bazı sözleşmelere hiçbir etkisi olmayabilir.

Uyarlamaya imkan veren genel nitelikteki düzenleme, TBK md. 138 hükmünde yer almaktadır. Özel nitelikte bir hüküm olmaması halinde sözleşmenin uyarlanması TBK md. 138 hükmü kapsamında olacaktır. Dolayısıyla öncelikle TBK md. 138 hükmündeki şartların yerine gelmesi gerekecektir. Bu sebeple çalışmamızda söz konusu şartlar, pandemi çerçevesinde oluşan durum kapsamında incelenecektir. Ayrıca yine pandemi özelinde uyarlamanın sonuçları ayrıntılı bir şekilde açıklanarak uygulamada ortaya çıkabilecek bir takım sorunlara doktrindeki görüşler ve Yargı kararları ışığında çözüm aranacaktır.

Anahtar Kelimeler: *Sözleşmenin Uyarlanması, Aşırı İfa Güçlüğü, Öngörülemezlik, İşlem Temelinin Çökmesi, Salgın Hastalık.*

* İstanbul Kültür Üniversitesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı
e-mail: o.acar@iku.edu.tr

EVALUATION OF THE AFFECTS OF COVID-19 OUTBREAK IN THE CONTEXT OF THE PROVISION OF ARTICLE 138 OF TURKISH CODE OF OBLIGATIONS

Abstract

For the sake of compatibility with the agreement (*pacta sunt servanda*), it is expected that the performance agreed in the contract must be specifically fulfilled. This situation is a result of the rule of legal security and good faith. However, the legislator accepts that it may not be possible to adhere strictly with this doctrine in every condition, and accordingly ensures that under certain circumstances, the agreement might be amended due to changing conditions. With regard to the negative impacts arising throughout the Pandemia period, one of the most common methods practically applied will be the amendment of the agreements. Certainly it is not possible to claim that amendment of every agreement is applicable. Because in spite of the extraordinary nature of the situation, it may not have any impact on some agreements.

The generally qualified regulation that facilitates amendment is found in the provision of article 138, Turkish Code of Obligations, Unless there is a special provision, the amendment of the agreement will be under the scope of Art. 138, Turkish Code of Obligations. Therefore primarily the conditions in Art. 138, Turkish Code of Obligations must be fulfilled. For this reason, in our citation, the relevant conditions will be studied in the context of the situation under the circumstances arising throughout the Pandemia period. Also the results of the amendment of the agreements in the context of Pandemia, will be disclosed in detail and potential difficulties will be tried to be resolved in the light of the remarks within the doctrine and judicial decisions.

Key Words : Amendment of Agreements, hardship, unpredictability, frustration of contract doctrine, pandemic

I. GİRİŞ

Sözleşmeler hukukunda temel prensip, sözleşmede kararlaştırılan yükümlülüklerin her koşulda aynen yerine getirilmesidir. Bu prensibin temeli, ahde vefa (pacta sunt servanda, der Vertragstreue) yani sözleşmeye bağlılık ilkesine dayanmaktadır¹. Ancak her koşulda ahde vefa ilkesine bağlı kalmak mümkün olmaz. Öyle bazı durumlar ortaya çıkar ki, sözleşmenin aynen uygulanmasını beklemek dürüstlük kuralı ile bağdaşmaz².

- 1 Kemal Tahir Gürsoy, *Hususi Hukukta Clausula Rebus Sic Stantibus-Emprevizyon Nazariyesi* (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 1950) 90; Şener Akyol, *Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasası* (1. Bası, Filiz 1995) 77; İbrahim Kaplan, *Hakimin Sözleşmeye Müdahalesi, Sözleşmenin Yorumu, Sözleşmenin Tamamlanması, Sözleşmenin Değişen Hal ve Şartlara Uydurulması* (3. Bası, Yetkin 2013) 112; Kenan Tunçomağ, 'Alman Hukukunda Borcun İfasında Aşırı Güçlük (Muamelelenin Temeli) ile İlgili Objektif Görüşler', (1996) 32 (2-4) 854, 885; Selahattin Tekinay/Sermet Akman/Haluk Burcuoğlu/Atilla Altop, *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (7. Bası, Filiz Kitabevi 1993) 1005; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (24. Bası, Yetkin Yayınları 2019) Kn. 1496; Haluk Nomer, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (15. Bası, Beta 2017) 354; Ahmet M Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (23. Bası, Turhan Kitabevi 2019) 341; Ayşe Arat, *Sözleşmenin Değişen Şartlara Uyarlanması* (1. Bası, Seçkin 2006) 51; Seçkin Topuz, *Türk-İsviçre ve Alman Borçlar Hukukunda Denge Bozulması ve İfa Güçlüğü Durumlarında Sözleşmeye Müdahale* (1. Bası, Yetkin Yayınları 2009) 64; Seçkin Topuz, 'Sözleşmenin İçeriğine Müdahalenin Sözleşmeye Bağlılık İlkesine Aykırılık Oluşturup Oluşturmadığı Sorunu' (2011) 19 (2) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 283, 285; Başak Baysal, 'Yeniden Müzakere Ödevi' M. T. Ögüz, H. Akkanat, E. İnal, B. Çetiner, B. Baysal, D. Doruk (Editörler), Prof. Dr. Hasan Erman'a Armağan, (1. Bası, Der Yayınları 2015) 185, 187; Başak Baysal, '6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 480. Maddesinin Değerlendirilmesi' (2011) 69 (1-2) İÜHFH (Prof. Dr. İlhan Özyay'a Armağan) 477, 478; Başak, Baysal, *Sözleşmenin Uyarlanması* BK m. 138 Aşırı İfa Güçlüğü (3. Bası, On İki Levha 2019) Kn. 12-13; Süleyman Yılmaz, 'Dövize Endeksli Tüketici Kredilerinde Uyarlama Sorunu ve Yargıtay'ın Bakışı' (2010) 59 (1) AUHFD 131, 133; Efrail Aydemir, *Türk Borçlar Yasasına Göre Kira Hukuku* (4. Bası, Seçkin 2016) 279; Pierre Tercier/Pascal Pichonnaz/Murat H. Develioğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, (1. Bası, On İki Levha 2016) Kn. 964; Şahin Akıncı, *Borçlar Hukuku Bilgisi Genel Hükümler* (1. Bası, Sayram 2019) 113; Ümmühan Kaya, 'Sözleşmenin Uyarlanmasında Sonradan Değişen Şartlar ve Öngörülemezlik İlkesi' (2016) 22 (3) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan) 1569, 1570; MüKoBGB/Finkenauer, 8. Aufl., 2019, BGB § 313, Rn. 3.

"Sözleşmeye bağlılık ilkesi, pozitif hukukta düzenlenen sözleşme özgürlüğü ilkesinin (Anayasa m. 48/I) bir gereğidir. Çünkü sözleşme özgürlüğü ilkesi, kendisinden beklenen fonksiyonu, sadece sözleşmeye bağlılık ilkesinin işletilmesiyle yerine getirebilir" Bkz Topuz, 'Bağlılık' (n 1) 286.

- 2 Alman Hukukunda da BGB § 313 uyarılamının, pacta sunt servanda ilkesine bir istisna

Tüm dünyayı etkisi altına alan Covid-19 virüsünün yarattığı salgın hastalık sebebiyle sözleşmelerin aynen ifa edilmesi bazı hallerde imkansızlık engeline takılmış, bazı durumlarda ise oldukça güçleşmiştir. Pandeminin sözleşme üzerindeki etkisi borcun imkansızlaşması ise kusursuz ifa imkansızlığı kapsamında bir değerlendirme yapılarak imkansızlığın geçici mi yoksa sürekli mi olduğu tespit edilecektir. Ancak çoğu durumda edimin imkansızlaşmasından bahsetmek kolay olmayacaktır. Özellikle para borçları bakımından imkansızlık söz konusu olmadığından³, borçlunun kusursuz ifa imkansızlığına başvurması mümkün değildir. Dolayısıyla kusursuz ifa imkansızlığı kavramına sığamayacak olan borçlunun başvurabileceği hukuki imkan, Türk Borçlar Kanunu (TBK) md. 138 hükmü çerçevesinde sözleşmenin uyarlanması talep etmek olacaktır⁴. TBK md. 138 hükmündeki düzenleme şu şekildedir: *“Sözleşmenin yapıldığı sırada taraflarca öngörülmeyen ve öngörülmesi de beklenmeyen olağanüstü bir durum, borçludan kaynaklanmayan bir sebeple ortaya çıkar ve sözleşmenin yapıldığı sırada mevcut olguları, kendisinden ifanın istenmesini dürüstlük kurallarına aykırı düşecek derecede borçlu aleyhine değiştirir ve borçlu da borcunu henüz ifa etmemiş veya ifanın aşırı ölçüde güçleşmesinden doğan haklarını saklı tutarak ifa etmiş olursa borçlu, hâkimden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteme, bu mümkün olmadığı takdirde sözleşmeden dönme hakkına sahiptir. Sürekli edimli sözleşmelerde borçlu, kural olarak dönme hakkının yerine fesih hakkını kullanır. Bu madde hükmü yabancı para borçlarında da uygulanır”*⁵.

olduğu kabul edilmektedir. Jan Hellner, Pacta sunt servanda – gilt dieser Grundsatz auch für die Miete in Zeiten der COVID-Pandemie? NJOZ 2020, Heft 26, 769.

- 3 Kemal Oğuzman/Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I (17. Bası, Vedat Kitapçılık 2019) Kn.34; Gökhan Antalya, Marmara Hukuk Yorumu Borçlar Hukuku Genel Hükümler Borçların İfası Borçların İfa Edilmemesinin Sonuçları Cilt: V/1,3 (2. Bası, Seçkin 2019) Kn. 1464. Paranın istisnai olarak bir parça borcunun konusunu oluşturabileceği yönünde bkz Nami Barlas, Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar (1. Bası, Kazancı Kitap Ticaret A.Ş. 1992) 10,11.
- 4 Unidroit Prensipleri çerçevesinde aşırı ifa güçlüğünün değerlendirilmesine yönelik ayrıntılı bir çalışma için bkz Hakan Acar, ‘Unidroit ve Avrupa Borçlar Hukuku Prensipleri Işığında Aşırı İfa Güçlüğü’ (2008) XII (1-2) EÜHFD 111, 111-135. Ayrıca Bkz. Hannes Rösler, ‘Alman ve Uluslararası Sözleşme Hukukunda Değişen ve Öngörülemeyen Koşullar’, Çeviren Tülay Ünver (2008) LXVI (1) İÜHFM 353, 360-361.
- 5 Hükmün borç ilişkisini sona erdiren düzenlemeler arasında yer alması öğretide haklı olarak eleştirilmiş ve bu düzenlemenin tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde

Alman Hukuku'nda ise sözleşmelerin uyarlanması, BGB'nin (Bürgerliches Gesetzbuch) İşlem Temelinin Çökmesi (Störung der Geschäftsgrundlage) başlıklı § 313 hükmünde düzenlenmiş olup, bu hükme göre, sözleşmenin temelini oluşturan şartlar, sözleşmenin kurulmasından sonra esaslı surette değişir ve tarafların bu değişikliği öngörmüş olsalardı sözleşmeyi hiç kurmayacakları yahut farklı bir içerikle kuracakları anlaşılıyorsa ve münferit durumun koşullarının özellikle de sözleşmesel ya da yasal risk dağılımı göz önüne alındığında, sözleşmeye mevcut koşullarla bağlı kalınmasının beklenemeyeceği hallerde, sözleşmenin uyarlanması talep edilebilir⁶.

Sözleşmenin uyarlanması yoluyla taraflar arasında bozulan dengenin yeniden düzeltilmesi hedeflenir⁷. Dolayısıyla ortaya çıkan olağanüstü durumun yarattığı risk, taraflar arasında paylaştırılır. Uyarlamanın mümkün olmaması halinde ise borçluya sözleşmeyi sona erdirmeye hakkı tanınmıştır. Belirtmek gerekir ki, TBK md. 138 hükmündeki düzenlemede sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını talep etme hakkı yalnızca borçluya tanınmış gibi görünmektedir. Ancak doktrinde bu durum haklı olarak eleştirilmiş ve borçlu gibi alacaklının da şartları varsa uyarlama talep edebileceği belirtilmiştir⁸. Yargıtay uygulaması da kira sözleşmesinde kiraya verenin uyarlama

temerrüt hükümlerinden sonra yer verilmesinin daha uygun olacağı ifade edilmiştir. Bkz. Ayşe Havuçtu, 'İfa Engelleri ve İfa Engellerine Bağlı Hukuki Sonuçlar' 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan) 319, 337.

- 6 Bu hüküm 2002 yılında Alman Borçlar Hukuku reformu ile kanuna eklenmiştir. Ayrıntılı bilgi için Jauernig/Stadler (17. Aufl. 2018) BGB § 313 Rn. 1-2; MüKoBGB/Finkenauer, 8. Aufl. 2019, BGB § 313 (n 1) Rn. 1, 2; BeckOK BGB/Lorenz BGB § 313, Rn. 1; Rösler (n 4) 353-364.
- 7 Alman ve Fransız Hukuk sistemlerinde sözleşmenin uyarlanmasına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Eleanor Cashin-Ritane, 'Emprevizyon, Hardship ve İşlem Temelinin Çökmesi: Pacta Sunt Servanda ve Alman-Fransız Hukuki İlişkilerinde Sözleşmelerin Uyarlanmasına Giden Yollar', Çeviren Baysal Başak (2005) 63 (1-2) İÜHF 321, 321-342.
- 8 Baysal, 'Uyarlama' (n 1) Kn. 900; Başak Baysal 'Aşırı İfa Güçlüğü' Murat İnceoğlu (Derleyen) Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu (1. Bası, On iki Levha 2012) 129; Alper Gümüş, "Yeni" 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Sözleşmesi (TBK m. 299-356) (2. Bası, Vedat Kitapçılık 2012) 84 dipnot 209; Murat İnceoğlu, Kira Hukuku Cilt II (1. Bası, On İki Levha 2014) 165; Nomer (n 1) 355.

talep edebileceği yönündedir⁹. Bu duruma istinaden doktrinde isabetli olarak uyarılama talep eden için “mağdur taraf” ifadesinin kullanılmasının daha yerinde olacağı ifade edilmiştir¹⁰. Çalışmamızda ise TBK md. 138 hükmündeki düzenlemeye uygun olarak “borçlu” terimi kullanılmakla birlikte, şartları varsa alacaklının da uyarılama talep edebileceğini belirtmek isteriz.

II. BORÇLAR HUKUKU SÖZLEŞMELERİNDE UYARLAMANIN UYGULAMA ALANI

1. Tek Tarafa ve İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmeler

İki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde edim-karşı edim ilişkisi söz konusu olduğundan uyarılamanın mümkün olduğu konusunda bir tereddüt yoktur. Ancak tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerin uyarlanmasının mümkün olup olmadığı meselesi doktrinde tartışmalıdır. Bir görüş tek tarafa borç yükleyen sözleşmeler bakımından uyarılamanın mümkün olmayacağını savunmaktadır. Zira bu tür sözleşmelerde yalnızca bir taraf borç altına girmekte ve dolayısıyla ortada edim dengesizliği bulunmamaktadır¹¹. Bizim de katıldığımız baskın görüş ise tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerde de edim dengesizliği olmasa dahi işlem temelinin çökmesi (Störung der Geschäftsgrundlage) ve aşırı ifa güçlüğü'nün görülebileceğini ve böyle bir durumda ifanın istenmesinin dürüstlük kuralına aykırı olacağını belirterek,

9 Yargıtay 3 HD, 8316/2369, T. 20.3.2019 sayılı kararı şu şekildedir: “Tarafların iradelelerini etkileyip sözleşmeyi yapmalarına neden olan şartlar daha sonra önemli surette değişmişse artık taraflar akitle bağlı tutulmazlar, değişen koşullar karşısında TMK. nun 2. maddesi uyarınca sözleşmenin yeniden düzenlenmesi imkânı hâsıl olur. Sözleşmenin edimleri arasındaki dengeyi bozan olağanüstü hallere harp, ülkeyi sarsan ekonomik krizler, enflasyon grafiğindeki aşırı yükselmeler, şok devalüasyon, para değerinin önemli ölçüde düşmesi gibi sözleşmeye bağlılığın beklenemeyeceği durumlar örnek olarak gösterilebilir. Akit yapılırken öngörülemeyen değişikliklerin borcun ifasını güçleştirmesi halinde “işlem temelinin çökmesi” gündeme gelir. İşlem temelinin çöktüğünü kabul eden hakim; duruma göre, alacaklı lehine borçlunun edimini yükseltmeye, borçlu lehine (onun tamamen veya kısmen) akit yapıldığı andaki dengeyi sağlayacak biçimde, edim yükümlülüğünden kurtulmasına karar vermek suretiyle sözleşmeyi değişen şartlara uydurur”. Ayrıca bkz. Yargıtay 3. HD, 8316/2369, T. 20.3.2019; Yargıtay 3. HD, 13096/8263, T. 11.9.2018. www.kazanci.com. Erişim Tarihi 01.06.2020.

10 Baysal, ‘İfa Güçlüğü’ (n 6) 131; Baysal, ‘Uyarılama’ (n 1) Kn. 900; İncooğlu (n 6) 165.

11 Gürsoy (n 1) 148.

uyarılmanın bu tür sözleşmeler bakımından da mümkün olduğunu kabul etmektedir¹². Alman Hukuku'nda da tüm borçlar hukuku sözleşmeleri açısından işlem temelinin çökmesinin söz konusu olabileceği bu açıdan sözleşmenin iki tarafa borç yükleyen yahut tek tarafa borç yükleyen bir sözleşme olması arasında fark gözetilmemesi gerektiği ifade edilmektedir¹³. Tek tarafa borç yükleyen sözleşmeler için uyarılmanın nasıl olması gerektiği ise bir başka tartışma konusudur. Bizim de katıldığımız bir görüşe göre, bu sözleşmelerde risk zaten bir taraf üzerinde olduğundan sözleşme sona erdirilmelidir¹⁴. Diğer bir görüş ise uyarılmanın bu şekilde sınırlandırılmaması gerektiğini, sözleşmenin sona erdirilmesi dışında da uyarılama yapılabileceğini ileri sürmektedir¹⁵.

2. Ani Edimli ve Sürekli Edimli Sözleşmeler

Özellikle sürekli edimli sözleşmeler bakımından sıklıkla gündeme gelen uyarılmanın ani edimli sözleşmeler için de söz konusu olup olmadığını TBK md. 138 hükmü cevaplamaktadır¹⁶. Hükümde geçen “... *bu mümkün olmadığı takdirde sözleşmeden dönme hakkına sahiptir. Sürekli edimli*

12 Mustafa Dural, Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkansızlık (BK 117) (1. Bası, Fakülteler Matbaası 1976) 69; Kaplan (n 1) 151; Rona Serozan, ‘Karşılıklı Sözleşmelerde Baştan Dayatılmış veya Sonradan Oluşmuş Edimler Arası Dengesizliğin Uyarılma Yoluyla Düzeltilmesi’ Rona Serozan/İlhan Ulsan/Nami Barlas (Editörler), Prof. Dr. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan (1. Bası, Beta 2000) 1018; Yeşim Gülekli, ‘Aşırı İfa Güçlüğü ve Alacaklının Tasavvurunun Boşa Çıkması Halinde İşlem Temelinin Çökmesi Öğretisi’ (1990) 15 (18) İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, 43, 46-47; Arat (n 1) 118; Baysal ‘Uyarılma’ (n 1) Kn. 398; Antalya (n 2) Kn. 1592; Feyza Eren Sayın/Berk Kenan Koyuncu, ‘Kefalet ve Garanti Sözleşmeleri Açısından Uyarılma Sorununa Bir Bakış’ (2012) LXX (1) İÜHF 319, 322.

13 Jauernig/Stadler BGB § 313 Rn. 6; Larenz in Schmidt COVID-19 § 1 Allgemeines Leistungsstörungenrecht, Rn. 37.

14 Serozan ‘Uyarılma’ (n 10) 1018; Arat (n 1) 118; Antalya (n 2) Kn. 1595.

15 Baysal ‘Uyarılma’ (n 1) Kn. 401.

16 Örneğin, bir otel ile arasında günlük olarak süt tedarik etme sözleşmesi bulunan süt tedarikçisinin, Covid-19 sebebiyle ihtiyaç duyulan yüksek hijyen standartlarına istinaden üretim maliyetinin beklenmeyen ve aşırı ölçüde artmasına bağlı olarak sözleşmenin uyarılmasını talep edebileceği düşünülebilir. Mann/Schenn/Baisch, Vertrieb von Waren und Dienstleistungen in Zeiten von Corona 1. Auflage 2020 C.H. Beck, C. Gesetzliche Regelungen für COVID-19-bedingte Leistungsstörungen (Beck Online).

sözleşmelerde borçlu, kural olarak dönme hakkının yerine fesih hakkını kullanır” ifadesi ani edimli sözleşmeler bakımından da uyarlamanın mümkün olduğunu göstermektedir. Kaldı ki maddede aranan uyarlama şartları, ani edimli sözleşmelerde de gerçekleşebilir. Ani edimli sözleşmelerin uyarlanabilmesi bakımından temel koşul, sözleşmenin kurulması ile ifası arasında da bir süre olmasıdır¹⁷. Somut olayın özelliği çerçevesinde bu sürenin uzun ya da kısa olması uyarlama bakımından önem arz etmemektedir¹⁸. Önemli olan sözleşmenin kurulması ile edimin ifası arasında öngörülemez nitelikte olağanüstü bir olayın gerçekleşmesidir.

Ani edimli sözleşmelerin uyarlanmasını pandemi özelinde değerlendirdiğimizde de sözleşmenin kurulması ile edimin ifası arasında belli bir sürenin olmasına ihtiyaç vardır. Ancak bu sürenin çok kısa olması halinde, uyarlama kanaatimizce çok mümkün görünmemektedir. Zira salgın hastalık zamana yayılan bir süreçtir. Dolayısıyla sözleşmenin kurulması ve ifa arasındaki süre çok kısa olduğunda sözleşmenin pandeminin sonuçlarından etkilenmesi pek mümkün görünmemektedir.

III. TBK MD. 138 HÜKMÜNÜN UYGULANMA ŞARTLARI

TBK md. 138 hükmü çerçevesinde uyarlama yapılabilmesi için hükümde yer alan tüm şartların gerçekleşmesi gerekir¹⁹. Dolayısıyla çalışmamızda söz konusu şartlar, pandemi çerçevesinde değerlendirilecektir.

TBK md. 138 hükmünde yer alan şartları şu şekilde sıralamak mümkündür:

-
- 17 Gürsoy (n 1) 121; Dural (n 10) 30; Havutçu (n 4) 338; Arat (n 1) 120; Baysal, Uyarlama (n 1) Kn. 402.
 - 18 Dural (n 10) 30; Baysal ‘Uyarlama’ (n 1) Kn. 402. Sözleşmenin akdedilmesiyle ifası arasında çok kısa bir sürenin olması halinde de uyarlama söz konusu olabilir. Rona Serozan, Sözleşmeden Dönme (2. Bası, Vedat Kitapçılık 2007) 341.
 - 19 Alman Hukuku’nda BGB § 313 anlamında işlem temelinin çökmesi için aranan şartlar ilişkin bkz. Jauernig/Stadler BGB § 313 Rn. 15-26.

1. Sözleşmenin Yapıldığı Sırada Taraflarca Öngörülme ve Öngörülmesi de Beklenmeyen Olağanüstü Bir Durum Ortaya Çıkmalı

A. Olağanüstü bir durum:

Borçlunun uyarılama talep edebilmesinin en temel koşulu, sözleşme yapıldıktan sonra mevcut durumda bir değişiklik olmasıdır. Kanun koyucu söz konusu değişikliği olağanüstü bir durum olarak ifade etmiştir²⁰. Doktrinde ise uyarılama talep edilebilecek durum değişikliğinden ne anlaşılması gerektiği konusunda farklı görüşler mevcuttur. Bazıları ancak geneli etkileyen bir olağanüstü durumun varlığında uyarlamaya imkân görürken²¹, bazıları ise sadece taraflar bakımından ortaya çıkan durum değişikliklerini de uyarılama için yeterli görmektedir²². Ancak her iki görüş bakımından da

20 Olağanüstü durum denildiğinde ilk akla gelen toplumun tamamını ya da bir kısmını etkileyen bir takım doğa olaylarıdır. Örneğin deprem, sel, çığ gibi doğal felaketler bu kapsamda değerlendirilir. Bunun yanında savaş, grev gibi insan faktörü sonucu ortaya çıkan sosyal olaylar da söz konusu olabilir. Ayrıca ekonomik kriz gibi ekonomik durum değişiklikleri de olağanüstü durum olarak kabule elverişlidir. Objektif olağanüstü nitelikteki olaylara ilişkin doktrinde şu örnekler gösterilmiştir: “Savaş, iktisadi krizler ve bunun yanı sonuçlarını teşkil eden, aşırı derece ani işsizlik, para değerinin aniden büyük oranda düşmesi, genel açlık, borsa fiyatlarının alt üst olması, memleket ekonomisinde büyük ağırlığı olan büyük bankaların iflası, yüksek oranda yeni vergilerin konması, ithalat veya ihracat yasağı, tabii afetler” bkz Kaplan (n 1) 140. Doktrinde 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun yürürlüğe girmesinden önceki dönemde olağanüstü durum şartı yerine şu ifadelerle yer verilmiştir: “yeni durum önceden kestirelemez nitelikte olmalı ve yeni durum taraflardan biri için sözleşmeyle bağlı kalmayı tahammül edilmaz hale getirmiş olmalıdır” Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp (n 1) 368.

21 Gürsoy (n 1) 107 vd.; Oğuzman/Öz (n 2) Kn. 618; Eren ‘Genel’ (n 1) Kn. 1496; Gümüş (n 6) 84; Kılıçoğlu (n 1) 347; Antalya (n 2) Kn. 1621; Nihal Ural Çınar, Türk Borçlar Kanunu’nda Düzenlenen Kira Sözleşmelerinde Kira Bedelinin Ödenmemesi ve Hukuki Sonuçları (1. Bası, On İki Levha, 2014) 122. Ortaya çıkan durum değişikliğinin olağanüstü objektif nitelikte olması gerektiği yönünde bkz. Kaplan (n 1) 147. Yargıtay da vermiş olduğu kararlarda uyarılama talep edilebilmesi için genel nitelikteki olağanüstü durum değişikliği olması gerektiğini kabul etmektedir. Bkz. Yargıtay 13 HD, 11149/26086, T. 28.10.2013 www.kazanci.com. Erişim Tarihi 09.05.2020

22 Necip Kocayusufoğlu, ‘İşlem Temelinin Çökmüş Sayılabilmesi için Sosyal Felaket Olarak Nitelenebilecek Olağanüstü Bir Olayın Gerçekleşmesi Şart mıdır?’ Rona Serozan/İlhan Uslan/Nami Barlas (Editörler) Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan (Beta 2000) 503, 503-514; Arat (n 1) 96; Topuz ‘İfa Güçlüğü’ (n 1) 267; Baysal ‘İfa Güçlüğü’ (n 6) 129; Yılmaz (n 1) 138; Baysal ‘Uyarılama’ (n 1) Kn. 557; Cevdet Yavuz/Faruk Acar/Burak Özen, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler (9. Bası, Beta 2014) 555; İnceoğlu (n 6) 167; Kaya (n 1) 1582; Gülmelihat Doğan, ‘Aşırı İfa Güçlüğü Nedeniyle Sözleşmenin Değişen Koşullara Uyarlanması’ (Mart 2014) (111) TBB Dergisi 9, 22.

sözleşmenin taraflarını aşır toplumun tamamını etkileyen olağanüstü durumlarda uyarılama talep edilebileceği tartışmasızdır. Covid-19 virüsü sonucu oluşan pandemi özelinde bir değerlendirme yapıldığında da toplumun tamamını etkiler nitelikte ve uyarlamaya imkân veren olağanüstü bir değişiklik olduğu konusunda tereddüt yoktur²³.

a. Olağanüstü Durumun Geçici ya da Sürekli Olması

Sözleşme yapıldıktan sonra ortaya çıkan olağanüstü durumun süreklilik arz etmesi halinde uyarılama talep edebilmek elbette mümkündür. Ancak olayın geçici nitelikte olması durumunda da uyarılama söz konusu olabilecek midir? Doktrinde bir görüş, geçici nitelikteki olayların olağanüstü bir durum oluşturmadıklarını ve bu sebeple uyarılamanın mümkün olmayacağını ifade etmiştir²⁴. Bizim de katıldığımız diğer bir görüş ise geçici bir ifa güçlüğünde de şartları varsa uyarılamanın mümkün olacağını savunmaktadır²⁵.

Covid-19 virüsünün yarattığı salgının ne zaman biteceğini şu an için öngörmek güçtür. Çin'deki olumlu gelişmeler, yeni vaka-ölüm sayısındaki düşüş ve aşı çalışmaları salgının geçici nitelikte olduğu konusundaki görüşleri desteklemektedir. Esasen Dünya tarihinde kalıcı salgın hastalık yoktur. Önemli olan, öngörülebilir veya tahmine konu sürenin sözleşmeye etkisinin ne olduğu/olacağıdır. Dolayısıyla aşırı ifa güçlüğüne sebep olan olağanüstü durumun geçici olduğunu söylemek mümkündür. Bu çerçevede salgının ortaya çıkardığı geçici ifa güçlüğünde de uyarılama mümkün olabilir. Aksi durumda salgın sonucu oluşan risk yalnızca borçlunun üzerinde kalacak ve adaletsiz bir durum oluşacaktır.

23 Alman Hukuku'nda da Covid 19 Pandemisinin etkilerinin doğal afetler ve savaş durumlarına benzer nitelikte olduğu ifade edilmektedir. Bu değerlendirmenin devlet başkanlarının halka yaptıkları resmi konuşmalarında kullandıkları ifadelerle de desteklenebileceği belirtilmiştir. Zira Şansölye Merkel, Covid 19 u değerlendirirken, Federal Cumhuriyetin II. Dünya Savaşından bu yana karşılaştırılabilir bu ölçüde bir güçlük yaşamadığını ifade etmiştir. Warmuth, Cara, § 313 BGB in Zeiten der Corona-Krise – am Beispiel der Gewerberaummiete, COVuR 2020, 18.

24 Gürsoy (n 1) 108; Arat (n 1) 95; Antalya (n 2) Kn. 1626.

25 Baysal 'Uyarılama' (n 1) Kn. 625; Kaya (n 1) 1582-1583.

B. Öngörülemezlik: Önem arz eden bir diğer önemli husus, olağanüstü değişikliğin sözleşmenin kurulması anında öngörülmemesi ve öngörülmesinin de beklenmemesidir. Dolayısıyla öngörülemezlik şartı, uyarılma talebinin yapı taşıdır²⁶. O halde sözleşmenin uyarlanmasının gündeme gelebilmesi için taraflardan en az birinin şartlarda meydana gelebilecek değişikliği öngörmüş olsaydı sözleşmeyi hiç ya da bu haliyle akdetmeyeceğini söyleyebilmek gerekir. Bu nedenle Covid-19 bağlamında sorulması gereken soru, taraflardan birinin Pandeminin sonuçlarını öngörebilir olsaydı sözleşmeyi o haliyle akdedip akdetmeyeceğidir. Taraflar sözleşmeyi akdettikleri an sonradan gelişebilecek değişikliğin sonuçlarını hesaba katabilecek durumlardalarsa zaten riski kabul etmiş sayılırlar²⁷.

Doktrinde öngörülemezlik, iş hayatının olağan akışı kapsamında hesaba katılması beklenilemeyen durumlar olarak ifade edilmiştir²⁸. Bazı hallerde olağanüstü durumun kendisi önceden öngörülebilir ancak sözleşme üzerinde yaratabileceği sonuçlar öngörülemez nitelikte olabilir.

26 Yargıtay, özellikle devalüasyon ve ekonomik kriz söz konusu olduğunda, öngörülemezlik şartı bakımından olumsuz yönde kararlar verebilmektedir. YHGK'nın 13-1614/900, T. 12.11.2014 sayılı kararı şu şekildedir: "...Taraflar arasındaki (davaya konu) konut kredi sözleşmesi 15.08.2008 tarihinde düzenlenmiş, davacı TL (YTL) üzerinden kredi kullanma imkanı varken, Japon Yeni üzerinden dövizle endeksli konut kredi kullanmıştır. Yaklaşık üç yıl boyunca da kurda aşırı bir değer artışı meydana geldiğinden, davacı kullandığı kredi taksitlerini ödemiştir. Yukarıdan beri açıklandığı gibi, Türkiye'de yıllardan beri ekonomik paketler açılmakta, ancak istikrarlı bir ekonomiye kavuşamamaktadır. Devalüasyonların ülkemiz açısından önceden tahmin edilemeyecek bir keyfiyet olmadığı, kur politikalarının her an değişebileceği bir gerçektir. Devalüasyon ve ekonomik krizlerin aniden oluşmadığı, piyasadaki belli ekonomik darboğazlardan sonra meydana geldiği bilinmektedir. Ülkemizde 1958 yılından beri devalüasyonlar ilan edilmekte sık sık para ayarlamaları yapılmakta, Türk parasının değeri dolar ve diğer yabancı paralar karşısında düşürülmektedir. Ülkemizdeki istikrarsız ekonomik durum davacı tarafından tahmin olunabilecek bir keyfiyettir. Somut olayda uyarılmanın koşullarından olan öngörülemezlik unsuru oluşmamıştır". Karar için bkz. www.kazanci.com. Erişim Tarihi 01.06.2020. Bu karara ilişkin değerlendirmeler için bkz. Özlem Tüzüner/Kerem Öz, 'Aşırı İfa Güçlüğüne İlişkin İhtihat İncelemesi' (2015) (3) Ankara Barosu Dergisi 423, 445; Memet Erdem Aybay, 'Sözleşmenin Değişen Koşullara Göre Uyarlanması (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı İncelemesi)' (2016) 22 (3) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan) 323, 323-347.

27 Mann/Schenn/Baisch, C. Gesetzliche Regelungen für COVID-19-bedingte Leistungstörungen, a (Beck Online); BeckOK BGB/Lorenz BGB § 313 Rn. 23, 24.

28 Gülekli (n 10) 48; Arat (n 1) 106; Kaya (n 1) 1583.

Dolayısıyla öngörülemezlik şartı, olağanüstü durumun kendisinde değil sözleşme üzerindeki etkileri bakımından aranır²⁹. Doktrinde verilen bir örneğe göre, savaş ihtimalinin yüksek olduğu dönemde yapılan bir sözleşme bakımından da uyarılama talep edilebilecektir. Zira savaşın sözleşmeye etkisi ve ciddiyeti önceden öngörülemez nitelikte olabilecektir³⁰. Hatta Covid-19 virüsünün sonuçları ortaya çıktıktan sonra akdedilen sözleşmelerde de istisnai olarak Covid-19 ile ilgili kısıtlamaların ortaya çıkardığı yeni sonuçlar öngörülemez nitelikte olabilir. Zira devletlerin aldığı bir takım yasal ve idari tedbirler sözleşme taraflarından biri açısından işlem temelinin çökmesine yol açabilir³¹.

Keza öngörülemezlik, hiç akla gelmeme anlamında değildir. Örneğin, İstanbul depremi herkesçe beklenen bir olgu ise de zamanı belirsiz olduğundan, inşaat sözleşmesi yapan yüklenicinin işini bitirinceye kadar büyük bir depreme maruz kalacağını öngörmeme hakkı vardır ve böyle bir durumda uyarılama isteyebilmelidir³².

a. Öngörülemezlik şartının tespitinde esas alınması gereken Kriterler

Öngörülemezlik şartının yerine gelip gelmediğini belirlemek için yardımcı kriterler şu şekilde sıralanabilir:

aa. Sözleşmenin Akdedilme Zamanı

Sözleşmenin akdedilme zamanı, öngörülemezlik şartının varlığını tespit etmede büyük öneme sahiptir. Bu doğrultuda olağanüstü durum

29 Gürsoy (n 1) 111; Kaplan (n 1) 152; Arat (n 1) 108; Topuz 'İfa Güçlüğü' (n 1) 260; Baysal 'Uyarılama' (n 1) Kn. 585; Yılmaz (n 1) 140; Antalya (n 2) Kn. 1610; Inceoglu (n 6) 170; Kaya (n 1) 1584.

30 Topuz 'İfa Güçlüğü' (n 1) 260-261; Baysal 'Uyarılama' (n 1) Kn. 585.

31 Mann/Schenn/Baisch, C. Gesetzliche Regelungen für COVID-19-bedingte Leistungsstörungen, 28-29 (Beck Online)

32 Nitekim eser sözleşmesi bakımından özel bir uyarılama hükmü olan TBK m.480/f.2, bu şartı "başlangıçta öngörülmeveyen veya öngörülebilip de taraflarca göz önünde tutulmayan durumlar" şeklinde açıkça daha iyi ifade etmiştir.

değişikliğinin öngörülemez olup olmadığını belirlemek için sözleşmenin akdedilme zamanında mevcut koşullar çerçevesinde bir değerlendirme yapmak gerekecektir³³. Özellikle bu boyutta bir salgın hastalık en son 1918 yılında görülmüştür. O halde pandeminin sözleşmeye etkisinin ne zaman öngörülebilir hale geldiğini söyleyebilmek için Covid-19 virüsünün ilk ortaya çıkıp yayılmasından itibaren zamansal bir ayırım yapmak gerekecektir:

Yeni tip Covid-19 virüsü ilk olarak Çin'in Vuhan (Wuhan) kentinde Aralık ayında ortaya çıkmıştır. Bu dönemde hastalık yalnızca Çin'de görüldüğü için Aralık ayında yapılan sözleşmeler bakımından öngörülemezlik şartının bulunduğu konusunda kuşku yoktur.

Ocak ayında ise virüs Çin sınırlarını aşp özellikle Asya'da etkisini göstermeye başlamıştır. Ocak ayının sonunda ise ilk kez İngiltere ve İspanya gibi Avrupa ülkelerinde görülmüştür. Ocak ayında akdedilen sözleşmeler bakımından kanaatimizce hala öngörülemezlik şartı mevcuttur. Zira o dönemde ölümlerin çok fazla olmaması ve komşu ülkelerde henüz görülmemiş olması bu görüşü destekler niteliktedir.

Şubat ayında virüs inanılmaz bir hızla yayılmaya başlamıştır ve komşu ülkelerde görülmeye başlamıştır. Ancak vaka sayısı ve ölümler Şubat ayında da çok yüksek oranlarda değildir. Dolayısıyla Şubat ayı bakımından da öngörülemezlik şartının devam ettiği söylenebilecektir.

Mart ayında ise Dünya Sağlık Örgütü 11 Mart'ta pandemi ilan etmiş ve 13 Mart tarihinde Türkiye'de ilk vakanın görüldüğü açıklanmıştır. Kanaatimizce 13 Mart tarihinden itibaren Türkiye'de akdedilen sözleşmelerde öngörülemezlik şartı ortadan kalkmıştır³⁴.

33 Gürsoy (n 1) 115; Arat (n 1) 110; Baysal 'Uyarlama' (n 1) Kn. 611; Kaya (n 1) 1585.

34 Alman Hukukunda, Almanya'da Covid 19 un şiddetli sonuçlarının bilinmediği Mart 2020 öncesi dönemde yapılan sözleşmeler açısından, sözleşme kurulduğunda tarafların Covid 19 pandemisinin sonuçlarını öngöremez olduklarının kabul edilebileceği ifade edilmektedir. Bu tarihten sonra yapılacak sözleşmelerde ise uyarlananın tamamen mümkün olmadığı söylenememekle birlikte, öngörülemezliğin gerçekleştiğinin kabulü için daha spesifik bir durumun varlığı aranacaktır. Mann/Schenn/Baisch, C. Gesetzliche Regelungen für COVID-19-bedingte Leistungstörungen, b (Beck Online).

Üzerinde düşünülmesi gereken husus, Mart ayının başından bu tarihe kadar geçen sürede akdedilen sözleşmeler bakımından öngörülemezlik şartının mevcut olup olmadığıdır. Kanaatimizce bu dönemde artık salgın hastalığın Türkiye’yi etkilemeyeceğini söylemek oldukça güçtür. Zira artık neredeyse komşu ülkelerin tamamında vakalar görülmeye başlamış ve özellikle İtalya’da hayat durma noktasına gelmiştir. Dolayısıyla Mart ayının başından itibaren Covid-19’un Türkiye’de de görülebileceği öngörülebilir hale gelmiştir. Ancak bu dönemde salgın hastalığın kendisi öngörülebilirken sözleşme üzerindeki sonuçları öngörülemez nitelikte olabilir. Bu durumu somut olayın şartları çerçevesinde sözleşmenin konusu kapsamında değerlendirmek gerekir. Örneğin turizm acentalık sözleşmesi ya da bir otelin işletilmesi amacıyla kiralınmasına ilişkin sözleşmelerdeki öngörülemezlik şartı dikkatle incelenmeye muhtaçtır. Zira salgın hastalığın turizm sektörünü etkilemeyeceğini düşünmek beklenen bir durum değildir. Buna karşılık, pandeminin sonuçlarının e-ticaret şirketlerini etkileyebileceğini öngörmek güçtür. Hatta istisnai haller dışında salgın hastalığın e-ticaret üzerinden satışları artıracağı kolaylıkla söylenebilir. Dolayısıyla e-ticaret şirketinin mal tedarikine ilişkin yaptığı sözleşmeler pandeminin sonuçlarından etkilenmeyecektir. Oysaki kargo çalışanlarının iş yükünü hafifletmek ve hastalığın yayılmasını önlemek amacıyla idari bir karar alınarak bu tür satışlarda sınırlamaya gidilirse, pandemi öngörülse dahi sözleşme üzerindeki sonuçları öngörülemez nitelikte olabilecektir.

bb. Sözleşmenin Süresi

Sözleşmenin uzun ya da kısa süreli olması bazı açılardan öngörülemezlik şartının tespitinde önem arz eder. Uzun süreli sözleşmeler bakımından olağanüstü durumun öngörülmesi zorlaşır. Zira sözleşme süresi uzadıkça olağanüstü durum değişikliğiyle karşılaşma olasılığı artar³⁵. Ancak bu durum, kısa süreli sözleşmelerde öngörülemezlik şartı gerçekleşmeyeceğinden uyarılama talep edilemez şeklinde kesin bir kanaat oluşturmaz. Elbette ki bazı olağanüstü değişiklikler, kısa süreli sözleşmeler üzerinde de etki doğurabilir³⁶.

35 Baysal ‘Uyarılama’ (n 1) Kn. 620.

36 Gürsoy (n 1) 115; Arat (n 1) 110; Baysal ‘Uyarılama’ (n 1) Kn. 619; Antalya (n 2) Kn. 1619; İnceoğlu (n 6) 172; Kaya (n 1) 1585. Uyarılama davasının ancak uzun sü-

Pandemi bakımından da benzer sonuçlara ulaşmak mümkündür. Sözleşme süresinin uzun olduğu hallerde pandeminin öngörülemezliği daha belirgindir. Ancak pandeminin kısa süreli sözleşmeler üzerinde de etki doğurması kuvvetle muhtemeldir. Örneğin, Ocak ayında akdedilen bir sözleşmenin ifa zamanı olarak Nisan ayının belirlenmesi halinde, sözleşme kısa süreli olduğu için uyarlama yapılamaz denilemeyecektir.

cc. Sözleşmenin Taraflarının Taşıdığı Özellikler

Sözleşme taraflarının kim oldukları başka bir ifadeyle tarafların taşıdıkları özellikler olağanüstü durumun öngörülemez nitelikte olup olmadığını belirlemede dikkat edilmesi gereken bir kriterdir. Sözleşmenin taraflarının öngörme sınırını belirlemede dürüstlük kuralı esas alınacaktır³⁷. Objektif kriterler esas alınarak bir değerlendirme yapıldığında iş çevrelerindeki makul, dürüst ve ortalama kişilerin anlayışı dikkate alınacaktır³⁸. Ancak somut olayın özellikleri çerçevesinde sözleşme taraflarının meslekleri, tecrübeleri gibi diğer hususlar da önem arz edecektir³⁹.

Sözleşmenin tarafları bakımından öngörülemezlik şartının yerine gelip gelmediğini tespitte dikkat çeken husus, tacirlerin nasıl değerlendirileceğidir. Kuşkusuz uyarlama talebinde bulunanın tacir olması halinde uyarlayanın şartlarının yerine gelip gelmediği konusunda daha titiz davranmak gerekmektedir⁴⁰. Zira tacirlerin basiretli davranma yükümlülüğü bulunmak-

reli kira sözleşmelerinde söz konusu olduğu yönünde bkz. Gümüş (n 6) 89; Aydın Zevkliler/Emre Gökyayla, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (15. Bası, Turhan Kitabevi 2015) 232; Murat Aydoğdu /Nalan Kahveci, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (4. Bası, Adalet Yayınevi 2019) 585. Yargıtay 13 HD ise 21930/16767, T. 03.10.2012 sayılı kararında uyarlama davalarının ancak uzun süreli sözleşmeler bakımından söz konusu olabileceğini belirterek uyarlama talebini reddetmiştir. Karar için bkz. www.kazanci.com. Erişim Tarihi 09.06.2020.

37 Arat (n 1) 110.

38 Topuz 'İfa Güçlüğü' (n 1) 237; Kaya (n 1) 1588.

39 Arat (n 1) 107; Kaya (n 1) 1588. Uyarlama talebinde bulunanın kişisel, özel özelliklerinin de dikkate alınması gerektiği yönünde Baysal 'Uyarlama' (n 1) Kn. 630.

40 Hüseyin Ülgen/Mehmet Helvacı/Arslan Kaya/Fusun Nomer Ertan, Ticari İşletme Hukuku (4. Bası, Vedat Kitapçılık 2015) Kn. 571.

"Konuya ilişkin ayrıntılı çalışma için bkz. Mahmut Kizir, 'Yargıtay Kararları Işığında Basiretli İşadamı Gibi Hareket Etme Yükümlülüğünün Sözleşmenin Değişen Şartlarsa

tadır⁴¹. Tacirlerin basiretli davranma yükümlülüğüne ilişkin düzenleme, TTK md. 18/f.2 hükmünde düzenlenmiştir. Buna göre “*her tacirin ticaretine ait bütün faaliyetlerinde basiretli bir iş adamı gibi hareket etmesi gerekir*”. Yargıtay kararlarında ise basiretli davranma yükümlülüğü şu şekilde açıklanmaktadır: “*Basiretli bir iş adamı gibi davranma yükümlülüğü (TTK madde 18/2), aslında objektif bir özen ölçüsü getirmekte ve tacirin ticari işletmesiyle ilgili faaliyetlerinde kendi yetenek ve imkanlarına göre ondan beklenebilecek özeni değil aynı ticaret dalında faaliyet gösteren tedbirli, öngörülü bir tacirden beklenen özeni göstermesini gerektirir*”⁴². Doktrinde de TTK’nın subjektif değil, objektif bir özen yükümlülüğü getirdiği ifade edilmektedir⁴³.

Belirtmek gerekir ki, tacir olmak öngörülebilirlik bakımından tek başına bir kriter değildir. Ayrıca somut olay özelinde bir değerlendirme yapılmalı ve aynı durumdaki başka bir tacir tarafından öngörülemez bir olay söz konusu ise diğer şartların varlığı halinde uyarılama talebi kabul edilmelidir⁴⁴. Yargıtay ise tacir tarafın uyarılama talep etmesi durumunda öngörülemezlik şartı konusunda daha dikkatli ve özenli davranmalarını beklemekte ve genellikle uyarılama taleplerini reddetmektedir⁴⁵.

Uyarlanmasına Etkisi’ (2011) 19 (2) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 245, 245-282.

41 Doktrinde, basiretli iş adamı gibi hareket etmenin hukuki ve fiili durumu göz önünde tutarak ileri görecektir şekilde hareket etme olarak tanımlanabileceği ifade edilmiştir. Bkz. Ayşe Nur Berzek, Ticaret Hukukunun Genel İlkeleri (11. Bası, Beta 2016) 49.

42 Yargıtay 23 HD, 784/1996, T. 1.3.2018 sayılı karar için bkz. www.kazanci.com. Erişim Tarihi 20.05.2020.

43 Mehmet Bahtiyar, Ticari İşletme Hukuku (19. Bası, Beta 2018) 115; Rıza Ayhan/Mehmet Özdamar/Hayrettin Çağlar, Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar (7. Bası, Yetkin 2014) 175; Kizir (n 31) 248.

44 Baysal ‘İfa Güçlüğü’ (n 6) s. 126; Baysal ‘Uyarılama’ (n 1) Kn. 633.

45 Yargıtay 14 HD, 9069/11130, T. 07.10.2008; Yargıtay 19 HD, 17473/3673, T. 11.5.2017 sayılı kararlar için bkz. www.lexpera.com. Erişim Tarihi 10.06.2020. Yargıtay’ın bir başka salgın hastalık olan kuş gribinde tarafların tacir olması sebebiyle uyarılama istenemeyeceğini yönündeki kararı dikkat çekicidir : “...davalının kuş gribi ve bombalamaların mücbir sebep oluşturduğu savunmasına tarafların tacir olmaları, olayların etkisinin sınırlı olduğunun belirlenmesi ve aralarındaki sözleşme nazara alınarak kabul görmediği, davalının doldurulmayan odalardan dolayı davacının tasarruf ettiği ve bunların düşülmesi gerektiği savunması da sözleşme hükümleri gereğince yerinde görülmediği, alınan bilirkişi raporlarından ikinci raporun, ilk raporun eleştirisinin yapılması, hukuki değerlendirmelerinin olaya uygun düşmesi nedeniyle hükme Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle gerektirici sebeplere, delillerin takdirinde bir isabetsizlik

Tacirlerin basiretli davranma yükümlülüğünden hareketle, Covid-19 salgının sonuçlarını öngörebileceklerini söylemek kanaatimizce söz konusu değildir. Zira böylesine küresel boyutta bir salgın en son 102 yıl önce gerçekleşmiştir. Ancak somut olayın şartları çerçevesinde ve özellikle sözleşmenin yapıma zamanı esas alınarak salgının sonuçlarının basiretli tacir tarafından öngörülüp görülemeyeceği belirlenebilecektir.

2. Olağanüstü Durumun Borçludan Kaynaklanmaması

TBK md. 138 hükmündeki düzenlemeye göre uyarılama talep edilebilmesi, olağanüstü durumun uyarılama talebinde bulunandan kaynaklanmaması halinde söz konusu olabilmektedir. Hükümde açık bir şekilde kusurdan söz edilememekle birlikte, doktrindeki baskın görüş bu şartı borçlunun kusurunun bulunmaması gerekeceği şeklinde yorumlamaktadır⁴⁶.

Kuşkusuz salgın hastalığın ortaya çıkması ve de bu durumun sonuçları borçludan kaynaklanmamaktadır. Söz konusu durum uyarılama talep edilen bütün sözleşmeler bakımından geçerlidir. Bununla birlikte salgın hastalığın ve sonuçlarının ortaya çıkmasına sebep olmayan borçlu ifanın aşırı güçleşmesine yol açmış olabilir. Bu noktada ilk akla gelen örnek, borçlunun temerrüdüdür. Borçlu borcunu zamanında ifa etmeyerek temerrüde düşmüş ve hemen ardından salgın hastalık sebebiyle sözleşmenin ifası aşırı derecede güçleşmiş olabilir. Ancak temerrüt konusunda bir ayırım yapmak

bulunmamasına göre, davacı vekilinin temyiz itirazları yerinde görülmemiştir.” Yargıtay 23 HD'nin 7538/719, T. 11.2.2016 sayılı kararı için bkz. www.lexpera.com. Erişim Tarihi 10.06.2020. Doktrinde ise tarafların tacir olmalarının tek başına bir kriter olmayacağını, aynı şartlar altındaki bir başka tacir tarafından da durumun öngörülemeyeceği söylenebiliyorsa öngörülemezlik şartının yerine geldiği yönünde bkz. Baysal 'Uyarılama' (n 1) Kn. 633; Muhammet Emin Bingöl, Basiretli İş Adamı Gibi Hareket Yükümlülüğü: Özellikle Tacirin Ücret ve Cezai Şartın İndirilmesini İsteyememesi (1. Bası, Oniki Levha 2018) 89.

- 46 Kaplan (n 1) 143; Eren 'Genel' (n 1) Kn. 1510; Kılıçoğlu (n 1) 348; Yılmaz (n 1) 163. Başka bir görüş, kusurlu olmama yerine "sorumlu olmama" şeklinde düşünülmesi gerektiğini ifade eder. Bkz. Topuz 'İfa Güçlüğü' (n 1) 271; Yavuz/Acar/Özen (n 17) 557. Bir diğer görüş ise "isnat edilebilirlik" olarak kabul edilebileceğini belirtir. Bkz. Baysal 'İfa Güçlüğü' (n 6) 130; Baysal 'Uyarılama' (n 1) Kn. 641; Aybay (n 20) 335; Akıncı (n 1) 116; Doğan (n 17) 22.

yerinde olacaktır. Borçlunun temerrüde düşmesi için kusurlu olması gerekmemektedir⁴⁷. Dolayısıyla borçlunun temerrüde kusuruyla düşüp düşmediği uyarlama bakımından önem arz eder⁴⁸. Şöyle ki, borçlu temerrüde kusuru sebebiyle düşmüş ve ardından Covid-19 salgını sözleşmenin ifasını aşırı ölçüde güçleştirmişse bu durumun sonuçlarına borçlunun katlanması gerekir⁴⁹. Zira borçlu edimini zamanında ifa etmiş olsaydı pandemi sözleşmeyi etkilemeyecekti. Ancak borçlu temerrüde düşmede kusuru olmadığını kanıtlarsa uyarlama imkanından yararlanabilmesi gerekir⁵⁰. Zira TBK md. 119/f.2 hükmündeki düzenlemeye göre “*Borçlu, temerrüde düşmekte kusuru olmadığını veya borcunu zamanında ifa etmiş olsaydı bile beklenmedik hâlin ifa konusu şeye zarar vereceğini ispat ederek bu sorumluluktan kurtulabilir*”. O halde borçlu kusuru olmadan temerrüde düşmüş ve bu aşamada pandemi sebebiyle aşırı ifa güçlüğüyle karşılaşmışmısa, böyle bir durumda aşırı ifa güçlüğünün borçludan kaynaklandığını söylemek mümkün olmayacaktır. Temerrüt dışında borçludan kaynaklanabilecek ve dolayısıyla uyarlamayı engelleyebilecek bir diğer durum ise ortaya çıkan olağanüstü

47 Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp (n 1) 919; Oğuzman/Öz (n 2) Kn. 1533; Eren ‘Genel’ (n 1) Kn. 3432; Nomer (n 1) 370; Kılıçoğlu (n 1) 876.

48 Yargıtay, borçlunun temerrüde kusuruyla düşüp düşmediği konusunda bir ayırım yapmadan temerrüdün uyarlama imkanını ortadan kaldıracağını kabul etmektedir. Konuyla ilgili Yargıtay kararları şu şekildedir: “...Dava, sözleşmenin uyarlanması istemine ilişkindir. Daireminin yerleşik uygulamasına göre, sözleşmenin uyarlanmasının istenebilmesi için sözleşmenin sona ermemiş olması, diğer anlatımla borçlunun temerrüde düşmemiş bulunması gerekmektedir”. (Yargıtay 11 HD, 3324/6874, T. 1.7.2002 sayılı karar için bkz. www.kazanci.com. Erişim Tarihi 01.06.2020). YHGK, 15-402/459, T. 30.05.2001 sayılı kararında ise “...Öte yandan yüklenicinin uyarlama istemesi için davadan önce temerrüde düşmemesi gerekir. Oysa sözleşme süresi içinde davalı edimini yerine getirmemiş inşaatın ancak % 85’ini yapabilmıştır. O halde temerrüde düşen borçlu, uyarlama talep hakkını yitirmiş olur”. Bkz. www.kazanci.com. Erişim Tarihi 01.06.2020. Benzer bir kararda da şu ifadeler yer verilmiştir: “... Davacının olağanüstü koşulların oluştuğunu ileri sürdüğü döviz kurlarındaki artış döneminden önce taksit ödemelerinde temerrüde düştüğü davalı savunmaları ve dosya içerisindeki ihtarname metinlerinden anlaşılmaktadır. Böyle bir durumda olan borçlunun BK. 102. maddesi uyarınca da uyarlama talep etmek hakkını kullanamayacağını kabulü gerekeceğinden dava bu yönden de hukuki dayanaktan yoksun bulunmaktadır...”. Yargıtay 11 HD, 534/4540, T. 2.6.1995 sayılı karar için bkz. www.kazanci.com. Erişim Tarihi 01.06.2020. Alman Hukukunda aynı yönde BeckOK BGB/Lorenz BGB § 313 Rn. 27.

49 Gürsoy (n 1) 154; Kaplan (n 1) 144; Arat (n 1) 137; Topuz ‘İfa Güçlüğü’ (n 1) 274; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu (n 1) Kn. 978a.

50 Oğuzman/Öz (n 2) Kn. 619; Kaplan (n 1) 144; Arat (n 1) 137; Topuz ‘İfa Güçlüğü’ (n 1) 274-275.

durumun sözleşmeye olan etkilerini en aza indirmek için gerekli tedbirlerin alınmamasıdır⁵¹. Bu durum yine aşırı ifa güçlüğü'nün borçludan kaynaklandığı şeklinde yorumlanabilir. Böyle bir durumda pandemi yine sözleşmeyi etkileyecek ve dolayısıyla aşırı ifa güçlüğü'ne yol açacaktır. Başka bir ifadeyle, borçlu alacağı birtakım tedbirlerle pandeminin sözleşmeyi daha az etkilemesini sağlayabilecekken bunu yapmamışsa o takdirde yine aşırı ifa güçlüğü borçludan kaynaklanmış olacaktır.

3. Edimler Arasındaki Dengesizlik Sebebiyle İfanın İstenmesinin Dürüstlük Kuralına Aykırı Olması

Uyarlama talep edilebilmesi için sözleşmenin yapıldığı sıradaki edim dengesi, ortaya çıkan olağanüstü durum sebebiyle ağır bir şekilde bozulmalı ve artık borçludan ifanın talep edilmesi dürüstlük kuralına aykırılık oluşturmaldır. O halde her edim dengesizliğinde uyarlama yoluna gidilmesi mümkün değildir. Edim dengesizliği ağır olmalı ve açık bir şekilde anlaşılmalıdır⁵². Dolayısıyla pandemi sonucunda edimler arasındaki denge aşırı ölçüde bozulmuş olmalıdır. Öyle ki artık borçludan ifayı beklemek dürüstlük kuralına aykırı kabul edilmelidir. Burada somut sözleşme özelinde bir değerlendirme yapılması gerekecektir.

Ağır bir edim dengesizliğinden söz edebilmek için uyarlama talep eden tarafın ekonomik açıdan çok zorlanması hatta iflasa kadar gidecek bir sürecin içine girmesinin gerekip gerekmediği değerlendirilmelidir. Aşırı ifa güçlüğü'nün dar yorumlanması halinde taraflar arasındaki edim dengesi ne kadar bozulursa bozulsun, borçlu ekonomik olarak kötü bir duruma gelmiyorsa TBK md. 138 hükmünden yararlanmaması gerekir. Ancak doktrinde

51 Topuz 'İfa Güçlüğü' (n 1) 273.

52 Tunçomağ (n 1) 898; Eren 'Genel' (n 1) Kn. 1511; Kaplan (n 1) 140; Arat (n 1) 113; Yılmaz (n 1) 146; Gümüş (n 6) 88. Edim dengesizliğinin oran olarak belli bir ağırlığa ulaşmasının gerekmediği yönündeki görüş için bkz. Topuz 'İfa Güçlüğü' (n 1) 256-257. Alman Hukukunda da sözleşmelerde gerçekleşecek her türlü değişikliğin uyarlama talebine imkan vermeyeceği, anlaşmadaki koşullara uyulmasının hukuk kuralları ve adalet düşüncesi ile bağdaşmayacağı hallerde mümkün olabileceği, bu çerçevede her bir sözleşmenin kendi özel koşulları içerisinde değerlendirilmesi, tarafların edimleri arasındaki dengenin ciddi oranda bozulmuş olması gerektiği ifade edilmektedir. BeckOK BGB/Lorenz BGB § 313 Rn. 31.

haklı olarak belirtildiği gibi, uyarlamanın yapılabilmesi için borçlunun ekonomik açıdan mahvolması gerekmez⁵³. Zira edimler arasındaki dengesizlik tespit edilirken uyarlaması istenen sözleşme özelinde bir değerlendirme yapmak gerekecektir. O halde borçlunun gelir düzeyinin yüksek ya da düşük olması uyarlama bakımından bir kriter değildir. Borçlu ekonomik açıdan ne kadar güçlü olursa olsun bozulan edim dengesi sebebiyle ifanın istenmesi dürüstlük kuralına aykırı ise sözleşmenin uyarlanması yoluna gidilebilmez. Belirtelim ki, öngörülmeleyen olgu sebebiyle borçlunun karşı edimden beklediği fayda ortadan kalkmış veya çok azalmışsa; burada da kelime anlamı ile ifa güçlüğü bulunmamasına rağmen, edim dengesi aşırı bozulmuş sayılabilmektedir⁵⁴.

4. Edimin İfa Edilmemiş ya da İhtirazi Kayıtlı İfa Edilmiş Olması

TBK md. 138 hükmündeki düzenlemeye göre uyarlama talebinin bir diğer şartı borçlunun edimini ifa etmemiş olmasıdır. Bu durum, borçlunun aşırı ifa güçlüğü içinde olduğunun göstergesi olarak değerlendirilmektedir. Bunun yanında borçlu ifanın aşırı güçleşmesinden doğan hakkını saklı tutarak yani ihtirazi kayıtlı borcunu ifa etmişse de uyarlama talep edebilecektir⁵⁵. Bu düzenleme karşısında ihtirazi kayıt konulmadan ifa edilmiş edimler bakımından uyarlamanın mümkün olup olmayacağı sorusu gündeme gelmektedir. Baskın görüşe böyle bir durumda uyarlama mümkün değildir⁵⁶.

53 Gürsoy (n 1) 97; Oğuzman/Öz (n 2) Kn. 1837; Kaplan (n 1) 141; Arat (n 1) 114-115; Topuz 'İfa Güçlüğü' (n 1) 249; Yılmaz (n 1) 146; Elif Pak, Türk Borçlar Kanununda Aşırı İfa Güçlüğü (1. Bası, Seçkin 2020) 94.

54 Doktrinde bu konuda bir ayırım yapılması gerektiği ileri sürülmüştür. Buna göre sözleşmeye yönelik beklentiler önceden tahmin edilen olaylar yüzünden amaçsız kalmışsa temel hatasına dayanılabileceği; beklentiyi boşa çıkaran durumun öngörülmesi mümkün olmayan olaylardan kaynaklanması halinde ise sözleşmenin uyarlanması yoluna gidilebileceği ifade edilmiştir. Bkz. Gülekli (n 10) 61.

55 İhtirazi kayıt, edimin ifası anında ileri sürülmelidir. Dava aşamasında, edimin ifası sırasında aşırı ifa güçlüğüne düşülerek ifanın gerçekleştiğini belirtmek kanunun aradığı şart bakımından geçerli değildir. Bkz. Baysal 'Uyarlama' (n 1) Kn. 775. İhtirazi kayıtlı hukuki niteliğinin sözleşme benzeri bir irade açıklaması olduğu ve hakların saklı tutulduğuna yönelik ispatın HMK md. 200 gereği belgeyle olması gerekeceği yönünde bkz. Kılıçoğlu (n 1) 349.

56 Kaplan (n 1) 145; Eren 'Genel' (n 1) Kn. 1512; s. Arat (n 1) 124; İnceoğlu (n 6)

Doktrindeki bir görüşe göre ise ihtirazi kayıt ileri sürülmeden ifa edilen sözleşmeler bakımından da bazı şartlarda uyarlama yapılabilir. Bu çerçevede sözleşmenin akdedilmesinden sonra ortaya çıkan durum değişikliği adaletsiz bir durum yaratıyorsa ve ifa gerçekleştirildiği halde aslında beklenemez nitelikte ise uyarlama mümkün olabilmelidir⁵⁷. Kanaatimizce olağanüstü durum ve sözleşme üzerindeki etkileri ortaya çıkmış ancak borçlu edimini ihtirazi kayıt koymadan ifa etmişse artık uyarlama mümkün olmamalıdır. Zira böyle bir durumda borçlunun elinde ihtirazi kayıt gibi bir imkân vardır ve kullanmamıştır. Bu sebeple durum ne kadar olağanüstü olsa da sözleşmenin uyarlanması talebi reddedilmelidir.

Konuyla ilgili cevaplanması gereken bir diğer soru, Pandemi döneminden önce ödenen peşin işyeri kira bedellerine ilişkin uyarlama talep edilemeyeceğidir. Salgın hastalık henüz hiç ortada yokken örneğin Eylül ayında kiracının 1 yıllık işyeri kira bedelini peşin ödemesi halinde uyarlama talep edebilmesi mümkün olabilecek midir?⁵⁸ Burada borç ifa edilirken ihtirazi kayıt konması zaten mümkün değildir. Zira henüz olağanüstü durum gerçekleşmemiştir. Durumun ve şartların olağanüstü olması, tüm dünyanın pandemiyle en son 102 yıl önce karşılaşması gibi hususlar dikkate alınarak pandemi ortaya çıkmadan önce ihtirazi kayıt konulmadan peşin olarak ödenen kira bedelleri bakımından TMK md. 2 çerçevesinde uyarlamanın yapılabileceği kabul edilmelidir. O halde edimler arasındaki ağır dengesizlik sebebiyle ifanın dürüstlük kuralı çerçevesinde beklenemez hale geldiği noktadan itibaren uyarlama yapılabilir. Verdiğimiz örnekte, peşin ödenen kira parasının kira sözleşmesinin pandemi dönemine düşen kısmı bakımından uyarlama talep edilebilecektir. Elbette bu ödemede uyarlama için ihtirazi kayıt koşulu aranmayacaktır. Bu koşul, olağanüstü ifa engeli doğduktan sonra yapılan ödemeler içindir. Hatta pandemi ortaya çıktıktan sonra dahi peşin ve ihtirazi kayıtsız ödenen kira bedellerinde de uyarlama imkanının bulunduğu söylenebilecektir. Zira yukarıda da belirttiğimiz gibi

173. Mülga Borçlar Kanunu döneminde uyarlamanın yalnızca ifa edilmemiş edimler bakımından söz konusu olabileceği görüşü için bkz. Gülekli (n 10) 53.

57 Baysal 'Uyarlama' (n 1) Kn. 776.

58 Pandemi dönemi öncesinde, peşin ödenen ve uyarlama hakkı saklı tutulmayan kira sözleşmelerinde uyarlama imkanının ortadan kalktığı yönünde bkz. Aydemir (n 1) 282.

uyarlamayı engelleyen husus, olağanüstü durum ve sözleşme üzerindeki etkilerinin ortaya çıkmasıdır. Dolayısıyla pandemi varken dahi sözleşme üzerindeki etkilerinin henüz ortaya çıkmadığı bir dönemde kira bedeli peşin olarak ve ihtirazi kayıtsız ödenmişse uyarlama mümkün olabilmelidir. Örneğin yalnızca paket servis hizmeti veren bir restoranın verdiği hizmet pandemi döneminde azalmamış ve bu sebeple de kira bedelini peşin olarak ödemeyi tercih etmiştir. Ancak pandemi sebebiyle haftanın belli günlerinde sokağa çıkma yasağı uygulandığında bazı günler çalışmadığı için kazancında büyük oranda düşme meydana gelmiştir. Bu örnekte olağanüstü durum yani pandemi ortaya çıkmış ancak buna rağmen başlangıçta işyeri kira sözleşmesi etkilenmemiştir. Sonraki süreçte ise pandemi sebebiyle alınan bazı idari kararların sözleşme üzerinde etkileri olmuştur. O halde pandeminin sözleşmeyi etkilemediği bir dönemde kira bedeli peşin olarak ve ihtirazi kayıtsız ödenmişse de bu kira sözleşmesi uyarlanabilmelidir.

Doktrinde tartışmalı olan bir diğer mesele ise sona eren sözleşmelerin uyarlanmasının söz konusu olup olmadığıdır. Bir görüş sözleşmenin sona ermesi halinde uyarlamanın mümkün olmayacağını kabul etmektedir⁵⁹. Aksi yöndeki görüş ise TBK md. 138 hükmünde ihtirazi kayıtlı ifa edilen edimler bakımından uyarlama talep edilebileceğine göre sözleşme sona erdikten sonra geçmişe yönelik uyarlamanın mümkün olabileceğini kabul etmektedir⁶⁰. Kanaatimizce de aşırı ifa güçlüğünden kaynaklanan haklar saklı tutulmuşsa sözleşme sona erdikten sonra da uyarlama davası açılabilir. Zira TBK md. 138 hükmündeki düzenlemenin buna imkân verdiği düşüncesindeyiz. Ancak pandemi gibi çok istisnai ve olağanüstü durumlarda, olağanüstü durum ortaya çıkmadan önce ihtirazi kayıt konulmadan ifa edilen sözleşmelerde uyarlamayı kabul eden görüşümüze rağmen, ihtirazi kayıtsız ifadan sonra sözleşme sona ermişse artık uyarlama imkânı söz konusu olmamalıdır. Dolayısıyla yukarıda belirttiğimiz örnekte pandemiden önce işyeri kirası peşin olarak

59 Gürsoy (n 1) 149; Gülekli (n 10) 53; Eren 'Genel' (n 1) Kn. 1512; Fikret Eren, Borçlar Hukuku Özel Hükümler (7. Bası, Yetkin 2019) Kn. 1379; Arat (n 1) 123; Yılmaz (n 1) 155; Antalya (n 2) Kn. 1651; Ural Çınar (n 21) 129; Akıncı (n 1) 115. Kira sözleşmelerinde ihtirazi kayıtlı kira borcu ifa edilmiş olsa bile sözleşme sona erdiği andan itibaren uyarlama davası açılmayacağı ancak dava açıldıktan sonra sözleşme sona ererse uyarlama yapılabileceği yönünde bkz. Gümüş (n 6) 90.

60 İnceoğlu (n 6) 175.

ödenmiş ve sözleşme uzamayıp sona erdirilmişse artık sözleşmenin uyarlanması mümkün olmamalıdır. Böyle bir durumda uyarlama imkanından yararlanmak isteyen kiracı, sözleşmenin sona erme tarihinden önce uyarlama davası açmalıdır. Zira aksi durum çelişkili davranış yasağı kapsamında değerlendirilecektir. Bu konuya ilişkin olarak üzerinde düşünülmesi gereken bir diğer husus ise borçlunun sözleşme sona ermeden dava açmak yerine yazılı bir bildirimde bulunarak uyarlama davası açma hakkını saklı tuttuğunu belirtmesidir. Böyle bir durumda da borçlunun uyarlama imkânı söz konusu olacak mıdır? Kanaatimizce bu soruya olumlu yanıt verilebilecektir. Yukarıda verdiğimiz örnekte kiracı kira sözleşmesinin uzamasını istemediği takdirde TBK md. 347 hükmü gereğince kira sözleşmesinin sona ermesinden en az on beş gün önce yazılı bir bildirimde bulunacaktır. Bu bildirimde uyarlama davası açma hakkını saklı tuttuğunu da belirtirse, kira sözleşmesi sona erdikten sonra da uyarlama talebinde bulunabileceği kanaatindeyiz. Bu düşünce, kira sözleşmesi dışında kalan diğer sözleşmeler bakımından da uygulama alanı bulabilecektir. Uyarlama talep edecek olan taraf, sözleşme sona ermeden önce uyarlama talep etme hakkını saklı tuttuğunu karşı tarafa bildirdiği takdirde sözleşme sona erdikten sonra da dava açabilecektir.

5. Aşırı İfa Güçlüğü ile Öngörülemez Olağanüstü Durum Arasında İlliyet (nedensellik) Bağı Olmalı

Aşırı ifa güçlüğü, öngörülemez olağanüstü olay sonucu olmalıdır. Başka bir ifadeyle taraflar arasında bozulan edim dengesizliğinin sebebi, ortaya çıkan öngörülemez olay olmalıdır. Bu şekilde bir illiyet bağı olmadığı takdirde sözleşmenin uyarlanması da söz konusu olmayacaktır⁶¹. Kanımızca bu illiyetin, varlığı ispat edilmek şartıyla, mutlaka uygun illiyet olması gerekmez. Burada haksız fiil veya sözleşmeden doğan sorumluluklardaki gibi sorumluyu ancak hayatın olağan akışına uygun sonuçlardan sorumlu tutma amacı izlenmemiştir. TBK m.138'deki hakların tanınmasında amaç, bir tarafı öngöremeyeceği ve engelleyemeyeceği sebeplerden doğan edim dengesizliklerine karşı korumaktır. Bu bakımdan, tıpkı sebepsiz zenginleşmenin iadesi borcu gibi, burada alelade illiyetin varlığı yetmelidir.

61 Arat (n 1) 124; Yılmaz (n 1) 158; Pak (n 44) 98; Doğan (n 17) 25-26; Tüzüner/Öz (n 20) 445.

6. Kanunda veya Sözleşmede Uyarlamaya İlişkin Bir Düzenleme Olmamalı

A. Sözleşmesel Uyarlama

Taraflar, sözleşmeyi hazırlarken uyarlamayla ilişkin birtakım hükümleri sözleşmeye koyabilirler. Bu halde öncelikle sözleşmede yer alan uyarlama kayıtları esas alınacaktır. Ancak sözleşmede hüküm bulunmayan hallerde uyarlamaya ilişkin özel hükümlerin yahut TBK md. 138 hükmünün uygulanması söz konusu olabilecektir⁶². Burada iki tür uyarlama kaydı söz konusu olmaktadır. Bunlardan biri olumlu uyarlama kayıtları diğeri ise olumsuz uyarlama kayıtlarıdır⁶³. Özellikle olumsuz uyarlama kayıtların geçerliliği, TBK md. 138 hükmünün emredici nitelikte olup olmadığıyla yakından ilgilidir. Doktrinde TBK md. 138 hükmünün emredici nitelikte olup olmadığı konusunda farklı görüşler mevcut olmakla birlikte⁶⁴, bizim de katıldığımız görüş emredici olmadığı yönündedir.

a. Olumlu Uyarlama kayıtları

Olumlu uyarlama kayıtları, durum değişiklikleri halinde sözleşmenin değişen koşullara uyarlanmasına ilişkin düzenlemeler içermektedir⁶⁵.

62 Warmuth, 16.

63 Kaplan (n 1) 116; Arat (n 1) 140; Topuz ‘İfa Güçlüğü’ (n 1) 166; Havutçu (n 4) 338; Baysal ‘Uyarlama’ (n 1) Kn. 667; Yavuz/Acar/Özen (n 17) 563; Antalya (n 2) Kn. 1640.

64 Baskın görüş hükmün emredici nitelikte olmadığını kabul etmektedir. Gümüş (n 6) 87; Baysal ‘Uyarlama’ (n 1) Kn. 665. Hükmün kamu düzeninden olması gerekçesiyle nisbi emredici bir düzenleme olduğu yönündeki aksi görüş için bkz. İnceoğlu (n 6) 163.

65 Öğretide olumlu uyarlama kayıtlarına ilişkin verilen örnekler şu şekildedir: “Savaş, grev ve nükleer tehlike gibi olayların çıkması halinde, sözleşmenin sona ermesini veya sözleşmedeki edimlerin değiştirilmesini öngören kayıtlar, İnşaat malzemeleri birim fiyatlarının (demir, çelik, çimento vb. Gibi) değişmesi halinde, sözleşmedeki ücretin değiştirileceğine ilişkin kayıtlar, ağır kış şartlarının gerçekleşmesi halinde, nakliye sürelerinin veya inşaat süresinin uzayacağına ilişkin kayıtlar, petrol, bakır, elektrik gibi hammadde fiyatlarının yükselmesi veya ham madde kıtlığı veya ithalat veya ihracat yasağı veya tüketim mallarının fiyat endekslerinin değişmesi halinde sözleşmedeki fiyatların değiştirileceğine ilişkin kayıtlar, force-majeure (beklenmeyen haller) durumunda sözleşmenin değiştirileceğine ilişkin kayıtlar, sözleşmenin taraflarından birinin trafik kazasında ölümü halinde sözleşmenin sona ereceğine ilişkin kayıtlar, ülkedeki döviz kurlarında dönemlerinde sözleşmenin

Olumlu uyarlama kayıtları söz konusu olduğunda taraflar genel nitelikteki ifadelerle öngörülemeyen değişikliklerde uyarlama yapılacağını belirtirler⁶⁶ ya da belirli bazı durumlarda uyarlama yapılacağını düzenleyebilirler⁶⁷. Bu şekildeki düzenlemelerde uyarlamanın nasıl yapılacağı da belirtilebilir. Olumlu uyarlama kayıtlarının diğer bir görünümü olarak, beklenmeyen durumların gerçekleşmesinden sonra tarafların sözleşmeyi tek-rar birlikte değerlendireceği yani yeniden müzakere edecekleri kararlaştırılabilir⁶⁸. Bazı sözleşmelerde ise belirli bazı durumların ortaya çıkması halinde sözleşmenin sona ereceği yönünde kayıtlar konabilir⁶⁹.

Sözleşmede olumlu uyarlama kayıtlarının mevcut olması halinde öncelikle sözleşme hükümleri çerçevesinde uyarlama yapılması gerekecektir. Dolayısıyla TBK md. 138 hükmü uygulanmayacaktır. Bu kayıtların en önemli işlevi, TBK m.138'deki "öngörülmezlik" ve "öngörülememe" şartını kaldırmalarıdır. Zaten sözleşme kurulurken hangi hallerin nasıl bir uyarlama hakkı sağlayacağını belirtmesi, bu durumun öngörüldüğünü ve dikkate alındığını göstermektedir. Örneğin, özellikle belirli bir durumun gerçekleşmesi halinde sözleşmenin sona ereceği düzenlenmişse o takdirde TBK md. 138 hükmü çerçevesinde sözleşmenin uyarlanması talep edilemeyecektir. Zira taraflar sözleşmeyi hazırlarken o durumu öngörülemez nitelikten çıkarak nasıl bir sonuç bağlanacağını sözleşmede kararlaştırmışlardır.

tüm hükümlerinin icrasını, ilgili bakanlığın döviz transfer müsaadesi vermesini bağlı tutan kayıtlar, sözleşmedeki kira bedelinin her yıl ülkedeki enflasyon oranına göre değişeceğine ilişkin kayıtlar". Bkz. Kaplan (n 1) 118-119.

66 Örneğin beklenmeyen durumlar veya önceden öngörülemeyen hallerde uyarlama yapılacağını belirten hükümler bu niteliktedir. Kaplan (n 1) 119; Arat (n 1) 142.

67 Savaş çıkması halinde sözleşmenin değişen koşullara uyarlanacağını belirtmesi örnek gösterilebilir. Kaplan (n 1) 118; Arat (n 1) 142-143.

68 Kaplan (n 1) 119; Topuz 'İfa Güçlüğü' (n 1) 169; Baysal 'Uyarlama' (n 1) Kn. 671; Antalya (n 2) Kn. 1647. Doktrinde, sözleşmede müzakere konusunda bir yükümlülük olmasa dahi tarafların uyarlamaya yönelik haklarını kullanmadan önce bir araya gelerek müzakerede bulunmasının dürüstlük kuralının bir gereği olduğu, müzakerelerin olumsuz sonuçlanması halinde uyarlama yoluna gidebilecekleri ifade edilmiştir. Buna göre tarafların müzakere ödevini yerine getirmemeleri uyarlama haklarını kaybetmeleri sonucunu doğuracaktır. Bkz. Baysal 'Müzakere' (n 1) 197-198. Aynı yönde Tercier/Pichonnaz/Develioğlu (n 1) Kn. 979c.

69 Bu durum, TBK md. 173/f.1 çerçevesinde bozucu şart olarak kabul edilebilecek ancak durum değişikliği halinde taraflardan birine sözleşmeyi sona erdirmeye hakkı verilmişse o takdirde bozucu şart olarak düşünülmemektedir. Bkz. Kaplan (n 1) 118.

Sözleşmede bazı beklenmedik durumlarda uyarlama yapılacağına ilişkin düzenleme bulunmakla birlikte “salgın hastalık” ibaresi yoksa sözleşme hükmü kapsamında uyarlama yapılabilir mi? Örneğin sözleşmede deprem, sel gibi beklenmedik durumlarda uyarlama yapılacağı belirtilmişse bu durum pandemiye de kapsayacak mıdır? Doktrinde olumlu uyarlama kayıtlarının kıyas yoluyla genişletilmemesi gerektiği ancak sözleşme hükmünün amacına ve ruhuna uygun olması halinde genişletilebileceği ifade edilmiştir⁷⁰. Bizim görüşümüze göre de eğer sayılan haller, pandemiyle hiçbir şekilde bağlantılı değilse sözleşme hükmü kapsamında uyarlama yapılmamalıdır. Örneğin deprem, volkanik patlamalar, ekonomik kriz gibi olağanüstü durumlarda uyarlama yapılacağı belirtilmişse, “gibi” ifadesine dayanarak pandemiye de bu kapsama almak mümkün olmayacaktır.

Eğer sözleşmedeki olumlu uyarlama kaydına rağmen pandemi çerçevesinde uyarlama yapılamıyorsa o takdirde diğer şartların varlığı halinde TBK md. 138 hükmüne dayanmak mümkün olmalıdır.

b. Olumsuz uyarlama kayıtları

Sözleşmenin tarafları, sözleşmeye koydukları hükümle durum değişikliğine rağmen sözleşmenin uyarlanmayıp aynen ifa edileceğini kararlaştırabilirler. Bu şekilde sözleşme hükümlerine olumsuz uyarlama kayıtları denilmektedir⁷¹. Böyle bir durumda değişikliğin getirdiği riziko taraflardan biri üzerinde bırakılmış olacaktır.

Olumsuz uyarlama kayıtlarına uygulamada sıklıkla rastlanmakta ve genellikle iki şekilde hazırlanmaktadır. Bunlardan bir tanesi genel nitelikte ifadeler kullanılmak suretiyle hazırlanan hükümlerdir⁷². Örneğin, beklenmedik olağanüstü durumlarda sözleşmenin uyarlanması ya da feshinin talep edilemeyeceğini belirtilen bir hüküm genel niteliktedir. Bunun gibi, mücbir

70 Baysal ‘Uyarlama’ (n 1) Kn. 680. Örneğin savaş ifadesinin yer alması halinde, iç savaş ya da terör saldırılarının da hükmün kapsamına gireceği ifade edilmiştir. Arat (n 1) 146; Baysal ‘Uyarlama’ (n 1) Kn. 680.

71 Kaplan (n 1) 120; Arat (n 1) 147; Baysal ‘Uyarlama’ (n 1) Kn. 674.

72 Doktrinde, genel nitelikte hazırlanan olumsuz uyarlama kayıtlarının sözleşmeye bağlılık ilkesinin tekrarı oldukları ifade edilmiştir. Kaplan (n 1) 121; Arat (n 1) 147.

sebeb hallerinde uyarlama söz konusu olmadan sözleşmenin aynen ifa edileceğini belirten hükümlere de rastlamak mümkündür⁷³. Bu şekilde hazırlanan genel nitelikteki olumsuz uyarlama kayıtları, sözleşmenin TBK md. 138 hükmü kapsamında uyarlanmasına engel olmamalıdır. Zira soyut ve genel nitelikteki ifadelerle bütün öngörülemez halleri öngörülebilir hale getirmek mümkün değildir. Dolayısıyla aslında uyarlamayı engelleyen hükmün bizzat kendisi, TBK md. 138'deki uyarlama şartını sağlamaktadır⁷⁴. Aşırı ifa güçlüğüne uğrayan tarafın bu “uyarlamama” hükmünü kabul ederken dahi ileride gerçekleşecek ifa güçlüğüne öngörmediği söylenebilecektir. O halde bu şekilde hazırlanan genel nitelikte olumsuz uyarlama kaydına dayanarak, uyarlamanın yapılamayacağı söylenememelidir.

Kanımızca uygulamada oldukça tartışma yaratacak durum “doğal afet” ibaresinin nasıl değerlendirileceğidir. Pandemiden önceki süreçte doğal afet denildiğinde ilk akla gelen deprem, sel, kuraklık, volkanik faaliyetler, hortum gibi karşı konulamaz doğa olaylarıdır. Salgın hastalığın da bir doğal afet olarak kabul edildiği görülmüştür⁷⁵. Ancak doğal afet, çok geniş bir kavramdır ve ülke özelinde değerlendirilmelidir. Örneğin, Çin’de salgın hastalık sıklıkla görülürken Türkiye’de sık karşılaşılan bir durum değildir. Dolayısıyla Türkiye’de hazırlanan bir sözleşmede yer alan doğal afet hükmünün salgın hastalığı da kapsadığını kabul etmek çok mümkün görünmemektedir. O halde doğal afet ibaresinin yer aldığı sözleşme hükümleri de genel nitelikte hazırlanan olumsuz uyarlama kayıtları kapsamında değerlendirilmelidir.

Olumsuz uyarlama kayıtlarından bir diğer görünümü hangi hallerde uyarlama istenemeyeceğinin özel olarak belirtildiği hükümlerdir⁷⁶. Bu tür kayıtlarda genel ifadeler yerine açık bir şekilde uyarlama talep

73 Burada tarafların yaptıkları nitelendirmeden bağımsız olarak TBK md 19 hükmü çerçevesinde sözleşme yorumlanmalıdır.

74 Doktrinde, sözleşmedeki uyarlama hükümlerinin uyarlama konusu olabileceği yönünde bkz. Gümüş (n 6) 87; Baysal ‘Uyarlama’ (n 1) Kn. 675.

75 <http://www.iusarc.org/wp-content/uploads/2018/06/Doğal-ve-İnsan-Kaynaklı-Felaketler-Sonuçları-ve-Afet-Yönetimi.pdf>. Erişim Tarihi 15.06.2020. Afad, salgın hastalıkları biyolojik afet olarak kabul etmektedir. Bkz. <https://www.afad.gov.tr/afadem/dogal-afetler> Erişim Tarihi 15.06.2020.

76 Kaplan (n 1) 121; Arat (n 1) 147.

edilemeyecek durumlar tek tek sayılır. Deprem, savaş, grev, salgın hastalık söz konusu olduğunda sözleşmenin aynen ifa edileceğini belirten bir sözleşme hükmü örnek gösterilebilir. Burada öngörülemez nitelikteki durumlar, sözleşme hükmüyle artık öngörülebilir hale gelmiş olduğundan sözleşmenin uyarlanması yoluna gidilemeyecektir⁷⁷. O halde bu şekilde hazırlanan olumsuz uyarlama kayıtlarında özel olarak “salgın hastalık” tan söz edilmişse “öngörülemezlik” şartı ortadan kalktığı söylenebilecektir. Ancak “salgın hastalık” ibaresine rağmen mevcut pandeminin kimse tarafından öngörülmesinin mümkün olmadığı ve uyarlama imkanını ortadan kaldırmadığı yönünde bir düşüncenin de ileri sürülmesi elbette mümkündür. Olumlu uyarlama kayıtlarında olduğu gibi olumsuz uyarlama kayıtlarında da belli başlı bir kaç durum sayıldıktan sonra “gibi” ya da “benzeri” şeklinde ifadelere yer verilmiş olabilir. Kanaatimizce bu şekildeki ifadeler dikkatli bir şekilde değerlendirilmelidir. Örneğin deprem, sel, kuraklık gibi olağanüstü durumlarda uyarlama talep edilemeyeceğinin belirtilmesi halinde salgın hastalık bu kapsamda kabul edilmemelidir. Zira bahsi geçen durumlarla salgın hastalığın bir bağlantısı yoktur. Buna karşılık, sözleşme metninde sadece “hastalık” ifadesi geçmesi halinde, her sözleşmenin özelliği dikkate alınarak sonuca varılmalıdır. Örneğin bir okul sözleşmesinde “*hastalık sebebiyle ücret ödeme borcu sona ermez*” denmiş olması, öğrencinin uğradığı hastalıktan dolayı okula gelememesini kapsar şeklinde yorumlanabilir. Bu durumda bu olumsuz uyarlama hükmü pandemiden dolayı eğitim faaliyetinin etkilenmesini kapsamaz.

Yargıtay ise bazı kararlarında sözleşmede yer alan olumlu ya da olumsuz uyarlama kayıtlarını TMK md. 2/f.2 çerçevesinde hakkın kötüye kullanılması olarak kabul etmiş ve TBK md. 138 hükmü çerçevesinde uyarlamanın

77 Alman Hukukunda da sözleşme taraflarından birinin sözleşme ile açıkça belirli bir riski üstlendiği takdirde, bu riskin gerçekleşmesi durumunda bu tarafın uyarlama talep edemeyeceği kabul edilmektedir. Örneğin, uzun süreli bir tedarik sözleşmesinde taraflar sabit bir fiyat üzerinde anlaştıkları takdirde, malzeme fiyatları önemli ölçüde artmış olsa da tedarikçi kural olarak fiyat artışı talebinde bulunamayacaktır. Uygulamada genellikle taraflar tedarikçinin fiyat artışlarına uyum sağlayabilmesi için sözleşmelere bir fiyat düzenleme koşulu getirmektedirler. Geçerli bir düzenleme ile getirilen böyle bir koşul tedarikçinin değişen fiyatlara uyum sağlayabilmesini temin edecektir. Mann/Schenn/Baisch, C. Gesetzliche Regelungen für COVID-19-bedingte Leistungsstörungen, Beck Online.

mümkün olduğu sonucuna ulaşmıştır. Buna göre “Sözleşmenin yeni durumlara uyarlanması yapılırken önce sözleşmede, daha sonra kanunda bu hususta intibak hükümlerinin bulunup bulunmadığına bakılır. Sözleşmede ve kanunda hüküm bulunmadığı takdirde sözleşmenin değişen hal ve şartlara uydurulmasının gerekip gerekmeyeceği incelenir. Bazen de sözleşmede olumlu ve olumsuz intibak kaydı bulunmakla beraber, bu kayda dayanılarak sözleşmenin kayıtlı birlikte aynen uygulanmasını talep etmek MK. md. 2/2 hükmü anlamında hakkın kötüye kullanılması manasına gelebilir. Böyle bir durumda sözleşmedeki intibak kaydına rağmen edimler arasında aşırı bir nispetlilik çıkmışsa uyarlama yine yapılmalıdır”⁷⁸. Bir diğer Yargıtay kararında da kira sözleşmesindeki olumsuz uyarlama kaydı geçerli kabul edilmemiş ve sözleşmenin uyarlanmasına karar verilmiştir⁷⁹.

Olumlu ya da olumsuz uyarlama kayıtlarının özel bir görünümü de sözleşme hükmünde uyarlamanın TBK md. 138’de düzenlenmemiş bazı özel

78 YHGKE. 13-599/599 T. 15.10.2003; Yargıtay 13 HD, 871/5745 T. 26.04.2010; Yargıtay 3 HD, 8973/13817 T. 30.05.2012; Yargıtay 3 HD, 22344/26304 T. 20.12.2012; Yargıtay 3 HD, E. 8316/2336, T. 20.03.2019. Kararlar için bkz. www.kazanci.com. Erişim Tarihi 05.06.2020.

79 Yargıtay 13 HD’nin 14870/3171 T. 3.3.2005 sayılı kararı şu şekildedir: “... sözleşmenin in’ikadi anında ileride ekonominin aniden bozulacağını, tarafların tahmin edip, bunun olumsuz sonuçlarına yalnız kiracının peşinen katlanacağını, kararlaştırdıkları şeklinde bir yoruma gidilmesi mümkün değildir. Kaldı ki, işlem temelini alt üst edecek, çökertecek edimin ifası iktisadi bir yıkım olacak nitelikte fahiş bir durumun mevcut bulunması hallerinde de çıkar dengesi aleyhine bozulan borçlunun M.K. 2/1 ‘deki yorum kurallarından kaynaklanan “Clausula Rebus Sic Stantibus” (Sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması) ilkesi uyarınca hakimden sözleşmenin edimler arasındaki bozulan dengesini dürüstlük ve hakkaniyete uygun bir duruma getirmesini isteme olanağına sahiptir. Gerçekte de sözleşme serbestliği ilkesi tarafların birbiri karşısında eşit hak sahibi olarak bulunmalarını ve sözleşmenin kuruluşu ve içeriği üzerinde serbestçe uyuşmalarını gerektirir. Hal böyle olunca da, ekonomideki ani bozulma (kriz) ve buna bağlı olarak döviz fiyatlarında meydana gelen çok patlamalar karşısında, sözleşmedeki denge davacı kiracı aleyhine katlanılmayacak derecede bozulabilir ve kiracı beklemediği, hiç hesaba katmadığı böyle bir sonuç la borçlarını ödeyemeyecek duruma girebilir.... Taraflar arasında 01.07.1995 tarihli 10 yıl süreli kira sözleşmesi bulunmaktadır. Davalının kiralananı banka şubesi olarak kullandığı uyumsuzluk konusu değildir. Sözleşmenin 4. maddesi ile taraflar kanuni ve iktisadi şartlarda bir değişiklik olduğunu ileri sürerek, kira bedelinin işbu mukaveledeki belirtilen miktarların fevkinde artırılması isteğinde bulunmayacaklarını kararlaştırmışlardır. Sözleşmedeki bu hüküm tarafların uyarlama davası açmasına engel değildir. Sözleşmedeki bu kararlaştırmaya rağmen edimler arasında aşırı bir nispetlilik çıkmışsa kira bedelinin günün koşullarına uyarlanması istenebilir...”. Karar için bkz. www.kazanci.com Erişim Tarihi 08.06.2020.

şartlara bağlanmasıdır. Örneğin, “uyarlama sebebinin ortaya çıkmasından itibaren 10 gün içinde uyarlama hakkının kullanılacağı yazılı olarak bildirilmelidir” veya “herhangi bir mücbir sebep, kiracının kazancının %80 veya daha fazla azalmasına yol açmadıkça uyarlama istenemez” gibi şartlar böyledir. Bu şekilde hazırlanan hükümlerin de kural olarak geçerli sayılması gerekir.

B. Kanuni Uyarlama

TBK md. 138 hükmü çerçevesinde uyarlamanın söz konusu olabilmesi için o sözleşme türüne yönelik özel bir kanuni düzenlemenin bulunmaması gerekir. Zira TBK md. 138 hükmü genel nitelikte bir hükümdür. Dolayısıyla özel bir düzenleme çerçevesinde sözleşmenin nasıl uyarlanacağı düzenlenmişse özel hükmün uygulanması gerekir. Örneğin salgın hastalık sebebiyle ortaya çıkan durum, eser sözleşmesinde kararlaştırılan götürü bedelle işin devamını etkiliyorsa TBK md. 138 hükmü değil, TBK md. 480/f.2 hükmünde düzenlenen şartlar aranıp uyarlama yapılacaktır⁸⁰.

Kanunda yer alan uyarlama hükümleri olumlu ya da olumsuz olabilir⁸¹. Olumlu uyarlama hükümleri, özel olarak uyarlamanın nasıl yapılaca-

80 TBK md 480/f.2 hükmünün değerlendirilmesine yönelik ayrıntılı bilgi için bkz. Baysal ‘Değerlendirme’ (n 1) 477-484.

Bunun gibi, kira sözleşmesinde haklı nedenle feshe ilişkin TBK md 331 hükmü, hasılat kirasıyla ilgili TBK md. 363 ve TBK md. 369, bağışlama sözleşmesine özgü TBK md. 296, kefalet sözleşmelerinde de TBK md. 599 hükmü kanundaki özel düzenlemelere örnek gösterilebilir. Konuya ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. Kaplan (n 1) 125 vd.

81 Kaplan (n 1) 124; Eren ‘Genel’ (n 1) Kn. 1501; Arat (n 1) 155; Yılmaz (n 1) 160; Baysal ‘Uyarlama’ (n 1) Kn. 700. Kanunda yer alan özel düzenleme uygulandığı takdirde adaletsiz ve anlamsız bir sonuç ortaya çıkacaksa, TBK md. 138 hükmünün yine de uygulanabileceği yönünde bkz Baysal ‘Uyarlama’ (n 1) Kn. 701. Ayrıca Alman Hukukunda özel yasal düzenlemeler bulunan hallerde de BGB § 313’ün uygulama alanı bulabileceği ifade edilmektedir. Örneğin kira hukukuna ilişkin olarak EGBGB §240 hükmünde corona salgını sebebiyle kira ödeme yükümlülüğünün yerine getirilemediği halde kira sözleşmesinin feshedilmesine ilişkin bir kısıtlama getirilmiştir. Bununla birlikte söz konusu düzenleme sözleşmenin uyarlanmasını içermemektedir. Bu nedenle bu özel düzenlemeye ek olarak BGB § 313 hükmü de uygulama alanı bulabilecektir. Ayrıca IfSG (Alman Enfeksiyona Karşı Koruma Yasası) tedbirlerinden etkilenen ticari kira sözleşmeleri için BGB § 313 hükmünün de uygulanabileceği kabul edilmektedir. Warmuth (n 23) 17. Alman Hukuku’nda kira sözleşmelerinde BGB § 313 hükmünün oldukça sınırlı olarak uygulanabileceği ifade edilmektedir.

ğını gösteren, uyarlama imkânı veren hükümlerdir. Olumsuz uyarlama hükümleri ise değişen şartların varlığına rağmen uyarlamaya imkan tanımayan hükümlerdir⁸².

Hem sözleşmede hem de kanunda özel bir hüküm varsa, hükmün emredici olmadığı görüşünden hareketle kural olarak sözleşme hükümleri esas alınmalıdır⁸³.

IV. UYARLAMA TALEBİ

TBK md. 138 hükmündeki düzenlemeye göre uyarlamanın söz konusu olabilmesi için borçlunun hâkimden uyarlama talebinde bulunması gerekecektir. Her ne kadar hükümde borçlunun hâkimden uyarlama talep etmesi gerektiği belirtilse de doktrinde bu talebin mutlaka dava yoluyla mı kullanılması gerekeceği konusunda bir tartışma mevcuttur. Bu tartışmanın çıkış noktasını, uyarlamanın mümkün olmaması halinde borçluya tanınan dönme hakkının nasıl kullanılacağı oluşturmaktadır. Bir görüş, TBK md. 138 hükmüne göre özel hüküm niteliğindeki TBK md. 480/f.2 hükmünün gerekçesinden hareket etmektedir. Buna göre hükmün gerekçesinde uyarlama hakkının mutlaka dava yoluyla kullanılması zorunlu olmayan yenilik doğuran bir hak olarak belirtildiği, bu sebeple TBK md. 138 hükmü çerçevesindeki uyarlama hakkının da mutlaka dava yoluyla kullanılmasının gerekmeyeceği ifade edilmiştir⁸⁴. Bu görüş hem uyarlama talebinin hem de sözleşmeden dönme/fesih hakkının yenilik doğuran bir hak olduğunu kabul etmekte ve buna göre iki hakkın da dava dışı yolla kullanılabileceğini ileri sürmektedir⁸⁵.

Ayrıntılı bilgi ve 2008 ekonomik krizi ile karşılaştırmalı değerlendirmeler için bkz. Weidt, Christopher/ Schiewek, Anne-Colleen, Geschäftsschließungen wegen Corona – mietrechtlich ein Fall des § 313 BGB? NJOZ 2020, 481- 485.

82 Kaplan (n 1) 124; Arat (n 1) 155; Baysal 'Uyarlama' (n 1) Kn. 700.

83 Arat (n 1) 132; Baysal 'Uyarlama' (n 1) Kn. 705; Pak (n 44) 47.

84 Baysal 'İfa Güçlüğü' (n 6) 139; Baysal 'Uyarlama' (n 1) Kn. 854. Uyarlama hakkının yenilik doğuran hak olduğu yönünde Serozan 'Dönme' (n 14) 356; Nomer (n 1) 356; Arat (n 1) 173; Yavuz/Acar/Özen (n 17) 564; Aybay (n 20) 336.

85 Serozan 'Dönme' (n 14) 355-356; Nomer (n 1) 356; Arat (n 1) 173; Baysal 'Uyarlama' (n 1) Kn. 838.

Bir diğer görüş ise, uyarlama talebinin dava yoluyla ileri sürülmesi gerektiğini savunmaktadır⁸⁶. Ancak borçlu uyarlamanın mümkün olmayacağını düşünüyorsa dönme hakkını yenilik doğuran bir hak olarak ister dava yoluyla isterse dava dışı yolla kullanabilecektir⁸⁷. Bu durumun sakıncası ise uyarlamanın mümkün olduğu durumlarda ortaya çıkacaktır. Uyarlama mümkün olmasına karşın borçlu dönme hakkını kullanmışsa o takdirde borca aykırılık hükümleri kapsamında sorumluluğu söz konusu olacaktır⁸⁸. Kanaatimizce de uyarlama ancak hâkim kararıyla mümkün olmalıdır. Zira kanunun lafzı son derece açıktır. Sözleşmenin uyarlanmasını borçlunun yapacağı tek taraflı irade açıklamasıyla mümkün kılmak, aslında mağdur tarafı sözleşmenin diğer tarafına karşı son derece güçlü kılmak anlamına gelir. Bunun yerine uyarlamanın hakim tarafından yapılması en adaletli çözüm olacaktır. Ancak dönme ya da fesih hakkı yenilik doğuran bir hak olarak dava dışı yolla kullanılabilecektir.

V. UYARLAMA DAVASININ AÇILMA ZAMANI

TBK md. 138 hükmünde uyarlama davasının ne zaman açılması gerektiği konusunda bir düzenleme yoktur. Dolayısıyla pandeminin sözleşme üzerindeki etkileri ortaya çıktıktan sonra istenildiği zaman dava açılabilir. Ancak borçlu ihtirazi kayıtlı borcunu ifa etmek yerine hiç ifa etmeme yolunu tercih etmişse davanın çok zaman geçmeden açılmasında fayda vardır. Davanın açılması bakımından bir süre bulunmamakla birlikte doktrinde olağanüstü durum ortaya çıktıktan çok sonra dava açılmasının ifanın beklenemez olmadığı yönünde bir kanaat oluşturabileceği ifade edilmiştir⁸⁹. Kanaatimizce de güven teorisi çerçevesinde aşırı ifa güçlüğü ortaya çıktıktan

86 Oğuzman/Öz (n 2) Kn. 1838; Kaplan (n 1) 138; Topuz ‘İfa Güçlüğü’ (n 1) 331; Gümüş (n 6) 86; Aydemir (n 1) 283; İncoğlu (n 6) 174; Antalya (n 2) Kn. 1660; Ural Çınar (n 21) 131; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu (n 1) Kn 979c; Doğan (n 17) 30.

87 Oğuzman/Öz (n 2) Kn. 1838; Gümüş (n 6) 86; İncoğlu (n 6) 177; Antalya (n 2) Kn. 1676. Kanunda ya da sözleşmede hüküm yoksa sözleşmenin sona erdirilmesi yönünde bir hakkın inşai bir hak olamayacağı yönünde bkz. Topuz ‘İfa Güçlüğü’ (n 1) s. 340.

88 Oğuzman/Öz (n 2) Kn. 1838.

89 Gümüş (n 6) 88. Süre konusunda çok katı değerlendirme yapılmaması gerektiği, borçlunun alacaklıyla öncelikle uzlaşma yolunu tercih edebileceği ve bu kapsamda da belli bir sürenin geçebileceği yönünde bkz. İncoğlu (n 6) 175.

sonra çok zaman geçirilmeden davanın açılmasında fayda bulunmaktadır. Sürenin ne kadar olacağı ise somut olay çerçevesinde değerlendirilmelidir.

VI. UYARLAMA DAVASININ SONUÇLARI

1. Sözleşmenin Uyarlanması

TBK md. 138 hükmündeki şartların varlığı halinde sözleşmenin uyarlanması imkânı gündeme gelecektir. Sözleşmelerin uyarlanması konusunda takdir yetkisi hâkime aittir⁹⁰. Dolayısıyla sözleşmenin ne şekilde uyarlanacağına hâkim karar verecektir. Elbette ki hâkim uyarlamayı yaparken iki tarafın da menfaatlerini gözetmek ve buna uygun olarak hakkaniyete ve dürüstlük kuralına uygun bir uyarlama yapmak zorunda olacaktır⁹¹.

Uyarlamanın nasıl olacağı somut sözleşme özelinde değerlendirilecektir⁹². Uygulamada sıklıkla başvuru olan uyarlama yöntemi, edim yükümünün azaltılması ya da artırılmasıdır⁹³. Başka bir yöntem olarak faizin azaltılma-

90 Hakim sözleşmeyi tamamlamasına yönelik ayrıntılı bilgi için bkz. Sanem Aksoy Dursun, *Borçlar Hukukunda Hakimin Sözleşmeyi Tamamlaması* (1. Bası, Oniki Levha 2008).

91 Zevkililer/Gökyayla (n 27) 234-235; Arat (n 1) 165; Gümüş (n 6) 90; İnceoğlu (n 6) 176; Aydoğdu/Kahveci (n 27) 587. Doktrinde, hakimin uyarlamayı yaparken olağanüstü durum sebebiyle ortaya çıkan yükü taraflar arasında paylaşmak yerine borcun ifasını çekilebilir hale getirmesi gerektiği ifade edilmiştir. Bkz. Tercier/Pichonnaz/Develioğlu (n 1) Kn. 979c. Hâkimin uyarlama yaparken dikkat etmesi gereken temel esaslar için bkz. Kaplan (n 1) 148 vd.

92 Örneğin, bir restoranın günlük temizlik hizmetlerinin yerine getirilmesi amacıyla bir temizlik şirketiyle anlaşılmış ancak Pandemi sonucunda alınan bir idari kararla restoranın oturma alanları kapatılmış ve yalnızca paket servis yapılmasına izin verilmiştir. Böyle bir durumda restoranın tamamının temizlenmesine gerek kalmamakla birlikte mutfak bölümünün temizlik ihtiyacı varlığını sürdürecektir. Bu sözleşmenin yalnızca mutfak temizliğinin gerçekleştirilmesi şeklinde uyarlanması mümkündür. Uyarlamaya ilişkin bir diğer örnekte ise, bir spor giyim üreticisiyle yerel bir spor mağazası arasında ilkbahar-yaz sezonu için tedarik sözleşmesi akdedilmiştir. Alınan idari bir karar sonucunda ilkbaharda spor mağazası bir süre kapalı kalacaktır. Burada işlem temelinin çökmesi gündeme gelebilir. Ancak mağazanın ürünlerini online olarak kolayca satabilme imkânı söz konusu ise uyarlama talebinin reddi gerekir. Mann/Schenn/Baisch, C. Gesetzliche Regelungen für COVID-19-bedingte Leistungsstörungen 28-29 (Beck Online).

93 Oğuzman/Öz (n 2) Kn. 1838; Arat (n 1) 193; Baysal 'Uyarlama' (n 1) Kn. 925; Yavuz/Acar/Özen (n 17) 564; Doğan (n 17) 14. Ürün kirasında kira bedelinin indirilerek

şı ya da kaldırılması veya ifa zamanının değiştirilmesi söz konusu olabilir⁹⁴. Bunun gibi ifa yeri ya da ifa şeklinde değişiklikler de mümkündür. Belirtmek gerekir ki, hâkim talep edilen uyarlama şeklinden çok daha farklı bir uyarlama yapabilir⁹⁵.

Çalışmamız bakımından önem arz eden husus ise yaşadığımız pandemi sürecinin geçici nitelikte olmasıdır. Kanaatimizce, pandemi özelinde uyarlanacak sözleşmelerde edim dengesizliğinin geçici olması sebebiyle sadece pandemi sürecini kapsayacak şekilde uyarlama yapılması yerinde olacaktır. Örneğin, pandemi sürecinden en çok etkilenenlerin başında turizm sektörü gelmektedir. Bu dönemde gerek yurtiçi/yurtdışı seyahat kısıtlamaları gerekse virüsün bulaşma riski sebebiyle insanlar tatil planlarını ertelemiş ya da iptal etmişlerdir. Bu durum özellikle otellerin gelirlerinin çok büyük oranda düşmesine sebep olmuştur. Ancak mevcut durumun geçici olması sebebiyle, otel kiralama sözleşmesinin kira bedelinde indirim yapılması şeklinde bir uyarlama söz konusu olduğunda sadece pandemi sürecine özel bir uyarlama yapılmalıdır. Aksi takdirde pandemi ortadan kalktığında turizm sektörü tekrar canlanacak ancak kira bedeli daha düşük miktar üzerinden devam edecektir. Akla gelen bir başka örnek, otomotiv satışına ilişkin yapılan bayilik sözleşmesidir. Pandemi süreci otomotiv sektörünü de

sözleşmenin uyarlamasına ilişkin YHGK'nın 14-456/496, T. 11.11.2009 sayılı kararı şu şekildedir: *"...Diğer taraftan; sözleşme hukukunda asıl olan sözleşmeye bağlılık ilkesi olup, bu ilke sözleşme hukukunun temelini oluşturur. Borçlar Kanunu'nun 270 ila 298. maddeleri ise hasılat kirasına ilişkindir. Hasılat kirasına ilişkin hükümler ziraî ürün kirası esas alınarak düzenlenmiştir. Ne var ki; BK'nın 282. maddesinde belirtilen dava konusu olayda söz konusu olan aşırı kuraklık gibi olağanüstü durumlar sözleşmede önceden var olan sözleşme adaletini bozmakta, taraflar daha önce bunlara karşı bir önlem de alamadıklarından sözleşme koşulları bir taraf aleyhine ağırlaşmış olmaktadır. Tarafların iradelerini etkileyip sözleşmeyi yapmalarına neden olan şartlar daha sonra önemli surette değişmişse artık taraflar o akitle bağlı tutulamazlar, değişen koşullar karşısında Borçlar Kanunu'nun 282. maddesi uyarınca kira bedelinden gerekli indirimin yapılması gerekebilir. Davacı, açıklanan nedenlerle kira bedellerinde ve kiralama şartlarında uyarlama talep etmiştir. Dava konusu zeytinliklerdeki verim düşüklüğünün gerçek sebebinin aşırı kuraklık olduğu belirlenmiş olmasına göre mahkemece, yukarıda açıklanan ilkeler de nazara alınarak davacının talepleri doğrultusunda bir karar verilmesi gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır". Karar için bkz. www.kazanci.com. Erişim Tarihi 07.06.2020.*

94 Oğuzman/Öz (n 2) Kn. 1838; Kaplan (n 1) 147; Arat (n 1) 193; Yavuz/Acar/Özen (n 17) 564; Antalya (n 2) Kn. 1665.

95 Oğuzman/Öz (n 2) Kn. 1838; Gümüş (n 6) 86.

etkilemiş ve satış rakamlarında inanılmaz düşüşler yaşanmıştır. Yıllık ciro koşulu olan bir otomotiv bayilik sözleşmesinde cironun düşürülmesi şeklinde bir uyarlama yapılabileceği gibi bu yola başvurmada ciro koşulunun süresi uzatılarak 1 yıl yerine 15 aylık bir süreye uryanabilir.

Uyarlama davasında davacı taraf uyarlama talep ettiğinde hâkim şartlar elveriyorsa ya sözleşmeyi uryalamak ya da davayı reddetmek zorundadır. Dolayısıyla hâkim, talebe bağıllık ilkesi gereğince, davacının uyarlama talebine karşı uyarlama mümkün değil diyerek sözleşmeyi sonlandıramaz⁹⁶. Fakat uyarlamanın reddinden sonra, aynı davacı şartları varsa bu kez sözleşmeden dönebilir.

Uyarlama davası bakımından özellik arz eden bir diğer husus, hâkimin vereceği uyarlama kararının geçmişe etkili olup olmayacağıdır. Yukarıda da açıklandığı üzere uyarlama ancak hakim kararıyla mümkün olabilir ve bu çerçevede uyarlama davası inşai nitelikte bir davadır. İnşai dava, HMK md. 108 hükmünde şu şekilde düzenlenmiştir: “İnşai dava yoluyla, mahkemeden, yeni bir hukuki durum yaratılması veya mevcut bir hukuki durumun içeriğinin değiştirilmesi yahut onun ortadan kaldırılması talep edilir. (2) Bir inşai hakkın, dava yoluyla kullanılmasının zorunlu olduğu hâllerde, inşai dava açılır. (3) Kanunlarda aksi belirtilmedikçe, inşai hükümler, geçmişe etkili değildir”. Hükümdeki düzenleme çerçevesinde Kanunlarda aksi belirtilmemişse inşai hükümler, geleceğe yöneliktir. O halde TBK md. 138’deki düzenlemede HMK md. 108/f.3 hükmünün istisnasının bulunup bulunmadığını tespit etmek gerekir. Kanaatimizce TBK md. 138 hükmü inşai kararın geçmişe etkili olması konusundaki istisnai bir hükümdür. Zira hükmünde uyarlama hakkı saklı tutularak ifa edilmiş edimler bakımından uyarlamanın mümkün olduğu ifade edilmiştir. Bu düzenleme geniş yorumlanmalı ve hem ihtirazi kayıtlarla ifa edilmiş hem de hiç ifa edilmemiş edimler bakımından geçmişe etkili uyarlama yapılabileceği kabul edilmelidir. Dolayısıyla TBK md. 138 hükmü, HMK md. 108/f.3 hükmünde aranan istisnai düzenleme olarak kabul edilebilmelidir. Ancak uyarlamanın geçmişe

96 Oğuzman/Öz (n 2) Kn. 622; Eren ‘Genel’ (n 1) Kn. 1513; Eren ‘Özel’ (n 51) Kn. 1380; Kaplan (n 1) 148; Topuz ‘İfa Güçlüğü’ (n 1) 324; Kılıçoğlu (n 1) 349; Antalya (n 2) Kn. 1670.

etkili olarak yapılabilmesi karşısında cevaplanması gereken soru, hâkimin hangi andan itibaren sözleşmeyi uyarlayabileceğidir. Dolayısıyla mahkeme-den talep tarihinden mi yoksa riskin ortaya çıktığı andan itibaren mi uyar-lama yapılacaktır? Kanaatimizce, uyarlama geçmişe etkili olarak olağanüstü durum sonucu oluşan risk ortaya çıktığı andan itibaren yapılabilmelidir⁹⁷. TBK md. 138 hükmünde yer almamakla birlikte, dürüstlük kuralı kapsa-mında dava açılmadan önce alacaklıya bir bildirimde bulunulması yerinde olacaktır. Aksi durumda, yukarıda da ifade ettiğimiz gibi güven teorisi çer-çevesinde uyarlama davasının çok vakit geçirilmeden açılması gerekecektir.

2. Sözleşmenin Sona Erdirilmesi

TBK md. 138 hükmü çerçevesinde sözleşmenin dönme ya da fesih hakkı kullanılarak sona erdirilmesinin tek yolu uyarlamanın mümkün ol-mamasıdır. O halde dönme ya da fesih hakkının kullanılabilmesi için TBK md. 138 hükmünde belirtilen tüm koşullar gerçekleşmiş olmalıdır. Ayır-ca bu koşulların varlığına rağmen sözleşmenin uyarlanması mümkün ol-mamalıdır⁹⁸. Dolayısıyla uyarlamanın yapılmasıyla taraflar arasındaki edim dengesizliği giderilemiyor yalnızca riski yüklenen taraf değişiyorsa o takdir-de uyarlamanın mümkün olmadığından söz edilecektir⁹⁹. Bunun gibi mad-di ya da hukuki imkansızlıklar sebebiyle de uyarlamanın mümkün olmama-sı da söz konusu olabilir¹⁰⁰.

TBK md. 138 hükmünde uyarlamanın dava yoluyla yapılacağı belirtil-miş olmasına karşın sözleşmeden dönme ya da fesih hakkının kullanılması bakımından böyle bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Dolayısıyla yukarıda da belirtildiği gibi, dönme ya da fesih hakkının mutlaka davada ileri sürül-mesine gerek yoktur. Uyarlamanın mümkün olmadığını düşünen borç-lu, dava açmadan dönme ya da fesih hakkını kullanabilir. Ancak alacaklı

97 Aynı yönde Topuz ‘İfa Güçlüğü’ (n 1) 344.

98 Sözleşmenin uyarlanması ya da sözleşmeden dönme/fesih hakkı şeklinde seçimlik bir hak söz konusu değildir. Kılıçoğlu (n 1) 349. Seçimlik bir hak olduğu yönünde Aydemir (n 1) 283.

99 Gülekli (n 10) 66; Kılıçoğlu (n 1) 349.

100 Oğuzman/Öz (n 2) Kn. 626; İnceoğlu (n 6) 177. Alman Hukukunda imkansızlığa ilişkin düzenlemelerin öncelikli olduğu ifade edilmektedir. Warmuth, 16.

uyarlamanın mümkün olduğunu düşünüyorsa dava açarak dönme ya da fesih hakkını etkisiz kılabilir.

Dönme ya da fesih hakkının kullanılıp sözleşmenin sona erdirilmesinin ön koşulunun sözleşmenin uyarlanamaması olması sebebiyle doktrinde isabetli bir şekilde terditli dava açılmasının yerinde olacağı ifade edilmiştir. Buna göre davacı taraf, sözleşmenin uyarlanmasını ve bu mümkün olmazsa sözleşmeden dönme ya da feshin tespitini talep edebilecektir¹⁰¹. Sözleşmenin uyarlanmasının mümkün olmaması halinde hâkimin sözleşmenin dönme ya da fesih sebebiyle sona erdiğine yönelik kararı, uyarlama kararından farklı olarak bir tespit kararı olacaktır. Zira dönme ya da fesih hakkı, dava dışı da kullanılabilen yenilik doğuran bir haktır.

A. Sözleşmeden Dönme

Sözleşmenin uyarlanamaması halinde işlem temelinin çökmesi sebebiyle borçlu ani edimli sözleşmelerde sözleşmeden dönme hakkını kullanabilecektir¹⁰². Sözleşmeden dönülmesiyle birlikte sözleşme geçmişe etkili olarak sona erecektir. Dolayısıyla ifası gerçekleşmemiş edimler ortadan kalkacaktır. İfa edilmiş edimler ise klasik dönme teorisi kapsamında sebepsiz zenginleşme çerçevesinde geri istenebilecektir.

B. Sözleşmenin Feshi

Sürekli borç ilişkisi söz konusu olduğunda ise borçlu sözleşmeyi fesih hakkını kullanacaktır. Ancak edimlerin ifasına henüz başlanmamışsa borçlu dönme hakkını kullanabilecektir¹⁰³. İleriye etkili fesih hakkı kullanıldığında borç ilişkisi sona erecek ve henüz ifa edilmemiş edimlerin ifası ortadan kalkacaktır. Ancak sözleşme geriye etkili olarak sona ermediğinden, daha önce ifa edilen edimlerin talep edilmesi mümkün olmayacaktır. Bu durum bazen

101 Aydemir (n 1) 283; İncoğlu (n 6) 174; Ural Çınar (n 21) 132-133.

102 Sözleşmeden dönme, uyarlamanın en ağır yöntemi olması sebebiyle “sıfıra uyarlama” olarak isimlendirilmektedir. Bkz. Baysal ‘İfa Güçlüğü’ (n 6) 137; Baysal ‘Uyarlama’ (n 1) Kn. 941.

103 Oğuzman/Öz (n 2) Kn. 1839; İncoğlu (n 6) 177.

TBK m.138 hükmünün amacına uymayan sonuçlar doğurabilir. Örneğin bir kira sözleşmesinde pandemiden dolayı aşırı ifa güçlüğü çıkmış fakat kiracı ancak bundan üç ay sonra kira sözleşmesini feshetmiştir. Bu üç aylık süreçte hiç kazancı olmadığından üç aylık kira parasını ödeyememiştir. Burada uyarılama mümkün görünmediğinden, kiracının sözleşmeyi feshi haklı bulunursa fesih ileriye etkili olduğu için üç ayın kira parasını kiracı tam olarak ve temerrüt faiziyle birlikte ödemek zorunda kalacaktır. Bu sonuç, aşırı ifa güçlüğü sebebiyle feshin amacı ile bağdaşmaz. Burada iki çözüm akla gelebilir. Birincisi ve daha basit olanı, TBK md.138/f.1 son cümledeki “Sürekli edimli sözleşmelerde borçlu kural olarak dönme hakkının yerine fesih hakkını kullanır” ifadesinin yorumlanması ile bir sonuca ulaşmaktadır. Burada kastedilenin, sadece henüz ifasına başlanmamış sürekli sözleşmelerdeki dönme imkânı olmayıp, hâkimin sürekli bir sözleşmenin ifasına başlanmasına rağmen, işin niteliği gerektiriyorsa, geçmişle etkili dönmeyi kabule yetkili olduğu yönünde bir yorum yapılabilir. İkinci ve daha zorlamalı çözüm: Hâkim, bu hükmün ifasına başlamış sözleşmelerde geriye etkili dönmeye imkân vermemesi karşısında, fesihten önceki döneme ilişik doğmuş kira borçlarının o aylar bakımından tamamen kaldırılması veya zararsız tutara dönüştürülmesi hususunda uyarılama yapmasıdır. Ancak bu çözüm, davacı talebinde feshin yanı sıra bir dönem için uyarılama da talep edildiğinin varsayılması ve aynı ifa zorluğunda bir süre için uyarılama, ondan sonrası için fesih gibi iki ayrı hüküm içermesi bakımından sorunlu olacaktır.

SONUÇ

Pandeminin yarattığı olumsuz sonuç tek tarafa borç yükleyen sözleşmeleri de etkilemişse, bu tür sözleşmelerin uyarlanması mümkün olmalıdır. Tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerde edim dengesizliği olmamakla birlikte işlem temelinin çökmesi ve aşırı ifa güçlüğü bu sözleşmelerde de görülebilecek ve böyle bir durumda ifanın istenmesi dürüstlük kuralına aykırı olacağından uyarlama talep edilebilecektir.

Ani edimli sözleşmelerin uyarlanması pandemi çerçevesinde değerlendirildiğinde, sözleşmenin kurulması ile edimin ifası arasında belli bir sürenin olmasına ihtiyaç vardır. Ancak bu sürenin çok kısa olması halinde, salgın hastalık zamana yayılan bir süreç olduğundan sözleşmenin pandeminin sonuçlarından etkilenmesi pek mümkün görünmemektedir.

Covid-19 virüsü sonucu oluşan pandeminin geçici nitelikte olduğunu söylemek mümkündür. Burada önem arz eden husus, öngörülebilir veya tahmine konu sürenin sözleşmeye etkisinin ne olduğu/olacağıdır. Pandeminin ortaya çıkardığı geçici ifa güçlüğünde de uyarlama mümkün olmalı ve sözleşmenin uyarlanması yalnızca pandemi dönemini kapsayacak şekilde yapılmalıdır.

TBK md. 138 hükmünde aranılan öngörülemezlik şartının varlığını tespit etmek için sözleşmenin akdedilme zamanı çerçevesinde bir değerlendirme yapmak gerekmektedir. Covid-19 virüsünün ilk ortaya çıktığı Aralık ayından Mart Ayına kadar Türkiye’de akdedilen sözleşmeler bakımından öngörülemezlik şartının yerine geldiğini söylemek mümkündür. Virüsün Türkiye’de ilk görülme tarihi 13 Mart 2020 olduğundan bu tarihten sonra yapılan sözleşmelerde öngörülemezlik şartı artık ortadan kalkmış olacaktır. Ancak Mart ayının başından Mart’ın 13’üne kadar geçen süreçte akdedilen sözleşmeleri somut olay özelinde dikkatle incelemekte fayda vardır. Zira bu dönemde komşu ülkelerin tamamında vakalar görülmeye başladığından virüsün Türkiye’de de görülebileceği öngörülebilir hale gelmiştir. Ancak bu dönemde de salgın hastalığın kendisi öngörülebilirken, sözleşme üzerindeki sonuçları öngörülemez nitelikte olabilir.

Bu sebeple somut olayın şartları çerçevesinde sözleşmenin konusu kapsamında değerlendirme yapmak yerinde olacaktır.

Tacirlerin basiretli davranma yükümlülüğü olması sebebiyle Covid-19 salgının sonuçlarını öngörebileceklerinin kabul edilmesi kanaatimizce mümkün değildir. Zira bu boyutta bir küresel salgın en son 102 yıl önce gerçekleşmiştir. Ancak yine de somut olayın şartları çerçevesinde ve özellikle sözleşmenin akdedilme zamanı da esas alınmak suretiyle değerlendirme yapmak gerekecektir.

Pandeminin yarattığı sonuç sebebiyle edimler arasındaki denge aşırı ölçüde bozulmuş olmalıdır. Öyle ki artık borçludan ifayı beklemek dürüstlük kuralına aykırı kabul edilmelidir. Edimler arasındaki dengesizlik tespit edilirken uyarlaması istenen sözleşme özelinde bir değerlendirme yapmak gerektir. Borçlunun gelir düzeyinin yüksek ya da düşük olması uyarlama bakımından bir kriter değildir. Bozulan edim dengesi sebebiyle ifanın istenmesi dürüstlük kuralına aykırı ise sözleşmenin uyarlanması yoluna gidilebilmelidir. Ayrıca öngörülmeyen olgu sebebiyle borçlunun karşı edimden beklediği fayda ortadan kalkmış veya çok azalmışsa; burada da kelime anlamı ile ifa güçlüğü bulunmamasına rağmen, edim dengesi aşırı bozulmuş sayılabilmelidir.

İstisnai olarak somut durumun özelliği çerçevesinde, bazı hallerde uyarlama hakkı saklı tutulmadan ifa edilen edimler bakımından da uyarlamanın mümkün olduğu kabul edilmelidir. Ancak bu imkân olağanüstü durum ve sözleşme üzerindeki etkileri ortaya çıkmadan ifa edilen edimler için söz konusu olacaktır. Zira böyle bir durumda ifanın ihtirazi kayıtlarla gerçekleşmesi zaten mümkün değildir. Bu kapsamda pandemi döneminden önce ödenen peşin işyeri kira bedellerine ilişkin uyarlama yapılabilmesi mümkün olmalıdır. Peşin ödenen kira bedellerinde, kira sözleşmesinin pandemi dönemine düşen kısmı bakımından uyarlama talep edilebilecektir. Ancak ihtirazi kayıtsız ifadan sonra sözleşme uzamayıp sona ermişse artık uyarlama imkânı söz konusu olmamakla birlikte, kiracı sözleşmeyi sona erdirmek için göndereceği yazılı bildirimde uyarlama davası açma hakkını saklı tuttuğunu da belirtmişse sözleşme sona erse dahi uyarlama mümkün

olabilmelidir. Bu durum, kira sözleşmesi dışında kalan diğer sözleşmeler bakımından da uygulanabilecektir.

Sözleşmede olumlu uyarlama kaydı varsa, bu kaydın pandemiye kapsayıp kapsamadığını tespit etmek gerekir. Olumlu uyarlama kaydı, pandemiyle hiçbir şekilde bağlantılı değilse sözleşme hükmü kapsamında uyarlama yapılamayacaktır. Eğer sözleşmedeki olumlu uyarlama kaydına rağmen pandemi çerçevesinde uyarlama yapılamıyorsa o takdirde diğer şartların varlığı halinde TBK md. 138 hükmü kapsamında uyarlama imkânı söz konusu olmalıdır.

Sözleşmede yer alan genel nitelikteki olumsuz uyarlama kayıtları, TBK md. 138 hükmü çerçevesinde uyarlamaya engel olmamalıdır. Böyle bir durumda uyarlamayı engelleyen hükmün bizzat kendisi, TBK md. 138'deki uyarlama şartını sağlamaktadır. Sözleşmede doğal afet halinde uyarlamanın mümkün olmayacağı belirtilmişse de yine uyarlama imkânı hala mevcut olmalıdır. Zira Türkiye özelinde sözleşmedeki doğal afet hükmünün salgın hastalığı da kapsadığını kabul etmek çok mümkün görünmemektedir. Buradaki doğal afet ibaresi genel nitelikteki olumsuz uyarlama kayıtları gibi düşünülmelidir.

Özel olarak uyarlama talep edilemeyecek hallerin tek tek yazılı olduğu olumsuz uyarlama kayıtlarında ise “salgın hastalık” ibaresine yer verilmişse artık o durum öngörülebilir hale geldiğinden uyarlama imkânı ortadan kalkacaktır. Buna karşılık, sözleşme metninde sadece “hastalık” ifadesi geçmesi durumunda, sözleşmenin özelliği dikkate alınarak bir sonuca varılacaktır.

Uyarlama ancak hâkim kararıyla mümkün olmalıdır. Ancak dönme ya da fesih hakkı yenilik doğuran bir hak olarak dava dışı yolla kullanılabilecektir.

Uyarlamanın mümkün olmaması halinde, sürekli borç ilişkilerinde borçlu sözleşmeyi fesih hakkını kullanacaktır. İleriye etkili fesih hakkı kullanıldığında sözleşme geriye etkili olarak sona ermediğinden, daha önce ifa edilen edimlerin geri istenmesi mümkün olmayacaktır. Bu durumun TBK

md. 138 hükmünün amacına uymayan sonuçlar doğurabilmesi mümkündür. Burada akla gelen iki çözüm şu şekildedir: İlkine TBK md. 138/f.1 hükmünün yorumlanması yoluyla ulaşılabilir. Buna göre hükmün son cümlesindeki düzenleme, sadece henüz ifasına başlanmamış sürekli sözleşmelerdeki dönme imkânı ile sınırlı değildir. İşin niteliği gerektiriyorsa hâkim ifasına başlanmış sürekli bir sözleşmede de geçmişe etkili dönmeyi kabul etkilidir şeklinde yorumlanabilir. İkinci ancak daha zorlamalı çözüme göre ise, bu hükmün ifasına başlanmış sözleşmelerde geriye etkili dönmeye imkân vermemesi karşısında, hâkimin yapacağı uyarılama fesihden önceki döneme ilişkin doğmuş kira borçlarının o aylar bakımından tamamen kaldırılması veya zararsız tutara dönüştürülmesidir. Ancak bu çözümün uygulanması halinde birtakım sorunlarla karşılaşılabilir. Zira davacı talebinde feshin yanı sıra bir dönem için uyarılama da talep etmiş olmalıdır. Ayrıca aynı ifa zorluğunda bir süre için uyarılama, ondan sonrası için fesih gibi iki ayrı hüküm içermesi gerekecektir.

KAYNAKÇA

Acar H, 'Unidroit ve Avrupa Borçlar Hukuku Prensipleri Işığında Aşırı İfa Güçlüğü' (2008) XII (1-2) EÜHFD 111-135.

Şahin Akıncı, Borçlar Hukuku Bilgisi Genel Hükümler (1. Bası, Sayram 2019).

Aksoy Dursun S, Borçlar Hukukunda Hakimin Sözleşmeyi Tamamlaması (1. Bası, On İki Levha 2008).

Akyol Ş, Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı (1. Bası, Filiz 1995).

Antalya G, Marmara Hukuk Yorumu Borçlar Hukuku Genel Hükümler Borçların İfası Borçların İfa Edilmemesinin Sonuçları Cilt: V/1,3 (2. Bası, Seçkin 2019).

Arat A, Sözleşmenin Değişen Şartlara Uyarlanması (1. Bası, Seçkin 2006).

Aybay ME, 'Sözleşmenin Değişen Koşullara Göre Uyarlanması (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı İncelemesi)' (2016) 22 (3) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan) 323-347.

Aydemir E, Türk Borçlar Yasasına Göre Kira Hukuku (4. Bası, Seçkin 2016).

Aydoğdu M/Kahveci N, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (4. Bası, Adalet Yayınevi 2019).

Ayhan R/Özdamar M/Çağlar H, Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar (7. Bası, Yetkin 2014).

Bahtiyar M, Ticari İşletme Hukuku (19. Bası, Beta 2018).

Barlas N, Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar (1. Bası, Kazancı Kitap Ticaret A.Ş., 1992).

Baysal B, 'Aşırı İfa Güçlüğü' Murat İnceoğlu (Derleyen) Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu (1. Bası, On iki Levha 2012) 113-143. (İfa Güçlüğü).

Baysal B, '6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 480. Maddesinin Değerlendirilmesi' (2011) 69 (1-2) İÜHFM (Prof. Dr. İl Han Özay'a Armağan) 477-484. (Değerlendirme).

Baysal B, 'Yeniden Müzakere Ödevi' M. T Ögüz, H. Akkanat, E. İnal, B. Çetiner, B. Baysal, D. Doruk (Editörler), Prof. Dr. Hasan Erman'a Armağan (1. Bası, Der Yayınları 2015) 185-198. (Müzakere).

Baysal B, Sözleşmenin Uyarlanması BK m. 138 Aşırı İfa Güçlüğü (3. Bası, On İki Levha 2019) (Uyarlama).

Berzek AN, Ticaret Hukukunun Genel İlkeleri (11. Bası, Beta 2016).

Bingöl ME, Basiretli İş Adamı Gibi Hareket Yükümlülüğü: Özellikle Tacirin Ücret ve Cezai Şartın İndirilmesini İsteyememesi (1. Bası, Oniki Levha 2018).

Cashin-Ritain E, ‘Emprevizyon, Hardship ve İşlem Temelinin Çökmesi: Pacta Sunt Servanda ve Alman-Fransız Hukuki İlişkilerinde Sözleşmelerin Uyarlanması-na Giden Yollar’ Çeviren Baysal Başak (2005) 63 (1-2) İÜHFM 321-342.

Doğan G, ‘Aşırı İfa Güçlüğü Nedeniyle Sözleşmenin Değişen Koşullara Uyarlanması’ (Mart 2014) (111) TBB Dergisi 9-36.

Dural M, Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık (BK 117) (1. Bası, Fakülteler Matbaası 1976).

Eren F, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (24. Bası, Yetkin 2019) (Genel).

Eren F, Borçlar Hukuku Özel Hükümler (7. Bası, Yetkin 2019) (Özel).

Finkenauer T, BGB § 313 Störung der Geschäftsgrundlage, in Münchener Kommentar zum BGB (8. Auflage 2019) (MüKoBGB/Finkenauer, 8. Aufl. 2019, Band 3, BGB § 313)

Güleklı Y, ‘Aşırı İfa Güçlüğü ve Alacaklının Tasavvurunun Boşa Çıkması Halinde İşlem Temelinin Çökmesi Öğretisi’ (1990) 15 (18) İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi 43-69.

Gümüş A, “Yeni” 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Kira Sözleşmesi (TBK m. 299-356) (2. Bası, Vedat Kitapçılık 2012).

Gürsoy KT, Hususi Hukukta Clausula Rebus Sic Stantibus-Emprevizyon Nazariyesi, (1. Bası, Güney Matbaacılık ve Gazetecilik 1950).

Havutçu H, ‘İfa Engelleri ve İfa Engellerine Bağlanan Hukuki Sonuçlar’ 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan) 317-338.

Hellner J, Pacta sunt servanda – gilt dieser Grundsatz auch für die Miete in Zeiten der COVID-Pandemie? NJOZ 2020, Heft 26, 769-774.

İnceoğlu M, Kira Hukuku Cilt II (1. Bası, On İki Levha 2014).

Kaplan İ, Hâkimin Sözleşmeye Müdahalesi, Sözleşmenin Yorumu, Sözleşmenin Tamamlanması, Sözleşmenin Değişen Hal ve Şartlara Uydurulması (3. Bası, Yetkin 2013).

Kaya Ü, ‘Sözleşmenin Uyarlanmasında Sonradan Değişen Şartlar ve Öngörülemezlik İlkesi’ (2016) 22 (3) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan) 1569-1593.

Kılıçoğlu A, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (23. Bası, Turhan Kitabevi 2019).

Kızır M, ‘Yargıtay Kararları Işığında Basiretli İşadamı Gibi Hareket Etme Yükümlülüğünün Sözleşmenin Değişen Şartlara Uyarlanmasına Etkisi’ (2011) 19 (2) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 245-282.

Kocayusufpaşaoğlu N, ‘İşlem Temelinin Çökmüş Sayılabilmesi için Sosyal Felaket Olarak Nitelenebilecek Olağanüstü Bir Olayın Gerçekleşmesi Şart mıdır?’ Rona Serozan/İlhan Ulsan/Nami Barlas (Editörler) Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan (Beta 2000) 503-514.

Lorenz S, Rechtsfragen zur Corona-Krise, § 1 Allgemeines Leistungsstörungsrecht, in Herausgeben von Schmidt, COVID-19, 1. Auflage 2020, Rn. 37-40. (Bearbeiter in Schmidt Covid 19 § ... Rn ...).

Lorenz S, BGB § 313 Störung der Geschäftsgrundlage, in BeckOK BGB, Bamberger/Roth/Hau/Poseck 53. Edition Stand: 01.02.2020 (BeckOK BGB/Lorenz, 53. Ed. 1.2.2020, BGB § 313 Rn. 1-94).

Mann M/Schenn U/Baisch B. Vertrieb von Waren und Dienstleistungen in Zeiten von Corona, 1. Auflage 2020, C.H. Beck, Beck Online.

Nomer H, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (15. Bası, Beta 2017).

Oğuzman K/Öz T, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I (17. Bası, Vedat Kitapçılık 2019).

Pak E, Türk Borçlar Kanununda Aşırı İfa Güçlüğü (1. Bası, Seçkin 2020).

Rösler H, ‘Alman ve Uluslararası Sözleşme Hukukunda Değişen ve Öngörülemez Koşullar’, Çeviren Tülay Ünver (2008) LXVI (1) İÜHFM 353-364.

Sayın FE/Koyuncu BK, ‘Kefalet ve Garanti Sözleşmeleri Açısından Uyarlama Sorununa Bir Bakış’ (2012) LXX (1) İÜHFM 319-356.

Serozan R, ‘Karşılıklı Sözleşmelerde Baştan Dayatılmış veya Sonradan Oluşmuş Edimler Arası Dengesizliğin Uyarlama Yoluyla Düzeltilmesi’ Rona Serozan/İlhan Ulsan/Nami Barlas (Editörler), Prof. Dr. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan (1. Bası, Beta 2000) 1013-1030 (Uyarlama).

Serozan R, Sözleşmeden Dönme (2. Bası, Vedat Kitapçılık 2007) (Dönme).

Stadler A, BGB § 313 Störung der Geschäftsgrundlage, in Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch: BGB 17. Auflage 2018 (Jauernig/Stadler, BGB 313 Rn.).

Tekinay S/Akman S/Burcuoğlu H/Altop A, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler (7. Bası, Filiz Kitabevi 1993).

Tercier P/Pichonnaz P/Develioğlu MH, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (1. Bası, Oniki Levha 2016).

Topuz S, Türk-İsviçre ve Alman Borçlar Hukukunda Denge Bozulması ve İfa Güçlüğü Durumlarında Sözleşmeye Müdahale (1. Bası, Yetkin Yayınları 2009) (İfa Güçlüğü).

Topuz S, 'Sözleşmenin İçeriğine Müdahalenin Sözleşmeye Bağlılık İlkesine Aykırılık Oluşturup Oluşturmadığı Sorunu' (2011) 19 (2) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 283-295 (Bağlılık).

Tunçomağ K, 'Alman Hukukunda Borcun İfasında Aşırı Güçlük (Muamelenin Temeli) ile İlgili Objektif Görüşler' (1996) 32 (2-4) 854-905.

Tüzüner Ö/Öz K, 'Aşırı İfa Güçlüğüne İlişkin İçtihat İncelemesi' (2015) (3) Ankara Barosu Dergisi 423-470.

Ural Çınar N, Türk Borçlar Kanunu'nda Düzenlenen Kira Sözleşmelerinde Kira Bedelinin Ödenmemesi ve Hukuki Sonuçları (1. Bası, On İki Levha, 2014).

Ülgen H/Helvaci M/Kaya A/Nomer Ertan F, Ticari İşletme Hukuku (4. Bası, Vedat Kitapçılık 2015).

Warmuth C, § 313 BGB in Zeiten der Corona-Krise – am Beispiel der Gewerberaummiete, COVuR 2020, 16-21.

IWeidt Christopher/ Schiewek, Anne-Colleen, Geschäftsschließungen wegen Corona – mietrechtlich ein Fall des § 313 BGB?, NJOZ 2020, 481- 485.

Yavuz C/Acar F/Özen B, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler (9. Bası, Beta 2014).

Yılmaz S, 'Dövizle Endeksli Tüketici Kredilerinde Uyarılama Sorunu ve Yargıtay'ın Bakışı' (2010) 59 (1) AUHFD 131-172.

Zevkililer A/Gökyayla E, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (15. Bası, Turhan Kitabevi 2015).

SALGININ (COVID-19) İŞYERİ KİRA SÖZLEŞMELERİNE ETKİSİ

Av. Dr. Atakan Âdem Selanik*

Özet

Kira sözleşmeleri, her iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerdir. Tarafların birbirlerine karşı sorumlulukları sözleşme süresince devam eder. Kiraya veren, kiralanan yerin sözleşmede belirtilen kullanım amacına uygun teslim etmeli, sözleşme süresince kullanıma elverişli bulundurulmalıdır. Salgın sebebiyle işyerlerinin idari kararlar ile kapatılması, kiralanan yerin kullanılmasını engelleyen bir durum yaratmıştır. İdari kapatma kararları, hukuki engeldir. Sözleşme hukukunda engel, imkânsızlık veya ayıp hükümlerince çözüme kavuşturulur. Ayıp hükümleri özel kısım, imkânsızlık ise genel kısımda düzenlenmiştir. Salgın süresince alınan kararlar hukuki ayıp veya imkânsızlık kapsamında sözleşme özelinde değerlendirilmeli, hakların yarışması ile uygun olan hükümler uyumsuzluğa uygulanmalıdır. Bazı kira sözleşmeleri, kiralanan yerin belirli kalitede olması taahhüdü de içerebilir. Bu taahhüt sözleşmede yazılı olabilir veya sözleşme öncesi görüşmelerde dile getirilmiş olabilir. Salgın sebebiyle kiralanan yerde yaşanan eksik kullanım halleri de ayıp hükümleri kapsamında değerlendirilmelidir. Kira sözleşmelerinde kiralanan yerin kullanımında yaşanacak eksikliklerden kiraya veren sorumludur. Hasar kiraya verene aittir. Eksikliğin giderilmesi, ayıp oranınca ve giderileceği süre kadar kira bedelinden indirim yapılması, misli ile değiştirilmesi, ayıp önemli ise sözleşmenin feshi gibi düzenlemeler kapsamında uyumsuzluk çözülmelidir. Hâkim tarafından dürüstlük kuralı çerçevesinde somut olaya göre çözümler uygulanmalıdır.

Anahtar Kelimeler: Covid-19, Türk Borçlar Kanunu, Sözleşme Hukuku, Mücbir Sebep, Öngörülmezlik Teorisi, Aşırı İfa Güçlüğü, Genel İşlem Koşulu, Pacta Sunda Servanda, Clausula Rebus Sic Stantibus.

* Kıbrıs Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Doktor Öğretim Görevlisi,
ORCID: 0000-0002-4713-2081

Abstract

Lease contracts are contracts that impose debts on both parties. The parties' responsibilities to each other continue throughout the contract. The lessor must deliver the rented place in accordance with the intended use specified in the contract, and keep it available for use during the contract. Due to the epidemic, the closure of the workplaces by administrative decision created a situation that prevented the use of the rented place. Administrative closure decisions are legal obstacles. Some lease contracts may also include a commitment to ensure that the rented place is of a certain quality. This commitment may be in the contract or expressed in pre-contract negotiations. Incomplete use cases in the rented place due to the epidemic should also be evaluated within the scope of the defective provisions. The lessor is responsible for the deficiencies in the use of the rented place in the lease agreements. The damage belongs to the lessor. The dispute should be resolved within the scope of the regulations such as to eliminate the deficiency, to make a discount from the rental rate at the rate of defect and for the period to be remedied, to replace it, and to terminate the contract if the defect is important. Within the framework of the integrity rule, the judge should implement solutions according to the concrete case.

Keywords, Covid-19, Contract Law, Turkish Code of Obligations, Force Majeure, Theory Of Unforeseeability, Hardship, General Terms And Conditions, Pacta Sunda Servanda, Clausula Rebus Sic Stantibus.

Extended summary,

On December 31, 2019, the World Health Organization reported cases of pneumonia of unknown etiology in Wuhan, China, Hubei province. The name of the new Coronavirus (coronavirus) 2019-nCoV disease was accepted as COVID-19, and was placed in the category of pandemic (epidemic) by the World Health Organization on 11 March 2020. As of April 2020, the number of cases exceeded three million, with more than two hundred thousand deaths. Due to the rapid spread of the outbreak and the

lack of treatment and vaccination yet, drastic measures were taken in areas such as production, import/export, and education.

The epidemic has been having a major negative impact on state organizations, including the education and judicial system. In Turkey, decisions had taken to conduct educational activities from home, stop judicial periods, stop the activities of some businesses, and curfew decisions were implemented at certain intervals, and some regions were quarantined. All the measures mentioned also caused economic activities to cease. Even if the outbreak is alleviated in the summer with the precautions taken, it is estimated that there will be other epidemic fluctuations. The countries with budget deficits will be more affected by the economic crisis and this effects of the crisis will take years.

This study was carried out on how to affect the existing contracts between the parties due to the economic effects of the coronavirus epidemic, which can be considered as a force majeure. As a result of the COVID-19 incident, the arrangements in Turkish law regarding the termination or adaptation of the contracts will be mentioned. In Turkish Law, there are regulations related to the subject with the articles of TBK 136 - 138. These provisions are complementary. For this reason, first of all, the contract should be examined and the problem should be solved within the scope of force majeure and hardship clause. In some contracts, these provisions may not have been written or written explicitly or have been written in accordance with general terms and conditions under the TBK and TKHK. If these provisions are absent or inadequate, the balance of interests between the parties will need to be observed. As a matter of fact, if the contract borrower cannot fulfill his debt due to unforeseen reasons at the time of contract, this issue will need to be resolved.

Turkish Law of Obligations was created by the acquisition of rules developed under the influence of the Roman Law and adopted by the Continental European legal system. Turkish Law, in line with the rule of honesty, is a system that allows the judge to fill in gaps and discretion in certain matters during the trial. TBK art.136 regulates the abolition of the contract

and the provisions of the TBK 138 contract adaptation. These rules developed under the rule of honesty. For this reason, concrete event, it should be evaluated according within the honesty rule. The purpose of the regulation is to balance the interest of the parties to the contract. Contracting parties should negotiate their debalanced mutual acts in accordance with the rule of honesty and, if possible, mutual agreement. In some contracts, it will be searched whether or not it has been acted to comply with the tolerated time by Supreme Court.

Workplace lease agreements are the subjects most affected by the epidemic. Since some activities are stopped by the state, there are situations where actions became to be impossible. Businesses whose commercial activities cease are especially difficult to pay rent. Lease contracts should be evaluated in terms of businesses that are mostly traders. Assessment should be made on the probability that the activity carried out at the leased location subject to the contract has been stopped and the merchant has fallen under heavy financial difficulties due to the epidemic.

This study was carried out specifically for workplace lease contracts. Workplace lease contracts are contracts that impose debts on both parties. The solution of the conflict can be resolved with similar interpretation, especially in cases where the difficulties of performance will arise, by making comments in the context of the “honesty rule” based on the Supreme Court of Appeals. We will also touch on the prudent merchant principle.

In workplace lease contracts, if it becomes impossible to keep the rented place ready, it may be the case that the tenant does not pay the rent. If the rental fee has been paid in advance, a refund may be requested. In case of partial impossibility, the lease debt will be paid partially at the rate of impossibility. In the case of the tenant, an adaptation case will be in question if the lease falls excessively unable to pay the debt. These issues should be evaluated within honesty rule in particular the concrete event.

Keywords, Covid-19, Contract Law, Turkish Code of Obligations, Force Majeure, Theory Of Unforeseeability, Hardship, General Terms and Conditions, Pacta Sunda Servanda, Clausula Rebüs Sic Stantibus.

GİRİŞ

Dünya Sağlık Örgütü, 31 Aralık 2019 tarihinde Çin'in Hubei eyaletinin Vuhan şehrinde etiyolojisi bilinmeyen pnömöni vakalarını bildirmiştir. Yeni Coronavirus (koronavirüs) 2019-nCoV hastalığının adı, Covid-19 olarak kabul edilmiş, 11 Mart 2020 tarihinde Dünya Sağlık Örgütü tarafından *pandemi (salgın)* kategorisine alınmıştır. Nisan 2020 itibarıyla, vaka sayısı üç milyonu aşmış olup, iki yüz bin üzerinde ölüm gerçekleşmiştir. Salgının hızla yayılması, henüz tedavi ve aşısının mevcut olmaması sebebiyle üretim, ithalat/ihracat, eğitim gibi alanlarda sert önlemler alınmıştır.

Salgının eğitim ve yargı sistemi de dahil olmak üzere devlet kurumları üzerinde büyük olumsuz etkileri olmuştur. Ülkemizde eğitim faaliyetlerinin evden yürütülmesi, yargı sürelerinin durdurulması, bazı işletmelerin faaliyetlerinin durdurulması kararları verilmiş, belirli aralıklarla sokağa çıkma yasağı kararları uygulanmış, bazı yaş grupları için sokağa çıkma yasakları sürekli hale getirilmiş, bazı bölgeler karantinaya alınmıştır. Bazı tedbirler insanların toplu olarak bulunduğu yerlerde özellikle alışveriş merkezi, restoran, berber gibi faaliyet gösteren işyerlerinde devam etmektedir. Bahsedilen tüm tedbirler, aynı zamanda ekonomik faaliyetlerin durmasına sebep olmuştur. Salgın, alınan önlemlerle yaz aylarında hafiflese dahi başka salgın dalgaları yaşanacağı tahmin edilmektedir. Bütçe açığı olan ülkelerin yaşanacak ekonomik krizden daha fazla etkileneceği, krizin etkilerinin yıllar süreceği öngörülmektedir.

Bu çalışma, mücbir sebep sayılabilecek koronavirüs salgınının ekonomik etkileri sebebiyle taraflar arasındaki *mevcut işyeri kira sözleşmelerini nasıl etkileyeceği yönünde yapılmıştır*. Covid-19 hadisesi sonucunda sözleşmelerin feshi veya uyarlanması konusunda Türk hukukunda yer alan düzenlemelere değinilmiştir. Salgın sebebiyle alınan kapatma kararlarının hukuki ayıp veya imkânsızlık kapsamında değerlendirilmesi, kiralananın

kullanımında yaşanacak eksiklikler, alınacak tedbirlere ve masraflarına katlanma yükümlülüğü, ekonomik kayıplar kira sözleşmelerine özel ayıp hükümleri ile değerlendirilmiştir.

Türk Hukuku'nda konuyla ilgili, Türk Borçlar Kanunu 136 ve 138 maddeleri arasında imkânsızlık hükümleri de düzenlenmiştir. Bu hükümler tamamlayıcı hükümlerdir. Bu sebeple öncelikle, sözleşme incelenmeli, sözleşmede yer alan mücbir sebep (force majeure) ve uyarlama (hardship) hükümleri kapsamında sorun çözülmelidir. Bazı sözleşmelerde bu hükümler hiç yazılmamış veya açık yazılmamış ya da genel işlem koşullarına uygun yazılmamış olabilir. Bu hükümlerin hiç olmaması veya yeterli olmaması halinde taraflar arasındaki menfaat dengesinin gözetilmesi gerekecektir. Nitekim, sözleşme borçlusu sözleşme yapıldığı sırada öngörülemeyen sebepler dolayısıyla, ifasını yerine getiremiyor veya ifa ederken aşırı güçlük içerisine düşmüşse bu hususun çözülmesi gerekecektir.

Türk Borçlar Hukuku, Roma Hukukunun etkisi altında gelişmiş, Kıta Avrupası hukuk sisteminin benimsediği kuralların iktisap edilmesi ile oluşturulmuştur. Kira sözleşmeleri, iki taraflı, tam borç yükleyen, iyi niyet, menfaat sözleşmeleridir. Türk Medeni Kanunu 2'nci maddesi '*hakları kullanırken ve borçları yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymayı emreder*'. Türk Medeni Kanunu 4'üncü maddesiyle, yargılama esnasında bazı hususlarda, hâkime boşluk doldurma ve takdir yetkisi tanınmıştır. Türk Borçlar Kanunu madde 136, sözleşmenin tamamen ortadan kaldırılmasına; madde 138, sözleşmenin uyarlanmasına ilişkin hükümleri düzenlemektedir. Bu kurallar, dürüstlük kuralının hakimiyeti altında gelişmiştir. Bu sebeple dürüstlük kuralı kapsamında, somut olaya göre değerlendirilmelidir. Sözleşme taraflarının menfaat dengesi sağlanmalıdır. Sözleşme tarafları, dengesi bozulmuş karşılıklı edimlerini, dürüstlük kuralına uygun bir şekilde müzakere etmeli, mümkünse karşılıklı anlaşmalıdır. Bazı sözleşmeler özelinde Yargıtay tarafından benimsenen *akde tahammül süresine* uygun davranılıp davranılmadığı aranacaktır.

Çalışmanın ilk bölümünde işyeri kira sözleşmesi, taraf yükümlülükleri ve işyeri kiralamalarının sosyal yönleri birlikte anlatılacaktır. İkinci

bölümde, ayıp ve imkânsızlık konusuna değinilecek, kullandırma borcu içeren sözleşmelerde ayıp ve imkânsızlık hususunun nasıl değerlendirileceği anlatılacaktır. Sonuç olarak, kira sözleşmesinde faydalanılacak malın kullanılmasının engellenmesi, beklenen faydanın eksilmesi halinde çözüm yöntemleri üzerinde durulacaktır.

I. Kira Sözleşmesi

A. Genel Olarak

İnsanlar, mülkiyet hakkına, mülkü üzerinde tasarruf hakkına, yaşam hakkına, yaşamını sürdürebilmek için çalışma hakkına; barınma, korunma, sağlık ve refah için konut hakkına sahiptir. Bu hakların varlığı, belirli ihtiyaçların karşılanması temelinde oluşmuştur; sürdürülmesi insanlığın devamı için elzemdir. İhtiyaçların karşılanması amacıyla yapılan, alım satım, kira, hizmet gibi sözleşmeler, hak ve yükümlülükler içerir. Hak ve yükümlülükler aykırılıklar ise sorumluluk doğurur. Bu sorumlulukların oluşması için bazı durumlarda kusur aranırken, bazen sonucun gerçekleşmiş olması yeterli görülmektedir.

İnsanlar, tüketilen mallar (şeyler) için ihtiyaçlarını genellikle mübadele ederek karşılamış, tüketilemeyen şeylerden mülkiyetini iktisap edemediklerini veya etmek istemediklerini, belirli süre ve ücret karşılığı kullanmışlardır. Roma döneminde tüketilemeyen mallar arasında emek gücü (köle, hayvan) de sayıldığından bunların kiralınması veya ücret karşılığı emekten faydalanılması, ortaya tek tip bir kullandırma sözleşmesini '*locatio conductio*' çıkartmıştır. Kullanılan şey, emek (hizmet ve eser sözleşmesi) veya mal (kira sözleşmesi); karşılığında ödenen ise ücret '*merces*' olarak tabir edilmiştir. Sözleşmelerin tarihsel gelişimine bakıldığında en çok iki tip sözleşme kullanılmıştır. Bunlardan ilki, mülkiyeti kazandırma ve kazanma amacıyla yapılan alım satım, diğeri ise bir şeyin kullandırılması amacıyla yapılan kira, hizmet gibi kullandırma sözleşmeleridir.

B. Roma Dönemi

Locatio Conductio, icar akdi, rızai akitlerin en önemlilerindendir. Dar manasıyla icar, bir şahsın kendisine ait bir şeyi muayyen bir bedel karşılığında diğer bir şahsın *istimal* ve *istifadesine terk etmesidir*¹. Kira sözleşmesi, **Roma Hukuku**'nda '*locatio conductio*' adı verilen, üç tip akdi kapsayan düzenleme içerisinde yer alır. '*Locatio conductio*' ile taraflardan biri, karşı tarafın vermeyi taahhüt ettiği ücret karşılığında, muayyen müddet içinde, bir şeyin '*res*' kullanırılmasını; eser '*opus*' meydana getirilmesini veya hizmet '*operae*' ifa edilmesini taahhüt eder. Kullandırma borcu doğuran sözleşmeler, '*locatio conductio rei*' (kira), '*locatio conductio operarum*' (iş veya hizmet akdi), '*locatio conductio operis*' (eser-istisna) olarak adlandırılmıştır². Eser, hizmet ve kira sözleşmelerinde bir şeyin, malın veya emeğin hakimiyetinin, geçici olarak, bedel karşılığında, bir başkasına bırakılması konu edilmiştir³. Bu düzenleme, '*Digesta*' 19'uncu kitap 2'nci başlık; '*Institutiones*' 3'üncü kitap 24'üncü başlık, içerisinde yer almıştır⁴.

- 1 Oğuzoğlu, H. Cahit, *Roma Hukuku* (1. Bası, Güney Matbaa 1952) 238.
- 2 Akıncı, Şahin, *Roma Borçlar Hukuku*, 818 sayılı BK. ve 6098 sayılı TBK. ile mukayeseli, (7. Bası, Sayram 2017) 142-143; Rado, Türcan, *Roma Hukuku Dersler, Borçlar Hukuku* (13. Bası, Filiz 2016) 102-130; Tahiroğlu, Bülent, *Roma Borçlar Hukuku, 1.7.2012'de yürürlüğe giren Yeni Türk Borçlar Kanunu ve 13.1.2011'de Yürürlüğe Giren Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Düzenlenmiş Yeni Bası* (1. Bası, Der 2016) 224 vd; Erdoğan, Belgin, *Roma Borçlar Hukuku Dersleri, 1.7.2012'de Yürürlüğe Giren Yeni Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış Yeni Bası* (1. Bası, Der 2012) 94-97.
- 3 Rado (n 3) 102; Umur, Ziya, *Roma Hukuku Ders Notları*, (3. Bası, Beta 2010) 366 vd; Di Marzo, Salvatore, *Roma Hukuku*, Çev: Ziya Umur (2. Bası, İstanbul Üniversitesi 1959) 439-442; Honig, Richard, *Roma Hukuku Dersleri*, Çev: Şemseddin Talip (İstanbul Üniversitesi 1938) 129 vd; Kochaker, Paul/Ayiter, Kudret, *Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları* (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi 1993) 232-235; Karadeniz, Özcan, *Iustinianus Zamanına Kadar Roma'da İş İlişkileri* (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 1976) 118-122; Somer, Pervin, *Roma Hukukunda İstisna Akdi, (Locatio Conductio Operis)*, *Türk Hukuku İle Karşılaştırmalı* (1. Bası, Derin 2008) 9-10; Kavak, Sevgi, '*Roma Hukukunda Eser Sözleşmesinde İfa İmkansızlığının Hükümleri ve Türk Hukukunu Etkileyen Yönleri*' *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 20 (2) 2018 (239-305) 241 vd.
- 4 Rado (n 3) 101; Erdoğan (n 3) 96; Kavak (n 4) 241-245; Doğan Yenisey, Kübra, '*Roma Hukukunun Modern İş Hukuku Üzerindeki Etkilerine Bir Bakış*' Prof. Dr. Belgin Erdoğan'a Armağan (1. Bası Der, 2011) 53 vd.

Kira sözleşmesinde, bir şeyin kullandırılmasının karşılığı; hizmet sözleşmelerinde emeğin kullandırılmasıdır. Eser sözleşmesinde ise emekle birlikte aynı zamanda mesleki bilgi ve deneyim de kullandırılmaktadır. Günümüz kullandırma sözleşmeleri gibi '*locatio conductio*' da rızadır; tam iki taraflı, hüsnüniyet aktidir. Kullandırılacak mal veya emek karşılığında bedel üzerinde anlaşma ile sözleşme kurulmaktadır. Sözleşmenin objektif esaslı unsurları, kullandırılması kararlaştırılan mal veya emek ve bunların karşılığı ödenecek kullandırma bedelidir. Her iki unsur üzerinde iradenin uyuşması gerekir. Kira bedelinin, *mercesin*, muayyen, belli yani '*certa*' olması gerekir⁵. Roma Hukuku'nda konunun belirgin olmasının yanında alacaklıya menfaat sağlamasının da üzerinde durulmuştur. *Konu (mevzu) alacaklıya menfaat temin etmelidir. Aksi halde akdin yapılmasında bir önem kalmayacaktır*⁶.

Akdin yapıldığı anda tıpkı alım satımda olduğu gibi kira akitlerinde de her iki taraf borçlu durumdadır. Kiraya veren şeyin kiracıya teslimini; kiracı da kira bedelini borçlanır⁷. Kira bedeli paradan başka bir şey kararlaştırılmışsa *isimsiz sözleşme*⁸ veya hiç kararlaştırılmamışsa *ariyet*⁹ olarak anılacaktır. Roma Cumhuriyet dönemi sonlarında, yoğun göçün etkisiyle, ev ve toprak kiralaması yaygınlaşmış; *kullandırılan şey* ev, toprak, köle veya hayvan olduğunda, taraflar arasındaki ilişki '*locatio conductio rei*' olarak adlandırılmıştır¹⁰. Zira bu sözleşme ile bir miktar para karşılığında bir şeyin hakimiyetinin geçici olarak başkasına bırakılması söz konusudur. Kullanıma bırakılacak şey mal olabileceği gibi işgücü de olabilir, bunun bir önemi yoktur¹¹.

5 Rado (n 3) 102 vd; Akıncı (n 3) 156 vd; Tahiroğlu (n 3) 226 vd.

6 Oğuzoğlu (n 2) 220.

7 Oğuzoğlu (n 2) 249.

8 Rado (n 3) 102; Tahiroğlu (n 3) 227; Akıncı (n 3) 157.

9 Akıncı (n 3) 157.

10 Kavak (n 4) 246-247; Karadeniz (n 4) 123 vd.

11 Schwarz, Andreas B., *Roma Hukuku Dersleri*, Çev: Türkan Rado, (7. Bası, Doğan Kardeş Yayınları 1965) 53-55 vd; Kavak (n 4) 247.

En eski hukukta, icar bedeli peşin ödenirdi. Veresiye locatio muteber olmazdı. Daha çok gayrimenkullerin kirası için kullanılırdı. Roma halkının ziraatçı olması, bir de devletin kendisine ait araziye işletmek için fakir halka icara vermesi idi. Yabancıların göçüyle kira akdi daha fazla kullanılmaya başlandı. Roma'da yerleşen yabancılar geçimlerini sağlamak için devletten veya büyük arsa sahiplerinden arazi kiralamakta idi. Şey (res) icarı, Locatio rei, başkasına ait bir şeyin diğer bir şahıs tarafından muayyen bir zaman içinde ve muayyen bir bedel karşılığında kullanılmasıdır¹².

C. Alım Satım Akdi ile Benzer Yanları

Kiralama, karşılıklıdır, alım satım gibi, mübadele mukavelesidir. Bir mülkiyetin kullanımın, bir süre için, bir bedel karşılığında elden çıkarılmasıdır¹³. '*Locatio conductio*' alım satım sözleşmesine de yakın olarak yorumlanmıştır. Alım satım sözleşmesinde malın karşılığında semen üzerinde; '*locatio conductio*' da ise kullandırma karşılığı ücret '*merces*' üzerinde mutabık kalındığında sözleşme akdedilmiş sayılacaktır¹⁴. Alım satım '*emptio venditio*' sözleşmelerinde, satıcı bir malı alıcıya nakletme, alıcı da ona karşılık semen ödeme borcu altına girmektedir. Satıcının borcu, elde bulundurma '*habere*', zilyet olma '*possidere*' ve kullanma '*licere*' haklarını, alıcıya sağlamaktır. Teslim ile temlik eden kimsenin, mülkiyeti intikal ettirmek; iktisap eden kimsenin ise mülkiyeti iktisap niyeti olmalıdır '*animus domini transferendi ve accipendi*'¹⁵. Kiralamada ise kiralanan şeyin mülkiyeti değil sadece kullanılmasını devretme borcu altına girilmektedir¹⁶. Satım sözleşmeleri ile alıcıya sürekli olarak sağlanan bu haklar, kira sözleşmesinde geçici olarak sağlanmakta ve süre ile sınırlandırılmaktadır. Kira sözleşmesinin kurulması, tam iki taraflı ve iyi niyet sözleşmesi olması hususları, satım sözleşmesindeki gibidir. Sözleşme konusu mal ile bedel üzerinde anlaşma ile sözleşme kurulur.

12 Oğuzoğlu (n 2) 239 vd.

13 Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Hukuk Felsefesinin Temel Prensipleri*, Çev: Cenap Karakaya (1. Bası, Sümer 2015) 106.

14 Rado (n 3) 102-103.

15 Koschaker/Ayiter (n 4) 141-145, 231-233; Rado (n 3) 87; Tahiroğlu (n 3) 194-198.

16 Eren, Fikret, *Borçlar Hukuku, Özel Hükümler* (7. Bası, Yetkin 2019) 318.

D. Mecelle Dönemi

‘Cumhuriyet dönemi, Türk Özel Hukuku’nun temelleri arasında Roma Hukuku önemli bir yere sahiptir. Hukuk anlayışı evrenseldir. Roma Hukuku kadim Orta Doğu ve Doğu hukuklarından etkilenmiştir. Türk Medeni Hukuku’nun kabulünden önceki düzenleme, Mecelle de İslam Hukuku’nu esas almakla birlikte, Roma Hukuku ve çağdaşı diğer hukuk sistemlerinden de etkilenmiştir¹⁷. Mecelle ile kira sözleşmesinin konusu, menfaat olarak belirtilmiş, Roma Hukuku’na benzer şekilde, ev, arazi kiralananmasının yanında, bağımlı işçi hizmetliler ve bağımsız işçilerin (terzi gibi) sözleşmeleri de kira sözleşmeleri içerisinde yer almıştır. Kira, hizmet ve istisna akdi Roma Hukukunda yer alan ‘*locatio conductio*’ benzeri birlikte işlenmiştir (madde 420-422). Sözleşmenin kurulması, alım satıma benzetilmiş, *icap ve kabul ile kurulur*, şeklinde düzenlenmiştir (madde 433). Ücretin ve kiralananın belirli olması gerekliliği, rızai olması, yine Roma Hukuku ile benzerdir. *Menfaat sağlanmasıyla ücrete hak kazanılacağı* düzenlenmiştir (madde 468)¹⁸.

E. Medeni Kanun Dönemi

Türk Borçlar Kanunu da esasen Roma ve Medeni Kanun öncesi Mecelle ile benzer sistematik ile; kira sözleşmesini, kullanıdırılma amacıyla akdedilen sözleşmelerin (kira, ödünç verme, iş görme sözleşmeleri, şahsi teminat sözleşmeleri) yer aldığı, dördüncü bölüm ve devamında düzenlenmiştir¹⁹. Kiracıların korunması esası gözetilmiştir²⁰. Kira sözleşmeleri, kullandırma amacıyla düzenlenen sözleşmelerin en sık rastlanılanıdır.

17 İlhan, Cengiz, *Günümüz Türkçe’siyle Mecelle* (2. Bası, Yetkin 2014) 8-9 Prof. Dr. Yusuf Karakoç ‘*sunuş*’ kısmından alınmıştır.

18 İlhan (n 8) 133-147.

19 Türk Borçlar Kanunu ile kira sözleşmesi, ‘dördüncü bölüm, birinci ayırım, 299-338’inci maddeler ile genel hükümler-adi kira sözleşmesi; ikinci ayırım, 339-356’ncı maddeler ile konut ve çatılı işyeri kiralaları; üçüncü ayırım, 357-378’inci maddeler ile ürün kirası’, başlıkları ile düzenlenmiştir.

20 Gümüş, M. Alper, *Yeni 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanuna Göre Kira Sözleşmesi* (2. Bası, Vedat 2012) 2 vd; Gümüş, Mustafa Alper, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (4. Bası, Filiz 2019) 223.

Kullanma, istifade hakkı veren sözleşmeler arasında düzenlenmiştir. Bir şeyden istifade hakkının devredilmesidir. İstifade olanağının sağlanması için zilyetliğin de devredilmesi gerektiğinden sözleşme konusu şeyin teslim borcu da doğar²¹.

Eşyanın kullanım ve eşyadan yararlanma hakkı, karşılıklı belirlenen süre ve bedel karşılığında devredilmektedir. Kira sözleşmesi ile kiralayan, malını, belirli bir bedel karşılığında; belirli veya belirsiz bir süre için *kullan-dırma ve yararlandırma* borcu altına girer. Kira sözleşmeleri, *rızaya dayalı*, her iki tarafa karşılıklı tam borç yükleyen, süreli ve ivazlı sözleşmelerdir. Menfaat sözleşmesidir. Kiracının menfaati, kira sözleşmesince devam ettiğinden kiraya veren, sözleşme boyunca kullanıma elverişli bulundurma yükümlülüğü altındadır. Sözleşme belirli veya belirsiz süreli olsa da ani edim değil sürekli edim borcu içerir. Taraflar, edimlerini, sözleşmeye ve hukuka uygun şekilde sürekli ve karşılıklı olarak yerine getirmekle yükümlüdür. *Kiralanın yerin*, kiracıya sözleşmede belirtilen kullanım amacına uygun teslim edilmesi, kira sözleşmesi boyunca kiracının yararlanabilmesi için, *kullanıma elverişli olarak hazır bulundurulması ve yararlandırılması*; *kiracının* da kira süresi boyunca kiralananı yararlanma karşılığı, *kira bedeli ödeme borcu, süreklilik* arz eder. Kiraya verenin asli edimi, bir şeyin kullanılmasıyla birlikte yararlanılmak üzere kiracıya bırakılması; kiracının asli edimi ise kira bedelinin ödenmesidir. Kiralanan yeri sözleşme süresince hazır bulundurma edimi karşılığında kira bedelini talep etme hakkı kazanılmaktadır. Sürekli ancak geçici bir sözleşmedir. Kiralanan şey, kira süresince kiracı tarafından kullanılır, süre sona erdiğinde iade edilir²².

21 Bilge, Necip, Borçlar Hukuku, Özel Borç Münasebetleri (1. Bası, Yeni Desen 1962) 122; Aydoğdu, Murat/Kahveci, Nalan, Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri (4. Bası, Adalet 2014) 341; Eren, *Özel Hükümler*, 310 vd.

22 Eren, *Özel Hükümler*, 311 vd; Gümüş, *Kira Sözleşmesi*, 21-25; Acar, Faruk, *Kira Hukuku Şerhi* (4. Bası, Beta 2017) 51 vd; Çabri, Sezer, *Kiraya Verenin Ayrıptan Sorumluluğu* (1. Bası, Adalet 2013) 12vd; Yavuz, Nihat, *Türk Kira Hukuku*, 4 cilt, III, (1. Bası, Yetkin 2003) 2851 vd; Yavuz, Cevdet/Acar, /Özen, Burak, *Borçlar Hukuku Dersleri, Özel Hükümler* (16. Bası, Beta 2019) 180 vd; Tandoğan, Haluk, *Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri*, (5. Bası, Vedat 2010) 109 vd; Yüceer, İpek, 'Alt Kira' Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 57 (3) 2008 (791-829) 793; Gümüş, M. Alper, *Borçlar Hukuku, Özel Hükümler* (İstanbul 2012) 280-282; Zevkliler, Aydın/Havutçu, Ayşe, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri* (9. Bası, Seçkin 2007) 158 vd; Günay, Cevdet İlhan, *Türk Borçlar Kanunu Şerhi* (1. Bası, Yetkin 2012) 986 vd;

Kiraya verenin sözleşmeye uygun teslimi, kira süresince sözleşmeye uygun kullandırma ve yararlandırma borcu kapsamında, kiralanan yer sözleşmeye uygun teslim edilmemişse, kiracı, borçlunun temerrüdü hükümlerine başvurabilecektir. Kullanıma elverişli olmayacak şekilde ayıplı teslim almış ise bu durumu ayıplı ifa olarak nitelendirebiliriz. Bu durumda kira sözleşmelerinde ayıplı ifa hükümlerini düzenleyen özel düzenlemelere başvurabiliriz²³.

F. İşyeri Kiralamalarında Menfaat

Ticari kiralamalarda menfaat, barınma ihtiyacından çok çalışma, kazanç sağlama ve bu sayede yaşamı idame ettirme amacına dayanır. Bunun yanında işletmelerin, toplumsal işlevi de söz konusudur. İşletmeler, insanların ihtiyaçlarının karşılanmasına yönelik mal ve hizmet üretirler. İstihdam sağlayarak hem kendi amaçlarına; ülke ekonomisine hem de sosyal yönden toplumun gelişimine yönelik pozitif katkıda bulunurlar. İşyerlerinin uzun ömürlü olmaması, sürekli kapanması gibi hususlar işsizlik, istikrarsızlık ortaya çıkarmakta, istihdam, maliye, para ve sosyal politikalar gibi geniş alana etki yaratmaktadır²⁴.

Aral, Fahrettin/Ayrancı, Hasan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri* (12. Bası, Yetkin 2019) 210 vd; Doğan, Murat/Baygın, Cem, 'Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Kira Sözleşmesine İlişkin Hükümler' Hukuki Perspektifler Dergisi, 4, Ağustos 2005 (116-131) 117; Kuntalp, Erden/Barlas, Nami/Ayanoglu Morali, Ahu/Çavuşoğlu Işıntan, Pelin/İpek, Mehtap/Yaşar, Mert/Koç, Sedef, *Türk Borçlar Kanunu Tasarısına İlişkin Değerlendirmeler* (1. Bası Vedat 2005) 158; Akçaal, Mehmet/Uyumaz, Alper, 'Kira Sözleşmesine İlişkin Genel Hükümlerin Değerlendirilmesi' Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 21 (1) 2013 (298-325) 299; Bayram, Aziz Erman, 'Kira Sözleşmesinde Kiracının Kiralananı Geri Verme Borcu' Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, XXI (4) 2017 (131-181) 132; Tunçomağ, Kenan, *Türk Borçlar Hukuku*, (6. Bası, İstanbul 1976) 437; Koç, Nevzat, '6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda Kira Sözleşmesine İlişkin Olarak Yapılan Yeni Düzenlemelerin Genel Değerlendirmesi' İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (1) 2014 (3-35) 8-9; Doğu, Hakkı Mert, 'Türk Borçlar Kanunu'nun 352. Maddesinin üçüncü fıkrasına göre kiraya verenin kira sözleşmesini sona erdirmesi' Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi 7 (14) 2019 (137-151) 138; Tandoğan (n 23) 108 vd; Kılıçoğlu, Ahmet M., *Borçlar Hukuku, Özel Hükümler* (Turhan 2019) 207 vd.

23 Yavuz/Acar/Özen (n 23) 190 vd; Gümüş, *Kira Sözleşmesi*, 95 vd.

24 Akıncı, Şahin, 'İşyeri Kiralarında Kiracının Korunması Açısından Borçlar Kanunu Tasarısının Bazı Hükümlerinin Değerlendirilmesi' AÜHFD 57 (3) 2008 (33-50) 35-38; Aral/Ayrancı (n 23) 285; Zevkililer/Havutçu (n 23) 249; Yavuz, Cevdet, *Türk Borçlar*

İşyeri kiralamaları açısından ortaya çıkacak uyuşmazlıklarda, işyerlerinin ekonomik ve sosyal işlevi, mal ve hizmet üretmesi, istihdam sağlaması gibi hususlar birlikte değerlendirilmelidir. Nitekim, işyerinin iflası, ekonomik gücünü kaybederek faaliyetini sürdüremeyecek hale gelmesi, istihdam ettiği kişileri, aileleri ve dolayısıyla toplumu yakından ilgilendirir.

Koronavirüs, ülke ekonomisine zarar vermiş, işletmelere ciddi kar kayıpları yaşatmıştır. İşletmeler, kapalı kaldığı dönemde de istihdam ettiği çalışanlara ücret ödemekte aynı zamanda işletme borçlarına, kira sözleşmelerine bağlı kalmaya çalışmaktadır. Sürecin daha da uzaması, başka salgın dalgalarının da yaşanma ihtimali, kira sözleşmeleri açısından değerlendirilmeli, her iki taraf açısından dengeli, hakkaniyetli çözümler üretilmelidir. Türk Hukuku kapsamında kira sözleşmesinin değerlendirilmesi için tarihsel gelişimine bakıldığında, Roma dönemi, medeni hukuk öncesi Mecelle dönemi ve Türk Medeni Kanunu'nun kabulüyle Cumhuriyet dönemi düzenlemeleri benzer esasları temel almıştır. Bu kapsamda kira sözleşmesi ile sağlanan, kiralanan şeyi kullanan ve faydalananın (kiracı) menfaati ile ücret alanın (kiralayan) menfaati, karşılıklıdır. Ayıp ve imkânsızlık kapsamında değerlendirilmesi gereken konu da menfaattir. Sözleşme ile sağlanan menfaatin imkansızlaşması veya eksik, kusurlu yani ayıplı olması üzerinden konuyu değerlendirmek gerekir.

II. Salgınının (Covid-19) İşyeri Sözleşmelerine Etkisi

A. Genel Olarak

Salgının işyeri kiralamalarına etkisini yorumlayabilmek için, salgının *beklenmeyen hal kavramı* içerisinde değerlendirilmesi; öngörülebilirlik konusunun *basiretli tacir* açısından yorumlanması, salgın sebebiyle işyerlerinin idari kararlar kapatılması konusunun *hukuki ve ekonomik ayıp* doğurması aynı zamanda kiralayanın malı hazır bulundurma borcunu *imkansızlaştırması*; ekonomide yaşanan olumsuzluklar sebebiyle, kiracının yaşadığı *ifa güçlüğü*nün sözleşmeye etkisi; hususları tartışılacaktır.

Salgının sebep olduğu olumsuz etki, kiralananın kullanımı açısından ayıp veya imkânsızlık doğururken; kiracı açısından ekonomik güçsüzlük yani ifa güçlüğü meydana getirir. Bu sebeple salgının etkisini anlatırken, beklenmedik hal ve basiretli tacir kavramlarına değinerek, ayıp, imkânsızlık ve ifa güçlüğü hükümlerini ele alacağız.

B. Beklenmeyen Hal Kavramı

Mücbir sebep veya umulmayan hal, sözleşmenin kurulduğu sırada ya da müzakere aşamasında ‘*tahmin edilememiş ve düşünülememiş*’ olan ve *sonradan ortaya çıkarak akdin ifasını imkânsız hale getiren*’ hallerdir. Türk Hukuku’nda mücbir sebep veya umulmayan hal teşkil edecek olayları belirleme takdiri, hâkime bırakılmıştır²⁵. Beklenmedik hal, borçlunun iradesi dışında meydana gelen olaylar olarak tanımlanmıştır. Önceden öngörüle-meyen bütün olaylar beklenmedik haldir. Öngörememe ve engel olamama durumu söz konusudur. Beklenmedik halde sadece borçlu açısından öngö-rememe ve engel olamama hali, mücbir sebepte, her iki taraf açısından mev-cuttur²⁶.

Beklenmedik hal kavramı kökeni Roma hukukuna dayanır. Roma hu-kukunda ‘*casus fortuitus*’ terimi kullanılmıştır. Digesta 50’nci kitap 17’nci başlık madde 23, beklenmedik hal ortaya çıktığında borçlunun borçtan kurtulacağını belirtir. Üçüncü kişiden gelecek haksız fiil eylemleri de bek-lenmeyen hal teşkil edebilmektedir. Bu durumda sözleşme borçlusu açısın-dan borç sona erecek, alacaklı üçüncü kişiden haksız fiil hükümleri kapsa-mında zararını tazmin edecektir. ‘*Casus*’ kavramı tam açıklanmamış, bazı düzenlemelerde örnekleme yapılmış; örneğin ineğin ölmesi casus olarak değerlendirilmiştir. Mücbir sebep doğa kaynaklı, beklenmedik hal ise insan kaynaklı olaylar olarak ayrılmıştır. Beklenmedik hal, borçluya yükleneme-yen her türlü olaydır²⁷.

25 Akıncı (n 3) 226; Oğuzman, M. Kemal ve Öz, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hü-kümler (8.Bası, Vedat, 2010) 355-360.

26 Erman, Hasan, ‘*İstisna sözleşmesinde Beklenilmeyen Haller, BK. 365/2*’ (İstanbul Üni-versitesi 1979) 73-80; Kavak (n 4) dpt no: 87.

27 Di Marzo (n 4) 366; Söğütlü Erişgin, Özlem, *Roma Hukukunda Tarihsel Gelişimi İçerisinde Contractus (Sözleşme) Kavramı ve Sözleşmesel sorumluluk Ölçütleri* (1. Bası,

Sözleşmedeki dengeyi bozan olağanüstü durumlara harp, ekonomik krizler, para değerinin düşürülmesi, aşırı enflasyon örnek gösterilebilir²⁸. Salgın hastalıklar²⁹ da salgının boyutuna göre değerlendirilecektir. Yargıtay'ın salgın hastalıkları mücbir sebep saydığı kararları da mevcuttur³⁰. Covid-19 salgını, dünya genelinde ekonomik kriz yaratmış, ulaşım kısıtlamaları, ithalat ve ihracat yasaklarının uygulanmasına sebep olmuştur. İş güvenliği ve işçi sağlığı açısından işyerleri üretime ara vermek zorunda kalmıştır. Dünya Sağlık Örgütü tarafından pandemi ilan edilmiştir. Bu durumda koronavirüs salgısının etkisini, beklenmedik hal/mücbir sebep olarak değerlendirebiliriz.

C. Basiretli Tacir Kavramı

Tacirler, basiretli iş adamı gibi hareket etmelidir³¹. Tacirler arasındaki objektif özen ölçüsü, vasat bir tacirden beklenen kadardır. Yani, tacir yalnızca dürüst, namuslu, makul ve orta zekâlı bir insanın benzer hadiselerde takip edeceği şekilde hareket etmekle kalmayıp, *'kendisiyle aynı sınıfa dâhil tedbirli, sağduyulu ve becerikli bir tacirin benzer hadiselerde takip edeceği'*

Seçkin, 2016) 218; Kavak (n 4) dpt:87.

28 Sarıal, M. Enis, 'Beklenmeyen Halin Sözleşmeye Etkisi' Yargı Dergisi (1980) 24.

29 '*Sosyal felaket, öğretide genel nitelikte, tüm halkı veya halkın büyük bir çoğunluğunu etkileyebilecek nitelikte, savaş, deprem, salgın gibi sosyal var oluşu (Sozialexistenz) sarsan bir değişiklik olarak ele alınmaktadır.*' bknz. Baysal, Başak, Sözleşmenin Uyarlanması, TBK m. 138, Aşırı İfa Güçlüğü (3. Bası, 2019) N. 562.

30 YHGK, 90/1259, 27.6.2018.

31 Türk Ticaret Kanunu madde 18/2: *'ticaretine ait bütün faaliyetlerinde basiretli bir iş adamı gibi hareket etmesi gerekir'*. Buna göre tacir, memleketin siyasi atmosferini düşünmek, piyasa durumunu ve ekonomik bozulmaları hesaba katmak zorundadır. Yapacağı sözleşmelerin yerine getirilip getirilmeyeceğini hesaba katmalı *'basiretli bir iş adamı'* gibi davranıp borcun yerine getirilmesini engelleyebilecek hareketleri önceden nazara alması gerekmektedir. Basiretli iş adamı gibi hareket etmek, *'bugünün ve istikbalin piyasa durumunu tacirin işlemi yaptığı sırada göz önünde tutması'*, *'bugünün ve geleceğin koşullarını gerçek ve ölçülü bir şekilde değerlendirebilmesi'* olarak da tanımlanmıştır. *'Tacir, tacir olmayanlara kıyasla vasatın üstünde bir özen göstermek zorundadır.'* bknz. Arkan, Sabih, Ticari İşletme Hukuku (15.Bası, Banka ve Ticaret Araştırma Hukuku 2011) 137 vd; Karahan, Sami, Ticari İşletme Hukuku (22. Bası, Mimoza Yayınevi, 2011) 86 vd; Kizir, Mahmut, 'Yargıtay Kararları Işığında Basiretli İş Adamı Gibi hareket Etme Yükümlülüğünün Sözleşmenin Değişen Şartlarına Uyarlanmasına Etkisi' Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 19 (2) (Konya, 2011) 247-252.

şekilde hareket etmek zorundadır³². İşyeri kiralarda kiracılar genel olarak tacirdir. Covid-19 düzeyinde salgının, tacir tarafından öngörülebilmesi hususu basiretli tacir kapsamında da değerlendirilmelidir. Tacir olağan veriler ışığında ekonomide yaşanacak kırımları (faiz, enflasyon gibi) öngörebilir ancak koronavirüs salgını sebebiyle yapılan ekonomik kısıtlamaları tahmin etmek oldukça güçtür. Bu sebeple basiretli tacir ilkesi doğrultusunda, salgın sebebiyle yaşanan olayları, tacir açısından öngörülebilir saymak hakkaniyete uygun olmayacaktır.

D. Sözleşmede Mücbir Sebep ve Uyarılama Klotlarının Varlığı (Genel İşlem Koşulu Sayılması)

Genel işlem koşulları, ileride çok sayıda benzer sözleşmede kullanılmak amacıyla önceden düzenlenen; tek başına hazırlanıp karşı tarafa sunulan, hazırlayan tarafa daha avantajlı koşullar yaratan ve aleyhine avantajlı koşul yaratılan tarafa değiştirme imkânı tanımayan, *'dürüst bir kişinin makul beklentisini aşacak derecede'* düzenlenmiş; olumsuz sonuçları hakkında karşı tarafa açıkça bilgi verilmemiş ve üzerinde müzakere edilmemiş, sözleşme hükümleridir. Bu düzenlemelerin yaptırımını yazılmamış sayılmazdır. Açık bilgilendirme yapılması şarttır. Örneğin örtülü olarak bilgi verilmiştir; zaten karşı tarafın bilgisi vardı gibi iddialar dinlenmeyecektir³³.

Hukukî işlemlerde, tarafların iradelerini açıklamak üzere kullandıkları ifadeler her zaman açık seçik olmayabilir. Her iki taraf bu ifadelere aynı anlamı vermeyebilir. Mücbir sebep ve uyarılama klotları açısından da belirsizlik varsa, hâkimin yorum yoluyla belirleme takdir yetkisi mevcuttur (TBK madde 19)³⁴. Genel işlem koşullarının Türk Borçlar Kanunu kapsamında

32 YHGK, 13- 332/340, 07.05.2003, Kızır (n 32) 252.

33 Atamer, Yeşim M., *Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi* (2. Bası, Beta 2001) 102 vd; Kuntalp, Erden, *'Bankalar ve Genel İşlem Koşulları' Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu* (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 2012) 95; Oğuzman, M. Kemal/Barlas, Nami, *Medenî Hukuk, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar* (25. Bası, Vedat 2019) 187-190; Yeniocak, Umut, *'Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Genel İşlem Koşullarının Yargısal Denetimi'* TBB Dergisi (107) 2013 (75-96) 81 vd.

34 Zevkliler, Aydın, *Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku* (4.Bası, Savaş Yayınları 1995) 137; Akipek, Jale ve Akıntürk, Turgut, *Türk Medenî Hukuku-*

düzenlenmesi, tacirler açısından da ileri sürülebilmesine imkân sağlamıştır. Mücbir sebep ve uyarlama kizozları açısından değerdendirildiğinde, örneğın alışveriş merkezi veya sanal ofis gibi çok sayıda kiralama yapılan işyerlerinde, kiralayan tarafa avantaj sağlayan, tek taraflı mücbir sebep ve uyarlama kizozlarının genel işlem koşulları denetimine tabi tutulması söz konusu olabilecektir. Genel işlem koşulları ve basiretli tacir ilkesi arasındaki dengeyi, hâkim, somut olaya ve sözleşmenin içeriğine göre değerdendirmelidir Mücbir sebep ve uyarlama kizozları, sözleşmede mevcut ise öncelikle sözleşmede yer alan hükümler doğrudusunda çözüme ulaşmak gerekir.

Ayıp hükümlerine karşı sorumluluk hükümleri kapsamında kiracı aleyhine getirilen sözleşme hükümleri de dürüstlük kuralına aykırı, kiracının durumunu ağırlaştırıcı nitelikteyse genel işlem şartları denetimine takılacak, yazılmamış sayılacaktır³⁵. Diğer yandan kira akitleri kesin hukuk sözleşmesi değil, hüsnüniyet (iyi niyet) sözleşmesidir. Aynı akitlerin hepsi hüsnüniyet sözleşmesidir. Hüsnüniyet sözleşmelerinde hâkimin takdir hakkı vardır. Hâkim hak ve nasafet kaidelerine göre karar verir. Hâkim tarafların iyi ve kötü niyetini araştırıp tazminata ona göre karar verecektir³⁶. Dolayısıyla kira sözleşmeleri açısından genel işlem koşulları bu kapsamda da hâkim denetimine tabidir.

Kiralayanın kira sözleşmesine uygun teslim ve sözleşme süresince elverişli bulundurma borcu konut ve çatılı işyerlerine ilişkin kiralamalarda mutlak emredicidir; kiralayan aleyhine değıştirilemez. Kiracı aleyhine değıştirme yasağının yaptırımı hükümsüzlüktür; yani butlan olup tarafları bağlamaz. Hâkim tarafından re'sen de dikkate alınabilir³⁷.

Yeni Medeni Kanun'a Uyarlanmış Başlangıç Hükümleri Kışiler Hukuku (Beta, 2002) 178-180.

35 Çabri (n 23) 141.

36 Oğuzoğlu (n 2) 248.

37 Eren, *Özel Hükümler*, 328-329.

E. Salgının Kiralayanın Borcunun İfasına Etkisi

1. Ayıp Hükümleri Kapsamında Değerlendirilmesi

a. Genel Olarak

*Kiraya verenin borçlarının başında, mecurun kiracıya teslimi gelir. Sözleşmede açıklık yoksa derhal teslim ana kuraldır. Sözleşmede aksine hüküm varsa belirlenen tarihte teslim gerçekleşebilir. Kira bedelinin icap ettirdiği kullanmayı sağlayacak şekilde teslim olunmalıdır. Kira akdini yapmaya sevk eden sebebe aykırı teslim, akdi ortadan kaldırır (zail olur)*³⁸.

Kiralayan kullanmaya elverişli şekilde teslime ve kira süresince bu halde tutmaya mecburdur. Sözleşme yapıldığı sırada var olan veya kullanma (istifade) süresince ortaya çıkacak ayıpları gidermekle mükelleftir³⁹.

Kiraya verenin borçları, kiralananı, sözleşmede amaçlanan kullanım amacına uygun teslim etmek; sözleşme süresince sözleşmede amaçlanan kullanıma elverişli durumda bulundurmak; kiralananı ayıpsız teslim etmek, kiralananın sonradan ayıplı hale gelmesi halinde ayıbı düzeltmek; kullanılmasının önündeki engel ve sınırlamaları kaldırmak, ayıba kusuru ile sebep olmuşsa meydana gelen zararı gidermek, olarak sayılmıştır. Önemli ayıp halinde ve verilen uygun süre içerisinde ayıbın giderilmemesi durumunda, kiracıya, fesih hakkı tanınmıştır. Diğer yandan kiracıya, ayıbın giderilmesine kadar geçen süre boyunca, ayıpla orantılı olarak kira bedelinden indirim talep imkânı sağlanmıştır (TBK madde 301-307)⁴⁰.

Kira sözleşmesinde her iki tarafın karşılıklı edimi söz konusudur. Kullandırma ücretine hak kazanılması, kiralanan şeyin sözleşmeye uygun

38 Oğuzoğlu (n 2) 240; Bilge (n 22) 130 vd.

39 Bilge (n 22) 130.

40 Eren, *Özel Hükümler*, 328; Gümüş, *Özel Hükümler*, 222; Gümüş, *Kira Sözleşmesi*, 101-106; Çabri (n 23) 12-18; Tunçomağ (n 23) 493-497; Hatemi, Hüseyin/Se-rozan, Rona/Arpacı, Abdulkadir, *Borçlar Hukuku, Özel Bölüm* (Filiz Kitabevi 1992) 160-163; Aral/Ayrancı (n 23) 271 vd.; Zevkliler Aydın/Gökyayla, K. Emre, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri* (19. Bası, Turhan Ankara 2019) 249 vd, 264; Yavuz/Acar/Özen (n 23) 217-220.

teslimi ve kira süresince sözleşmeye uygun kullanılarak sağlanması ile mümkün olabilecektir. Kiralanan şey ayıplı ise edimler arası dengesizlik meydana gelir. Bu dengesizliğin giderilmesi, ayıp hükümlerinin uygulanmasıyla sağlanabilecektir. Kira sözleşmesi ile sağlanan menfaatin sürekli olarak korunması gerekmektedir⁴¹. Sözleşme ile öngörülen şekilde kullanımın sağlanması, kullanımdan sağlanacak menfaati azaltan veya ortadan kaldıran engellerin kaldırılması, kiraya veren tarafın yükümlülüğüdür. Örneğin *'kiralanan yere komşu bir taşınmazda yapılan kazı neticesinde, kiralanan yerin kullanılamaması hali ayıp olarak nitelendirilmiştir. Kiraya veren uygun bir indirim yapmalıdır. Engel uygun sürede ortadan kaldırılmaz ise sözleşmenin feshi dahi gündeme gelebilecektir'*⁴². Ayıp hükümlerinin kaynağı yasal düzenlemelerdir. Türk Borçlar Kanunu 304'üncü maddesi ve devamında düzenlenmiştir. Kiraya veren kusurlu olmasa dahi kiralananın ayıplı olmasından sorumludur. Bu sebeple bir çeşit sebep sorumluluğu söz konusudur diyebiliriz⁴³.

b. Kira sözleşmelerinde Ayıp Kavramı

Kira sözleşmesinde ayıptan sorumluluk, satımdaki gibi mesuliyet doğurur. Kiralanan (mecur) sözleşmeden beklendiği (akitten maksut olan) şekilde kullanılmasını veya işletilmesini imkânsız kılacak veya kullanma veya işletmeyi önemli ölçüde azaltacak ayıplardır⁴⁴.

Sözleşmede amaçlanan kullanıma elverişli teslim edilmez ise ayıplı ifa söz konusu olur. Sözleşme uyarınca taşınması gereken niteliklere sahip olmasıdır. Kiraya verenin bildirdiği nitelikler ve gerekli nitelikler yani beklenen nitelikler olarak değerlendirme yapılacaktır. Kiracının ve birlikte yaşayanların fizik, psikik ve moral sağlıklarını tehlikeye sokacak durumlardan uzak,

41 Zevkliler/Havutçu (n 23) 190 vd; Yavuz, *Kira*, 3189 vd; Yavuz/Acar/Özen (n 23) 199 vd; Seyfullah, *Türk Borçlar Hukukuna Göre Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu* (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 1963) 6 vd.

42 YHGK, 4-1732/532, 18.05.1983 bkz. Yavuz/Acar/Özen (n 23) 193-195.

43 Yavuz/Acar/Özen (n 23) 199 vd; Tandoğan, Haluk, *Türk Me'suliyet Hukuku* (Ankara Hukuk Fakültesi Yayınları 1961) 397- 400; Oğuzman/Öz (n 26) 470 vd; Hatemi/Gökayla (n 41) 243-246; Gümüş, *Kira Sözleşmesi*, 105 vd.

44 Bilge (n 22) 131.

güvenli bir kullanmayı sağlayacak şekilde bulundurmalı gerekli bakım ve onarımları yapmalıdır⁴⁵.

Sözleşmede öngörülen kullanım amacına aykırı eksiklikler ayıp olarak değerlendirilecektir. Sözleşmede açıklık yoksa kiralanan yerin mevkisi, tahsis yönü, yöresel örf ve kiraya verenin tek tarafı zikrettiği nitelikte göz önüne alınır. Örneğin İyi bir semtte ev kiralayan kiracı, kenar mahallede ev kiralayan kiracıdan daha fazla şeyler isteyebileceği kabul edilmektedir⁴⁶. Ayıp sorumluluğu istifadeyi engelleyen bütün unsurları kapsamaktadır. Örneğin, komşuların dahi kiracıyı rahatsız etmesini engellemek kiralayanın sorumluluğundadır⁴⁷.

Kira sözleşmeleri kapsamında ayıp, kiralananın özü, niteliği, hukuksal durumu açısından, kiralanan yerden, sözleşmede amaçlanan ölçüde yararlanmayı engelleyen eksikliklerdir. Kiracının, kira sözleşmesi akdederken beklediği menfaat, kullanım amacına uygun olarak kiralananndan faydalanmaktır. Müşterinin gelebilmesi, ticari faaliyetin devam edebilmesi işyeri kiracısının sözleşmeden beklentisidir. Sözleşmeye uygun olmama hali, ‘uygunluk ayıbı’ olarak da adlandırılmıştır⁴⁸. Kiralanan yer açısından ayıp, *maddi, manevi, hukuki, ekonomik, açık, gizli, önemli olan veya olmayan, başlangıçta var olan veya sonradan ortaya çıkan*, olarak sınıflandırılabilir⁴⁹. Kiralanan yer ticari amaçlı ise kullanıldığı dönem dahi önem kazanmaktadır. Sahil kasabasındaki pansiyon işletmecisi, kiralanan yeri yaz ayında

45 Eren, Özel Hükümler, 330-331.

46 Tandoğan (n 23) 114; Yavuz/Acar/Özen (n 23) 403; Aydoğdu/Kahveci (n 22) 376.

47 Yargıtay 13. HD, 3139/3685, 12.04.1996; Gümüş, Özel Hükümler, 224.

48 Yavuz, Kira, 3218; Acar (n 23)139 vd; Aral/Ayrancı (n 23) 226; Çabri (n 23) 13; Tandoğan (n 23) 111-113; Gümüş, *Borçlar Özel*, 315; Gümüş, *Kira Sözleşmesi*, 101; Yavuz/Acar/Özen (n 23) 194; Ediz (n 42) 13; İnceoğlu, Murat, ‘Bahçeşehir Üniversitesi Kira Sözleşmesi Sempozyumu, TBK’da Kira Sözleşmesine ilişkin Ayıp Hükümlerinin Değerlendirilmesi’ Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi 2013, 9 (103-104) 2013 (52- 88) 53 vd; Zevkliler/Gökyayla (n 41) 253-255.

49 Zevkliler/Gökyayla (n 41) 255; Tandoğan (n 23) 112-120; Yavuz, *Kira*, 3195-3196 ve 3219-3221; Yavuz/Acar/Özen (n 23) 197 vd, 285; Tunçomağ (n 23) 496; Yavuz, *Kira*, 3195; Gümüş, *Özel Hükümler*, 316; Gümüş, *Kira sözleşmesi*, 102; Hatemi/Serozan/Arpacı (n 41) 162-163 vd; Aral/Ayrancı (n 23) 273.

kullanacağından, yeri bu dönemde ayıpsız teslim almalıdır⁵⁰. Salgın sebebiyle idari karar ile kapatılan işyerleri açısından hukuki ve bazı durumlarda ekonomik ve maddi ayıp halinin varlığı söz konusu olabilecektir.

Kullanıma mâni ayıplar maddi olabileceği gibi, kiracının rahatsız edilmesi gibi manevi de olabilir. Malın tabiatına has olabileceği gibi “*tahta kurusu, böcek salgını vs şeklinde sonradan arız kusurlar*” şeklinde de ortaya çıkabilir⁵¹.

İsviçre Hukukunda ayıp hususunda açık bir ayırım yapılmaktadır. Önemli ayıplar niteliği itibarıyla büyük ve sürekli zarara yol açan ayıplardır. Sözleşmenin niteliğini tamamen veya esaslı ölçüde ortadan kaldıran ve genelde süreklilik arz eden ayıplardır. Kiracının veya birlikte yaşadığı kişilerin fiziki veya ruhsal sağlığını etkileyen, maddi ve manevi zarar veren hallerdir. Kiralanan yerdeki aşırı gürültü, sürekli nitelikte inşaat gürültüsü, kiracının komşuları veya kiraya veren tarafından sürekli rahatsız edilmesi, yetersiz güvenlik önlemleri sebebiyle sürekli hırsız girmesi, önemli ayıp olarak nitelendirilmiştir. İsviçre de yerel mahkeme uçak gürültüsünü de ayıp olarak nitelendirmiştir. Sık sık devam etmesi halinde de önemli ayıp olarak nitelendirilebilecektir⁵².

Kira sözleşmelerinde ayıp kiracının veya kendisiyle beraber yaşayan kimselerin veya işçilerin de sıhhatini ciddi şekilde etkiliyorsa, tehlike teşkil etmekteyse (rutubet, zararlı kokular neşri, yıkılma tehlikesi gibi) kiracı bu ayıplara akdi yaparken vakıf olmuş ve hatta fesih hakkından feragat etmiş olsa bile akdi bozabilir⁵³.

Kiraya veren *umulmayan halden de sorumludur*. Örneğin çevrede çıkan bir yangın, su basması veya deprem sebebiyle ortaya çıkan ayıplardan kiraya veren soruludur ve ayıpları gidermekle yükümlüdür⁵⁴.

50 Çabri (n 23) 12.

51 Bilge (n 22) 132; Aral/Ayrancı (n 23) 273.

52 Aydoğdu/Kahveci (n 22) 373.

53 Bilge (n 22) 132-133.

54 Aral/Ayrancı (n 23) 274.

Hukuki ayıp, özel veya kamu hukuku kaynaklı sınırlama ve engelleme sebebiyle kiralanan yerin, sözleşmede amaçlanan kullanım amacı doğrultusunda kullanılması ve faydalanılmasında yaşanan eksikliktir. Kiralananda hukuki ayıbın varlığı halinde ayıp sebebiyle hakların kullanılabilmesi için kiraya verenin kusuru aranmaz⁵⁵. Kamusal sınırlama ve engellere dayalı ortaya çıkan kullanım elverişsizliği olarak da tanımlanmıştır. Örneğin, kiralanan yerin iskân ruhsatının olmaması⁵⁶.

Ekonomik ayıp, belirli kazanç sağlayacağı taahhüt edilerek yapılan kira sözleşmelerinde; örneğin, alışveriş merkezlerinde hasılat üzerinden yapılan işyeri kira sözleşmelerinde, ileri sürülebilecektir⁵⁷. Hasılat kira sözleşmelerinde, kiralanan yerin kullandırılmasının yanında, kiracıya gelir elde etme imkânı, sağlama yükümlülüğü kararlaştırılmış olabilir. Böyle bir sözleşmede, ifayı güçleştiren beklenmedik hal söz konusu ise hâkimin kira bedelini uyarlaması gerektiği de belirtilmiştir⁵⁸. Kiralanan işyerinde kiraya veren tarafından bildirilen, vaat edilen, iş hacmi sağlanamadığı, kar elde edilemediği taktirde, ekonomik ayıp söz konusu olur⁵⁹.

Maddi ayıp, kiralanan şeyin fiziki yapısındaki eksikliklerdir. Kiralanan şeyin doğasından kaynaklanabileceği gibi sonradan da ortaya çıkmış olabilir⁶⁰. İşyeri olarak kullanılacak yerin, müşterileri ağırlamaya uygun olması gereklidir⁶¹. Kiralanan yerde veya çevresinde toz, kötü koku, gürültü olması, kiracının kullanımını sınırlayabilir⁶². Kiracıyı rahatsız eden nedenler, gürültü, sataşma, koku ve duman, tehdit ve hakareti evinin penceresi,

55 Gümüş, *Özel Hükümler*, 316; Yavuz, *Kira*, 3221 vd.

56 Gümüş, *Özel Hükümler*, 225.

57 Yavuz, *Kira*, 3222-3223; Zevkliler/Gökyayla (n 41) 191; Hatemi/Serozan/Arpacı (n 41) 255; İnceoğlu (49) 57.

58 Yavuz, *Kira*, 3222.

59 Eren, *Özel Hükümler*, 334.

60 Yavuz, *Kira*, 3217 vd; Gümüş, *Kira sözleşmesi*, 99 vd; Zevkliler/Havutçu (n 23) 193 vd; Hatemi/Serozan/Arpacı (n 41) 160 vd; Tandoğan (n 23) 113 vd; Zevkliler/Gökyayla (n 41) 232 vd.

61 Çabri (n 23) 13.

62 Çabri (n 23) 17.

marketin vitrini önüne devamlı araba park edilmesi gibi ortaya çıkabilir⁶³. Kiralananan elde edilecek fayda, sözleşme yapıldığı esnada beklenen ve taahhüt edilen menfaat, maddi eksiklikler ile engellenmemelidir.

Kiralananda aşırı nem olması, hastalığa sebep olacak derecede mantar ve böcek bulunması da ayıp olarak değerlendirilmiştir⁶⁴. İsviçre Federal Mahkemesi'nin, *tahta kurusu salgınının önemli ayıp olduğu* yönünde kararı mevcuttur⁶⁵.

Koronavirüs salgını etkisi genel olarak hukuki ve ekonomik ayıp olarak nitelendirilse de bazı durumlarda maddi ayıp olarak da değerlendirilmesi de mümkün gözükmemektedir. Koronavirüs salgının işyerine ulaşması konusunda alınacak önlemler, örneğin havalandırma sistemlerinde yapılması gereken değişiklikler maddi ayıpların giderilmesi değerlendirilebilir.

Masraflar ile ilgili İsviçre Borçlar Kanunu büyük masraf tabiri ile büyük kelimesini kullanmaktadır. Türk hukuku açısından küçük veya büyük olsun mahalli adete de bakılabilecektir⁶⁶. Koronavirüs salgını açısından havalandırma ve benzeri önlemler kiralayanın sorumluluğundadır.

Koronavirüs salgını sebebiyle ortaya çıkan ayıp, maddi ayıp kapsamına da kiralanın yerin kullanılmasını engellemektedir. Kiracı ve birlikte yaşadığı kişilerin sağlığını doğrudan etkilemektedir. Kiraya veren tarafından giderilmesi mümkün olmayan bir eksikliktir. Aynı zamanda istifadeyi azaltmaktadır. Diğer yandan koronavirüs sebebiyle alınan işyeri kapatma kararları, hukuki yönden engel ve kullanıma yönelik imkânsızlık doğurmaktadır. Yine alınan bu kararların da kiralayan tarafından düzeltilmesi ve giderilmesi mümkün gözükmemektedir. Ancak kiralayan tarafından ayıbın giderilebilir olmasına ilişkin bir ayırım yapılmamaktadır. Yani kiraya verenin kusuru olmasa da ve kendi hakimiyetinde gerçekleşmese de ayıptan sorumlu tutulacağını söylemek yanlış olmaz. Bu kapsamda gerek maddi gerekse hukuki

63 Eren, Özel Hükümler, 334.

64 Çabri (n 23) 14.

65 Yavuz, *Kira*, 3240.

66 Bilge (n 22) 137.

engel sebebiyle salgının sebep olduğu kullanıma ve istifadeye ilişkin eksiklikler ayıp olarak nitelendirilecektir. Kiracının aşağıda belirttiğimiz şekilde hakları mevcuttur. Bu hakların kullanılması açısından kiraya verenin kusuru aranmaz. Yalnızca ayıp sebebiyle ortaya çıkan müspet zararın giderilmesi konusunda kiraya verenin kusuru aranmaktadır.

c. Ayıp Sebebiyle Kiracıya Tanınan Hakların kullanılması

i. Genel Olarak

Kiracının, ayıp sebebiyle tanınan hakları; *ifa başlamamışsa, temerrüt hükümlerince sözleşmeden dönmek; ifa başlamışsa sözleşmeyi feshetmek; sonradan ortaya çıkan ayıplarda, kiralayandan ayıbın giderilmesini talep etmek; kiralayan tarafından ayıp giderilmez ise kiralayan hesabına ayıbı gidermek; ayıbın bildirildiği tarih ile giderildiği tarih arasında geçen süre kadar, ayıp oranında kira bedelinden indirim talep etmek; ayıp önemli derecede kullanımı engelliyorsa kira sözleşmesini feshetmek; kiralananın ayıplı olmasında kiralayanın kusuru varsa oluşan zararının giderilmesini talep etmek*, olarak sıralanabilir. Kiracı, ayıptan kaynaklı seçimlik haklarını kullanmak üzere kiralayana bildirim yapmalıdır. Kiracının seçimlik haklarını kullanması, yenilik doğurucu haktır. Yenilik doğurucu haklar, hukuki ilişkiyi kuran, değiştiren veya ortadan kaldıran haklardır. Dava yoluyla veya tek taraflı işlemle kullanılabilir⁶⁷.

Kira sözleşmesinde ayıbın giderilmesini talep hakkı aynen ifanın farklı görünümü olarak da yorumlanmıştır. Zira, kiraya veren, kira süresi boyunca kiralayana kullanıma elverişli bulundurmakla yükümlüdür. Eksikliğin giderilmesi, kira sözleşmesinden kaynaklanan bir tür aynen ifa

67 Demirbaş, Harun, *Yenilik Doğuran Haklar* (İstanbul 2007) 30-38 vd; Şahiniz Salih, *Tacirler Arası Ticari Satımlarda Satıcının Ayıplı İfadan Sorumluluğu* (1. Bası, Seçkin 2008) 98-101; Ediz (n 42) 96-99; Hatemi, Hüseyin, *Medeni Hukuka Giriş* (8. Bası, 12 Levha 2017) 135-138; Yavuz, Cevdet, *Özellikle Tüketicinin Korunması Bakımından Satıcının Satılanın Ayıplarından sorumluluğu* (Beta 1989) 132-137; Buz, Vedat, *Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar* (1. Bası, Yetkin 2005) 49-58; Oğuzman/Barlas (no 24) 135 vd; Serozan, Rona, *Medeni Hukuk* (8. Bası, Vedat 2018) 212 vd.

yükümlülüğüdür⁶⁸. Ayıbın giderilmesi için verilecek süre dürüstlük kuralına uygun olmalıdır. Ayıp sebebiyle seçimlik hakların kullanabilmesi için kiraya verenin kusuru veya zararın gerçekleşmiş olması şart değildir. Kiraya veren kusuru bulunmadığı gerekçesiyle talebi yerine getirmekten kaçınmaz⁶⁹.

ii. Kira bedelinden indirim talebi

818 sayılı Borçlar Kanunu, 249 ve devam maddeleri ile kiralanan yerin kullanılmasını *imkansızlaştıran veya önemli surette azaltan önemli ayıplarda*, teslim anında veya sonrasında olması fark etmeksizin, indirim hakkının kullanılabilceğini düzenlemiştir. Önemli olmayan ayıplarda ise sadece ayıbın giderilmesi talep edilebilmekteydi. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu da teslim anı ve sonrasında ayıplar için indirim hakkı tanımış ancak önemli ayıp şartı aranmamıştır. Yeni düzenleme, İsviçre Borçlar Kanunu (madde 259) ile de benzerdir. İndirim talep edilebilmesi için, '*kira sözleşmesi ile öngörülen elverişliliğini azalması veya etkilenmesi*' yeterli görülmüştür. Kira bedelinden indirim hakkının kullanılması açısından, ayıp önemli olsun veya olmasın fark etmeksizin kullanılması; diğer seçimlik haklardan bağımsız asli hak olduğu; bu hakkın kullanılması için uygun süre verilmesine gerek olmadığı belirtilmektedir⁷⁰.

Kira bedelinden indirim, bir nevi sözleşmenin değişen koşullara uyarlanmasıdır. Kira bedelinden indirim yapılması hakkı yenilik doğurucu haktır. Bu hakkın kullanılması sonrasında vazgeçip fesih hakkının kullanılması söz konusu olmaz⁷¹.

68 Buz (n 68) 169-171.

69 Tunçomağ (n 23) 502-507; Tandoğan (n 23) 115-122; Zevkliler/Gökyayla (n 41) 256-260; Yavuz/Acar/Özen (n 23) 201-205, 215 vd; Gümüş, *Kira sözleşmesi*, 115-117, 123-135; Aral/Ayrancı (n 23) 230 vd; Zevkliler/Havutçu (n 23) 199 vd; Yavuz, *Kira*, 3209 vd;

70 Gümüş, *Kira sözleşmesi*, 120-124; İnceoğlu (n 49) 77-80; Yavuz/Acar/Özen (n 23) 205-208; Acar (n 23) 164.

71 Ediz (n 42) 96 vd, 119 vd; Demirbaş (n 68) 27-30; Tandoğan (n 23) 190; Yavuz/Acar/Özen (n 23) 149-155; Buz (n 68) 171.

Sürenin başlangıcının tespit edilebilmesi açısından kiraya verenin, ayıbı öğrenmiş olması veya bildirim yapılması şarttır⁷². Kiracıya sağlanan kira bedelinden indirim hakkı, düzenlemede yer alan ‘*isteyebilir*’ ifadesinden kaynaklı olarak, mahkemenin talep edilmeli şeklinde de yorumlanmıştır⁷³. Dava veya doğrudan talep yolundan herhangi biri seçilebilir; fesih talebinde olduğu gibi önce ayıbın giderilmesinin talep edilmesi, giderilmemesi halinde indirim talep edilmesi şeklinde düzenlenmemiştir yani doğrudan talep edilebilir veya ayıbın giderilmesi talebiyle birlikte iletilebilir; sürekli borç ilişkisi var olduğundan indirim hakkı kiracıya kira bedelini ödememe hakkı verme; indirim talebi ancak karşı tarafa iletildiği andan itibaren geçerli olacaktır. Bu hak kira sözleşmesi süresince kullanılmamışsa, kira sözleşmesi sona erdikten sonra alacak hakkı olarak kullanılabilir⁷⁴. 818 sayılı Borçlar Kanunu açısından bedel indirimi açısından önemli ayıp vurgusu yapıldığını belirtmiştik. Örneğin evin kapısında çatlak, banyo tesisatında giderilebilecek bir ayıp söz konusuysa bu hak kullanılamayacaktır⁷⁵. Türk Borçlar Kanunu, her ne kadar bu ayrıma yer vermemiş olsa da hafif ve giderilecek ayıplarda bu hakkın kullanılması, dürüstlük kuralı ile bağdaşmayabilir⁷⁶. Bu görüşün yerinde olduğu kanaatindeyiz. Kira sözleşmeleri iyi niyet ve aynı zamanda menfaat sözleşmesidir. Dürüstlük kuralının söz konusu olduğu durumlarda somut olayın özellikleri dikkate alınarak sonuca gidilmesi gerekecektir.

Kira bedeli indirim talebi, kiralananın kullanımını etkileyecek ayıplarda söz konusu olacaktır. *Salgın sebebiyle idari kararlar kapatılan işyerlerinin kullanılamaması hali çok açıktır. Ayıbın kiraya veren tarafından öğrenilmiş olması bir başka deyişle bildirim yapılmasını gerektirmeyecek şekilde açık olması durumunda bildirim yapılmasına gerek olmayacaktır. İdari karar neticesiyle kapatılan işyerlerinin kullanılamaması açık bir hukuki ayıp olarak*

72 İnceoğlu (n 49) 79-81 vd.

73 Demirbaş (n 68) 83 vd; Buz (n 68) 171-174.

74 Gümüş, *Kira sözleşmesi*, 124-125; Tandoğan (n 23) 119-122; Zevkililer/Havutçu (n 23) 199-200; Yavuz, *Kira*, 3210-3213; Zevkililer/Gökyayla (n 41) 260-263; İnceoğlu (n 49) 79-81.

75 Hatemi/Serozan/Arpacı (n 41) 167; Tandoğan (n 23) 119-122; Zevkililer/Havutçu (n 23) 199-200.

76 Tandoğan (n 23) 119-122; Yavuz/Acar/Özen (n 23) 205-208.

değerlendirildiğinde, kiracı, menfaati kesildiği anda kira borcunu ödeyebilmelidir. Bu sebeple oluşacak temerrüt sebebiyle açılacak davalarda bu hususun gözetilmesi gerekir. Diğer yandan ayıbın açık ve kiraya veren tarafından da giderilemeyecek derecede olması sebebiyle kiracının kiralanan yeri kullanmaksızın ödediği kira bedellerinin devam eden aylardan mahsup etme hakkının sağlanması veya kira ilişkisi devam ederken de kullanılmayan aylar için ödenmiş kira bedelinin dava ile talep edilebilir olması gerekir. Zira kira sözleşmeleri, dürüstlük kuralının uygulandığı, iyi niyet sözleşmeleridir. Kiraya verenin kullanılmayan aylara ilişkin olarak aldığı kira bedellerini ilerleyen aylara mahsup etmemesi veya eksik ödeme iddiasıyla tahliye yoluna gitmesi, dürüstlük kuralları ile bağdaşmayacaktır.

Diğer yandan bildirimsiz yapılan indirimli ödeme, kiraya veren tarafa, eksik ödeme sonucu oluşacak temerrüt sebebiyle tahliye hakkı tanıyabilecektir. Bu sebeple ayıp oran ve süresinin belirsiz olduğu durumlarda yapılacak indirim tutarının da ayrıca kiraya verene bildirilmesi; bildirimden kabul edilmez ise ihtirazı kayıt düşülerek ödenmesi ve mahkeme eli ile bedelin tespiti ve iadesi için dava açılması, kiracı açısından daha sağlıklı yol olacaktır.

iii. İndirim miktarının hesaplanması

İndirim tutarının hesaplanması için bazı metotlar da öngörülmüştür. Ayıplı hali ile ayıpsız hali ayrı ayrı yeniden hesaplanarak arasındaki farkın kira bedelinden indirilmesi '*mutlak metot*'; kira bedelinden ayıplı halinin değerinin eksiltilmesiyle hesaplanan ortaya çıkan bedelin, kira bedelinden indirilmesi '*tazminat metodu*'; ayıplı değerle ayıpsız değer oranlanarak ortaya çıkan değer kira bedeli ile çarpılması ile hesaplama yapılması '*nisbi metot*' şeklinde yapılmakta olup; *Yargıtay, nisbi metodu yasal hesaplama yöntemi* olarak kabul etmektedir⁷⁷. Kiralama bedeli 5bin TL olan bir işyerinde, ayıplı hali 3bin, ayıpsız hali 4bin olarak tespit edilirse: $5-(4-3) = 4$ bin TL

77 Gümüş, *Kira sözleşmesi*, 124-126; Tunçomağ (n 23) 175-179; Tandoğan (n 23) 195-197; Zevkliler/Havutçu (n 23) 116-119; Ediz (n 42) 122-125; Yavuz/Acar/Özen (n 23) 154-156, 205-208; Yavuz, *Kira*, 3238-41; Zevkliler/Gökyayla (n 41) 259; Aral/Ayrancı (n 23) 240; İncoğlu (n 49) 80 vd.

mutlak metot; $5 - (5 - 3) = 3$ bin TL tazminat metodu; $5 \times 3 : 4 = 3,75$ nisbi metot yöntemiyle hesaplanacaktır.

Sonuç olarak kiracı ayıbın giderilmesini talep edebileceği gibi doğrudan bedel indirimini de talep edebilecektir. Fesih hakkında olduğu gibi öncelikle ayıbın giderilmesinin talep edilmesi ve sonuçsuz kalmasının beklenmesi gerekmecektir. Karşı tarafın öğrenmesi veya bildirimini ile bu hakkı kullanabilecektir. Somut olaya göre hakkın mahkeme eliyle kullanılmasının gerekeceği hallerde söz konusu olabilir. İade talebi, kira sözleşmesi sona erdikten sonra da alacak hakkı olarak talep edilebilecektir⁷⁸.

iv. Kiralayanın kusuru varsa zararın tazmini

Kusur sorumluluğu ilkesi geçerlidir. *Kiraya veren kusurlu olmalı, zarar olmalı ve illiyet bağı kurulmalıdır*. Kiracı, ayıp sebebiyle oluşan zararını seçimlik haklarla birlikte veya onlardan bağımsız olarak talep edilebilecektir (TBK madde 305)⁷⁹.

Zarar teslim anında ve sonrasında var olan ayıplardan kaynaklanmış olabilir. Zararın kiraya verenden tazmini, kiraya verenin kusurlu olmasına bağlıdır (TBK madde 307). Zarar, müspet olarak hesaplanmaktadır. Ayıpsız kullanım ile kiracının malvarlığının durumu hangi halde olacaksa o hale getirilmesi sağlanmalıdır. Ayıptan kaynaklı olarak kiracının malvarlığında oluşan eksilme giderilmelidir. Ayıpsız kullanım ile elde edilebilecek menfaat; ayıp sebebiyle ortaya çıkan yoksun kalınan kazanç zarar kapsamında sayılabilir. Kusur sorumluluğu ilkesi söz konusu olduğundan, tazminatın belirlenmesine ilişkin kurallar (TBK madde 51 vd.) uygulanır. İlliyet bağı kesen haller, üçüncü kişi ve kiracının kusurları (müterafik-birlikte kusur) da tazminatın hesaplanması açısından değerlendirilecektir⁸⁰.

78 Tandoğan (n 23) 119 vd; Zevkliler/Havutçu (n 23) 199-201; Yavuz, *Kira*, 3210-3212; Gümüş, *Kira sözleşmesi* 124-126; Zevkliler/Gökyayla (n 41) 259; Zevkliler/Havutçu (n 23) 199; İnceoğlu (n 49) 79-81.

79 Gümüş, *Kira sözleşmesi* 124-126; Zevkliler/Gökyayla (n 41) 260-263.

80 Serozan, Rona, *Sözleşmeden Dönme* (2. Bası, Vedat 2007) 300-305; Yavuz, *Kira*, 3212-14; Gümüş, *Kira sözleşmesi* 127-129; Zevkliler/Gökyayla (n 41) 262-265; Zevkliler/Havutçu (n 23) 199-202; Tandoğan (n 23) 114-116, 120-123; Tandoğan, *Mesuliyet*,

İdari kararlar kapatılan işyerlerinde *kiraya verenin kusuru söz konusu olmadığından tazminat talep edilmesi mümkün gözükmemektedir*. Salgının devamında, salgın sebebiyle yaşanacak maddi ve ekonomik kullanım eksiklikleri açısından kusurun varlığı değerlendirilebilir. Örneğin, kapalı alanlarda havalandırma sistemlerinin değiştirilmemesi sebebiyle yaşanan eksiklikler, alınacak tedbirlerde kiraya verenin üzerine düşen yükümlülükleri yerine getirmemesi, bu sebeple gelen müşteri sayısının azalması gibi hususlar kusur olarak değerlendirilebilir. Ancak zarar ile illiyet bağı kurulması da gerekecektir. Müşteri azalmasının sırf bu sebeple olup olmadığı, kusur derecesi, müterafik kusur, kiracının da bakım yükümlülüğü, eksikliği kiralayan hesabına giderebilme imkânı ve illiyet bağı hususları dikkatli yorumlanmalıdır.

v. Önemli derecede ayıbın verilen süre içerisinde giderilememesi sebebiyle kiracının fesih hakkı

Uygun süre verilerek ayıbın giderilmesi talep edilecek; ayıp giderilmez ise sözleşme feshedilebilecektir. Kiraya veren, kusuru olmaksızın mevcut ve ortaya çıkacak ayıplardan sorumludur. Fesih, ileri dönük, bozucu yenilik doğuran haktır. Tek taraflı kullanılır, muhataba varması yeterlidir. Fesih hakkı, kuşku bırakmayacak şekilde açık şekilde kullanılmalıdır. Çatılı konut ve işyerleri için fesih bildirimlerinin yazılı olması (TBK madde 348) gereklidir⁸¹. Kiralananın önemli ayıplarla teslimi halinde TBK 117 ve devamı '*borçlunun temerrüdü*' hükümlerinin uygulanacağı açıkça düzenlenmiştir.

Kiraya verenin kusuru olsun veya olmasın menfi zarar karşılanmalı, kusur varsa ek olarak müspet zarar da tazmin edilmelidir. Kiraya veren kusursuz olduğunu ispat etse bile menfi zararı karşılamakla yükümlü olacaktır⁸².

419 vd; Yavuz/Acar/Özen (n 23) 208-210; Hatemi/Serozan/Arpacı (41) 164-167.

81 Serozan, *Sözleşmeden Dönme*, 300-305; Seliçi, Özer, *Borçlar Kanunu'na Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi* (İstanbul Üniversitesi 1977) 114-116; Zevkliler/Havutçu (n 23) 199-203; Zevkliler/Gökyayla (n 41) 259-264; Aral/Ayrancı (n 23) 236-238; İncoğlu (n 49) 74-77; Tandoğan (n 23) 120-123; Gümüş, *Kira sözleşmesi*, 116-118; Yavuz/Acar/Özen (n 23) 208-210; Oğuzman/Öz (n 26) 379 ve 350; Yavuz, *Kira*, 3214-3216; Tunçomağ (n 23) 509-511; Hatemi/Serozan/Arpacı (n 41) 165-167

82 Zevkliler/Havutçu (n 23) 199-203; Zevkliler/Gökyayla (n 41) 261-264; Hatemi/Serozan/Arpacı (41) 165-167; Tunçomağ (n 23) 509-511; Tandoğan (n 23) 123-124.

Burada tanınan fesih hakkının teknik anlamda fesih olması sebebiyle ileriye dönük zararların tazmin edilmesi gerekeceği; beyanın karşıya ulaşmasıyla feshin ileriye dönük etki yaratacağı, *aynı nitelikte bir yer kiralamak için talep edilecek bedel ile ödediği mevcut kira bedeli arasındaki fark, tahliye masrafları, ayıp sebebiyle malvarlığında meydana gelen eksilme, yoksun kaldığı kâr zarar kapsamında hesaplamaya dahil olacaktır*⁸³.

Önemli derecede olmayan ayıplar, onarım ile giderilebileceğinden fesih hakkı tanınmamaktadır. Önemli ayıbın varlığı halinde giderilmesi için süre verilmeksizin TBK madde 331 kapsamında olağanüstü fesih hakkının da kullanılması söz konusu olmayacaktır⁸⁴.

Kanaatimizce, *borcun ifası için harekete geçilmemişse* temerrüt oluşacaktır. Zira temerrüt hükümlerince karşı tarafın (borçlunun) sorumluluğundan borç olarak bahsedilmektedir. Borçlu hiç harekete geçmeyerek sözleşmeye alenen aykırı davranmıştır. Borç, olarak temerrüde düşülmüştür. Bu durumda sözleşmeden dönülebilecektir. Borçlu ifa için harekette bulunmuşsa ifa aşamasına geçilmiştir. İfa sırasında eksiklik nitelik veya nicelik yönünden olabilir. Nicelik (miktar) yönünden eksiklik halinde yine temerrüt hükümleri uygulanabilecektir ancak nitelik (kalite) yönünden eksiklik varsa, ifa aşamasına geçildiği için ayıp hükümleri uygulanmalıdır. İfa için harekete geçmiş borçlu karşısında eksiklik sebebiyle süre verilmeksizin sözleşmeden dönülmesi de hakkaniyete aykırı olabilecektir.

Uyuşmazlık sırasında kiraya verenin ve kiracının ifayı yerine getirme konusundaki hareketleri ölçüsünde sonuca gidilmelidir. Teslim için hiç harekete geçmeyen kiraya veren açısından, temerrüt hükümleri uygulanır. Sözleşmeden dönülebilir. Kusuru varsa başkaca müspet zararlar da talep edilebilecektir. Ancak teslim için harekete geçmiş, ifa aşamasına gelinmişse, bu aşamada yaşanacak eksiklikler, kötü ifa olarak nitelendirilmeli, süre verilmeli, kiralanan kullanılmadığı ölçüde kira bedeli indirilmeli, süreye rağmen eksiklik giderilmez ise ve ayıp önemli derecede ise fesih yoluna gidilerek müspet zarar talep edilmelidir. Zira sürekli edim içeren sözleşmelere

83 Gümüş, *Kira sözleşmesi*, 116-118; İnceoğlu (n 49) 76-78.

84 Gümüş, *Kira sözleşmesi*, 116-118.

özgü **TBK madde 126, ifaya başlamış olmayı**, ayrı düzenlemiştir. Kanun koyucunun amacı, ifa için harekete geçilip geçilmemesi olarak yorumlanmalıdır. Hiç harekete geçmeyen kişiye karşı, *sözleşmede teslim tarihi birlikte düzenlendiğinden*, yeniden süreye vermeye gerek kalmaksızın sözleşmeden dönme hakkı kullanılabilir.

Salgın, sonradan ortaya çıkmış bir durumdur. Teslim anında mevcut değildir dolayısıyla temerrüt hükümlerinin uygulanması konusu değerlendirilmeyecektir. Sonradan ortaya çıkmış ayıp kapsamında sözleşmenin feshi hususunda, idari kapatma kararları hukuki engel ayıp olarak değerlendirilirse bu durum önemli ölçüde kullanımı engellediğinden önemli ayıp sayılacaktır. Süre verilmesi hususu, idari kapatma kararlarının geçici olması özelinde değerlendirilirse, engel geçici olduğundan bu sebeple ayıp hükümlerince feshin sözleşme özelinde değerlendirilmesi gerekir. Tam da salgın dönemine denk gelmiş üzere yapılmış sözleşmeler açısından sözleşmelerin feshi gündeme gelebilecektir.

Diğer yandan yaşanan maddi ve ekonomik eksiklerin ortaya çıkması yine sözleşme özelinde önemli derecede ayıp olarak değerlendirilirse fesih sebebi olarak ileri sürülebilir. Örneğin günlük bin kişinin geleceği vaat edilen veya kiralanan yerden beklenen bir durum ise günlük on kişinin gelmesi, önemli derecede eksiklik ve ayıp olacaktır; bu kapsamda fesih hususu değerlendirilebilir.

2. İmkânsızlık Hükümleri Kapsamında Değerlendirilmesi

Akdin konusu imkansızlaşmamalıdır. İmkânsızlık maddi ve hukuki imkansızlık olarak ikiye ayrılmaktadır. Bir yıldızdaki madenin satışı maddi imkansızlık olarak örneklendirilebilir. Hukuki imkansızlık ise paterin (aile reisi) köle olarak satılmasıdır⁸⁵.

Kira sözleşmesi, sinallagmatik bir akit olduğundan her iki taraf, her zaman birbirine karşı tam borçlanır. Tarafların arasındaki uyumsuzluklar, hüsnüniyet kaidelerine bağlıdır. Akitten menfaat elde edilmesi sebebiyle

85 Oğuzoğlu (n 2) 219.

tarafaların sorumlulukları ağırdır. Taraflar bütün kusurlarından (omnis culpa) sorumludur. Örneğin, kiracı kendi kusuru ile kiralananana gelen her türlü zarardan mesuldür. Ancak her iki tarafın kusuru olmaksızın kiralanan tamamen telef olmuş ise kiracı da borcundan kurtulur. O tarihten itibaren kira bedelini ödemekle mükellef olmadığı gibi eğer kira bedellerini ödemiş ise, bahsi geçen tarihten sonraki kısmını iadesini kiralayandan ‘actio conducti’ isteyebilir⁸⁶.

Hasar prensibi, alım satıda uygulananın tam tersidir. Alım satımda hasar alıcıya ait olduğu halde, kira sözleşmelerinde hasar kiralayana, ‘locator’a aittir. Fakat kiralanan mal tamamen telef olmayıp da ondan istifade imkanları azalmış ise, kira ücreti de o ölçüde indirilir. Örneğin köy arazilerinin kiralanmasında kira ücretinin indirilmesine *remissio meredis* denilmiştir⁸⁷.

Türk Hukuku, Roma Hukuku kaynaklıdır. *İmkânsızlık sebebiyle menfaatin kesilmesi veya azalması noktasında benzer yorum yapılarak kiralayandan istifade edilebilir süre ve ölçüde kira borcunun devam ettiği kanaatindeyiz.*

Mecelle’ de konuyla ilgili düzenleme, benzer şekilde göze çarpmaktadır. Kiralananndan yararlanmanın tamamen ortadan kalkması halinde ücret borcunun da ortadan kalkacağı düzenlenmiştir (madde 478). Mecelle kazuistik yani hadiseci – somut yöntemle düzenlenmiştir. Yararlanmanın tamamen ortadan kalkması sonucu ücret borcunu ortadan kaldıran haller örneklenmiştir. Örneğin, suyu kesilen değirmenin çalışmadığı sürenin ücreti de düşer. Ancak kiracı un öğütmenin dışında, değirmenin evinden de yararlanmışsa kira bedelinden oturmaya düşen payı ödemesi gerekir⁸⁸.

İmkânsızlık, borcun ifasının fiziksel veya hukuksal bir engele uğraması ile ortaya çıkar⁸⁹. İmkânsızlık başlangıçta olabileceği gibi sözleşme kurulduktan sonra ortaya çıkabilecektir. Digesta metinlerinden

86 Rado (n 3) 103-105

87 Rado (n 3) 105.

88 İlhan (n 8) 149.

89 Tekinay, Selahattin Sulhi, Akman, Sermet, Burcuoğlu, Halûk, Altop, Atilla, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler (7. Bası, Filiz 1993) 903 vd.

alınıldığımız ‘*Impossibilium nulla obligatio est* (İmkânsızlıktan hiçbir borç doğmaz)’ hükmü, imkânsızlık kurumunu açıklamak için açık ve yeterlidir. Burada bahsi geçen imkânsızlık, objektif imkansızlıktır⁹⁰. Beklenmedik hal de kusursuz imkânsızlık doğuran, borcu sona erdiren objektif imkânsızlık hallerindendir⁹¹. Kusursuz imkânsızlık durumunda borçtan kurtulma hakkaniyet gereği, hukuk kuralı kabul edilmiştir⁹². Türk Medeni Kanunu’nun etkilendiği Roma Hukuku ve Medeni Hukuk öncesi Mecelle’ de yer alan düzenlemelerde; kira sözleşmesinin, menfaate dayalı sözleşme olduğu; kullandırma borcu doğurduğu, emeğin kiralanması konulu ücret ve istisna sözleşmeleri ile birlikte düzenlendiği hususları üzerinde durmuştuk. Menfaatin kesildiği oran ve sürede kullandırma ile hak kazanılan ücret ödeme borcu da azalmaktadır.

İmar mevzuatına uygun olmama sebebiyle mühürlenme veya belirli faaliyetin yürütülmesinin yasaklanması imkânsızlık olarak da değerlendirilebilecektir⁹³. Yargıtay⁹⁴, yapı kullanma izni olmayan binanın kiralanmasında sözleşme konusu malın mevcut olması sebebiyle imkânsızlık değil, kullanıma elverişli durumda teslim etme borcuna aykırılık (ayıp) olarak yorumlamıştır. İmkânsızlık, kiraya verenin kusuru veya üçüncü kişinin kusuru ile de meydana gelmiş olabilir. Kiraya verenin kusuru varsa ayrıca kiracının müspet zararını da gidermekle yükümlüdür. Kiraya verenin kusuru olmaksızın ortaya çıkan imkânsızlık hallerinde borç sona erer. İmkânsızlığın ortaya çıktığı tarihten önceki dönemlere ilişkin alınmış kira bedeli varsa sebep-siz zenginleşme hükümlerince kiracıya iade edilmelidir⁹⁵.

Salgın sebebiyle kapatılan işyerlerine ilişkin olarak kullandırma ve yararlandırma borcu tamamen imkansızlaştığından idari kapatma kararı süresince kira borcu işlemeyecektir. Peşin alınmış kira bedeli varsa kullanılamayan döneme ilişkin kısmı iade edilmelidir. Kira sözleşmelerinde imkânsızlık,

90 Rado (n 3) 105-106; Kavak (n 4) 261.

91 D. 46. 3. 107; Kavak (n 4) dpt no: 84.

92 D. 50. 17. 23; Kavak (n 4) dpt no: 86.

93 Çabri (n 23) 25-26.

94 Yargıtay 11. HD 1079/1394, 19.02.2002, Çabri (n 23) 27.

95 Çabri (n 23) 30.

yararlanılan malın ortadan kalkması değil, **yaralanmanın yani menfaatin ortadan kalkması olarak değerlendirilmelidir**. Kira sözleşmeleri ile sağlanan haklar sürekli değil geçicidir. Geçici bir süre için kiracıya sağlanmaktadır. *Yararlanmanın belirli süre kısıtlanması, kiralananın süre açısından kısmen kullanılması sonucunu doğurur. Dolayısıyla geçici süreli kapatılan işyerlerinde kısmi imkânsızlık vardır diyebiliriz.* Kısmi imkânsızlık hükümlerini düzenleyen Türk Borçlar Kanunu 137'nci maddesi uyarınca ifanın süre açısından imkânsızlaşan kısmı kadar kısmi imkânsızlık söz konusu olacağından, yararlanılamayan dönem için kira bedeli de ödenmeyecektir.

Ortaya çıkan engel giderilebilir değilse, edimin ifasını kesin ve sürekli olarak engellenmekteyse imkânsızlık olarak değerlendirilebilecektir. Ancak bazı durumlarda bu husus birbiriyle karışacak seviyede olabilir. Sözleşme ve olay özelinde değerlendirilebilir. Kiralanan yerin kullanılması karşısında engel varsa bu engelin imkânsızlık veya ayıp olarak sınıflandırmak yerine, engelin kaldırılması, kaldırılamıyorsa engelin yarattığı eksiklik tutarı kadar kira bedelinin uyarlanması, sözleşmeye bu haliyle tahammül edilemiyorsa sözleşmenin feshi yoluna gidilmesi talebinin iletilmesi, hakların yarışması prensibinin uygulanması gerektiği kanaatindeyiz.

F. Salgının Kiracının Borcu Açısından İfa Güçlüğü Hükümleri Kapsamında Değerlendirilmesi

Sözleşme hukukuna, egemen olan ve Türk Hukuku'nda kabul edilen kural; sözleşmeye bağlılık '*pacta sunt servanda-ahde vefa*' kuralıdır. Taraflar, öncelikle sözleşme ile verdiği sözde durmalı; sözleşme yapıldıktan sonra, tarafların özel durumlarında ortaya çıkan değişikliklere bakılmamalıdır. Bu kuralın mutlak olarak uygulanması, bazı durumlarda sonuç itibarıyla hakkaniyet kurallarına ve adalet duygularına ters gelebilir. Taraflar, '*olağanüstü durumlarda sözleşme şartlarının değişeceğini bilselerdi; anılan sözleşmeyi bu şartlarda yapacaklar mıydı? veya sözleşmeyi hiç yapmama olasılığı var mıydı?*' sorularının cevapları somut olay nezdinde değerlendirilmelidir. Tarafların öngöremeyecekleri olağanüstü ve objektif bazı sebepler dolayısıyla, sözleşmenin yapıldığı döneme kıyasen önemli derecede değişiklik meydana gelmişse, borçludan hala sözleşme hükümlerine uygun

hareket etmesi beklenemez. Bu durumda, sözleşmenin yapıldığı anda öngörülemeyen hallerin, ‘beklenmedik hal, mücbir sebep’, varlığında, sözleşmenin yeni şartlara uyarlanması veya gerekiyorsa feshedilmesi, ‘Clausula Rebus Sic Stantibus’ söz konusu olacaktır. Uyarlama, kira sözleşmeleri gibi uzun süreli sözleşmelerde, taraflar arasındaki dengenin bozulması hallerinde uygulanabilmektedir. Her iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde edimler arası dengenin sağlanması amacıyla sonradan ortaya çıkan beklenmedik hal kapsamında hâkim, sözleşmeyi çözer veya değişen durumlara uyarlar. Aşırı fa güçlüğü sebebiyle uyarlama davası veya kira tespit davası ile kira bedelinin yeniden belirlenmesi sağlanabilecektir. Değişen durum ve şartlar sonucu bozulan ekonomik dengenin objektif olarak yeniden dengelebilmesinde hâkim, kendisine Türk Medeni Kanunu 4’üncü maddesiyle tanınan takdir yetkisinin sınırları içinde kalarak en iyi çözümü bulmaya yönelik bir karar vermelidir. ‘Sözleşmenin yeniden gözden geçirilmesi için önceden görülmeyen, borçlunun şahsı ve işletmesi dışında meydana gelen bir olayın sebep olduğu değişiklikler yüzünden sözleşmedeki ekonomik (çıkar) denge bozulmuş ve sözleşmenin yanlarından birine yükletilmesi gereken tehlike sınırı nesnel olarak aşılmış olmak gerekir. Mahkemece tarafların delil ve karşı delilleri toplanmalı, uzman bilirkişi aracılığı ile inceleme yapılmak suretiyle kira sözleşmesinin enflasyon ve rayiç kira bedellerine göre yeni duruma uyarlanması gerekkip gerekmediğine karar verilmesi gerekir.’⁹⁶

96 Zevkililer (n 35) 136-138; Akipek ve Akıntürk (n 35) 179-182; Sarial (n 29) 24-28; Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (2. Bası, İstanbul Üniversitesi Yayınları (1977) 173; Dural, Mustafa, Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık (İstanbul Üniversitesi Yayınları 1976) 38-41; Gürsoy, Kemal Tahir, Hususi Hukukta Clasula Rebus Sic Stantibus -Emprevisyon Nazariyesi (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 1950) 6; Reymond, Claude, In Schweizerisches Privatrecht, VII/1 (Basel un Stuttgart 1977) 251; Larenz, Karl, Lehrbuch Des, Band I: Allgemeiner Teil (12.Bası, München, 1979) 267-270; Emmerich Volker, Das recht der Leistungsstörungen (München 1978) 260 vd; Gözübüyük, Abdullah Pulat, Hukuki Mesuliyet Bakımından Mücbir Sebepler ve Beklenmeyen Haller (Ankara 1957) 125; Eren, Fikret, Sözleşmeden Doğan Sorumluluğun Şartları ve Sonuçları “teksir” (1979/1980) 26/a-27; Sungurbey, Medeni Hukuk Sorunları, 130-131; Sungurbey, Medeni Hukuk Eleştirileri, 20 ve 143; YHGK. 11- 762/77, 19.02.1997; YHGK, 13-332/340, 07.05.2003; Yargıtay 13 HD 5697/8708, 14.12.1990; Yargıtay 13 HD 6186/7199, 26.11.1982.

İşlem temelini, sözleşmenin anlamından çıkan ya da denkleştirici adalet yönünden terk edilmeyecek esaslar teşkil eder. Bu nedenle öncelikle taraf iradelerine önem vermek gerekir. Taraflar sözleşmeye uyarlamaya ilişkin hüküm koymamışsa göz önünde tutulması gereken haller için tedbir almadıkları kabul edilecektir. Sözleşmede bir boşluk olduğu sonucuna varılmakta olup boşluk doldurulmaktadır. İşte bu boşluğun doldurulması, sözleşmenin düzeltilmesidir. Sözleşmenin düzeltilmesi esnasında boşluk, dürüstlük kuralına uygun olarak doldurulacaktır. Sözleşmenin yorum yoluyla düzeltilmesi, *yorumlayıcıdır*; zira, sözleşmenin gerçek anlamı bulunmaktadır; *düzeltilicidir*, zira sözleşmenin sözü düzeltilmektedir; yoksa sadece sözleşme tamamlanmamaktadır⁹⁷.

Salgının yarattı etki kapsamında uyarlama şartları:

- Her iki tarafa borç yükleyen sözleşme olmalı (kira sözleşmesi gibi)
- Tarafların sözleşme yapıldığı sırada öngöremediği bir durum söz konusu olmalı (Covid-19 salgını öngörülemeyen bir durumdur)
- Ortaya çıkan olağanüstü durumda tarafların kusurunun olmaması (Covid-19, tarafların ortaya çıkmasında kusurunun bulunmadığı olağanüstü bir durumdur)
- Taraflar arasındaki sözleşmede uyarlamaya ilişkin hüküm olmaması (sözleşmede uyarlamaya ilişkin hüküm var ise sözleşmedeki şartlar uygulanmalıdır)
- Edimler arası bozulan dengenin 'aşırı' ve 'açık' olması. (Kira sözleşmelerinde kiralanan yerin hiç kullanılamaması veya bir kısım kullanılması sebebi, kira ödeme edimi ile kullanma edimi arasında dengenin bozulması)
- Borçlu edimini ifa etmemiş veya aşırı ifa güçlüğünden kaynaklı haklarını saklı kalmak kaydıyla ifa etmiş olmalıdır.
- Geçici imkânsızlık durumu söz konusuysa fesih kararı verilmeden önce YHGK, 15-193/235, 28.04.2010 kararında değinilen '*akde tahammül süresi*' ilkesine uygun davranılmalıdır.

97 Dural (n 98) 41; Akyol, Şener, Medeni, Hukukla İlgili İsviçre Federal Mahkemenin Kararları (İstanbul 1980) 171.

Türk Hukuku'nda, sözleşmeleri ayakta tutmak kural olup, fesih istisnadır. Hâkim takdir yetkisine dayanarak iki şekilde karar verebilir:

- Şartlar müsaitle sözleşmenin değişen hal ve şartlara uyulanması;
- Uyarlamaya elverişli olmama halinde sözleşmenin feshedilmesidir.

İfa imkansızlığı ile mücbir sebep veya umulmayan hal sebebiyle meydana gelen ifa güçlüğünü birbiriyle karıştırmamak gerekecektir⁹⁸. Kira bedelinin ekonomik sebeplerle ödenememesi, ifa imkânsızlığı değil *ifa güçlüğü* halidir. Dolayısıyla sözleşme konusu işyeri faaliyeti durdurulmamış ancak ekonominin aşırı kötüleşmesi sebebiyle ifa güçlüğü çekilmesi halinde, ifa güçlüğüne ilişkin hükümler uygulanacaktır.

Diğer yandan kiralanan yerin koronavirüs sebebiyle kullanılması çekilmez hale gelmişse kanunda yer alan fesih süresine (üç ay-TBK madde 329) uyularak TBK madde 331'in uygulanması gündeme gelebilir. *Olağanüstü feshi düzenleyen madde 331*, Türk Borçlar Kanunu'nun 1 Temmuz 2020 tarihine ertelenen hükümleri arasındadır. 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda aynı konu 264'üncü madde ile de düzenlemiştir. Koronavirüs salgını olağanüstü hâl olarak değerlendirilebilir. Kiracının kusuru söz konusu olmadığından ve mülga kanunda düzenleme bulunması sebebiyle kiracı bu hükme dayanarak fesih hakkını kullanabilecektir. Ancak 818 sayılı Borçlar Kanunu olağanüstü fesih kapsamında tam tazminat ödeneceğini ve bir yılı aşan süreler için bu tutarın altı aydan az olamayacağı; TBK 331'inci madde ikinci fıkrasında ise ödenecek tazminatın miktarının somut olaya göre değerlendirileceği ve hâkim takdirinde olacağı belirtilmiştir. Tazminata hükmedileceğine ilişkin hüküm kiracı aleyhine ağır sonuçlar doğurabilecektir.

98 'Sözleşmenin para ile ilgili şartlarını kadim ve karşı edim arasındaki oranın esaslı ölçüde sarsan olağanüstü olaylara, beklenmeyen olaylar denir. Beklenmeyen olaylar sözleşmenin akçalı şartlarını alt üst eden olağanüstü, sezilemeyen, kusur dışı gerçek olaylardır. Bu olaylar karşısında kalan borçlu sözleşmenin metnine değil, ne var ki kendi borcuna bir sınır çizen adalet, iyi niyet kurallarına dayanmak gerektiğini ileri sürer. Beklenmeyen olaylar borcun ifasını esaslıca güçleştiren nedenlerdir. İmkânsızlık denen durumlarda ise edimin yerine getirilmemesi söz konusu olmaktadır. Tekrarlayarak ve önemle vurgulayalım ki imkânsızlık ile beklenmeyen durum kavramlarını birbirine karıştırmamak gerekir.' bkz. Sarial (n 29) 26.

G. Akde Tahammül Süresi

Akde tahammül süresi Yargıtay içtihadı ile üzerinde durulan bir kavramdır. Uygulamada, geçici imkânsızlık halinde tarafların o sözleşmeyle bağlı tutulma süresine '*akde tahammül süresi*' denilmektedir. Bu sürenin gerçekleşip gerçekleşmediğinin her somut olaya göre ve onun çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiği vurgulanmıştır⁹⁹. Tahammül edememek¹⁰⁰, çekilemez hale gelme¹⁰¹ ifadeleri kira sözleşmelerinde her iki tarafa olağanüstü fesih hakkı tanıyan düzenlemenin içerisinde de yer almaktadır. Dolayısıyla kira sözleşmeleri açısından da '*tahammül süresi*' kavramının gözetilmesi gerekecektir. İfa güçlüğü, alacaklının dürüst davranma ilkesinden kaynaklandığı gibi akde tahammül süresi de borçlunun dürüst davranma ilkesine uygun davranma gereğinin bir sonucu olarak yorumlanabilir. Sözleşmenin ve uyumsuzluğun her iki tarafı arasında somut olay nezdinde denge kurulmalıdır. Kanaatimce akde tahammül süresine yer veren Hukuk Genel Kurulu kararında belirtilen olay özeline yakın bir uyumsuzluk halinin varlığı aranmalı ve dar yorumlanmalıdır.

99 YHGK, 15-193/235, 28.04.2010.

100 818 sayılı EBK madde 264.

101 TBK madde 331.

SONUÇ

Kira sözleşmeleri insan ihtiyaçlarını karşılayan temel sözleşmelerden birisidir. İnsanlar ihtiyaçlarını başlangıçta trampa ile karşılamışlar, trampa, para ile satıma dönüşmüş. Mülkiyeti iktisap edilemeyen veya edilmek istenmeyen şeyleri kullanma ihtiyacı, kullandırma sözleşmelerini ortaya çıkarmıştır. Tüketilen şeylerin bir süre kullanılıp aynen geri verilmesi tüketim ödücünü doğurmuş, tüketilemeyen şeylerin para ile mübadelesi ise kira sözleşmelerini ortaya çıkarmıştır.

Sözleşme ile taraflar arasında birtakım sorumluluklar (borç) doğar. Örneğin alım satım veya kiralamada, teslimin belirlenen tarihte yapılması; teslim edilecek şeyin de kararlaştırılan miktarda ve özellikte (kalitede) olması şarttır. Teslimin hiç yapılmaması veya sözleşmede kararlaştırılan eksik yapılması ve kararlaştırılan veya beklenen kalitede olmaması, sorumluluk doğurur.

Kira sözleşmelerinde mülkiyetin kullanımı, yani onu kullanma, elde bulundurma, zilyet olma hakkı, bir süre için ve bir bedel karşılığında elden çıkarılmakta, bu haklar bir başka kişiye yani kiracıya, para karşılığı, geçici sağlanmaktadır. Alım satım ve kullandırma sözleşmelerinin temelinde menfaatin yani ihtiyacın karşılanması fikri yatar. Nitekim ihtiyacı karşılanan kişi, karşılığında emeğiyle kazandığı parayı *semen*, *ücret* ve *bedel* adı altında satıcıya veya kullandıran kişiye ödemektedir. Nasıl ki satım sözleşmelerinde satılan malın sözleşmeye uygun teslim edilmemiş olması, eksikliği, beklenen kalitede olmaması, ayıplı olması önemliyse; kullandırma sözleşmelerinde de aynı şekilde, kullanılan şeyin sözleşmeye uygun teslim edilmemiş olması, kullanılmasını engelleyen eksiklikler, kalitesizlikler, ayıplar önemlidir.

Kira sözleşmesinin (*locatio conductio rei*) tarihsel süreci incelendiğinde; Türk Medeni Hukuku'nun temelini oluşturan Roma '*Digesta ve Iustianus*' kaynaklarında, kullandırma sözleşmesi '*Locatio Conductio*' olarak; hizmet/iş (*locatio conductio operarum*) ve eser (*locatio conductio operis*) sözleşmeleriyle birlikte düzenlendiği görülmüştür. Aynı şekilde Medeni Kanun

öncesi Mecelle döneminde de kira, hizmet ve eser sözleşmeleri birlikte düzenlenmiştir. Türk Borçlar Kanunu da kullandırma sözleşmelerini kira, hizmet ve eser olarak ardı sıra düzenlemiştir.

Türk Hukuku doktrini, kira sözleşmelerinin menfaat sözleşmesi olduğu, iyi niyet (*bonae fidei*) sözleşmesi olduğu, dürüstlük kurallarına tabi olduğu, tam iki tarafa borç yükleyen rızai, ivazlı sözleşmeler olduğu; edimlerin taraflar açısından sürekli karşılanması; kiralayanın borcunun kiralanan şeyin sözleşmeye uygun, sözleşmeyle belirlenen tarihte teslim edilmesi; sözleşme süresince kullanıma elverişli bulundurulması; sonradan ortaya çıkacak kullanımı etkileyecek eksikliklerin kiralayan tarafından tamamlanması gerektiği konusunda hem fikirdir.

Eşyanın kullanım ve eşyadan yararlanma hakkı, karşılıklı belirlenen süre ve bedel karşılığında devredilmektedir. Kira hukuku açısından kiracıların korunması esası gözetilmiştir. Sözleşme çerçevesinde taahhüt edilen şey için belirtilen tarihte ifa hareketine başlamamışsa temerrüt; ifa başlamış ancak ifada kötülük, eksiklik veya kalitesizlik var ise ayıplı ifa, kötü ifa söz konusudur. Kira sözleşmelerinde ayıp, başlangıçta olabileceği gibi sonradan da ortaya çıkar. Malın ayıpsız olması, yani istenilen kalitede olması kira sözleşmesi süresince beklenir.

Kira sözleşmelerinde kiralananacak şey (res) ile kullanma karşılığı ödenecek ücretin (merces) belirgin (certa) olması ve üzerinde anlaşılmış olması gerekir; sözleşme bu şekilde kurulmuş olur. Sözleşmenin kurulmasıyla kiraya verenin borcu, kiralanan şeyi, sözleşmeye uygun teslim etmek, sözleşme süresince kullanıma elverişli, hazır bulundurmak; kiracının ondan faydalanmasını zorlaştıran engellerin kaldırılmasını ve varsa eksikliklerin, kalitesizliklerin giderilmesini sağlamaktır. Kiracı ise sağlanan bu menfaat karşılığında ücret ödeme borcu altına girer. Bu menfaatin sağlanması sırasında ortaya çıkacak engeller ve eksiklikler, imkânsızlık veya ayıp olarak karşımıza çıkar. Kiraya verenin sorumluluğu, kusurundan bağımsızdır. Bir başka deyişle, kiraya veren, kiralanan şeyin eksik veya ayıplı olmasından kusuru olmasa dahi sorumludur. Kiraya verenin bu sorumluluğunu, *netice sorumluluğu* olarak da sınıflandırabiliriz; yani engel sebebiyle kiralanan şeyin

kullanılamaması neticesi gerçekleşmişse sorumluluk doğacaktır. Kiraya verenin sorumluluğunu düzenleyen hükümler; ayıp yönünden kira sözleşmelerine özel, Türk Borçlar Kanunu madde 304 ve devamında; imkânsızlık yönünden Türk Borçlar Kanunu genel hükümler, madde 136 ve devamında düzenlenmiştir.

Malı (şeyi) kullanmanın veya maldan faydalanmanın ortadan kalkması yani menfaatin kesilmesi ile ilgili düzenlemelere bakıldığında, Roma ve Mecelle döneminde de menfaat kesildiği ölçüde ücret borcu sona erer anlayışı mevcuttur. Roma Hukuku'nda her iki tarafın kusuru olmaksızın beklenmeyen hal veya mücbir sebep ile kiralanan şey tamamen telef olmuş ise kiracı da borcundan kurtulur. O tarihten itibaren kira bedelini ödemekle mükellef olmadığı gibi eğer kira bedellerini ödemiş ise bahsi geçen tarihten sonraki kısmını iadesini kiralayandan '*actio conducti*' isteyebilir. Hasar prensibi, alım satıda uygulananın tam tersidir. Alım satımda hasar alıcıya ait olduğu halde, kira sözleşmelerinde hasar kiralayana, '*locator*'a aittir. Fakat kiralanan mal tamamen telef olmayıp da ondan istifade imkanları azalmış ise, kira ücreti de o ölçüde indirilir. Örneğin köy arazilerinin kiralanmasında kira ücretinin indirilmesine *remissio meredis* denilmiştir. Mecelle' de konuyla ilgili düzenleme, benzer şekilde göze çarpmaktadır. Kiralanandan yararlanmanın tamamen ortadan kalkması halinde ücret borcunun da ortadan kalkacağı düzenlenmiştir. Yararlanmanın tamamen ortadan kalkması sonucu ücret borcunu ortadan kaldıran haller örneklenmiştir. Örneğin, suyu kesilen değirmenin çalışmadığı sürenin ücreti de düşer. Ancak kiracının öğütmenin dışında, değirmenin evinden de yararlanmışsa kira bedelinden oturmaya düşen payı ödemesi gerekir.

Salgın sebebiyle verilen idari kararlar neticesinde kiralanan şeyden istifadenin azalması veya ortadan kalkması (*hukuki ayıp veya imkânsızlık*) halinde, kira borcunun o ölçüde ortadan kalkması; ücret alınmışsa iade edilmesi gerektiği, dürüst ve makul bir insanın aklına gelebilecek en dengeli çözümdür. Kiracı, kendi kusurum olmaksızın kiralanan şeyi ne kadar kullanıyorsam o kadar ödemeliyim diyebilmelidir. Bu çözümü sağlayacak hükümler Türk Hukuku'nda da mevcuttur. Gerek ayıp gerekse imkânsızlık hükümleri, istifadenin ortadan kalktığı ölçüde ücrete hak

kazanılamayacağını, imkânsızlığın devam ettiği süreye ilişkin alınmış ücretin iade edileceğini (imkânsızlık hükümleri); engel süresince ve oranınca ücretin indirileceğini (ayıp hükümleri) düzenler.

İdari kapatma kararını hukuki ayıp olarak nitelersek; ayıp hükümlerince ayıbın bildirilmesi, bildirildiği tarihten giderildiği tarihe kadar geçen sürece, engelleme oranınca indirim yapılması, alınmış olan fazla ücretin (kira bedelinin) iade borcunun kira sözleşmesi sona erdikten sonra alacak hakkı olarak ileri sürülebilmesi gibi hususlar söz konusudur. İdari kararın kamuoyuna duyurulmuş olması sebebiyle kiraya veren açısından öğrenilmiş kabul edilmesi; kiracı açısından bildirim yükümlülüğü vardır şeklinde yorumlanmaması gerekir. Yine de kiracının eksik bedel ödenmesi sebebiyle temerrüde düşmemesi açısından kiraya verene indirim miktarı bildirilmeli, kabul edilmez ise ihtirazı kayıtlı ödenmeli ve dava yoluna gidilmelidir.

İmkânsızlık olarak nitelersek, bu imkânsızlık hali geçici değil, geçici süre kullanılmamasından kaynaklı kısmi imkânsızlıktır. Kiraya veren kullanılamayan süre için ücret isteyemeyecek, almış olduğu ücreti sebepsiz zenginleşme hükümlerince iade edecektir. Bu haliyle salgın süresince idari kararlar kapatılan işyerleri açısından kullanılamayan dönemler için kira borcunun işlemeyeceği, peşin alınmışsa kullanılmayan dönemler açısından ücretin kiracıya iade edilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Gerek ayıp gerekse imkânsızlık hükümlerince hakkı kullanacak kişiye avantaj sağlayan hangisi ise o kullanılacaktır. Sebeplerin yarışması (TBK m.60) olarak değerlendirilebilir.

Kira sözleşmesinin taraflarına önerilen kira sözleşmesinde idari karar neticesinde engellenen dönemler için kira ücretinin ödenmeyeceğini, ödenen bedellerin iadesi gerektiğini söylemek gerekir. Hem ayıp hükümlerinde yer alan ayıp süresince (nispi yöntem ayıplının ayıpsıza oranı ile kira bedeli çarpımı) ve ayıp miktarına göre kira bedelinden indirim hakkı, gerekse imkânsızlık sebebiyle kiralananın kullandırılmaması bu sürede alınan bedelin iadesi sonucu karşımıza çıkarır. Ayıp, imkânsızlıktan farklı bildirim gerektirir. Ancak kiraya verenin bildiği ayıpsa bildirim gerek yoktur.

Burada en önemli fark, imkânsızlık neticesinde alınan bedelin sebepsiz zenginleşme hükümlerince iade zorunluluğudur. Ayrıpta ise indirim talep edilmemişse, kira sözleşmesinin bitiminden sonra alacak hakkı olarak ileri sürülebiliyor olmasıdır. Ancak alacak hakkının varlığı, sebepsiz zenginleşme veya sözleşmeden de kaynaklansa, herhangi bir davada dile getirilecektir. Dolayısıyla iade edilmeli veya yürüyen sözleşmede mahsup edilmelidir.

İdari kapatma kararının sebep olduğu hukuki ayıp veya imkânsızlık dışında konuyu ekonomik ve maddi ayıp üzerinden de değerlendirmek gerekir. Roma kaynaklarında menfaat kesilmişse ücret borcunun işlemeyeceği, örneğin kiralanan tarım arazisi telef olmuşsa borcun düşeceği, kısmen telef olmuşsa kullanıldığı kadar ücret borcu doğuracağı, mecellede de aynı şekilde menfaat kesildiğinde ücretin kesileceği belirtilmiş kazuistik yöntemde örneklendirme yapılmış değirmen suyunun kesilmesiyle değirmen kirasının işlemeyeceği belirtilmiştir. Su kesilince değirmen unu işleyememektedir. Değirmenin yok olmasından değil suyun kesilmesinden engelin ortaya çıkması konusu çarpıcıdır ve değerlendirilmesi gerekir. Suyun kesilmesi, değirmenin çalışmasını engellemiştir.

Çalışmayı yaparken okuduğumuz kaynaklarda müşterinin gelebilmesi, ağırlanabilmesi de önemle vurgulanmıştır. Kazı çalışması yapılmış müşteri gelemiyorsa ücret düşmelidir. Kanaatimizce müşteri gelmesi konusunu alışveriş merkezleri veya cadde üstü mağazalarda yapılan kira sözleşmelerinde yorumlamak gerekecektir. İnsanların işyerlerine gitmemesi, aynı zamanda kiralanan yerdeki havalandırma sistemlerinin virüs bulaştırmaya elverişli olması, dolayısıyla kiralananın kendisinden kaynaklanmaktadır. Bazı işyeri kiralamaları belirli sayıda müşteri geliyor kalitesiyle pazarlanmakta ve kiraya verilmektedir. Sözleşme öncesi görüşmelerde fazlasıyla günde gelmekte bazı sözleşmelerde taahhüt olarak sözleşmede yer almaktadır. Sözleşmelerde yer alan taahhütle açısından zaten sözleşmede var olduğu için oradan çözüme gidilebilir. Günlük 1000 müşteri gelecek ve bu şekilde elde edilecek hasılatтан kira ödenecek ise sorun yoktur. Müşteri düşünce kira bedeli de o oranda düşecektir. Diğer yandan böyle bir hüküm yoksa meselenin nasıl çözüleceğidir.

Anlatmış olduklarımızdan kira sözleşmelerinin menfaat sözleşmesi olması, dürüstlük kuralına tabi olması, kiralanan şeyden beklentinin kalitenin vaat edilenler ve beklentilerin değerlendirilmesi ışığında ilerlemek gerekir. Dolayısıyla çok sayıda müşteri gelecek vaadiyle yapılan yüksek bedelli kira sözleşmelerinde vaat edilen müşteri ortalama kapasitesine ulaşınca ya da değin kira sözleşme bedellerinde indirim yapılmalıdır. Havalandırma sistemi ve diğer dezenfekte işlemleri, kiralanan yerin virüsten arındırılması için demirbaşta yapılacak değişiklikler kiralayan tarafından veya onun hesabına kiracı tarafından yapılmalıdır. Alışveriş merkezlerinin belirli saat açık kalma, belirli sayıda müşteri alma gibi tedbirleri gelecek müşteriyi de engellediğinden bu ölçüde kira bedeli indirimi zorunluluktur. Bunun da ötesinde sözleşme görüşmeleri esnasında vaat edilen müşteri sayılarının ortalamaları yakalanmadıkça kira bedelinden indirim sağlanmalıdır.

Alım satım ve diğer benzeri sözleşmelerde de olduğu gibi sunulan malın, hizmetin ve eserin kalitesi, sözleşmede kararlaştırılan şekilde, beklenen kalitede olması gereklidir. Lüks bir maldan beklenen kalite, lüks bir semtte ev kiralınması, o evden belirli kalite beklentisini de beraberinde getirir. Malın kullanım eksikliği hukuki düzenlemeden kaynaklı ise hukuki, beklenen veya kararlaştırılan gelirden eksiklik varsa ekonomik, malın kendisinde ayıp varsa maddi ayıp olarak nitelendirilecektir.

İşyeri kiralamalarındaki menfaatin ortaya konulması, her sözleşme özelinde yapılmalıdır. Bazı işyerleri, sadece üretim yapmak için yer sağlamak, bazılarıysa gelen müşteriye bazı hizmet sunmak amacıyla kiralananmaktadır. İşyeri sözleşmeleri ticaridir. Ticari işlemlerde, özellikle alım satımda *ticari elverişlilik*, satıma konu mal açısından malın alınıp yeniden satılabilmesi gibi, ticarete özgü ihtiyaçlardan doğmuş bir ölçüt olarak karşımıza çıkmaktadır. Kiralama sözleşmelerinde kiralananndan sağlanacak menfaatte ticari faaliyetlere özgü yorumlanmalıdır.

Örneğin alışveriş merkezlerindeki işyerlerinde yapılan kira sözleşmelerinde alışveriş merkezine gelen müşteri sayısı (işyerinin kalitesi) ile pazarlama yapılmakta, bu hususlar sözleşme öncesi görüşmelerde kira bedelinin belirlenmesinde taahhüt olarak sunulmaktadır. Bu açıdan bakıldığında

Mecelle' de örneklendirilen *değirmenin suyu kesilmesiyle* alışveriş merkezinin *müşterisinin kesilmesi* benzer yorumlanabilir. Salgın sebebiyle ortaya çıkan durum, mevcut yeri sözleşmeyle amaçlanan işyeri olma özelliğinden çıkartmakta, kaliteyi düşürmekte, kiracının menfaatini kesmekte veya azaltmaktadır. Alım satımda taahhüt edilen veya maldan beklenen kalite, kira sözleşmelerinde kiralanan maldan beklenmektedir. Ayıp hükümlerince yapılacak indirim hesabı Yargıtay'ın da kabul ettiği nisbi yöntemle yani ayıplı hali ile ayıpsız hali oranlanmalı; sözleşmede kararlaştırılan kira bedeli ile çarpılmalıdır. *Örneğin sözleşmede kira bedeli 50 bin TL olarak kararlaştırılmış, ayıplı hali 20bin, ayıpsız hali 40bin TL ise $50 \times (20:40) = 25$ bin TL olarak yeni değer bulunmalıdır.* Ayıplı dönem süresince kira sözleşmesi bu şekilde devam etmelidir.

İşyerleri mal ve hizmet üretmenin yanı sıra, istihdam sağlamakta, ekonomiye katkıda bulunmakta, sosyal yönden toplumun gelişmesini pozitif yönde etkilemektedir. Türkiye gibi gelişmekte olan ekonomiler açısından istihdamın devam etmesi, işyerlerinin yaşatılması büyük önem arz eder. Konu bu yönüyle değerlendirilmeli, işyeri kiralarında kiracıdan yerine getiremeyeceği ölçüde dengesizleşen edim talep edilmemelidir. Zira salgın sebebiyle işlem temelinden sarsılmış, dürüstlük kuralları devreye girmiştir. Türk Hukuku ve yargısının işyeri kiracılarının, ekonomik faaliyetlerinin sürdürebilmesi yönünde, kiracı lehine yorumlamalı, uyuşmazlıkları bu temelde çözümlemelidir. Kiracı açısından akde tahammül edilmeli, kira sözleşmesini sürdürebilmek için sağlanması gereken koşullar kiraya verene iletilmelidir. İşin özü, salgının etkileri tamamen ortadan kalkana kadar, kiralanan yerden menfaatin sağlandığı ölçüde ücret/kira bedeli düşürülmeli, bunun sağlanmaması halinde açılacak tespit davalarında kiralanan yerin salgın sebebiyle etkilendiği mevcut durumda kiralınması halinde edeceği değer üzerinden kira bedeli uyarlanmalıdır. Zira salgın ortadan kalktıktan sonra aynı hak kiraya verene de sağlandığından uyarlanmış kira bedeli üzerinden yeniden uyarlama talep edilebilecek, mevcut duruma göre güncellenmesi sağlanabilecektir. Tarafların uzun sürecek kira ihtilafları yerine bu kapsamda uzlaşmaları tavsiye edilmektedir.

Salgını kiralanan sonradan meydana gelen maddi ayıp olarak değerlendirsek, koronavirüslerin kiralanan yere ulaşmasında havalandırma sistemlerinin de etkisi söz konusu olabilir. Örneğin, tahta kurusu salgını gibi bir sebeple kiralanan yerden tam istifade edilemiyorsa, bu ölçüde indirim sağlanmalı, tahta kurusu salgını ilaç ile engellenmelidir. Koronavirüs salgını açısından, kiralanan ait havalandırma mekanizması, binanın belirli alanından virüslü havayı dolaştırarak, kiralanan yere virüslü hava intikal ettiriyor olabilir. Kiralanan yerin mümkün olduğu ölçüde virüslerden arındırılması için demirbaş sayılacak havalandırma sistemlerinde değişiklik yapılması söz konusu ise bu hususu da ayıbın giderilmesi başlığında, kiralayana ait yükümlülük altında değerlendirmek gerekecektir. Yine alışveriş merkezleri açısından değerlendirildiğinde, havalandırma sisteminin uygun hale getirilmesi, içeri alınan kişilerin kontrolleri, hijyen kurallarına uygunluk konusunda yükümlülükler yerine getirilmelidir. Kiracının dezenfekte edilmiş ve bu şekilde korunmuş işyerinde faaliyetini sürdürebilmesi sağlanmalıdır.

Sonuç olarak, işyeri kira sözleşmelerinde kiralanan yerin kullanılmasında, kiralanan yerin kullanımının kiracının kusuru olmaksızın engellenmesi; kiralanan yerin kira sözleşmesiyle taahhüt edilen kalitede olmaması veya kira sözleşmesiyle amaçlanan menfaate uygun olmaması nedeniyle yaşanacak eksiklik, ayıp ve imkânsızlık hükümleri kapsamında değerlendirilmeli, kullanma ölçüsünde ücret/kira bedeli ödenmelidir. Salgın sebebiyle sözleşmenin sürdürülmesi çekilmez hale gelmişse uyarlanmalı, uyarlanmaması mümkün değilse feshedilmelidir. Uyarlama ve fesih hususunda değerlendirme yaparken, işyerinin faaliyeti, sosyal görevi, kiracının ve kiraya verenin tutumu dürüstlük kuralı çerçevesinde değerlendirilmeli, taraflara haksız menfaat sağlayacak talepler denkleştirilmelidir. Örneğin uzun yıllardır üretim yapan fabrikada, çalışan işçilerin olması, fabrikanın tahliyesinin hem kiracı hem de çalışanlar açısından ülke ekonomisine zarar verecek, sosyal yönden de sakıncalı hususlar doğuracağından, kiracının sözleşmeyi devam ettirme niyeti varsa uyarlanmalıdır. Kiraya verenin kira sözleşmesinin sürdürülmesi konusunda gösterdiği tutum, işyerinin kullanımı açısından alınması gereken önlemler varsa bunların alınmış olması gibi hususlar birlikte değerlendirilmelidir.

Uyuşmazlığa gidilirken tarafların dava ve tahliye kozlarını pazarlık konusu yapmasıyla başlayan süreç, taraflar arasında husumet doğurmaktadır. Bazı durumlarda dava açan tarafın davayı kazanması tahliyenin gerçekleşmesi, menfaati tam karşılayamamakta, iflasa giden şirketten biriken kira bedellerini tahsil edememekte, dava kesinleşene kadar konu çıkmaza girmektedir. Bu hususlar birlikte değerlendirilmeli, hukukçuların konuya bu şekilde yaklaşmaları, taraf menfaatlerini olabildiğince ortak noktada buluşturmaları gereklidir. Kira bedeli tespiti, malın değerinin artması, kiralanan yerin değerinin değişmesi, kiraya verene tespit davası açma hakkı tanınmaktadır. Buradaki tespit de diğer yandan uyarlamadır. Beklenmedik hal olmadığı halde, ifa güçlüğüne düşme ekonomik yönden olumsuz etkilenme derecesi çok yüksek olmadığı halde bu haktan faydalanan kiraya veren tarafın, kira bedelinin düşürülmesine katlanmalıdır. Sözleşme mümkün olduğunda ayakta tutulmalıdır.

Taraflar açısından katlanılamayan durum yaratması halinde TBK 331'inci maddesi olağanüstü fesih, uyarlama davasının sonucu ile bağlanmalıdır. Aksi halde bu yöntem belirli miktarda tazminat ödenmesi sonucu doğurur. Diğer taraftan bu madde 1 temmuza kadar işyerleri için ertelenmiştir. 818 sayılı Borçlar Kanunu ise 264'üncü madde ile düzenlenmiş bir yılı aşan kira sözleşmelerinde altı aydan az olmayacak miktarda tazminat sonucu doğurabilecektir.

Tüm anlattıklarımızdan kiraya verenin korunmadığı, kira bedelinin düşürülmesi ile zarara uğradığı kanaati oluşabilmektedir. Ancak belirtmek isteriz ki kira sözleşmelerinin ortaya çıkması, malın kullanılmasındaki insan ihtiyacı ve menfaati, alıcı, tüketici ve kiracı yönünden düşünülmelidir. Tüketim ödücü veren parayı işleten bankalara, mal üreten üretici firmalara karşı tüketicinin korunması, malı kullandıran açısından da kiracının korunması olarak karşımıza çıkacaktır. İhtiyaç sebebiyle sözleşme yapan taraf, diğer tarafın isteklerini kabul etmekte, çoğu zaman pazarlık yapamamaktadır.

Bazı durumlarda da kişinin tek geliri söz konusu işyerinden elde ettiği kira geliri olabilir. Bu bedelin düşmesi, kişi açısından farklı sıkıntılara sebebiyet verecek, akde tahammül edilebilirliğini ortadan kaldıracabilecektir.

Kiralamalarda kiralanan şeye olan ihtiyaç tahliye sebepleri içinde göz önünde tutulmuştur. İhtiyaç sebebiyle tahliyede kendisi veya belirli yakınlıkta veya bakmakla yükümlü olduğu kişilerin ihtiyacı, kiralananndan elde ettiği gelire olan ihtiyaç noktasında değerlendirilmelidir. Yargılama esnasında somut olay ve taraf özellikleri dikkate alınmalıdır. Taraflar için sürdürülmesi çekilmez hale gelmişse fesih yoluna gidilecek, bu durum yargılama esnasında ortaya çıkacaktır.

Uyarlama ve mücbir sebep hükümleri açısından da oluşan boşluklarda genel işlem koşulları açısından değerlendirilmesinin gerektiği durumlar olabilir. Genel işlem koşulları, önceden hazırlanmış üzerinde müzakere edilemeyen çok sayıda kişiye aynı şekilde sunulan hükümlerdir. Bu hükümlerin yaptırımını yazılmamış sayılmadır. Alışveriş merkezleri veya sanal kiralama yapan ofisler açısından konulan uyarlama ve mücbir sebep hükümleri bu kapsamda değerlendirilebilir. Diğer bir ölçütte basiretli tacir kavramıdır. Koronavirüs salgının önceden tahmini özellikle ekonomiye etkilerini bilebilmek için adeta kâhin olmak gerekir. Bu boyutta bir öngörüü basiretli tacir ölçütü ile tacire yüklemek adaletsiz olur.

KAYNAKÇA

Atamer, Yeşim M., ‘Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi – TKHK M. 6 ve TTK M. 55, F. 1 ile Karşılaştırmalı Olarak’ *Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu*, (Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2012).

Aydoğdu, Murat/Kahveci, Nalan, *Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri* (4. Bası, Adalet 2014)

Bayram, Aziz Erman, ‘Kira Sözleşmesinde Kiracının Kiralananı Geri Verme Borcu’ *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, XXI (4) 2017 (131-181).

Baysal, Başak, *Sözleşmenin Uyarlanması, TBK m. 138, Aşırı İfa Güçlüğü* (3. Bası, 2019)

Bilge, Necip, *Borçlar Hukuku, Özel Borç Münasebetleri* (1. Bası, Yeni Desen 1962)

Buz Vedat, *Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar* (1. Baskı, Yetkin 2005)

Çabri, Sezer, *Kiraya Vereninin Ayrıptan Sorumluluğu* (1. Bası, Adalet 2013)

Demirbaş, Harun, *Yenilik Doğuran Haklar* (İstanbul 2007).

Di Marzo, Salvatore, *Roma Hukuku*, Çev: Ziya Umur (2. Bası, İstanbul Üniversitesi 1959).

Doğan Yenisey, Kübra, ‘Roma Hukukunun Modern İş Hukuku Üzerindeki Etkilerine Bir Bakış’ Prof. Dr. Belgin Erdoğan’a Armağan (1. Bası Der, 2011).

Doğan, Murat/Baygın, Cem, ‘Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Kira Sözleşmesine ilişkin Hükümler’ *Hukuki Perspektifler Dergisi*, 4, Ağustos 2005 (116-131).

Doğu, Hakkı Mert, ‘Türk Borçlar Kanunu’nun 352. Maddesinin üçüncü fıkrasına göre kiraya verenin kira sözleşmesini sona erdirmesi’ *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi* 7 (14) 2019 (137-151).

Dural, Mustafa, *Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık* (İstanbul Üniversitesi Yayınları 1976).

Ediz Seyfullah, *Türk Borçlar Hukukuna Göre Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu* (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 1963).

Emmerich Volker, *Das recht der Leistungstörungen* (München 1978).

Erdoğan, Belgin, *Roma Borçlar Hukuku Dersleri, 1.7.2012’de Yürürlüğe Giren Yeni Türk Borçlar Kanunu’na Göre Hazırlanmış Yeni Bası* (1. Bası, Der 2012).

Eren, Fikret, *Borçlar Hukuku, Özel Hükümler* (7. Bası, Yetkin 2019).

Eren, Fikret, Sözleşmeden Doğan Sorumluluğun Şartları ve Sonuçları “teksir” (1979/1980).

Erman, Hasan, ‘İstisna sözleşmesinde Beklenilmeyen Haller, BK. 365/2’ (İstanbul Üniversitesi 1979).

Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (2. Bası, İstanbul Üniversitesi Yayınları (1977)).

Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Hukuk Felsefesinin Temel Prensipleri*, Çev: Cenap Karakaya (1. Bası, Sümer 2015).

Gözübüyük, Abdullah Pulat, *Hukuki Mesuliyet Bakımından Mücbir Sebepler ve Beklenmeyen Haller* (Ankara 1957).

Gümüş, M. Alper, *Yeni 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanuna Göre Kira Sözleşmesi* (2. Bası, Vedat 2012).

Gümüş, Mustafa Alper, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (4. Bası, Filiz 2019).

Günay, Cevdet İlhan, *Türk Borçlar Kanunu Şerhi* (1. Bası, Yetkin 2012).

Gürsoy, Kemal Tahir, *Hususi Hukukta Clasula Rebus Sic Stantibus -Emprevisyon Nazariyesi* (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 1950).

Hatemi, Hüseyin/Serozan, Rona/Arpacı, Abdulkadir, *Borçlar Hukuku, Özel Bölüm* (Filiz Kitabevi 1992).

Hatemi, Hüseyin, *Medeni Hukuka Giriş* (8. Bası, 12 Levha 2017).

Havutçu Ayşe, ‘İfa Engelleri ve İfa Engellerine Bağlanan Hukuki Sonuçlar’ Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, 317-338 (İstanbul, 2011).

Honig, Richard, *Roma Hukuku Dersleri*, Çev: Şemseddin Talip (İstanbul Üniversitesi 1938).

İlhan, Cengiz, *Günümüz Türkçe’siyle Mecelle* (2. Bası, Yetkin 2014).

İnceoğlu, Murat, ‘Bahçeşehir Üniversitesi Kira Sözleşmesi Sempozyumu, TBK’da Kira Sözleşmesine ilişkin Ayıp Hükümlerinin Değerlendirilmesi’ Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi 2013, 9 (103-104) 2013 (52- 88).

Karadeniz, Özcan, *Iustinianus Zamanına Kadar Roma’da İş İlişkileri* (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 1976).

Karahan, Sami, *Ticari İşletme Hukuku* (22. Bası, Mimoza Yayınevi, 2011).

Kavak, Sevgi, ‘Roma Hukukunda Eser Sözleşmesinde İfa İmkansızlığının Hükümleri ve Türk Hukukunu Etkileyen Yönleri’ Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 20 (2) 2018 (239-305).

- Kılıçoğlu, Ahmet M., Borçlar Hukuku, Özel Hükümler (Turhan 2019).
- Kızır, Mahmut, 'Yargıtay Kararları Işığında Basiretli İş Adamı Gibi hareket Etme Yükümlülüğünün Sözleşmenin Değişen Şartlarına Uyarlanmasına Etkisi' Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 19 (2) (Konya, 2011).
- Kochaker, Paul/Ayiter, Kudret, *Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları* (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi 1993).
- Koç, Nevzat, '6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda Kira Sözleşmesine İlişkin Olarak Yapılan Yeni Düzenlemelerin Genel Değerlendirmesi' İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (1) 2014 (3-35).
- Kuntalp, Erden/Barlas, Nami/Ayanoğlu Moralı, Ahu/Çavuşoğlu Işıntan, Pelin/İpek, Mehtap/Yaşar, Mert/Koç, Sedef, *Türk Borçlar Kanunu Tasarısına İlişkin Değerlendirmeler* (1. Bası Vedat 2005).
- Kuntalp, Erden, 'Bankalar ve Genel İşlem Koşulları' Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 2012).
- Larenz, Karl, *Lehrbuch Des*, Band I: Allgemeiner Teil (12.Bası, München, 1979).
- Oğuzman, M. Kemal/Barlas, Nami, *Medenî Hukuk, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar* (25. Bası, Vedat 2019).
- Oğuzman, M. Kemal ve Öz, Turgut, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (8.Bası, Vedat, 2010).
- Oğuzoğlu, H. Cahit, *Roma Hukuku* (1. Bası, Güney Matbaa 1952).
- Rado, Türkan, *Roma Hukuku Dersler, Borçlar Hukuku* (13.Bası, Filiz 2016).
- Reymond, Claude, *În Schweizerisches Privatrecht*, VII/1 (Basel un Stuttgart 1977).
- Sarial, M. Enis, 'Beklenmeyen Halin Sözleşmeye Etkisi' *Yargı Dergisi* (1980).
- Schwarz, Andreas B., *Roma Hukuku Dersleri*, Çev: Türkan Rado, (7. Bası, Doğan Kardeş Yayınları 1965).
- Seliçi, Özer, *Borçlar Kanunu'na Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi* (İstanbul Üniversitesi 1977).
- Serozan, Rona, *Medeni Hukuk* (8. Bası, Vedat 2018).
- Serozan, Rona, *Sözleşmeden Dönme* (2. Bası, Vedat 2007) 300-305;
- Somer, Pervin, *Roma Hukukunda İstisna Akdi, (Locatio Conductio Operis)*, Türk Hukuku İle Karşılaştırmalı (1. Bası, Derin 2008).
- Söğütü Erişgin, Özlem, *Roma Hukukunda Tarihsel Gelişimi İçerisinde Contractus*

- (Sözleşme) Kavramı ve Sözleşmesel sorumluluk Ölçütleri (1. Bası, Seçkin, 2016).
- Sungurbey, İsmet, *Medeni Hukuk Eleştirileri* (İstanbul Üniversitesi Yayınları 1963).
- Sungurbey, İsmet, *Medeni Hukuk Sorunları, II* (1979).
- Şahiniz Salih, *Tacirler Arası Ticari Satımlarda Satıcının Ayıplı İfadan Sorumluluğu* (1. Bası, Seçkin 2008).
- Tahiroğlu, Bülent, *Roma Borçlar Hukuku, 1.7.2012’de yürürlüğe giren Yeni Türk Borçlar Kanunu ve 13.1.2011’de Yürürlüğe Giren Yeni Türk Ticaret Kanunu’na Göre Düzenlenmiş Yeni Bası* (1. Bası, Der 2016).
- Tandoğan, Haluk, *Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri*, (5. Bası, Vedat 2010).
- Tandoğan, Haluk, *Türk Me’suliyet Hukuku* (Ankara Hukuk Fakültesi Yayınları 1961).
- Tekinay, Selahattin Sulhi, Akman, Sermet, Burcuoğlu, Haluk, Altop, Atilla, *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler* (7. Bası, Filiz, 1993).
- Tunçomağ, Kenan, *Türk Borçlar Hukuku*, (6. Bası, İstanbul 1976).
- Umur, Ziya, *Roma Hukuku Ders Notları*, (3. Bası, Beta 2010).
- Yavuz, Cevdet/Acar, Faruk/Özen, Burak, *Borçlar Hukuku Dersleri, Özel Hükümler* (16. Bası, Beta 2019)
- Yavuz, Cevdet, *Özellikle Tüketicinin Korunması Bakımından satıcının satılanın ayıplarından sorumluluğu* (Beta 1989).
- Yavuz, Cevdet, *Türk Borçlar Hukuku, Özel Hükümler* (16. Bası, Beta 2019).
- Yavuz, Nihat, *Türk Kira Hukuku*, 4 cilt, III, (1. Bası, Yetkin 2003).
- Yeniocak, Umut, ‘*Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Genel İşlem Koşullarının Yargısal Denetimi*’ TBB Dergisi (107) 2013 (75-96).
- Yüceer, İpek, ‘*Alt Kira*’ Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 57 (3) 2008 (791-829).
- Zevkliler Aydın/Gökyayla, K. Emre, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri* (19. Bası, Turhan Ankara 2019).
- Zevkliler, Aydın/Havutçu Ayşe, *Borçlar Hukuku, Özel borç İlişkileri* (9. Bası, Seçkin 2007).
- Zevkliler, Aydın, *Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku* (4.Bası, Savaş Yayınları 1995).

İŞYERİ KIRASI SÖZLEŞMELERİNDE COVID 19 SALGINININ KİRA BEDELİ ÖDEME BORCUNA ETKİSİ

Dr. Öğr. Üyesi Cüneyt BELLİCAN*

Özet

İşyeri kirası sözleşmeleri, salgının etkisinin en çok hissedildiği ve tartışıldığı sözleşme türlerinden biri haline gelmiştir. İşyeri kirası sözleşmeleri, sadece çatılı işyerlerinden ibaret değildir; çatılı olmayan iş yerlerini de konu alır. 7226 Sayılı Yasanın Geçici 2. maddesinde, işyeri kirası sözleşmelerine yönelik olarak, 01.03.2020- tarihinden 30.06.2020 tarihine kadar işleyecek kira bedellerinin ödenememesinin fesih ve tahliye sebebi oluşturmayacağı düzenleme altına alınmıştır. Hüküm, kiracının, kira bedelini ödeme borcunu ortadan kaldırmamaktadır. Kiracının bedel ödeme borcu bağlamında en çok gündeme gelen hüküm/kavram TBK md.138 aşırı ifa güçlüğüdür. Çalışmamızda hükümde yer alan şartlara değinildikten sonra işyeri kirası özelinde değerlendirmeler yapılacaktır. Covid 19 salgınının işyeri kiralarda kiracının bedel ödeme borcuna etkisi ele alınırken, kiraya verenin kiralanana sözleşmede amaçlanan kullanıma elverişli bir şekilde bulundurma borcu bakımından da değerlendirmelerde bulunulacaktır. Kiraya verenin borcu bakımından, ayıptan doğan sorumluluk, sürekli ifa imkansızlığı, geçici ifa imkansızlığı, kısmi ifa imkansızlığı kavramları salgın bağlamında ele alınacaktır.

Anahtar Kelimeler: İşyeri Kira Sözleşmesi, Kira Bedeli, Salgın Hastalık, Sözleşmenin Uyarlanması, Aşırı İfa Güçlüğü, Geçici İfa İmkansızlığı, Ayıba Karşı Tekeffül, Borçlu Temerrüdü, Ödeme Defi.

* İstanbul Kültür Üniversitesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi
E-mail: c.bellican@iku.edu.tr ORCID: 0000-0002-0195-5381

Abstract

Workplace leasing agreement has become a contract type where the impact of the pandemic is felt and discussed intensively. Workplace leasing agreements cover both roofed and unroofed workplaces. Provisional article 2 of the Code numbered 7226 states with regard to workplace leasing agreements that if the lessee cannot pay the rentals due between 1.3.2020 and 30.6.2020 this would not constitute a ground for termination and eviction during that period. However, this provision does not remove the lessee's obligation to pay the rental. Hardship as envisaged in article 138 of the TCO is the most debated provision/concept with regard to lessee's obligation to pay rental. The requirements laid down in the article will be presented and assessments will be made with regard to workplace leasing agreements. In consequence, while considering the impact of COVID-19 pandemic on the lessee's obligation to pay rental, assessments will also be made with regard to the lessor's obligation to keep the leased place in a convenient condition for the purposes of the lease. With regard to lessor's obligation, the concepts of warranty against defects, perpetual impossibility, temporal impossibility and partial impossibility will be examined within the context of pandemic.

Key Words: Workplace Leasing Agreement, Rental, Pandemic, Adaptation of the Contract, Hardship, Temporal Impossibility of Performance, Warranty Against Defects, Debtor's Default, Defence of Non-Payment.

İŞYERİ KİRASI SÖZLEŞMELERİNDE COVID 19 SALGINININ KİRA BEDELİ ÖDEME BORCUNA ETKİSİ

I. Genel Olarak:

Dünya Sağlık Örgütü tarafından 11 Mart 2020 tarihinde pandemi (bölgeler ve gruplar üstü coğrafi salgın) olarak ilan edilen yeni tip koronavirus (Covid-19) salgını, hukukun birçok alanına etkide bulunmuştur.

Covid 19 salgınının mücbir sebep olup olmadığı da tartışılan konulardan biri olmuştur. Mücbir sebep gerek ilmi gerekse kazai içtihatlarda tanımlanan, açıklanan, örneklenen bir kavramdır.

Bir tanıma göre¹, mücbir sebep; *“sorumlu veya borçlunun faaliyet ve işletmesi dışında meydana gelen, genel bir davranış normunun veya borcun ihlâline mutlak ve kaçınılmaz bir şekilde yol açan, öngörülmesi ve karşı konulması mümkün olmayan olağanüstü bir olaydır”*. Mücbir sebebin, genel olarak, borcun ifasını olumsuz etkileyen ve önlenemeyen objektif bir olay olarak tanımlandığı görülmektedir. Öngörülmezlik özelliğinin zorunlu olup olmadığı tartışmalıdır². Mücbir sebep nisbi bir kavram olarak ele alınmaktadır. Bu doğrultuda, bir olay gerçekleştiği yerin, şartların ve zamanın özelliklerine göre mücbir sebep niteliğini alabilecek veya almayabilecektir³.

Mücbir sebebin varlığından söz edebilmek için şu şartların varlığı gerekir: *“Borcun ihlaline yol açan dışarıdan kaynaklanan bir olayın meydana*

1 *Covid 19 salgının işyeri kira sözleşmelerinde kira bedeli borcuna etkisi konusu, gerek imkansızlık gerek kiraya verenin kiralananadaki ayıptan doğan sorumluluğu gerek uyarılama gerek önemli sebeplerle fesih gerekse 7226 sayılı yasa kapsamında bir kitap çalışmasını gerektirecek düzeyde geniş bir alanı kapsamakta olup, bu çalışma, tebliğde/sözlü sunumda özellikle üzerinde durulan konular ve bazı tartışmalı/tartışmaya açık meseleler çerçevesinde hazırlanmıştır.

Yargıtay HGK, 11-90/1259, 27.6.2018.

2 M.Kemal Oğuzman, Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Cilt I (17.Baskı, Vedat Kitapçılık 2019) 430,431.

3 Selahattin Sulhi Tekinay, Sermet Akman, Haluk Burcuoğlu, Atilla Altop, Tekinay *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Yedinci Baskı, Filiz Kitabevi 1993) 1004.

gelmesi, Mücbir sebep ile borcun ihlali arasında uygun nedensellik bağı bulunması, Mücbir sebep nedeniyle borcun ihlalinin mutlak olarak kaçınılmaz ve karşı konulamaz olması, (Kaçınılmazlığın tespitinde; mücbir sebep teşkil eden olayın olağanüstü nitelikte olması, büyük bir şiddet ve yoğunlukta gerçekleşmesi, sözleşme kurulurken böyle bir olayın öngörülememesi veya olay öngörülsede dahi sonuçlarının öngörülememesi aranır.. Sadece borçlunun değil, kimsenin ne kadar özen gösterirse göstereceğini, hangi tedbiri alırsa alsın, olayın borcun ihlaliyle yol açması önlenemez olması gereklidir⁴”.

Mücbir sebeple birlikte akla gelen ancak ondan farklı olan bir kavram da “beklenmeyen hal”dir. Beklenmeyen hal, borçlunun kendisinden beklenen tedbirleri almakla borcun ihlaliyi önleyemeyeceği bir olay olarak tanımlanabilirken, mücbir sebep hiç kimsenin alacağı tedbirlerle borcun ihlaliyi önleyemeyeceği bir olay olarak ele alınmaktadır⁵.

Salgın hastalık ve devamındaki gelişmelerin/tedbirlerin mücbir sebep kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceği, meselesi ele alınacak olduğunda, öncelikle, götürü yaklaşımların bazı durumlarda isabetli sonuçlara götürmeyeceğini belirtmek gerekir.

Yargıtay kararlarında, salgın hastalık, mücbir sebep örnekleri arasında sayılmıştır. Ne var ki burada vurgulanması gereken husus, salgın hastalık genel olarak mücbir sebepler arasında sayılabilir ama sözleşme özelinde özel bir etkisi olmayabilir. Sözleşme özelinde, somut olay bakımından değerlendirme yapmak gerekir. Örneğin ülkede salgın hastalık olması, tüm sözleşmelere bu salgın hastalığın aynı etkiyi yaptığı anlamına gelmez. Tıpkı insanlar gibi bazı sözleşmelerin bu salgın hastalık karşısında bağımsızlığı güçlüdür; adeta sosyal mesafesi de iyidir; virüsten etkilenmez. Diğer bir deyişle, borcun ifası imkansızlaşmış olmaz.

Yargıtay’ın bir kararında, mücbir sebep şu şekilde tanımlanmış ve örneklenmiştir: “Mücbir sebep, sorumlu veya borçlunun faaliyet ve işletmesi

4 Bkz. Müge Kurt, *Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkansızlık* (Yetkin Yayınları 2016) 194 vd.

5 Oğuzman, Öz (n 2) 432.

*dışında meydana gelen, genel bir davranış normunun veya borcun ihlâline mutlak ve kaçınılmaz bir şekilde yol açan, öngörülmesi ve karşı konulması mümkün olmayan olağanüstü bir olaydır. Deprem, sel, yangın, salgın hastalık gibi doğal afetler mücbir sebep sayılır.*⁶ Bu karar sözleşme hazırlamada/yorumlamada şunu söyler, söyler: “Doğal afetler, mücbir sebep sayılır. Bu durumda yine de edim yerine getirilir” ibaresi içeren bir sözleşme hükmüyle karşılaşıldığında, taraflardan biri Yargıtay’ın bu kararını örnek göstererek, salgın hastalığın sözleşme kapsamında kalan bir olgu olduğunu ileri sürebilme şansına sahip olur. Elbette hemen, karşı yaklaşım geliştirilebilir: Doğal afet kelimesi, genelgeçerdir veya somuta indirgenmemiştir. Doğal afetle ilk akla gelen deprem ve seldir. Salgın hastalık ayrıca sayılmadıkça; özel olarak belirtilmedikçe, doğal afet olarak görülemez gibi bir yaklaşımda da bulunulabilir. Kanımızca, ilk yaklaşım daha isabetlidir. Salgın hastalık da doğal afet olarak görülebilmeli ve değerlendirilebilmelidir. Bu arada Covid 19’un salgın hastalık kapsamına gireceğine kuşku yoktur.

Salgın hastalık tek başına, sözleşmeden doğan borcun yerine getirilmesi bakımından, mücbir sebep sayılabılırken, salgın hastalık nedeniyle alınan önlemler, tedbirler mücbir sebep kapsamında değerlendirilebilir: “İşçiyi çalışmaktan alıkoyan nedenler, işçinin çevresinde meydana gelmelidir. İşyerinden kaynaklanan ve çalışmayı önleyen nedenler bu madde kapsamına girmez. Örneğin işyerinin kapatılması zorlayıcı neden sayılmaz (Yargıtay 9. HD. 25.4.2008 gün 2007/16205 E, 2008/10253 K.). Ancak, sel, kar, deprem gibi doğal olaylar nedeniyle ulaşımın kesilmesi, **salgın hastalık sebebiyle karantina uygulaması gibi durumlar zorlayıcı nedenlerdir**”⁷.

Salgın hastalık nedeniyle alınan bir idari/hukuki tedbir mücbir sebep kapsamında değerlendirilebilecektir: “**Mücbir sebep, doğal, sosyal ya da hukuksal kaynaklı, öngörülme olasılığı bulunmayan oluşumlardır. İthal ve ihrac yasakları, bunlara olanak vermeyen sınır kapatmaları, hukuksal kaynaklı mücbir sebeplerdendir... öngörülmezlik unsurunun varlığının kabulü gerekir**”⁸.

6 Yargıtay HGK, 90/1259, 27.06.2018.

7 Yargıtay 9 HD, 15395/3401, 2.3.2020.

8 Yargıtay 19 HD, 4558/6953, 25.10.2002.

Mücbir sebep, sürekli ifa imkansızlığı şeklinde bir sonuçla (TBK md.136) karşımıza çıkabileceği gibi geçici ifa imkansızlığı şeklinde bir sonuçla da karşımıza çıkabilir. Kısmi ifa imkansızlığı (TBK md.137) da mücbir sebebin yol açacağı bir sonuç olarak belirtilmelidir. Kısmi ifa imkansızlığından farklı olarak, geçici ifa imkansızlığı kanunda düzenlenmemiştir.

Mücbir sebep konusunda, sözleşme özgürlüğü çerçevesinde, taraflar bir düzenlemede bulunabilirler. Sözleşme hükmüyle, mücbir sebep, bir tarafın sorumluluk alanında bırakılabilir.

Sözleşmeyle mücbir sebep sorumluluğuna ilişkin kayıtlar (mücbir sebep kayıtları) hakkında bir değerlendirmede bulunmak gerekirse, adeta risk iştahı/severliği fazla olan taraf veya sözleşme hükmü dayatılan taraf, mücbir sebep durumunda dahi sorumluluğunun devam edeceğini kabul etmiş olabilir. Örneğin “*malın teslimi imkansız olsa bile bedel ödenecektir*”. “*Kiralanan yerin teslimi veya teslimi elverişli bir şekilde bulundurulması imkansız olsa bile kira bedeli ödenecektir*”. Elbette bu tür sözleşme hükümlerinin GİK denetimine ve genel geçerlilik kurallarına tabi olacağı açıktır⁹.

Borçlunun mücbir sebepten doğan imkansızlığa dair sorumluluğu sözleşme ile **açıkça veya zımnen** üstlenmesi halinde, hiçbir kusuru bulunmasına rağmen, sözleşme hükmü gereği, imkansızlık nedeniyle alacaklının zararını karşılamak zorunda kalacaktır¹⁰.

Para borcu açısından bakıldığında, -mücbir sebeple birlikte ifade edilen- imkansızlık, para borcunda, kural olarak sözkonusu olmaz. Para borçlusu ancak karşı edimin imkansızlaştığı oranda borcundan kurtulma olanağına sahip olur.

9 Kira sözleşmelerinde teslim borcunu ve bu bağlamda GİK denetimini içeren TBK md.301 hükmüne göre, “*Kiraya veren, kiralananı kararlaştırılan tarihte, sözleşmede amaçlanan kullanıma elverişli bir durumda, teslim etmek ve sözleşme süresince bu durumda bulundurmamakla yükümlüdür. Bu hüküm, konut ve çatılı işyeri kiralalarında kiracı aleyhine değiştirilemez; diğer kira sözleşmelerinde ise, kiracı aleyhine genel işlem koşulları yoluyla bu hükme aykırı düzenleme yapılamaz*”. Hükümle getirilen sınırlama hakkında açıklamalar için bkz. Faruk Acar, *Kira Hukuku Şerhi* (1. Baskı, Beta Yayınları 2013) 146-151.

10 Kurt (n3) 180 vd.

Bir diğer olasılık, para borçlusu, pandeminin (adeta) popülerleştirdiği TBK md.138 uyarınca para borcunun uyarlanması -daha geniş bir ifadeyle sözleşmenin uyarlanmasını- talep edebilir. Virüsün gündelik yaşam pratiğimize kattığı sosyal mesafe kavramının yanı sıra bir de “Ekonomik Mesafe” kavramının hayatımıza girdiğinden söz edilebilir. Bir işyeri kiracısı bakımından, beklenen ciro ile elde edilen/eldeki ciro arasındaki mesafe kimi durumlarda, işyeri kiracısı açısından, sözleşmenin uyarlanması umuduyla/talebiyle giderilmeye çalışılacaktır.

İşyeri kira sözleşmeleri, pandemi sürecinden en çok etkilenen sözleşmeler arasında yer almaktadır¹¹.

II. Ayıptan Doğan Sorumluluk Bakımından Değerlendirme:

Kiraya veren TBK md.301 uyarınca, kiralanan yeri, sözleşmede amaçlanan kullanıma elverişli durumda teslim etmek ve sözleşme süresince bu durumda bulundurmakla yükümlüdür. Kiracı da sözleşmede kararlaştırılan bedeli ödemekle yükümlüdür. Ne var ki sözleşme süresince ortaya çıkan bazı durumlar, kira bedeli ödeme borcuna etki eder. Örneğin TBK md.305 gereğince, kiralananın sonradan ayıplı hale gelmesi durumunda, kiracı kira bedelinden ayıpla orantılı bir bedel indirimi talebinde bulunabilir. Bu noktada salgının ve dolayısıyla salgın nedeniyle alınan tedbirlerin, işyeri kira sözleşmelerinde ayıpla ilgili hükümlerin uygulanmasına neden olup olmayacağı ele alınmalıdır.

Öğretide bir görüşe göre¹², idari kararlar kapatılan işyerleri bakımından, hukuki ayıbın varlığından söz edilebilir. Ne var ki bu meseleye hukuki

11 “Kiraya verenin, kiralananı ayıpsız (hastalık tehlikesinden uzak) bulundurma ve kullanma borcunu yerine getirip getirmediği; Kural olarak kiracı kiralananı kullanmasa bile kira bedeli ödemek durumunda olsa bile, idari karar ve olağanüstü durumların etkisi ile kiralananı kullanmaması veya kullanamaması” gibi durumlar örnek olarak sayılmaktadır. Bkz. Semih Yünlü, *Küresel Salgının Sözleşmelere Etkisi: Corona Virüsü (Covid-19) Olağanüstü Örneği* (LexperaBlog 2020), <https://blog.lexpera.com.tr/kuresel-salgini-nin-sozlesmelere-etkisi/> Erişim Tarihi: 05.06.2020.

12 M Tolga Özer, *KOVID-19 Salgınının İş Yeri Kiralarında Kiracının Kira Bedelini Ödeme*

ayıp kavramıyla yaklaşanlara şu gerekçeyle karşı çıkanlar da olur: “*Ayıba karşı tekeffül hükümlerinin uygulanabilmesi için ya taahhüt edilen niteliklerde bir aksaklık ya da kiralanda bulunması gereken unsurlarda bir eksiklik olmalıdır. Kanaatimizce mücbir sebep niteliği taşıyan Covid-19 salgınının ekonomik etkileri dolayısıyla işyerlerinin kapanması halinde kiralananın niteliğinde herhangi bir eksiklik veya aksaklık ortaya çıkmamakta, bu bağlamda hukuki bir ayıbın varlığı söz konusu olmamaktadır*¹³”. Bu nedenle kiracının kiralanan- da hukuki ayıba bağlı olarak **TBK md. 305**’e dayanarak kira bedelinin indirilmesini talep etmesinin yerinde olmayacağı kanaati ileri sürülmüş olur. Keza, burada belirli anı bakımından süresiz görünen bir kapatmanın imkansızlık sayılarak sözleşmeyi sona erdirmesi veya kısmi imkansızlık düzenlemesine kıyasen kapatma dönemine ilişkin kira borcunun düşmesi durumlarında artık hukuki ayıptan bahsedilemeyeceği; zira (ifası) imkansızlaşan edimin ayıplı ifasından söz edilemeyeceği söylenebilir.

Salgın bağlamında kiraya verenin ayıba karşı tekeffül sorumluluğun hiçbir şekilde sözkonusu olmayacağı şeklinde toptan/götürü bir yaklaşım yerine, somut olayın özelliklerine göre bir değerlendirmede bulunmak ve sonuca varmak daha isabetli olabilecektir.

Ayıp, çevresel nedenlerden, üçüncü kişilerden de kaynaklanabilir. Ayıp kavramına geniş açıdan bakıldığında, kimi zaman kiralananın özelliği dışındaki durumlar da ayıp kavramı içinde yer alır. Bilindiği üzere, ayıp türlerinden¹⁴ biri de ekonomik ayıptır. Bu kavrama örnek olarak müşteri

Borcuna Etkisi, (LexperaBlog 2020), <https://blog.lexpera.com.tr/kovid-19-salgininin-is-yeri-kiralarinda-kiracinin-borcuna-etkisi/> Erişim Tarihi 05.06.2020.

13 Aslı Makaracı Başak, Seda Öktem Çevik, Işıl Yörük, *Korona Virüsün İşyeri Kira Sözleşmelerine Etkisi*, (LexperaBlog 2020), <https://blog.lexpera.com.tr/korona-virusun-isyeri-kira-sozlesmelerine-etkisi/> Erişim Tarihi: 05.06.2020; Yine hukuki ayıbın sözkonusu olmayacağı hususunda bkz. Fatih Gündoğdu, Nihal Ural, *Koronavirüs (COVID-19) Tedbirlerinin Kira Sözleşmelerine Etkisi*, (LexperaBlog 2020), <https://blog.lexpera.com.tr/koronavirus-tedbirlerinin-kira-sozlesmelerine-etkisi/> Erişim Tarihi:05.06.2020.

14 Haluk Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Kira ve Ödünç Verme (Ariyet, Karz) Sözleşmeleri*, Cilt 1/2 (Üçüncü Tıpkı Basım’dan Dördüncü Tıpkı Basım, Vedat Kitapçılık 2008) 112 vd.; Cevdet Yavuz, Faruk Acar, Burak Özen, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (Beta Yayınları 2014) 403; Murat İnceoğlu, *Kira Hukuku* Cilt I (On İki Levha Yayıncılık 2014) 127 vd. Ayrıca bkz. Mustafa Alper Gümüş, *Yeni 6098*

kayıbı, ciro azalması gibi haller örnek gösterilebilmektedir: Ekonomik ayıp, “Ekonomik ayıp, kiracının sözleşmede amaçladığı kullanımın, kiralananan elde edilecek verime ya da gelire bağlı olduğu hallerde, kiralananın bu amaca uygun kullanılmasını veya işletilmesini engelleyen ya da sözleşmede kararlaştırılan verim veya gelirin elde edilemediği eksiklikleri ifade eder. Görüldüğü gibi ekonomik ayıplar daha çok kiraya verenin kiralananan gelir elde etmeyi amaçladığı hallerde söz konusu olur Örneğin, kiralanan bir arazinin kiraya verenin belirttiği verimi vermemesi ya da işyeri olarak kiralanan bir yerin kiraya verenin belirttiği ciroya ulaşmaması, alışveriş merkezine yılda belli sayıda müşterinin gelmemesi bu niteliktedir¹⁵”. Burada kuşkusuz şu da söylenebilmektedir: “Kiraya verenin borcu, özel bir taahhüdü bir mevcut değilse, kiralananı işletmeye uygun durumda bulundurma ile sınırlıdır, kiralananan elde edilecek gelirin miktarı konusunda bir yükümlülüğü mevcut değildir¹⁶”.

Yargıtay, bir kararında, yol yapım çalışmaları nedeniyle kiracının uğradığı müşteri kaybını gerekçe göstererek kira bedelinden indirim talebiyle açılan bir davada meseleyi ayıp üzerinden değerlendirmiş gözükmektedir¹⁷.

Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Kira Sözleşmesi (TBK m.299-356) (2.Bası, Vedat Kitapçılık 2012) 107 vd. Sezer Çabri, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Kiraya Verenin Ayıptan Sorumluluğu (Adalet Yayınevi 2013) 94 vd.; Nihal Ural Çınar, Türk Borçlar Kanunu’nda Düzenlenen Kira Sözleşmelerinde Kira Bedelinin Ödenememesi ve Hukuki Sonuçları (On İki Levha Yayıncılık 2014) 151 vd.; Ayrıca bkz. Richard Permann, OR Handkommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht, (Herausgegeben von Jolanta Kren Kostkiewicz, Urs Bertschinger, Peter Breitschmid, Ivo Schwander) Art.258 (2002) Kn.5.

15 Çabri (n 14) 101,102.

16 Azra Arkan Serim, *Hasılat Kirasında Tarafların Hak ve Borçları* (Beşir Kitabevi 2010) 45,46.

17 Yargıtay 3 HD, 6665/2371, 20.3.2019 sayılı kararına göre, “... Karayolları Genel Müdürlüğü tarafından başlatılan yol yapım çalışmaları nedeniyle günübirlik kullanım alanına giden yolun tek şeride düşürüldüğünü, tünel kazısından çıkartılan hafriyatın günübirlik kullanım alanına döküldüğünü, bu nedenle müşteri kaybı yaşadığını belirtmiş, sözleşmede belirlenen kira bedelinden %60 oranında indirim yapılarak 04/11/2011 tarihi itibarıyla yıllık kira bedelinin 330.000 TL olarak belirlenmesini talep etmiştir.... ...Kiraya veren bu borcu sadece fiili bir teslim ile ifa etmiş olmaz. Kiracı kiralananı hangi maksat için tutmuş ise kiraya veren o maksada elverişli bir tarzda teslim ile mükelleftir... ... Davacının, 09.11.2012 tarihinde açtığı davadan önce davalı idare nezdinde 15.02.2012 tarihinde kayıtlı dilekçeyle kiralananın kira sözleşmesinde kararlaştırıldığı şekilde kullanılamamasından kaynaklı olarak kira bedelinden indirim

Öğretide, salgın sürecinde, hukuki ayıbın veya ekonomik ayıbın ortaya çıkabileceği, İçişleri Bakanlığı'nın Genelgesinin, hukuki ayıba neden olduğu, kiraya verenin vaad ettiği ciroya ulaşamaması, alışveriş merkezine belli sayıda müşterinin gelmemesinin ekonomik ayıp olarak değerlendirilebileceği ifade edilmektedir¹⁸. Bu da göstermektedir ki, Covid 19 bağlamında, hukuki ayıp ve ekonomik ayıp nedeniyle, kiraya verenin kiralanan sonradan ayıplı hale gelmesinden sorumluluğuna ilişkin hükümlerin (TBK md.305 vd.) uygulama alanı konusundaki tartışmalar varlığını devam ettirecektir.

III. İmkansızlık Bakımından Değerlendirme:

İçişleri Bakanlığınca yayımlanan genelgelerle bazı işyerlerinin faaliyetleri geçici olarak durdurulmuştur¹⁹. İşyeri kira sözleşmelerinde kiraya ve-

yapılması talebinde bulunduğu anlaşılmaktadır. Bu nedenle ayıp ihbarının tebliği tarihi öncesini de kapsayacak şekilde kira bedelinin indirilmesine karar verilmiş olması doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir."

- 18 Emre Cumaloğlu, Covid-19 (Yeni Korona Virüs) Pandemisinin Kira Sözleşmelerine Etkileri, (LexperaBlog, 2020), <https://blog.lexpera.com.tr/covid-19-yeni-korona-virus-pandemisinin-kira-sozlesmelerine-etkileri/> Erişim Tarihi: 10.06.2020. Yine bu doğrultuda, ayıptan doğan sorumluluğun uygulama alanı bulacağı yönünde bkz. Özer (n 12). Yazar, kiraya veren tarafından ayıbın giderilmesinin mümkün olmadığı durumlarda kiracının ayıba ilişkin diğer seçimlik hakları kullanabilmesi mümkün olduğunu belirtir; dolayısıyla ayıptan doğan sorumluluğun kalkmadığını ifade etmiş olur. Ayrıca bkz. İnceoğlu (n 14) 169. Buna karşın, ifanın geçici de olsa imkansızlığının sözkonusu olduğu, ifanın yapılmadığı bir durumda bunun ayıplı olduğunun söylenemeyeceği yönünde bkz. Gündoğdu, Ural (n 13).
- 19 15.03.2020 tarihli Genelge ile Koronavirüs (Kovid-19) salgınından vatandaşları korumak ve salgının yayılmasını engellemek için Sağlık Bakanlığı ile yapılan değerlendirilmelerde; Umuma Açık İstirahat ve Eğlence Yerleri olarak faaliyet yürüten ve vatandaşların çok yakın bir mesafede bir arada bulunarak hastalığın bulaşma riskini artıracığı, bu nedenle pavyon, diskotek, bar, gece kulüplerinin 16 Mart saat 10:00 itibarıyla geçici süreliğine faaliyetleri durdurulmuş;
16.03.2020 tarihli ek Genelge ile 81 ilde, tiyatro, sinema, gösteri merkezi, konser salonu, nişan/düğün salonu, çalgılı/müzikli lokanta/kafe, gazino, birahane, taverna, kahvehane, kuraathane, kafeterya, kır bahçesi, nargile salonu, nargile kafe, internet salonu, internet kafe, her türlü oyun salonları, her türlü kapalı çocuk oyun alanları (AVM ve lokanta içindekiler dahil), çay bahçesi, dernek lokalleri, lunapark, yüzme havuzu, hamam, sauna, kaplıca, masaj salonu, SPA ve spor merkezlerinin faaliyetleri geçici bir süreliğine saat 24:00 itibarıyla durdurulmuş;
21.03.2020 tarihli ek Genelge ile vatandaşların bir arada bulunmaları ve yapılan işlem sırasında birçok kez fiziksel temasın olması nedeniyle anılan virüsün yayılımını artıran vatandaşlar açısından riskli olabilecek; berber, güzellik salonu/merkezi, kuaför vb.

renin borcu bakımından, ifa imkansızlığı²⁰ bağlamında, sürekli ifa imkansızlığı (TBK md.136), kısmi ifa imkansızlığı (TBK md.137) ve geçici ifa imkansızlığı kapsamında olmak üzere, sonradan ortaya çıkan –kusursuz- ifa imkansızlığına ilişkin değerlendirmelerde bulunmaktadır. Geçici ifa imkansızlığı, TBK’da düzenlenen bir imkansızlık türü değildir. Bununla birlikte gerek öğretide gerekse Yargıtay kararlarında bu kavrama yer verilmekte ve farklı yorumlar yapılabilmektedir.

İşyeri kira sözleşmelerinin genel olarak uzun süreli olması, sürekli ifa imkansızlığı örnekleriyle daha az karşılaşılmasına neden olacaktır. Örneğin işyeri kirası çok kısa süreli yapıldığında, örneğin iki ay gibi, faaliyetine ara verilen işletmeler bakımından sürekli ifa imkansızlığı oluşacak demektir. Bu durumda borç kendiliğinden sona erecektir. Burada akla başka meseleler de gelebilecektir. Örneğin kiraya veren Nisan Mayıs yerine Temmuz ve Ağustos ayları için işyerini hazır bulunduracağını söylediğinde bu yeni bir sözleşme önerisi olarak değerlendirilebilecektir. Ya da henüz Nisan Mayıs ayı sona ermeden bu teklifte bulunup yine karşı tarafın kabulüyle sözleşme değişikliği olasılığı akla gelebilecektir. Bir başka akla gelen örnek –tebliğin sunum tarihi olan 29 Mayıs itibarıyla- henüz vadesi gelmemiş Temmuz Ağustos ayıyla sınırlı yazlık işyeri kiralalarının durumudur. Burada imkansızlıktan söz edemeyiz. Burada seçenek sözleşmenin uyarlanması olabilir, işyeri kiracısı cironun azalacağını ileri sürüp bedel indirimi isteyebilir veya önemli nedenlerle fesih imkanını kullanır. Tacir ise -1 Temmuz 2020’den önce- TBK md.331 yürürlükte olmadığı için EBK md.264 ün uygulama alanı bulabileceği söylenebilir de EBK md.264 teki tam tazminat ödeme niyeti olmadığından bahisle buradaki beyanın TBK md.138 kapsamında değerlendirilmesi düşünülebilir.

Geçici ifa imkansızlığı bu dönemde en çok telaffuz edilen imkansızlık türü/kavramı olmuştur²¹. Geçici ifa imkansızlığına ilişkin olarak öğretide

işyerlerin faaliyetleri 21 Mart 18:00 saati itibarıyla geçici süreliğine durdurulmuştur.

20 İfa imkansızlığı türlerine ilişkin açıklamalar için bkz. Kurt, (n 4) 92 vd.; Fatih Gündoğdu, *Borca Aykırılık Hallerinden Kusurlu İfa İmkansızlığı ve Hukuki Sonuçları*, (On İki Levha Yayıncılık 2014) 90 vd.; H. Kübra Ercoşkun Şenol, *Borçlar Hukukunda Kısmi İmkansızlık* (On İki Levha Yayıncılık 2016) 77 vd.

21 Geçici imkansızlık, geçici hukuki imkansızlık şeklinde ortaya çıkabilir. Hukuki imkan-

genel olarak, şartları varsa borçlu temerrüdü hükümlerinin uygulama alanı bulacağı ifade edilir: Geçici imkansızlığın ifa imkansızlığına değil, diğer şartların bulunması halinde borçlu temerrüdüne neden olduğu belirtilir²². Ne var ki burada geçici ifa imkansızlığı kusur olmadan oluştuğundan borçlu temerrüdünün kusura bağlı olan sonuçları (tazminat) uygulanmaz.

Diğer yandan; geçici imkansızlık halinde, tarafların farazi iradelerine de uygun ise, ifa tarihinin imkansızlığın ortadan kalkmasına kadar ertelenmesi mümkündür²³. Bu durumda, salgın özelinde, geçici imkansızlık halinde, ifa tarihinin imkansızlığın ortadan kalkmasına kadar erteleneceği ifade edilebilir.

Yargıtay, geçici imkansızlık halinde “akde tahammül süresinin” beklenmesini, bu süre sonunda sözleşmenin artık bağlayıcı olmayacağını belirtmiş, tahammül süresinin ise somut olaya göre belirlenmesi yönünde bir yaklaşımda bulunmuştur: “*Hâlbuki geçici imkânsızlıkta akdin ifası (icrasının istenmesi) bir hadisenin gerçekleşmesine bağlıdır. Ancak o hadise tahakkuk ederse akdin icrası istenebilir. Somut olayda taraflar bu hadiseyi taşınmaza imar durumu alınması şartına bağlamıştır. Her iki taraf da sözleşmenin yapıldığı tarihte geçici imkânsızlığı bilmekte iken 27.09.1995 tarihli sözleşme yapılmıştır. Şüphesiz geçici imkânsızlığın varlığı, beraberinde tarafların bu sözleşmeyle ne kadar süre bağlı kalacakları sorununu getirir. Bu konudaki kural “ahde vefa=söze sadakat” ilkesi gereği tarafların sözleşmeyle bağlı tutulmasıdır.*

sızlıkta, borçlanılan edimin konusu olan şey yok olmamakta ancak bir kanun hükmüyle edimin ifası imkansızlaşmaktadır. Bkz. Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Yetkin Yayınları 2019) 1453. Hukuki imkansızlık geçici olabileceği gibi sürekli de olabilir. Geçici hukuki imkansızlık söz konusu olduğunda kural olarak temerrüt hükümleri işler. Geçici hukuki imkansızlık var olduğu sürece borcun aynen ifası talep edilemez. Ş. Barış Özçelik, “Sözleşmeden Doğan Borçların İfasında Hukuki İmkansızlık ve Sonuçları” (2014) 63 (3) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 569, 595.

22 Bkz. Mustaf Dural, *Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkansızlık* (BK 117) (Fakülteler Matbaası 1976) 107; Rona Serozan, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme (7. Bası, Filiz Kitabevi 2016) 163,164; Mehmet Altunkaya, *Edimin Başlangıçtaki İmkansızlığı* (Yetkin Yayınları 2005) 120; Kurt (n 4) 170; Eugen Bucher, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht* (2. Auflage, 1988) 420; H.Rudolf Barth, *Schadenersatz bei nachträglicher Unmöglichkeit der Erfüllung*, Diss, (1957) 43.

23 Bkz. Oğuzman, Öz (n 2) 590.

Ancak bazı özel durumlar vardır ki, tarafları o sözleşmeyle bağlı saymak hem onların ekonomik özgürlüklerini engeller, hem de bir başkası ile sözleşme yapma fırsatını ortadan kaldırır. Uygulamada, geçici imkânsızlık halinde tarafların o sözleşmeyle bağlı tutulma süresine “akde tahammül süresi” denilmektedir. Bu sürenin gerçekleşip gerçekleşmediğini de her somut olaya göre ve onun çerçevesinde değerlendirmek gerekir²⁴”. Bu yaklaşımda, borçlu temerrüdünden söz edilemeyecektir. Sözleşme tahammül süresince adeta askıya alınmış olacak, taraflar birbirlerinden borcun ifası talebinde bulunamayacaktır.

Genelgeyle faaliyetleri durdurulan işyerleri bakımından –kira vere-nin hazır bulundurma borcu bakımından- geçici ifa imkansızlığından söz edilebilir. O halde burada faaliyetlerine tekrar başlayana kadarki aşamada, tarafların birbirlerinden ifa talebinde bulunmayacakları söylenebilir²⁵. Burada önemli olan kiracıdan bu dönem için kira istenememesi, hatta bu dönem geçtikten sonra da işyerinin kapalı olduğu süreye ilişkin kiranın yine istenememesidir. O halde, geçici ifa imkansızlığı kalktıktan sonra da geçmişe yönelik talepte, bu bağlamda kira bedeli talebinde bulunulmayacaktır.

Diğer yandan öğretilerdeki bir yaklaşıma göre, kira sözleşmeleri gibi sürekli borç ilişkilerinde geçici imkansızlık, kural olarak devam ettiği süre için kısmi imkansızlık sonucunu doğuracağından²⁶ sadece imkansızlaşan kısım bakımından karşılıklı olarak sorumluluktan kurtulma söz konusu olabilecektir (TBK m. 137)²⁷.

24 Yargıtay HGK, 193/235, 28.4.2010.

25 Geçici ifa imkânsızlığının varlığı durumunda, sözleşme hükümlerinin bu dönemde askıya alınacağı; kiraya verenin kiralananı kullanıma elverişli bir halde bulundurma borcunun ifasının geçici süreyle yerine getirilememiş olduğundan kiracının bu dönemde kira bedelini ödeme borcunun da söz konusu olmayacağı; bu durumda kiracının, kendisinden kira bedeli talep eden kiraya verene karşı TBK md. 97 uyarınca ödemelik def’ini ileri sürebileceği yönünde değerlendirmeler için bkz. Makaracı Başak, Öktem Çevik, Yörük (n 13).

26 Dural (n 22) 105.

27 Zamana bağlı olarak ifanın bir dönem geçici olarak yapılamaması halinde kısmi ifa imkansızlığından söz edilemeyeceği hakkında değerlendirme için bkz. Melek Bilgin Yüce, *Koronavirüs Salgını Nedeniyle Hükümet Kararıyla Kapatılan İşyerlerinin Kira Sözleşmelerinin Akıbetinin Değerlendirilmesi*, (LexperaBlog 2020), <https://blog.lexpera.com.tr/koronavirus-salgini-nedeniyle-hukümet-kararıyla-kapatılan-isyerlerinin-kira-sozlesmelerinin-akibetinin-degerlendirilmesi/> Erişim Tarihi: 10.06.2020.

Kiraya veren konumunda bulunan bir AVM şirketinin, kendi kendine kapatma kararı alması durumunda, burada kiraya veren bakımından hazır bulundurma borcunun yerine getirilmemesi suretiyle, borçlu temerrüdünün varlığından söz edilebilir. Kiraya veren AVM şirketi, borçlu temerrüdüne düşmüşse karşı taraftan da bu temerrüt süresince ifa talebinde bulunamayacak demektir.

AVM'nin kapatılmadığı durumlarda AVM'de faaliyetlerine devam eden işyerleri bakımından ise bedel ödeme borcuna yönelik olarak şartları varsa TBK md.138 gündeme gelecektir. Kuşkusuz bu imkan, AVM dışındaki işyerleri bakımından da sözkonusu olacaktır.

IV.7226 Sayılı Kanun'un Geçici Madde 2 Hükmü Bakımından Değerlendirme:

*7226 Sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un*²⁸ Geçici 2. maddesine göre, "1/3/2020 tarihinden 30/6/2020 tarihine kadar işleyecek iş yeri kira bedelinin ödenememesi kira sözleşmesinin feshi ve tahliye sebebi oluşturmaz."

28 RG 26.03.2020/ 31080 (Mükerrer).

Dikkat çekilmesi gereken bir düzenleme de, kira bedellerinin ödenmesine yönelik icra takiplerini de kapsayan 2279 Sayılı 22.03.2020 tarihli (RG. 22.03.2020/31076) İcra ve İflas Takiplerinin Durdurulması Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararı'dır. Kararın 1. maddesine göre, "COVID-19 salgın hastalığının ülkemizde yayılmasını önlemek amacıyla alınan tedbirler kapsamında; bu Kararın yürürlüğe girdiği tarihten 30/4/2020 tarihine kadar, nafaka alacaklarına ilişkin icra takipleri hariç olmak üzere, yurt genelinde yürütülmekte olan tüm icra ve iflas takiplerinin durdurulmasına ve bu çerçevede taraf ve takip işlemlerinin yapılmamasına, yeni icra ve iflas takip taleplerinin alınmamasına ve ihtiyati haciz kararlarının icra ve infaz edilmemesine karar verilmiştir".

2480 Sayılı 30.04.2020 tarihli (RG. 30.04.2020/31114) Yargı Alanındaki Hak Kayıplarının Önlenmesi Amacıyla Getirilen Durma Süresinin Uzatılmasına Dair Cumhurbaşkanlığı Kararı'nın 1. maddesine göre, "Covid-19 salgın hastalığının ülkemizde yayılmasını ve yargı alanında doğabilecek hak kayıplarını önlemek amacıyla; 7226 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun geçici 1 inci maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen durma süresi, 4734 sayılı Kamu İhale Kanununda öngörülen zorunlu idari başvuru yoluna ilişkin süreler hariç, 1/5/2020 (bu tarih dâhil) tarihinden 15/6/2020 (bu tarih dâhil) tarihine kadar (salgın hastalığın yayılma tehlikesinin daha önce ortadan kalkması halinde yeniden değerlendirilmek üzere) uzatılmıştır". O halde, bu çerçevede, kiraya veren tarafından, kira bedelini/bedellerini ödememiş kiracıya karşı, en erken 16 Haziran'da takip başlatılabilecektir.

Geçici madde 2 bağlamında çeşitli sorular akla gelir. Bunlardan biri de, düzenlemenin **özellikle TBK'daki hangi hükümleri etkilediğidir**. Geçici madde 2, bu bağlamda bazı hükümlere geçici süreliğine de olsa istisna getirmiş olmaktadır. Bunlardan biri TBK md.315 hükmüdür²⁹. Kiracının Temerrüdü başlıklı –genel kira hükmü olarak değerlendirilebilecek- TBK md.315 uyarınca, *“Kiracı, kiralananın tesliminden sonra muaccel olan kira bedelini veya yan gideri ödeme borcunu ifa etmezse, kiraya veren kiracıya yazılı olarak bir süre verip, bu sürede de ifa etmeme durumunda, sözleşmeyi feshedeceğini bildirebilir./Kiracıya verilecek süre en az on gün, konut ve çatılı işyeri kiralarda ise en az otuz gündür. Bu süre, kiracıya yazılı bildirimin yapıldığı tarihi izleyen günden itibaren işlemeye başlar.”*

Konut ve çatılı işyerlerini konu alan TBK md.352 f.2’de öngörülen kira bedelinin ödenmemesi nedeniyle iki haklı ihtar gönderilmesine bağlı fesih imkanı da tanınmamaktadır. *“Kiracı, bir yıldan kısa süreli kira sözleşmelerinde kira süresi içinde; bir yıl ve daha uzun süreli kira sözleşmelerinde ise bir kira yılı veya bir kira yılını aşan süre içinde kira bedelini ödemediği için kendisine yazılı olarak iki haklı ihtarda bulunulmasına sebep olmuşsa kiraya veren, kira süresinin ve bir yıldan uzun süreli kiralarda ihtarların yapıldığı kira yılının bitiminden başlayarak bir ay içinde, dava yoluyla kira sözleşmesini sona erdirebilir.”*

Geçici madde 2 hangi sözleşmeleri kapsamaktadır şeklindeki soruya verilecek en yalın yanıt, doğrudan, işyeri kira sözleşmeleri olacaktır. Bu konuda bazı açıklamalarda bulunmak ve bazı hususlara dikkat çekmek gerekirse, işyeri kirası olmak koşuluyla çatılı işyeri veya çatısız işyerleri de bu kapsamdadır. Bu bağlamda, fabrika, atölye, otel hatta okul da işyeri olduğundan bu tür sözleşmeler nedeniyle kira bedellerinin ödenmemesi fesih ve tahliye sebebi oluşturmayacaktır.

Kira sözleşmesinin tarafı gerçek kişi olabileceği gibi tüzel kişi de olabilir. Tüzel kişi, tacir olabileceği gibi dernek ve vakıf gibi kar amacı gütmeyen bir tüzel kişi de olabilir. Kira sözleşmesinin tarafı (tacir veya değil, gerçek kişi veya tüzel kişi) önem taşımadığı gibi süresi de önem taşımayacaktır.

29 Bkz. Gündoğdu, Ural (n 13); Makaracı Başak, Öktem Çevik, Yörük (n 13).

Kısa süreli veya uzun süreli kira sözleşmeleri de bu kapsamda değerlendirilebilir. Burada akla gelebilecek bir husus, fuar/stant kirası sözleşmelerinin bu kapsamda değerlendirilip değerlendirilmeyeceğidir. Stant kirası işyeri olarak değerlendirilirse, geçici madde 2 dönemine denk gelen ödemeler için ödememe imkanı olup olmayacağı tartışılabilir.

Burada bir tartışma konusu yapılabilecek husus da, home ofislerin; hem konut hem işyeri olarak kullanılan yerlerin akibetinin ne olacağıdır. Salgın dönemiyle birlikte home ofis olarak kullanılmaya başlayan konutların bu kapsamda yer almayacağı tartışmasıdır.

Hüküm işyeri kira sözleşmelerini kapsamaktadır. Kira sözleşmesi dışında kalan ama bir bedel karşılığında kullanımı da kapsayan sözleşmelerin bu hüküm kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceği bir başka husustur. Bu kapsamda akla gelen sözleşmeler hasılat/ürün kirası sözleşmeleri olacaktır. Ne var ki, intifa hakkı ve üst hakkını konu alan sözleşmeler de kullanım hakkını içinde barındıran sözleşmelerdir. Bu tür aynı hak sözleşmelerinde kanımızca kıyasen de olsa Geçici madde 2 uygulama alanı bulmayacaktır.

Ürün kirası sözleşmeleri bakımından bir değerlendirme yapılacak olduğunda, burada “işyeri” kavramına odaklanılmak gerekecektir. Örneğin tarımsal bir taşınmazın işyeri olarak değerlendirilmesi mümkündür ve tarımsal taşınmazın ürün kirasına konu olması Geçici madde 2’nin uygulanmasına engel olmayacaktır. Zira geçici madde kira sözleşmeleri türü bakımından bir ayırım gözetmemiştir. Adi kira da ürün kirası da işyerini konu olması koşuluyla hüküm kapsamında değerlendirilebilecektir.

Ancak burada işyerinin bir yapı olması gerekliliğine de dikkat çekilmelidir. İşyeri taşınmaz yapı olabileceği gibi taşınır yapı da olabilir. Bir binadaki dükkan da işyeridir bir büfe de işyeridir. Yapı niteliği taşımayan ancak bir işin icra edildiği örneğin taksiler ise başlıbaşına bir işyeri kavramına girmezler. Bu arada Geçici madde 2’de geçen “fesih ve tahliye” sözcüklerinden hareketle hükmün fesih ve tahliyeyle elverişli kira sözleşmelerinde uygulama

alanı bulacağını belirtmek gerekir. Büfenin tahliyesi olabilir, tarımsal bir arazinin tahliyesi olabilir ama gelgelelim taksinin/plakanın tahliyesi olmaz.

Mart- Haziran dönemine ait kira bedellerini ödeme borcunun, son bulduğundan söz edilemeyecektir. Bu döneme ilişkin kira bedelleri varlığını korumaktadır. Sadece bu döneme ilişkin kira bedellerinin ödenmemesi fesih ve tahliye sebebi oluşturmaz.

Bu döneme ilişkin kira bedeli ödeme borcu/para borcu için **temerrüt faizi** işleyip işlemeyeceği konusunda şu söylenebilir: Borç varlığını korumaktadır. Sözleşme yürürlüktedir. Askıya alınma gibi bir durum söz konusu değildir. O halde, para borcu varlığını koruyacak, para borcundaki gecikme için temerrüt faizi de işleyecek ve istenebilecek demektir³⁰. Dolayısıyla sonradan temerrüt faizi ödemek istemeyen kiracının bu dönemdeki bedeli ödemesi düşünülebilir. Bu noktada hatırlatmak gerekir ki, temerrüt faizi temerrüdün kusura bağlı olmayan bir sonucudur³¹.

Bu döneme ilişkin kira borçlarından kurtulmak imkanı konusunda, çeşitli olasılıklar dahilinde değerlendirilmedi bulunulabilir.

Her şeyden önce kuşkusuz ifa veya ifa ikamesi sayılabilecek diğer sona erme sebeplerinden biri olan takas veya borçlu ve alacaklı sıfatlarının birleşmesi gibi durumlar akla gelebilecektir. Takas bağlamında, kiracı kiraya verenden olan alacağı ile kira bedeli borcunu takas edebileceği gibi, kiraya veren de kiracıya olan bir borcu ile kira bedeli alacağını takas edebilir. Örneğin kiraya veren, kiracısının -beyaz eşya satan- dükkanından satın aldığı eşya bedeline karşılık olan bedel ödeme borcunu, kiracıdan olan alacağı ile takas edebilecektir.

Uyarılma davası açılacak olursa, hakim uyarılması bu döneme ilişkin kira bedellerinin ödenmemesi şeklinde olabilir.

30 Gündoğdu, Ural (n 13); Makaracı Başak, Öktem Çevik, Yörük, (n 13); Cumaloğlu (n 18).

31 Nami Barlas, *Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar* (Kazancı Kitap Ticaret A.Ş.,1992) 127; Oğuzman, Öz (n2) 498,499; Tekinay, Akman, Burcoğlu,Altıp, (n3) 930.

İbra bağlamında da bir değerlendirmede bulunmak isabetli olacaktır. Örneğin kiraya veren, üç ay boyunca hiç kira almayayım diyebilir. Üç aylık kira borcuna ilişkin, TBK md.132 kapsamında bir ibra sözleşmesi yapılmış olabilir. Diğer yandan üç ay boyunca kira bedelinin yarısının alınmamasına yönelik bir ibra sözleşmesi yapılmış olabilir. Bu da kısmi ibra olur.

Bu bağlamda irade beyanlarının ve sözleşmenin yorumuna ilişkin çeşitli uyumsuzluklar da çıkabilir. Kiraya veren, kira bedellerinin yarısını almamış olmasını, sonradan kalan yarısını istemeyeceği anlamına gelmeyeceğini ileri sürecekken, kiracı ise kira bedellerinin yarısının alınmamış olmasının bu bedele ilişkin ibra sözleşmesi yapıldığı iddiasında bulunabilecektir. Burada kiracının kira bedelini eksik yatırmasının kiraya verenin bu konuda geçici bir süre sessiz kalmasının, tek başına, eksik yatırılan kısımların ibraya konu olduğu şeklinde bir yorum yapılmasına imkan vermeyeceği kanısındayız. İbranın gerçekleştiğini borçlu ispat etmelidir. Eksik ifaya ibra sonucu yüklemek, borcunu yerine getirmeyen borçluyu ödüllendirmek onu ödememeye teşvik anlamına gelir.

Kira bedeli dışında yan giderler veya AVM bağlamında ortak giderlerin ödenmemesi de Geçici madde 2 kapsamına girecek midir sorusuna olumlu yanıt vermek gerekir. Kanımızca hükmün amacı ortak giderlerin/yan giderlerin ödenmemesi durumunu da kapsayacak şekilde anlaşılmalıdır³².

Mart ve Haziran ayı dönemleri dışındaki (ödenmemiş) kira bedelleri için bu hükümden faydalanılacak mıdır? İstisnai nitelikte bu hükmün kapsamına, hüküm kapsamı dışında kalan dönemlere ilişkin kira bedelleri girmeyecektir. Bu bağlamda ifade etmek gerekir ki, Mart -Haziran ayı dönemleri dışındaki örneğin Ocak ayı ve Şubat ayı kirası ödenmemişse bu dönemler için –ihtar da yapılmışsa- iki haklı ihtar sebebiyle davası açılacak demektir.

Kiracı, gecikmiş Ocak ve Şubat ayı kiralari için ödeme güçlüğü'nün devam ettiğini, ekonomik durumunun daha da kötüye gittiğini ileri sürse bu

32 Aynı doğrultuda Cumaloğlu (n 18).

dönemde, Ocak ve Şubat aylarında öngörülemez, olağanüstü durum olmadığından –uyarlama- talebi kabul görmeyecektir. Ayrıca Geçici madde 2’den umduğunu bulamayacağı gibi, TBK md.138’den de eli boş dönecektir. Beklenmedik Halden Sorumluluk başlıklı TBK md. 119 “*Temerrüde düşen borçlu, beklenmedik hal sebebiyle doğacak zarardan sorumludur. Borçlu temerrüde düşmekte kusuru olmadığını veya borcunu zamanında ifa etmiş olsaydı bile beklenmedik halin ifa konusu şeye zarar vereceğini ispat ederek bu sorumluluktan kurtulabilir.*”

Temmuz ayı kirasını gönderen kiracının bu gönderimine karşı kiraya veren bunu önce ödenmemiş kiralara sayabilecek midir sorusu de ele alınabilecek bir başka sorudur. Bu tür bir soruya yanıt arayışında TBK md.101 ve md.102 hükümleri dikkat çeker. “*Birden çok borçta a. Borçlu ve alacaklının bildirimine göre*” başlıklı 101. maddeye göre, “*Birden çok borcu bulunan borçlu, ödeme gününde bu borçlardan hangisini ödemek istediğini alacaklıya bildirebilir. Borçlu bildirimde bulunmazsa, yapılan ödeme, kendisi tarafından derhâl itiraz edilmiş olmadıkça, alacaklının makbuzda gösterdiği borç için yapılmış sayılır.*” Kanuna göre başlıklı TBK md.102 hükmüne göre, “*Kanunen geçerli bir açıklama yapılmadığı veya makbuzda bir açıklık bulunmadığı durumda ödeme, muaccel borç için yapılmış sayılır. Birden çok borç muaccel ise ödemenin, borçluya karşı ilk olarak takip edilen borç için yapılmış olduğu kabul edilir. Takip yapılmamış ise ödeme, vadesi ilk önce gelmiş olan borç için yapılmış olur. Birden çok borcun vadesi aynı zamanda gelmişse, mahsup orantılı olarak; borçlardan hiçbirinin vadesi gelmemişse ödeme, güvencesi en az olan borç için yapılmış sayılır.*” O halde, bankaya havaleda bulunan borçlu, bu ödemenin temmuz ayına ilişkin olduğu açıklamasında bulunduyorsa, bu ödeme temmuz ayı kira bedeli olarak kabul edilecek, kiraya veren bu ödemeyi önceki aylara örneğin Nisan ayına ilişkin kira bedeline sayarım açıklamasında bulunamayacaktır. Kiraya veren, bu bağlamda Geçici madde 2 kapsamında kalan kira dönemine ilişkin kira bedellerinin ödenmemesine dayalı olarak fesih ve tahliye talebinde bulunamayacaktır. Ancak bu kiralari, temerrüt faiziyle talep edebilecek, bu bağlamda icra takibi gündeme gelebilecektir.

Hükümde geçen “ödenmemesi” ibaresi yönünden bir değerlendirme yapmak gerekirse; Hükümde, “ödenmemesi” kelimesi yerine

“ödenmemesi” kelimesine yer verilmesinin bir anlamı/işlevi sonucu olmalı yönünde bir değerlendirmede bulunulabilir: Kanun koyucu, ödenmeme kelimesi yerine ödenememe kelimesini tercih etmiş gözükmemektedir. Bu bağlamda, kiracının ödeme gücü varken, kira bedelini ödenmemesi durumunun hüküm kapsamına girmeyeceği yönünde bir yaklaşım geliştirilebilecektir.

Hükümün, başka sebeplerle tahliye veya başka hükümlerin uygulanmasına engel olup olmayacağı konusunda ise, şu söylenebilir: Hüküm sadece kira bedelinin ödenmemesi nedeniyle gündeme getirilecek fesih ve tahliye sebeplerini engellemeye yöneliktir. Dolayısıyla Geçici madde 2 kapsamı dışında kalan tahliye sebepleri geçerliliğini ve gücünü koruyacaktır. Örneğin, konut ve işyeri ihtiyacıyla tahliye davası açılmış olabilir. Yine başka bir örnek vermek gerekirse, kiracının komşulara saygı gösterme ve düzenli davranma borcu ihlal etmiş olması durumunda da TBK md.316 hükmü³³ uygulama alanı bulacaktır.

Bu dönemdeki ödenmemiş kira bedellerine ilişkin **ödememe durumunun devamı** -30 Hazirandan sonra- fesih ve tahliye sebebi oluşturacak mıdır şeklindeki soruya ise şu şekilde bir yanıt verilebilir. Hükümde, bu döneme ait kira bedellerinin fesih ve tahliye sebebi oluşturmayacağı söylenirken, bu ödememe durumunun hiçbir zaman kiraya veren tarafından fesih ve tahliye sebebi olmayacağı anlamı çıkmaktadır. Diğer bir anlatımla, bu döneme ilişkin kira bedellerinin ödenmemiş olması, sadece bu dönem zarfında fesih ve tahliye sebebi oluşturmaz yoksa sonradan fesih ve tahliye sebebi olabilir şeklinde bir anlam çıkmamaktadır. Ancak eğer hüküm, bu döneme ilişkin kira bedellerinin ödenmemesi 30 Haziran 2020’den sonra feshe ve tahliyeye imkan verir şeklinde yorumlanacak olursa bu tür bir yorumun kanunun/hükümün sözünden ayrılan bir yaklaşım olacağını belirtmek gerekir. Kanımızca, yukarıda da belirtildiği üzere, bu döneme ilişkin kira bedellerinin ödenmemesinin hiçbir zaman fesih ve tahliye sebebi oluşturmayacağı yorumu daha isabetlidir. Kaldı ki, prensip olarak kiracı lehine yorum tercih edilmelidir. O halde, kiracı 30 Haziran sonrasındaki hüküm kapsamındaki dönemdeki kiralara ödememeye devam ederse, bu durum

33 Hüküm hakkında açıklamalar için bkz. İncoğlu, (n 14) 360 vd.; Gümüş, (n 14) 294.

yine fesih sebebi oluşturmayacaktır. Kiracı bu durumda icra takibine maruz kalacaktır ancak ilgili döneme ilişkin ödememe durumu fesih ve tahliye sebebi oluşturmayacaktır.

V. İşyeri Kiracısının AVM'deki Ortak Giderleri Ödeme Yükümlülüğünün Devam Edip Etmeyeceği Bakımından Değerlendirme:

İşyeri kirası sözleşmelerinde tartışma konusu olan bir diğer husus da AVM'lerdeki ortak giderlerin ödenip ödenmeyeceği meselesidir. Kiraya veren, ortak giderlerin tamamının eksiksiz ödenmesini talep etmekte, kiracı ise (örneğin Genelge kapsamında işyeri kapanmış olan bir işletme) bu dönemde kiralanan yeri kullanmadığını belirtmek suretiyle ortak giderleri ödeme yükümlülüğünün olmadığını ileri sürmektedir. Bu bağlamda ortaya çıkan uyuşmazlıklar da kısaca ele alınacak olursa; alınmayan hizmetler için bir bedel ödemesinin kural olarak mümkün olmaması gerektiği yönünde bir değerlendirmede bulunmak isabetli olur. AVM kapatılmışsa, ısıtma, su giderlerinin eskisi gibi talep edilmesi mümkün görülmemek gerekir. Güvenlik hizmetine ilişkin alacak kaleminin ise -ilgili edim/hizmet sunulduğundan- talep edileceği ifade edilebilir.

Öğretide, AVM'nin kapalı olduğu döneme yönelik aidat talebinde bulunulmasının işletmeci lehine sebepsiz zenginleşme oluşturacağı ileri sürülmektedir³⁴.

AVM'nin kapalı olmadığı durumda ve AVM içindeki işyeri de faaliyetine devam ediyorsa, kiracının tüm ortak giderlere katılması beklenir. Bununla birlikte AVM yine kapatılmamış olmakla birlikte AVM içindeki işyeri, genelgeyle faaliyetlerine ara verilen işyerlerindense, burada, ortak giderlere katılımın sınırlı olması gerekir. Bu hususta, kiracının TBK md.138 uyarınca bedel uyarılama talebinde bulunması akla gelebilir.

34 Ayşe Arat, *Küresel Salgının İşyeri Kiralarına Etkisi ve Çözüm Önerileri*, (LexperaBlog 2020), <https://blog.lexpera.com.tr/kuresel-salginin-isyeri-kiralarina-etkisi-ve-cozum-onerileri/> Erişim Tarihi: 10.06.2020.

I. Aşırı İfa Güçlüğü (TBK md.138) Hükümü Bakımından Değerlendirme:

A. Aşırı İfa Güçlüğü Nedeniyle Uyarlamanın Şartlarına Bakış:

Kiracının bedel ödeme borcu bağlamında en çok gündeme gelen hüküm/kavram; TBK md.138/ aşırı ifa güçlüğüdür³⁵.

Aşırı ifa güçlüğü kenar başlıklı TBK md.138 hükmünün³⁶ uygulanma şartlarını³⁷ şu şekilde sıralamak mümkündür: Sözleşmenin yapıldığı sırada taraflarca öngörülme ve öngörülmesi de beklenmeyen olağanüstü bir durum olmalıdır. Uyarlama talebi bakımından ilk koşul, sözleşme yapıldıktan sonra ortaya çıkan olağanüstü bir durumdur. Olağanüstü durum borçludan kaynaklanmayan bir sebeple ortaya çıkmış olmalıdır. Borçludan ifanın istenmesi dürüstlük kurallarına aykırı düşecek derecede borçlu aleyhine değişmiş olmalıdır. Borçlu borcunu henüz ifa etmemiş ya da ifanın aşırı ölçüde güçleşmesinden doğan haklarını saklı tutarak ifa etmiş olmalıdır.

TBK md.138, edimler arasındaki dengesizliğin giderilmesini sağlamak amacıyla getirilmiş olduğundan burada **tarafların ekonomik durumuna/gücüne odaklanılmaması** gerekir. Diğer bir deyişle, borçlunun ekonomik açıdan güçlü ya da zayıf olması uyarlama bakımından bir kriter olmamalıdır³⁸. Borçlu kiralari aynen ödemekte hiç bir ekonomik zorluğa uğramaya-

35 Hükümün gerekçesinde, bu yeni düzenlemenin işlem temelinin çökmesine ilişkin olduğu belirtilmiştir. Aşırı ifa güçlüğü'nün yanı sıra, edimler arasındaki dengenin bozulması ve işlem/sözleşme ile izlenen amacın boşa çıkması hallerinin işlem temelinin çökmesi kapsamında değerlendirileceği ifade edilir. Bkz. Haluk Nomer, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (15. Bası, Beta Yayıncılık 2017) 355.

Diğer yandan işlem temelinin çökmesi öğretisinin ve TBK md.138 hükmünün amacın boşa çıkması durumunda uygulanabilirliği sorunu hakkında değerlendirme için bkz. Ferhat Canbolat, *Sözleşmelerde Amanın Gerçekleşmesi Çökmesi ve Boşa Çıkması* (Yetkin Yayınları 2012) 232.

36 TBK md.138 hükmünün bir eleştirisi için bkz. Serozan (n 22) 277, 278.

37 Koşullar, olumlu ve olumsuz koşullar olarak nitelendirilip hepsinin bir arada kümülatif olarak gerçekleşmesi aranır. Haluk Burcuoğlu, *Son Mahkeme Kararları ve Yargıtay Kararları Işığında Hukukta Beklenmeyen Hal ve Uyarlama* (Filiz Kitabevi 1995) 9,10.

38 Bkz. Kemal Tahir Gürsoy, *Hususi Hukukta Clausula Rebus Sic Stantibus- Emprevizyon Nazariyesi* (1950) 97; Oğuzman, Öz, (n 2) 603; Ayşe Arat, *Sözleşmenin Değişen Şartlara Uyarlanması* (Seçkin Yayıncılık 2006) 114,115; Seçkin Topuz, *Türk-İsviçre ve*

cak olsa bile, edim dengesi aşırı bozulmuşsa yine de TBK md. 138'e göre uyarlama isteyebilecektir. Bu noktada, maddenin kenar başlığının yanıltıcı olduğunu ifade etmek gerekir.

Öngörülmezlik/Önceden Görülemezlik bağlamında dikkat çekilmesi gereken bir husus, olayın kendisinin önceden görülebilir olmasına rağmen sonuçlarının boyutunun önceden görülememesi durumudur³⁹.

Tacir de TBK md.138'deki şartların sağlanması koşuluyla uyarlama talebinde bulunabilir. Tacir, **basiretli tacir** olmanın gereği olarak, öngörülü olması gereken/öngörülü sayılan kişi olarak, bazı durumlarda “öngörülmezlik” şartını yerine getiremeyebilir. Ancak, basiretli tacirden her şeyi öngörmesi de beklenemez. Bu bağlamda, ekonomik dalgalanmaları öngörmesi beklenen tacirin Covid 19'u öngörmesi beklenemez. Dolayısıyla işyeri kiracısı tacirin, uyarlama talebinde bulunması mümkündür. Burada dikkat edilmesi gereken bir husus da Covid 19'un hangi andan itibaren öngörülebilir olup olmadığıdır. Burada virüsün ilk kez Çin'de ortaya çıktığı an mı, yayılmaya başladığı an mı, Çin'den Avrupa'ya bulaştığı an mı ülkemizde ilk vakanın tespit edildiği an mı şeklinde birçok başlangıç noktası (öngörülmesi gereken/beklenen an) akla gelecektir. Ülkemizdeki ilk vakanın açıklandığı andan itibaren, artık kişinin –sözleşme tarafının- salgını öngörmem beklenemezdi şeklinde bir savunma yapması güçleşecektir⁴⁰. Ayrıca eklemek gerekir ki, olayın/olgunun öngörülmesine veya öngörülmesinin beklenmesine rağmen, sonuçlarının boyutu, kapsamı öngörülemediği olabilir.

Alman Borçlar Hukukunda Denge Bozulması ve İfa Güçlüğü Durumlarında Sözleşmeye Müdahale (Yetkin Yayınları 2009) 249.

39 Başak Baysal, *Sözleşmenin Uyarlanması BK m. 138 Aşırı İfa Güçlüğü* (2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2017) 236,237; Arat, (n 38) 105; Murat İnceoğlu, *Kira Hukuku, Cilt II* (On İki Levha Yayıncılık 2014) 170; Mustafa Görmez, *Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmelerinde Kira Bedelinin Belirlenmesi ve Uyarlanması*, (Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi 2018) 134, <https://tez.yok.gov.tr/> Erişim Tarihi: 10.06.2020. Ayrıca bkz. Peter Jäggi, Peter Gauch, *Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band, Obligationenrecht, Teilband V 1b* (Art. 18 OR), 3. b., (Schulthess Verlag 1980) Kn.670.

40 Resmi tedbirlerin alınmaya başladığı andan itibaren işyeri kiracısının öngörülemezlik unsuru bağlamında bir savunma yapması iyice güçten düşmüş bir savunma olacaktır.

Uyarlama talebi sadece uzun süreli kira sözleşmeleriyle sınırlı olmayıp, kısa süreli kira sözleşmeleri bakımından da kabul görebilecektir⁴¹. Buna karşın kısa süreli kira sözleşmelerinde uyarlamanın mümkün olmadığı, kira süresinin kısalığının öngörülemezlik şartının gerçekleşmesi olanağını zayıflattığı da ifade edilmektedir⁴².

Uyarlamanın şartları gerçekleşmiş olmasına rağmen, uyarlama davası belli bir süre sonra açılmış olabilir. Uyarlama davası açmak için kanunda herhangi bir süre düzenlenmemiştir. Uzun süre dava açılmamış olması, kiracı aleyhine bir sonuç doğurabilecektir. Güven teorisine göre, kiracının hakkını kullanamayarak ifaya devam etmesi üzerine karşı taraf/kiraya veren, kiracının mevcut koşulları katlanılmaz olarak görmediği şeklinde bir değerlendirmede bulunmakta haklı görülebilir.

Kiracı, kira bedellerini ihtirazî kayıtlı ödeyebileceği gibi hiç ödeme yapmayı da tercih edebilir. Diğer bir deyişle, TBK md.138'e başvurabilmek için, kiracı, dava açana kadar, mutlaka kira bedelini –ihtirazî kayıtlı– ödemelidir diye bir gereklik bulunmamaktadır. Öyle ki kiracı, TBK md. 138'in koşullarının gerçekleştiğinden emindir ve buna güvenerek herhangi bir ödeme de yapmayabilir. Diğer yandan, bu koşulların gerçekleşip gerçekleşmediği konusunda kuşkuları varsa, temerrüt faizi gibi ek yükümlülüklerle ve sonuçlarla karşılaşmamak bakımından ihtirazî kayıtlı ödeme yapmayı tercih edebilir.

Uyarlama yöntemleri/örnekleri kanunda sayılmamıştır. Hakimin takdiri/kararı belirleyici olacaktır⁴³. Uyarlama çok çeşitli şekillerde karşımıza çıkabilecektir.

Sözleşme sona erdikten sonra ifa edilmiş kira bedelleri bakımından uyarlama talebinde bulunulabilir mi meselesine ilişkin olarak, eğer ihtirazî

41 İnceoğlu (n 39) 172.

42 Gümüş (n 14) 89.

43 Gerek uyarlama koşullarının oluşup oluşmadığı gerekse bu yöndeki bir uyarlama talebinin kabul edilip edilmeyeceği hakimin takdirinde olan bir husustur. Uyarlama davasına ilişkin açıklamalar için bkz. Baysal (n 39) 396 vd.; Arat (n 38) 165 vd.

kayıt konulmuşsa, sözleşme sona ermiş olsa ödenmiş kira bedellerine yönelik uyarlama talebinde bulunmak mümkün görülmelidir⁴⁴.

Kanımızca da sözleşmenin yürürlükte olduğu dönemde aşırı ifa gücüne ilişkin hakların saklı tutularak ödeme yapılmış olması –sözleşme ortadan kalkmış olsa dahi– geçmişe etkili uyarlama talebini mümkün kılmalıdır. Uyarlama hakkının saklı tutularak ifade bulunulduğu anda sözleşmenin yürürlükte olması yeterlidir. O halde, uyarlama davasının açıldığı esnada, mutlaka sözleşmenin yürürlükte olması gerekmez. Buna karşın öğretideki bir diğer yaklaşıma göre, kira sözleşmesinin sona erdiği andan itibaren, saklı tutulmuş da olsa, geçmişe dönük ifa edilmiş edimler için uyarlama davası açılmaz⁴⁵.

Bir diğer husus olarak belirtmek gerekir ki, TBK md. 138’de, uyarlamadan/uyarlama talebinden farklı olarak, fesih/dönme hakkının kullanılması için mahkemeye başvurma/dava açma zorunluluğu bulunmaktadır. Bu bakımdan, kiracı mahkemeye başvurmadan aşırı ifa güclüğü gerekçesiyle sözleşmeyi feshetmişse; daha sonra uyumsuzluk dava konusu olduğunda burada sözleşmenin uyarlama yoluyla ayakta tutulamayacağı kanaatine ulaşan hakim dava öncesindeki fesih beyanının geçerliliğine karar verebilmelidir. Aksi takdirde -feshin ancak mahkeme kararıyla gerçekleşebileceğinin kabulü durumunda- kira gibi ileriye etkili sona erdirilen sözleşmelerde, mahkeme kararıyla feshedilen sözleşmenin o ana kadar geçerli sayılması ve kiracının mahkeme kararına kadar olan kiralara ödemekten kurtulamaması gibi sakıncalı bir sonuç doğar. Buna karşılık hakimin durumun özelliği sebebiyle kirada dahi geçmişe etki sona erme (dönme) kararı vermesi veya karardan sonrası için fesih, karara kadarki dönem için uyarlama yoluna gitmesi gibi çözümler akla gelebilirse de, bu çözüm yollarının dava öncesindeki feshin geçerli sayılması kadar kolay ve sorunsuz olmayacağı ifade edilmelidir.

44 İnceoğlu (n 39) 175.

45 Gümüş (n 14) 90.

B. Uyarlama Yöntemlerindeki/Yollarındaki Çeşitlilik:

Genel olarak ifade etmek gerekirse, uyarlama sadece bedel azaltılması veya artırılması şeklinde olmaz⁴⁶. Somut olaya uygun, taraf menfaatlerini gözetken uyarlama şekli ne ise, hakim o şekilde bir uyarlama yapabilir; adeta somut olaya uygun sözleşmenin özellikleriyle uyumlu bir uyarlama gıy-sisi dikilecektir. Bu bağlamda, ifa yeri değişikliğinden ifa zamanı değişikliğine, sözleşme süresinin uzatılmasından kısaltılmasına kadar uzanan geniş bir katalog vardır⁴⁷. İşyeri kirası sözleşmelerinde de bu veya başka seçenekler eşliğinde uyarlamalarda bulunulabilecektir.

Bedelde değişiklik yönünde bir karara varılacaksa, bedel indirimine gidilecekse, bu noktada yeni sözleşme bedeli belirlenirken salgının geçici olup olmadığı hususunun da dikkate alınması isabetli olacaktır.

Sözleşmedeki bozulan dengenin tamiri, sözleşmenin kalan tüm süresinde değil de sadece belli bir süresinde uyarlama yapılmakla sağlanabilir. Diğer bir deyişle, “aşırı ifa güçlüğü” arz eden durumlar/olgular, geçici süreliğine ortaya çıkmış olabilir. Aşırı ifa güçlüğü’nün sözleşmenin bütün

46 Sözleşmenin uyarlanması denilince genellikle ilk olarak akla sözleşmedeki bedelin, kira sözleşmesi özelinde de kira bedelinin uyarlanması akla gelir. Kira sözleşmeleri bağlamında da Yargıtay uygulamasına bakıldığında bu konudaki örneklerle sıklıkla karşılaşmak mümkündür. Ancak tekrar belirtelim ki uyarlama salt bedele özgü olmak zorunda değildir.

“... kiralananın niteliği, kullanma alanı, konumu, bölgede kira parasını da etkileyecek normalin üstündeki imar ve ticari gelişmeler gibi değişiklikler, emsal kira paraları, vergi ve amortisman giderlerindeki artışlar araştırılıp, değerlendirilerek, sonuçta işlem temelini çöktüğü, sözleşmedeki çıkar dengesinin katlanılamayacak derecede davacılar aleyhine bozulduğunun benimsenmesi halinde kiracının ne miktar kira parasından sorumlu olacağı, taraflarca sunulan veya bilirkişilerce resen tespit edilen emsal kira sözleşmeleri de dikkate alınarak ve emsallerde de keşif yapılarak belirlenmesi, böylece sözleşmedeki kira parasını, tarafların amacına uygun objektif iyiniyet, hak ve nesafet (TMK’nun 2/1, 4. md) kurallarının elverdiği ölçü ve düzeyde, brüt olarak kira bedelinin uyarlanması, aksi halde ise davanın reddine karar verilmesi gerekirken, sözleşmenin uyarlanmasına ilişkin açıklanan kural ve yöntemler gözetilmeden, emsal araştırması yapılmadan, eksik inceleme ile hazırlanan rapor uyarınca ve kira bedelinin net olarak tespitine karar verilmesi doğru görülmemiştir...”. Yargıtay 3 HD, 3808/10735, 30.10.2018.

47 Dar anlamda uyarlamanın görünüm biçimleri hakkında hakkında bkz. Baysal (n 39) 375-377. Edimin ifasının yasağın/ihracat yasağının kalkmasına kadar ertelenebileceğine ilişkin uyarlama hakkında bkz. Jacques Bischoff, *Vertragsrisiko und clausula rebus sic stantibus*, (Schulthess Verlag 1983) 236.

süresine yayılması zorunluluğu bulunmamaktadır. O halde durumun özelliğine göre, sözleşmede belli süre aralığına yönelik bir uyarlama yapılabilir. Sözleşmenin belli süreliğine askıya alınması bu bağlamda bir uyarlama yöntemi olabilir.

Sözleşme bakımından öncelikle uyarlama yolları/yöntemleri aranmalı, menfaat dengesi bakımından, çözüme ulaşılamaması durumunda, son çare olarak, sözleşme sona erdirilmelidir. TBK md.138 metninde, bu sıra açıkça düzenlenmiştir.

Uyarlamanın bedel indirimi şeklinde gerçekleşmesi durumunda, bu durumun örneğin kefalet sözleşmesine nasıl etki edeceği ele alınacak olursa, asıl borç olan kira borcunun azalması, kefilin borcunun da azalması sonucunu doğuracaktır şeklinde bir değerlendirmede bulunabilir.

C. Uyarlama Davası Açmadan Önce Bir Aşama veya Çözüm Yolu Olarak Yeniden Müzakere:

Taraflar sözleşme özgürlüğü çerçevesinde, sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması konusunda, bir uzlaşmaya/uyuşmaya varıp, sözleşme değişikliği yoluna gidebilirler.

Tarafların, sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması konusundaki görüşmeleri her zaman sözleşmenin değişikliği yönünde bir sonuca varmayacaksa da tarafların en azından bu yolu denemeleri, yeniden müzakerede bulunmaları isabetli olacaktır.

Sözleşmenin – değişen koşullar karşısında- yeniden müzakeresi, öğretide, dürüstlük kuralının bir gereği olarak görülür. TBK md. 138’de yeniden müzakerelerde bulunmak gibi bir husus/unsur düzenlenmiş değildir. Bu çerçevede TBK md.138’de yer alan bu boşluğun ödevi kapsayacak şekilde doldurulması gerektiği, yeniden müzakerenin bir borç olarak değerlendirilmemesi gerektiği ödev nitelendirmesinin amaca daha uygun olacağı, borç olarak nitelendirilmesi durumunda tazminat meselesinin gündeme geleceği, tazminatla uğraşmak yerine ödevi yerine getirmeyenin uyarlama hakkını

kullanamama sonucuyla karşılaşmasının daha uygun olacağı savunulmaktadır⁴⁸. Buna karşın, bu ödevin yerine getirilmemesi durumunda, uyarılma hakkının kullanılamaması gibi bir sonucun ağır bir sonuç olacağı, dolaısıyla bu tür bir sonucun kabul edilmemesi gerektiği ileri sürülmektedir⁴⁹.

Kanımızca, uyarılma davası açmadan önce –sözleşmede kararlaştırılmamışsa; sözleşmeye dayalı bir yükümlülük olarak düzenlenmemişse- yeniden müzakerede bulunma gibi bir yükümlülüğün varlığından söz etmek güç gözükmemektedir. Uyarlamayı hakkaniyet ve dürüstlük kuralı eşliğinde yapacak olan hakim, yeniden müzakerede bulunmayan tarafın uyarılma talebini bu gerekçeye dayanarak reddedememelidir.

Yeniden müzakere, sözleşmede bir yükümlülük/borç olarak da kararlaştırılmış olabilir. Sözleşmede müzakere etme yükümlülüğü varsa bu yükümlülüğe uyulması gerekir. Sözleşmede müzakere etme yükümlülüğü getirilmişse, bir borç sözkonusu olduğundan bu borca ilişkin cezai şart kararlaştırılması da sözleşme özgürlüğü kapsamında mümkündür.

D. Sözleşmede Yer Alan Uyarılma Kayıtları Özellikle Uyarılma Yasağı Kayıtları Bakımından Değerlendirme:

Taraflar sözleşme özgürlüğü çerçevesinde, sözleşmenin değişen koşullara uyarlanmasına ilişkin çeşitli sözleşme kayıtlarına yer vermiş olabilirler. Uyarılma kayıtları/hükümleri⁵⁰ de genel geçerlilik koşullarına tabidir. Bu bağlamda, TBK md.20-25 hükümleri arasında düzenlenen GİK denetimi uyarılma kayıtları için de işler.

Sözleşmede, hangi olguların/değişikliklerin gerçekleşmesi durumunda sözleşmenin uyarlanacağı konusunda bir düzenleme yapılmış olabilir. Bu olgular/değişiklikler listelenmiş olabilir. Bu yol tercih edildiğinde, sayılan olguların/değişikliklerin sınırlı sayıda olup olmadığı da tartışma konusu yapılabilecektir. Eğer ilgili sözleşme hükmünde, bazı olguların/

48 Baysal (n 39) 361.

49 Görmez (n 39) 154.

50 Uyarılma kayıtlarının türleri hakkında açıklamalar için bkz. Topuz (n 38) 166 vd.

değişikliklerin sayılmasından sonra “ve benzeri durumlarda” veya “bu gibi durumlarda” ibarelerine yer verilmiş olması, sözleşmede sayılan olguların/değişikliklerin sınırlı sayıda olmadığı sonucuna varılabilecektir⁵¹.

Uyarlama kayıtlarının yorumlanmasında⁵², sözleşmede ifade edilen risklerin kıyas yoluyla genişletilemeyeceği; riziko kayıtlarının dar yorumlanmasının gerekeceği, bu bağlamda, ekonomik dalgalanmalara ilişkin risklerin sözleşmede tarafların birine yüklenilmiş olması durumunda, kanun değişikliklerinin risklerinin de bu kapsamda sayılacağı (ve bu riskin de ilgili tarafça yüklenilmiş olduğu) şeklinde bir yorum yapılamayacağı ifade edilmektedir⁵³.

Sözleşmede, “*bu sözleşmedeki edimler uyarlama talebine tabi değildir, uyarlamaya konu olamaz.*” şeklinde, anlamında düzenlemelere yer verilmiş olabilir. Uyarlama yasağı/kısıtlaması getiren sözleşmeler de uyarlamaya konu olabilecektir. Sözleşmedeki edimlere ilişkin olarak, uyarlanamaz diyen hükümler de uyarlanabilecektir. Bu doğrultuda, Yargıtay’ın yaklaşımına göre, “*Bazen de sözleşmede olumlu ve olumsuz intibak (uyarlama) kaydı bulunmakla beraber, bu kayda dayanılarak sözleşmenin kayıtla birlikte aynen uygulanmasını talep etmek TMK. nun 2/2 maddesi hükmü anlamında hakkın kötüye kullanılması manasına gelebilir. Böyle bir durumda sözleşmedeki intibak kaydına rağmen edimler arasında aşırı bir isabetsizlik çıkmışsa uyarlama yine yapılmalıdır.*”⁵⁴

51 Başak Baysal, Murat Uyanık, M. Selim Yavuz, *Koronavirüs 2019 (Covid-19) ve Sözleşmeler*, (LexperaBlog 2020), <https://blog.lexpera.com.tr/koronavirus-2019-ve-sozlesmeler/> Erişim Tarihi 12.06.2020.

52 Uyarlama kayıtlarının yorumlanmasında kuşkusuz sözleşmelerin yorumlanmasına ilişkin genel ilkelerden/prensiplerden yararlanılacaktır. Oğuzman, Öz (n 2) s.199 vd; Necip Kocayusufoğlu, *Borçlar Hukukuna Giriş*, Hukuki İşlem Sözleşme (4. Basıdan 5. Tıpkı Bası, Filiz Kitabevi 2010) 331 vd.; Şener, Akyol, *Sözleşmenin Yorumu* (Vedat Kitapçılık 2010) 49 vd; Ahmet Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Turhan Kitabevi 2019) 335 vd.

53 Topuz (n 38) 175,176.

54 Bkz. Yargıtay 3 HD, 13096/8263, 11.9.2018; Yargıtay 3 HD, 11362/6297, 04.06.2018.

Ayrıca bkz. İbrahim Kaplan, *Hâkimin Sözleşmeye Müdahalesi* (Kadioğlu Matbaası 1987) 151.

Bununla birlikte, sözleşmeye uyarlama hakkının belli bir süre içinde, belli bir tarihe kadar kullanılması gerektiği yönünde hükümler konulmuş olabilir. Bu tür hükümler –kural olarak- geçerli kabul edilmelidir⁵⁵. Bu tür bir hükmün varlığına rağmen, sözleşmede belirlenen süre içinde hakkın kullanılmaması, uyarlama talebinde bulunamama sonucunu doğurur.

Sözleşmede, **uyarlama talep edilebilecek durumlar özel olarak belirtilmişse** ve bu durumlar ortaya çıkmışsa, TBK md.138’de öngörülen “öngörülemezlik” şartı gerçekleşmemiş olacaktır. Bu durumda TBK md.138’in şartlarından “öngörülemezlik” şartı gerçekleşmemiş olduğundan, uyarlama talebinde bulunulamayacaktır. TBK md.138 uyarınca yapılacak talebin başıya ulaşması için hükümde aranan koşulların kümülatif olarak –eksiksiz- sağlanmış olması gerekir.

Sözleşme daha önce uyarlanmış olmakla beraber, sonradan yeni koşulların ortaya çıkmasıyla tekrar uyarlanabilecektir. Diğer bir deyişle, **uyarlanmış bir sözleşme de tekrar uyarlama talebine konu olabilir.**

E. Peşin Ödenmiş Kira Bedellerinin Uyarlama Talebine Konu Olup Olmayacağı Bakımından Değerlendirme:

Borcun ifa edilmiş olması ve bu ifade bulunulurken ihtirazi kayıta bulunulmamış olması TBK md. 138’nin koşulları açısından değerlendirildiğinde, “borçlunun borcunu henüz ifa etmemiş ya da ifanın aşırı ölçüde güçleşmesinden doğan haklarını saklı tutarak ifa etmiş olması” şartının sağlanmadığı anlamına gelir. Bu gerekçe ileri sürülerek, peşin ödenmiş kira bedellerine ilişkin uyarlama talebinde bulunulamayacak mıdır? Bu soruya, öğretide, salgının sonuçlarının bu derece olacağının öngörülememesi nedeniyle, tedbirlerin uygulandığı süreyi kapsayacak şekilde uyarlama yapılması gerektiği yönünde bir yanıt verilebilmekte, kiracının salgının bu denli etkili olacağını öngörseydi peşin ödeme yapmayacağı düşünülerek, peşin ödemede bulunan işyeri kiracısı ile böyle bir ödemede bulunmayan

55 Burada belirtmek gerekir ki uyarlamaya ilişkin hükümler de GİK denetimine tabidir. Bu kapsamda, ilgili hüküm, GİK denetimi sonucunda tarafları bağlamayan sözleşme hükmü olarak değerlendirilebilir.

kiracının farklı sonuçlara tabi tutulmasının hakkaniyetli olmayacağı ifade edilerek⁵⁶, hakkaniyet penceresinden bir bakışla değerlendirme yapılmaktadır. Yine öğretilde, taraflardan yalnızca birinin borcunu ifa etmiş olması durumunda sözleşmenin yine uyarlanabileceği kabul edilmektedir⁵⁷.

Peşin ödenmiş kira bedellerinin uyarlama talebine konu olması bağlamında şu iki çözüm önerisi ifade edilebilir: Burada ilk olarak şu öneri akla gelebilir; zımni bir ihtirazi kaydın varlığından hareket edilerek, TBK md.138’de aranan ihtirazi kayıtla ifa şartının eksikliği giderilmeye çalışılabilir. Diğer yaklaşım ise, uyarlama talebinin salt aşırı ifa güçlüğü kavramıyla sınırlı olmaması gerektiği üzerine temellendirilebilir. Zira, aşırı ifa güçlüğü nü de içine alan daha geniş kavram olan işlem temelinin çökmesi açısından bir değerlendirme yapılacak olursa – hükmün gerekçesinden burada temel amacın işlem temelinin çökmesini düzenlemek olduğu kabul edilerek- sonradan çıkan beklenmeyen durumun peşin ifa işleminin temelinin çöktüğüne yol açtığı söylenebilir.

Daha önce belirtildiği üzere, TBK md.138’in kenar başlığını aşacak şekilde, burada taraflar arasındaki edim dengesinin dürüstlük kuralına aykırı derecede bozulması aranırsa, peşin yapılmış ödemeler için de uyarlama mümkün olmalıdır. Aksi halde kiracı hiç veya yeterince elde edemeyeceği karşı edime rağmen kendi borcunu tam olarak ifa etmiş olmaya katlanmak zorunda bırakılır.

VII. Önemli Sebeple Fesih Bakımından Değerlendirme:

Olağanüstü fesih 1. Önemli sebepler başlıklı 331. madde uyarınca, *“Taraflardan her biri, kira ilişkisinin devamını kendisi için çekilmez hâle getiren önemli sebeplerin varlığı durumunda, sözleşmeyi yasal fesih bildirim süresine uyarak her zaman feshedebilir. Hâkim, durum ve koşulları göz önünde tutarak,*

56 Arat (n 34).

57 Yeşim Gülekli, “Aşırı İfa Güçlüğü ve Alacaklının Tasavvurunun Boşa Çıkması Halinde İşlem Temelinin Çökmesi Öğretisi” (1990) MHAD, 43, 53; Baysal (n 39) 165.

*olağanüstü fesih bildiriminin parasal sonuçlarını karara bağlar*⁵⁸. TBK md.331 uygulamasında sözü geçen yasal fesih bildirim sürelerine ilişkin olarak; TBK md.329'da “... Altı aylık kira döneminin sonu için, üç aylık fesih bildirim süresine uyarak feshedebilir.” hükmüne yer verilmiştir.

TBK md.331 hükmü⁵⁹ bir uyarılma imkanı değil özel bir fesih imkanı getirmiştir. Hükme göre, hakim durum ve koşullara doğrultusunda, her ne kadar sözleşme önemli bir sebeple feshedilmiş olsa da, feshedenin (örneğin işyeri kiracısının) kiraya verene bir bedel ödenmesine karar verilebilecektir. 1 Temmuz 2020 tarihine kadar bu hüküm yürürlükte olmadığından; yürürlüğü ertelenmiş olduğundan burada EBK md.264 hükmü devreye girecektir. Burada, örneğin işyeri kiracısının tam tazminat ödemek suretiyle fesih yoluna başvurması mümkündür. Tam tazminatın üst sınırı sözleşme süresinin sonuna kadar ödenecek kira bedelleri, alt sınır ise, EBK md.264 f.2 uyarınca 6 aylık kira bedelidir. Dolayısıyla zaten ödeme gücü konusunda güçlükler yaşayan bir işyeri kiracısı bu yola başvurmayı tercih etmeyebilir. Zira, kalan kira bedellerini ödemek durumunda kalabilir. EBK md.264 hükmünün, TBK md.331'e göre fesheden tarafın muhatap olacağı parasal sonuçlar bakımından daha katı bir hüküm olduğu söylenebilir.

58 4 Temmuz 2012 tarih ve 6353 sayılı Kanun'un 53. maddesi ile değiştirilen 31 Mart 2011 tarih ve 6217 sayılı Kanun'un Geçici 2. maddesi hükmü gereğince, “*Kiracının Türk Ticaret Kanununda tacir olarak sayılan kişiler ile özel hukuk ve kamu hukuku tüzel kişileri olduğu işyeri kiralalarında, 11/1/2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 323, 325, 331, 340, 342, 343, 344, 346 ve 354 üncü maddeleri 1/7/2012 tarihinden itibaren 8 yıl süreyle uygulanmaz. Bu halde, kira sözleşmelerinde bu maddelerde belirtilmiş olan konulara ilişkin olarak sözleşme serbestisi gereği kira sözleşmesi hükümleri tatbik olunur. Kira sözleşmelerinde hüküm olmayan hallerde mülga Borçlar Kanunu hükümleri uygulanır.*”

818 sayılı EBK md.264 hükmü uyarınca, “*Muayyen bir müddetle aktedilen gayrimenkul icarında, mucip akdin icrasını tahammül edilmez bir hale getiren sebepler hudusünde; iki taraftan her biri, diğerine tam bir tazminat vermek ve kanuni mehillere riayet etmek şartıyla ve icar müddetinin hitamından evvel feshi ihbar edebilir. İcar bir sene veya daha uzun bir müddet için akdedilmiş ise, mucir veya müstecire verilecek tazminat altı aylık bedeli icardan az olamaz. Müstecir kendisine tazminat verilmedikçe mecuru terke icbar olunamaz.*”

59 Hükme ilişkin değerlendirmeler için bkz. İncooğlu (n 39) 219 vd.; Gümüş (n 14) 264 vd.; Gülşah Sinem Aydın, Kira Sözleşmesinin Genel Hükümlere Göre Sona Ermesi (On İki Levha Yayıncılık 2013) 175 vd.

Bununla birlikte, erteleme süresinin sona ermesiyle, işyeri kiracısı – TBK md.138’in şartlarıyla da uğraşmak istemiyorsa- TBK md.331 hükmüne göre sözleşme ilişkisine son verebilir.

1 Temmuz 2020’den önce, sözleşmeyi TBK md. 331 uyarınca feshettiğini beyan eden işyeri kiracısının durumu bakımından bir değerlendirme yapmak gerekirse, dayandığı hüküm henüz yürürlüğe girmemiş olduğundan, bu fesih beyanına, EBK md.264 kapsamında yapılmış bir fesih olarak mı bakılacaktır? Burada fesheden, EBK md.264’e göre feshetmiştir şeklinde bir değerlendirme yapılmamalıdır. Zira, irade beyanı EBK md.264 hükmüne tabi olmamak; TBK md.331 hükmüne tabi olmaktır. TBK md.331 hükmü de fesih beyanı esnasında yürürlükte olmadığından, bu fesih beyanının TBK md.138 kapsamında değerlendirilmesi düşünülebilecektir.

VIII. Sonuç:

İşyeri kiracısı kira bedeli ödeme borçlusu olarak, karşı edimin imkansızlaştığı oranda borcundan kurtulma olanağına sahip olur. Bu bakımdan sürekli ifa imkansızlığı, kısmi ifa imkansızlığı ve kanunda düzenlenmemiş bulunan geçici imkansızlık, kiracının bedel ödeme borcuna etki eder. Karşı edim borcunun imkansızlaşıp sona ermesi, para borcunun da sona ermesine neden olur. Karşı edimin kısmen imkansızlaşması para borcunu da o oranda azaltır. Bir diğer olasılık, para borçlusu, pandeminin (adeta) popülerleştirdiği TBK md.138 uyarınca para borcunun uyarlanmasını -daha geniş bir ifadeyle sözleşmenin uyarlanmasını- talep edebilir. Bedel indirimine yönelik uyarlama talebinin kabulü, borcunu o kadar azaltır, eksiltir. Kiraya verenin ayıptan doğan sorumluluğunun kabulü olasılığındaysa, örneğin bedel indirimi gibi bir seçeneğin/seçimlik hakkın kullanılması, ayıp oranında, kira bedelinde azalma sağlar. Salgın bağlamında kiraya verenin ayıp sorumluluğunun hiçbir şekilde sözkonusu olmayacağı şeklinde toptan/götürü bir yaklaşım yerine, somut olayın özelliklerine göre bir değerlendirmede bulunmak ve sonuca varmak daha isabetli olabilecektir.

İşyeri kira sözleşmelerinin genel olarak uzun süreli olması, sürekli ifa imkansızlığı örnekleriyle daha az karşılaşılmamasına neden olacaktır. Örneğin

işyeri kirası çok kısa süreli yapıldığında -örneğin iki ay gibi- faaliyetine ara verilen işletmeler bakımından sürekli ifa imkansızlığı oluşacak demektir. Bu durumda borç kendiliğinden sona erecektir.

Genelgeyle faaliyetleri durdurulan işyerleri bakımından -kiraya verenin hazır bulundurma borcu bakımından- geçici ifa imkansızlığından söz edilebilecektir. Bu doğrultuda, kiracıdan bu dönemde kira istenemeyeceği gibi, bu dönem geçtikten sonra da işyerinin kapalı olduğu süreye ilişkin kiranın yine istenememesi gerekir.

Kiraya verenin kendisinin kapatma kararı alması durumunda, kiraya veren bakımından hazır bulundurma borcunun yerine getirilmemesi suretiyle, borçlu temerrüdünün varlığından söz edilebilecektir. Kiraya veren borçlu temerrüdüne düşmüşse, karşı taraftan da bu temerrüt süresince ifa talebinde bulunamayacak demektir.

7226 Sayılı Kanunun Geçici 2. maddesi kapsamında, işyeri kiracıları lehine bir düzenleme getirilmiştir. *1/3/2020 tarihinden 30/6/2020 tarihine kadar işleyecek iş yeri kira bedellerine ilişkin bu hüküm, ilgili dönemdeki kira borcu ödeme yükümlülüğünü kaldırmamakta sadece hükmün sözüyle ifa-de etmek gerekirse, bu dönemde ödeyememe durumunun fesih ve tahliye sebebi oluşturmayacağını düzenlemiş bulunmaktadır. Bu kira bedelleri için ödenmediği sürece temerrüt faizi de işleyecektir. Hükümde “ödenmeme” kelimesi yerine “ödenmemesi” kelimesine yer verilmiş olması, kiracının ödeme gücü varken ödememesi durumunun hükmün kapsamına girmeyeceği yönünde bir değerlendirme yapılmasına imkan vermektedir. Bu döneme ilişkin kira bedellerinin ödenmemesinin hiçbir zaman fesih ve tahliye sebebi oluşturmayacağı şeklinde bir yorum yapmak, -prensip olarak kiracı lehine yorum da tercih edileceğine göre- daha isabetli gözükmektedir. Hüküm kapsamında kalan kira bedelleri ifayla veya başka bir borcun sona ermesi sebebiyle son bulmadıkça varlığını koruyacaktır. Söz konusu döneme ilişkin kira bedellerine yönelik kiraya verenle kiracı arasında (tam veya kısmi) ibra sözleşmesi yapılabilecektir. Bu döneme ilişkin kira bedellerini de kapsayacak şekilde bedel indirimi talepli/amaçlı uyarılama davası da açılabilir; talebin*

kabulü durumunda hükmedilen indirim miktarınca, kira bedeli, uyarlama davası aracılığıyla son bulmuş olacaktır.

İşyeri kiracısı kira bedellerini aynen ödemekte, hiç bir ekonomik zorluğa uğramayacak olsa bile, edim dengesi aşırı bozulmuşsa uyarlama talebinde bulunabilmelidir.

İşyeri kiracısının tacir olması, uyarlama talebinde bulunmasına engel olmayacaktır. Basiretli tacir olmanın gereği olarak öngörülü olması gereken/beklenen kişinin her olguyu öngörmesi beklenemez. Bu bağlamda, ekonomik dalgalanmaları öngörmesi beklenen tacirden aynı öngörüğü Covid 19 virüsü için beklemek doğru olmayacaktır. Salgının ortaya çıkışından ve buna ilişkin tedbirler alındıktan sonra kurulan kira sözleşmeleri bakımından ise basiretli tacirin artık bildiği, öngörebileceği veya öngörmesinin bekleneceği olgular dolayısıyla uyarlama talebi kabul görmeyecektir.

“Aşırı ifa güçlüğü” arz eden durumlar/olgular, geçici süreliğine ortaya çıkmış olabilir. Aşırı ifa güçlüğü'nün sözleşmenin bütün süresine yayılması zorunluluğu bulunmamaktadır. O halde durumun özelliğine göre, sözleşmede belli süre aralığına yönelik bir uyarlama yapılabilir. Sözleşmenin belli süreliğine askıya alınması, bu bağlamda bir uyarlama yöntemi olabilir.

Kanımızca, uyarlama davası açmadan önce –sözleşmede kararlaştırılmamışsa; sözleşmeye dayalı bir yükümlülük olarak düzenlenmemişse- yeniden müzakerede bulunma gibi bir yükümlülüğün varlığından söz etmek güç gözükmektedir. Uyarlamayı hakkaniyet ve dürüstlük kuralı eşliğinde yapacak olan hakim, yeniden müzakerede bulunmayan tarafın uyarlama talebini bu gerekçeye dayanarak reddedememelidir.

Taraflar sözleşme özgürlüğü çerçevesinde uyarlama konusuna ilişkin çeşitli sözleşme kayıtlarına yer vermiş olabilirler. Uyarlamaya ilişkin sözleşme hükümlerinden biri de uyarlama hakkının belli bir süre içinde, belli bir tarihe kadar kullanılması gerektiğine ilişkin olabilir. Bu tür bir hüküm, prensip olarak, geçerli sayılmalıdır.

Uyarlama kayıtlarının yorumlanmasında, sözleşmelerin yorumlanmasına ilişkin genel ilkelerden/prensiplerden yararlanılacağı açıktır. Diğer yandan bu sözleşme kayıtlarının yine geçerlilik koşullarına tabi olacağını da ifade etmek gerekir

Sözleşmede, uyarlama talep edilebilecek durumlar özel olarak belirtilmiş ve bu durumlar ortaya çıkmışsa, TBK md.138’de öngörülen “öngörülmezlik” şartı gerçekleşmemiş olacaktır. Bu tür bir durumda uyarlama talebinin kabul görmemesi gerekir.

Peşin ödenmiş kira bedellerine ilişkin olarak uyarlama talebine ilişkin olarak şu hususu vurgulamak isabetli olacaktır. Taraflar arasındaki edim dengesinin dürüstlük kuralına aykırı derecede bozulması durumunda, peşin yapılmış ödemeler için de uyarlama mümkün olmalıdır. Aksi halde kiracı hiç veya yeterince elde edemeyeceği karşı edime rağmen kendi borcunu tam olarak ifa etmiş olmaya katlanmak zorunda bırakılmış olacaktır.

1 Temmuz 2020’den önce, sözleşmeyi TBK md. 331 uyarınca feshettiğini beyan eden işyeri kiracısının bu fesih beyanına, EBK md.264 kapsamında yapılmış bir fesih olarak bakılmasının isabetli olmayacağını belirtmek gerekir. Zira, sözkonusu işyeri kiracısının irade beyanı EBK md.264 hükmüne tabi olmamak; TBK md.331 hükmüne tabi olmak yönündedir. Ne var ki TBK md.331 hükmü de fesih beyanı esnasında yürürlükte olmadığından, bu fesih beyanının TBK md.138 kapsamında değerlendirilmesi düşünülebilecektir.

KAYNAKÇA

- Acar F, *Kira Hukuku Şerhi* (1. Baskı, Beta Yayınları 2013).
- Akyol Ş, *Sözleşmenin Yorumu* (Vedat Kitapçılık 2010).
- Altunkaya M, *Edimin Başlangıçtaki İmkansızlığı* (Yetkin Yayınları 2005).
- Arat A, *Küresel Salgının İşyeri Kiralarına Etkisi ve Çözüm Önerileri*, (LexperaBlog 2020), <https://blog.lexpera.com.tr/kuresel-salginin-isyeri-kiralarina-etkisi-ve-cozum-onerileri/> Erişim Tarihi: 10.06.2020.
- Arat A, *Sözleşmenin Değişen Şartlara Uyarlanması* (Seçkin Yayıncılık 2006).
- Arkan Serim A, *Hasılat Kirasında Tarafların Hak ve Borçları* (Beşir Kitabevi 2010).
- Aydın GS, *Kira Sözleşmesinin Genel Hükümlere Göre Sona Ermesi* (On İki Levha Yayıncılık 2013).
- Barlas N, *Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar* (Kazancı Kitap Ticaret A.Ş. 1992).
- Barth HR, *Schadenersatz bei nachtraglicher Unmöglichkeit der Erfüllung*, Diss. (1957).
- Baysal B, Uyanık M, Yavuz, MS, *Koronavirüs 2019 (Covid-19) ve Sözleşmeler*, (LexperaBlog 2020), <https://blog.lexpera.com.tr/koronavirus-2019-ve-sozlesmeler/> Erişim Tarihi 12.06.2020.
- Baysal B, *Sözleşmenin Uyarlanması BK m. 138 Aşırı İfa Güçlüğü* (2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2017).
- Bischoff J, *Vertragsrisiko und clausula rebus sic stantibus* (Schulthess Verlag 1983).
- Bilgin Yüce M, *Koronavirüs Salgını Nedeniyle Hükümet Kararıyla Kapatılan İşyerlerinin Kira Sözleşmelerinin Akibetinin Değerlendirilmesi*, (LexperaBlog 2020), <https://blog.lexpera.com.tr/koronavirus-salgini-nedeniyle-hukumet-karariyla-kapatilan-isyerlerinin-kira-sozlesmelerinin-akibetinin-degerlendirilmesi/> Erişim Tarihi: 10.06.2020.
- Bucher E, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht* (2. Auflage, 1988).
- Burcuoğlu H, *Son Mahkeme Kararları ve Yargıtay Kararları Işığında Hukukta Beklenmeyen Hal ve Uyarlama-Taşınmaz Kira Sözleşmelerinde ve Dövize Endeksli Kredi Sözleşmelerinde Uyarlama Uygulaması* (Filiz Kitabevi 1995).
- Canbolat F, *Sözleşmelerde Amacın Gerçekleşmesi, Çökmesi ve Boşa Çıkması* (Yetkin Yayınları 2012).

Cumalıoğlu E, Covid-19 (Yeni Korona Virüs) Pandemisinin Kira Sözleşmelerine Etkileri, (LexperaBlog 2020), <https://blog.lexpera.com.tr/covid-19-yeni-korona-virus-pandemisinin-kira-sozlesmelerine-etkileri/> Erişim Tarihi: 10.06.2020.

Çabri S, *Kiraya Verenin Ayıptan Sorumluluğu* (Adalet Yayınevi 2013).

Dural M, *Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık (BK 117)* (Fakülteler Matbaası 1976).

Ercoskun Şenol HK, *Borçlar Hukukunda Kısmi İmkânsızlık* (On İki Levha Yayıncılık 2016).

Eren F, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (24. Baskı, Yetkin Yayınları 2019).

Görmez M, *Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmelerinde Kira Bedelinin Belirlenmesi ve Uyarlanması* (Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi 2018) <https://tez.yok.gov.tr/> Erişim Tarihi: 10.06.2020

Güleklî Y, “Aşırı İfa Güçlüğü ve Alacaklının Tasavvurunun Boşa Çıkması Halinde İşlem Temelinin Çökmesi Öğretisi” (1990) *Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi* 43-69.

Gümüş MA, “Yeni” 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Kira Sözleşmesi (2. Bası, Vedat Kitapçılık 2012).

Gündoğdu F, Ural N, *Koronavirüs (COVID-19) Tedbirlerinin Kira Sözleşmelerine Etkisi*, (LexperaBlog 2020), <https://blog.lexpera.com.tr/koronavirus-tedbirlerinin-kira-sozlesmelerine-etkisi/> Erişim Tarihi:05.06.2020.

Gündoğdu F, *Borca Aykırılık Hallerinden Kusurlu İfa İmkânsızlığı ve Hukuki Sonuçları* (On İki Levha Yayıncılık 2014).

Gürsoy KT, *Hususi Hukukta Clausula Rebus Sic Stantibus- Emprevizyon Nazariyesi* (1950).

İnceoğlu MM, *Kira Hukuku, Cilt I* (On İki Levha Yayıncılık 2014).

İnceoğlu MM, *Kira Hukuku, Cilt II* (On İki Levha Yayıncılık 2014).

Jäggi P, Gauch P, *Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band, Obligationenrecht, Teilband V 1b (Art. 18 OR)*, 3. b. (Schulthess Verlag 1980) .

Kaplan İ, *Hâkimin Sözleşmeye Müdahalesi* (Kadioğlu Matbaası, 1987).

Kılıçoğlu AM, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (23. Baskı, Turhan Kitabevi 2019) .

Kocayusufpaşaoğlu N, *Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem Sözleşme* (4. Basıdan 5. Tıpkı Bası, Filiz Kitabevi 2010).

Makaracı Başak A, Öktem Çevik S, Yörük I, *Korona Virüsün İşyeri Kira Sözleşmelerine Etkisi*, (LexperaBlog 2020), <https://blog.lexpera.com.tr/korona-virusun-isyeri-kira-sozlesmelerine-etkisi/> Erişim Tarihi: 05.06.2020

Nomer H, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (15. Bası, Beta Yayıncılık 2017).

Oğuzman MK, Öz MT, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Cilt 1 (17. Baskı, Vedat Kitapçılık 2019).

Özçelik ŞB, *Sözleşmeden Doğan Borçların İfasında Hukuki İmkansızlık ve Sonuçları* (2014) 63 (3) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 569-622.

Özer MT, *KOVID-19 Salgınının İş Yeri Kiralarında Kiracının Kira Bedelini Ödeme Borcuna Etkisi*, (LexperaBlog 2020), <https://blog.lexpera.com.tr/kovid-19-salgininin-is-yeri-kiralarinda-kiracinin-borcuna-etkisi/> Erişim Tarihi 05.06.2020.

Permann R, *OR Handkommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht*, (Herausgegeben von Jolanta Kren Kostkiewicz, Urs Bertschinger, Peter Breitschmid, Ivo Schwander), (2002).

Serozan R, *İfa-İfa Engelleri-Haksız Zenginleşme* (Filiz Kitabevi 2016).

Tandoğan H, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Kira ve Ödünç Verme (Ariyet, Karz) Sözleşmeleri*, Cilt I/2 (Üçüncü Tıpkı Basım'dan Dördüncü Tıpkı Basım, Vedat Kitapçılık 2008).

Tekinay SS, Akman S, Burcuoğlu H, Altop A, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (7. Baskı, Filiz Kitabevi 1993).

Topuz S, *Türk-İsviçre ve Alman Borçlar Hukukunda Denge Bozulması ve İfa Güçlüğü Durumlarında Sözleşmeye Müdahale* (Yetkin Yayınları, 2009).

Ural Çınar N, *Türk Borçlar Kanunu'nda Düzenlenen Kira Sözleşmelerinde Kira Bedelinin Ödenmemesi ve Hukuki Sonuçlar* (On İki Levha Yayıncılık, 2014).

Yavuz C, Acar F, Özen B, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (Beta Yayınevi 2014).

Yünlü S, *Küresel Salgının Sözleşmelere Etkisi: Corona Virüsü (Covid-19) Olağanüstü Örneği* (LexperaBlog 2020), <https://blog.lexpera.com.tr/kuresel-salginin-sozlesmelere-etkisi/> Erişim Tarihi: 05.06.2020.

VAKIF MEDENİYETİMİZDE DARÜŞŞİFALAR

Doç. Dr. Ahmet AKMAN*

Özet

Günümüzde yaşanan virüs salgınına İslam ve Türk hukuk tarihi perspektifinden baktığımızda Darüşşifaların önemli fonksiyonlar icra ettiğini görürüz. İslam tarihinde konunun Hz. Peygamber'den itibaren özellikle salgın boyutundaki vak'alara ilişkin bugüne de ışık tutabilecek ölçüde bulaş tehlikesine karşı tedbirler alınmıştır. Bu tedbirlere Hz. Peygamber sonrası dönemde de riayet edildiğini görüyoruz. Hz. Ömer'e Şam'da veba çıktığı haberi verilince vebanın olduğu yere gitmemiş, kendisine, "Allah'ın kaderinden mi kaçırıyorsun?" sorusuna Allah'ın kaderinden yine O'nun kaderine sığındığını cevabını vermiştir. (*Buhârî, Tıb 30; Müslim, Selâm 98-100*) Salgın olan yere yaklaşmamak ve salgın olan yeri terketmemek, bu tedbirler arasında bugün de benzer şekilde görülen sosyal mesafe ve karantina altında kalmak tedbirlerine oldukça benzer yönleri bulunmaktadır. 749 (1348) yılında geniş bir coğrafyaya yayılan tâun sırasında Şam şehri ve yakınlarında günde 300'den fazla insanın öldüğünü, sadece Emeviyye Camii'nde bir vakitte on beş kişinin cenaze namazının kılındığını kayıtlarda geçmektedir. Osmanlı döneminde salgın bulunan yeri terk konusunda hukukçuların eserlerinde çeşitli tartışmalara rastlanır. 16. Yüzyıldan sonra bulaşıcı hastalık olan bölgeden havası daha temiz bölgelere intikalin cevazıyla ilgili fetvalar verilmiş olduğunu gibi, salgından kaçarak görevini yerine getirmeyen kamu görevlilerine de ta'zir ve azil cezaları verilmiştir. İslam dünyasında ilk darüşşifa 707 yılında Emevi Halifesi Velid b. Abdülmelik tarafından kurulmuştur. Bundan sonraki dönemlerde bimaristan ve darüşşifa olarak sağlık hizmetleri belli ölçüde kurumsallaşmıştır. İlk Selçuklu eserinin de Nizamülmülk tarafından Nişabur'da

* Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi
aakman@erbakan.edu.tr

kurulduğunu görüyoruz. Yine Bağdat'da 1066'da Nizamiye Medresesi ve Hastanesi bunu takip etmiştir. Sonrasında Harran ve Mardin'deki hastanelerinin de içinde olduğu birçok şehirde benzer darüşşifaları görüyoruz. Anadolu Selçuklularında da bu atılımın sürmesi ile yine birçok yerleşim yerinde bölgesel hizmet kabiliyeti de olan darüşşifaları görmekteyiz. Bunlar arasında en bilinenlerinden olarak Kayseri Gevher Nesibe, Sivas Keykavus ve Konya Alaeddin darüşşifaları zikredilebilir.

Bu darüşşifaların kuruluş ve işleyişlerinde İslam tarihinde önemli bir yer tutan vakıf medeniyetinin izlerini görmek mümkündür. Birçok alanda vakıf yoluyla kamu hizmeti yerine getiren vakıflar, sağlık alanında özellikle devletin önemli ölçüde yükünü almış görünmektedir. Bu müesseselerin vakıf yoluyla sürdürülebilirlikleri sağlanmıştır. Vakıf hukukunda kuruluş ana statüsü olan vakfiyelerde vakfın kurucusunun iradesi çok önemli yer tutar. Vâkıfın ortaya koyduğu şartlar şâriin (*kanun koyucunun*) nassı gibidir. Bu vakfiyelerde özellikle gelirlerin neler olduğu ortaya konurken, bir hastane kurumu düşünüldüğünde harcama yerleri de detaylı ortaya konmak durumundadır. Darüşşifaların işletmesi için gereken kaynağın tedariki bakımından han, hamam, ürün veren arazi işletmeleri türündeki gelir getirici *müsteğallat* ve *müsakkafat* belirtilir. Sonraki dönemlerde de vakıf kurucusu yahut başkalarının bu amaçla tasarrufta bulunmaları hep görülen hususlardandır. Bunlar vakfiyelerin kadı sicillerine tescili ile ve ayrıca bu belgelerde şahitlerin (*şühûdu'l-hal*) imzaları ile kayıt altına alınırdı. Ayrıca bu gelirlerin *câbiler* tarafından toplama usulleri, kimlerin vakfın amaçlarına uygun olarak bu gelirlerden harcama yapacakları vakfiyelerde açık olarak belirtilmekteydi. Hazırlanan vakfiyelerde darüşşifanın işleyiş şekli kesin kurallara bağlanırdı. Vakfiye artık o hastanenin tüzüğü mesabesindeydi. Vakıf mütevellileri sistemin idaresinden sorumlu oldukları kadar, görevliler üzerinde iç kontrol mekanizmasını sağlamakla da yükümlüydüler. Ayrıca genellikle mütevelliden farklı bir kişi olarak, nazır adı verilen bir kontrol görevlisi de bu konuda daha özel bir misyon üstlenmişti. Hastanenin düzeni ve işletilmesinden esasen müteveli sorumlu olup, bu şahıs vakıf kurucusunun güvendiği ve işin ehli bir kimse olmak durumundadır. Vakfiyede sonraki mütevelliler için açık ve bağlayıcı bir tanımlama yapılmamışsa bu konuda yetki mahkemede olmaktadır. Müteveli ayrıca hastalıkların teşhisi ve tedavisi

konusunda gereken tedbirleri almakla yükümlüdür. Bunlar yapılmadığında vakfın amacına uygun davranılmış olmaz. Konunun vakıf darüşşifa ilişkisini ortaya koymak bakımından vakfiyeler en temel hukuki belgelerdir.

Anahtar Kelimeler: Darüşşifa, Bîmaristan, Salgın, Tedavi, Hekim.

“DARÜŞŞİFA” IN OUR FOUNDATION CIVILIZATION

Abstract

When we look at the current virus outbreak from the perspective of Islamic and Turkish legal history, we see that Darüşşifa performs important functions. Since the Prophet, precautions have been taken against the risk of transmission, especially to the extent of epidemic cases, to shed light on the present day. We see that the precautions were followed in the post-prophet period. When Ömer was informed that the plague had happened in Damascus, he did not go to the plague, he said to him, “Are you running away from the fate of Allah?” He replied to the question of the fate of Allah that he took refuge in His fate again. Not approaching the place where it was epidemic and not leaving the place where it was epidemic, and these measures are quite similar to the social distance and quarantine measures that are similar today. It is recorded in 749 (1348) that during the taun, which spread over a wide geography, more than 300 people died a day in Damascus and its vicinity, and that the funeral prayers of fifteen people were performed at a time only in the Umayya Mosque. There are various discussions in the works of lawyers about leaving the place that was found to be epidemic in the Ottoman period. After the 16th century, fatwas were given about the answer of the transfer from the region, which has an infectious disease, to the areas with cleaner air, as well as public officials who have not been able to fulfill their duties by escaping from the epidemic have also been punished like ta’zir and dismissed. The first darüşşifa in the Islamic world in 89 (707), was founded by Velid b. Abdülmelik Umayyad Caliph. In the following periods, health services have been institutionalized

to a certain extent as bimaristan and darüşşifa. We see that the first Seljuk work was also founded in Nishapur by Nizamülmülk. Again, in 1066, Nizamiye Madrasa and Hospital followed this in Baghdad. Afterwards, we see similar hospitals in many cities, including their hospitals (darüşşifa) in Harran and Mardin. With this breakthrough in the Anatolian Seljuks, we see darüşşifa, which also has regional service capabilities in many settlements. Among the most well-known among these, Kayseri Gevher Nesibe, Sivas Keykavus and Konya Alaeddin hospitals can be mentioned.

It is possible to see the traces of the waqf civilization which played an important role in the history of Islam about the establishment and the running of these hospitals. The foundations that perform public service through foundations in many areas seem to have taken a significant workload on the state, especially in the field of health. Sustainability of these institutions was ensured through the foundation. The founder's will has a very important place in the foundation law, which is the main status of the waqf. The conditions set forth by the foundation is like the rule of the legislator. In these foundation conditions documents (vakfiye), especially when it comes to revealing what the incomes are, considering as an hospital institution, spending places also have to be revealed in detail. In terms of procuring the resources required for the operation of the darüşşifa, the income-generating of the type of inns, baths, and land enterprises that produce products are specified. It is always seen that the founder of the foundation or others donate for this purpose in the following periods. These were registered in the court records of the foundations and also by signing by the witnesses in these documents. In addition, the method of collecting these revenues by the authorities (câbi) was clearly stated in the foundations to whom they would spend from these revenues in accordance with the aims of the foundation. In the prepared foundations, the way the hospital was operated was bound by strict rules. The foundation was now on the basis of that hospital's charter. Foundation trustees (mütevelli) were responsible for ensuring the internal control mechanism over the officials as well as for the administration of the system. In addition, as a person different from the trustee, a control officer, called nâzır, had undertaken a more specific mission in this regard. The trustee is mainly responsible for

the layout and operation of the hospital, and this person has to be trusted by the founder and competent. If there is no clear and binding definition for subsequent trustees in the foundation, the authority must be in court. The trustee is also obliged to take the necessary measures for the diagnosis and treatment of the diseases. When these are not done, the purpose of the foundation will not be treated. The foundation conditions documents (vakfiye) are the most basic legal documents in order to reveal the relationship of the subject matters to the foundation hospital.

Key words: Hospital, Bimaristan, Epidemic, Treatment, Medical Doctor.

I- GİRİŞ

İslam medeniyeti içerisinde vakıf kurumu gelişme ve olgunlaşmasına paralel olarak sağlığı da kendisine bir hizmet alanı olarak seçmiştir. Selçuklular döneminde sağlık alanında özellikle önemli kurumsallaşma adımları atılmıştır. Bu dönemde klasik teşhis-tedavi konseptini besleyecek şekilde tıp eğitimi faaliyetleri de sisteme önemli ölçüde entegre olmuş ve bu yönde giderek daha fazla adımlar atılmıştır. Darüştıbb adı verilen eğitim kurumları ile sistem bütünlüğe hale gelerek, teori ve pratiğin yan yana gittiğine şahit olunur. Selçuklular döneminde dârü'lâfiye, dârü'sşıfa, bimaristan olarak da isimlendirilen sağlık kamu hizmetinin toplumsal hayatta ortaya çıkışı İslam tarihinde daha eskilere dayanır. Bu anlamda ilk bimaristanın Hendek savaşı yaralıları için oluşturulan seyyar hastaneye atfedilmesi söz konusudur. Dârüssıhha, mâristan, şifahane ve ayrıca başka isimlendirmeler de söz konusudur. *Hastahane* şeklindeki ilk kullanımı Ahmet Vefik Paşa tarafından yazılan *Lehçe-i Osmani*'de göze çarpar.¹ Bunun ilk uygulaması bugün de işlevini sürdüren 1845 tarihinde inşa edilen Bezm-i Âlem Vakıf Gureba hastanesinde görülür.

1 Songur, Haluk/Saygın, Tuba, "Şifahaneden Hastaneye" Sağlık Kuruluşlarının Değişimine Genel Bir Bakış", Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi Yıl: 2014/1, Sayı:19, s. 200.

Emevilerle birlikte ve özellikle Abbasi halifesi Mansur’la birlikte önemli gelişmeler gösteren kurumu, İslam dünyasının hemen her yerinde ve her yönetim döneminde belli bir gelişme çizgisinde görmek mümkün olmuştur.² Selçuklular döneminde ilk olarak vezir Nizamülmülk tarafından Nişabur’da kurulan darüşşifayı Nizamiye Medresesi ve hastanesi takip etmiş ve sonrasında da birçok şehirde kurulup, geliştirilmişlerdir. Anadolu Selçuklular döneminde bugün Anadolu’nun birçok yerinde rastladığımız darüşşifalardan Kayseri Gevher Nesibe Tıp Medresesi ve Mâristanı, Sivas İzzeddin Keykavus ve Konya darüşşifalarını zikretmek gerekir.³ Osmanlılar döneminde Selçuklu eserleri çeşitli ilavelerle ve İstanbul, Edirne, Bursa’da örneklerini gördüğümüz gibi yenileri de yapılarak darüşşifalar kullanılmışlardır. İstanbul Fatih, Haseki, Atik Valide, Sultan Ahmed, Bezm-i Âlem darüşşifaları, Bursa Yıldırım, Edirne II. Bayezit darüşşifaları örnek olarak verilebilir.⁴

II. DARÜŞŞİFALARIN YAPILIŞ AMACI VE HEDEF KİTLESİ

Darüşşifaların öncelikle kimsesiz ve muhtaç durumda olan hastalara hizmet vermek maksadıyla, padişah, sultanlar ve diğer devlet erkânı ve eşleri vasıtasıyla kurulduğunu görüyoruz.⁵ Kadınların kurduğu şifahanelerin bolca örneklerine rastlamak mümkündür. Buna bir örnek Manisa’daki Ayşe Hafsa Sultan Bimarhanesi’dir. Ayşe Hafsa Sultan, Yavuz Sultan Selim’in karısı, Kanunî Sultan Süleyman’ın annesidir. Oğlunun sancakbeyliği sırasında Manisa’ya büyük bir külliye kazandırmıştır.⁶ Hastanenin bulunduğu

2 Terzioğlu, Arslan, “Bimaristan”, DİA, VI, 163 vd.

3 Kelebek, Mustafa, İslam Vakıf Hukuku ve Sivas Darüşşifa Vakfiyesi, İstanbul 2015, s. 88 vd.

4 Şeker, Mehmet, İslâm’da Sosyal Dayanışma Müesseseleri, Ankara 1991, s. 164- 165; Yılmaz, Coşgun/Yılmaz, Necdet, “Osmanlı Hastahane Yönetmelikleri: Vakfiyelerde Osmanlı Darüşşifaları”, Osmanlılarda Sağlık Health in The Ottomans I, Ed. Dr. Coşgun Yılmaz- Dr. Necdet Yılmaz, İstanbul 2006, s.43 vd.

5 Turan, Osman, Selçuklular Tarihi ve Türk-İslam Medeniyeti, 10. Baskı, İstanbul 2008, s. 342 vd.; Ünver, A Süheyl, “Büyük Selçuklu İmparatorluğunda Vakıf Hastanelerin Bir Kısımına Dair”, Vakıflar Dergisi, sy. 1, s. 15.

6 Cunbur, Müjgan, “Selçuklu Ve Osmanlı Devirlerinde Kadınların Kurdukları Şifahaneler”, Erdem, Mayıs 1987, c. 3, sy, 8, s.344.

şehirden geçen o şehirde yakını olmayan yolcular, kendilerine yakınları vasıtası ile bakım sağlanamayan kimsesiz ve yoksul olanlara ücret almaksızın tedavi ve bakım imkanı sağlanan yerler olarak görülür.

Darüşşifaların temelinde çoğunlukla bir vakıf olduğunu, vakıfların da kuruluş gayeleri arasında hayırda süreklilik (*sadaka-i cariye*) anlayışının bir gereği olarak Allah rızası için kuruldukları söylenebilir.⁷ Bu sağlık kuruluşları din, dil ve ırk farkı gözetmeden halka sağlık hizmeti sunmaktaydı. Darüşşifaların mimarilerinin zaman içerisinde bazı farklılıklar olsa bile, hemen hemen birbirine benzer olduğu görülür. Ortası avluya revaklarla açılan ve kenarlarda kubbeli eyvanların gerisinde odalardan müteşekkil yapılar vardır. Burada dikkati çeken husus mimarinin kendi içinde bir bütünlük sağladığı ve tıbbın gerektirdiği fonksiyonlara uygunluk arz etmesidir. Mimarilerde en temel özellik darüşşifaların medrese, imaret, kervansaray, hamam gibi külliyeinin diğer bileşenleriyle birlikte düşünülüyor olmasıdır.⁸ Darüşşifaların önemli özelliklerinden birisi de ticaret merkezi ve yollarına yakınlık göstermesidir.⁹ Bunun da çoğunlukla ticaret amaçlı ve ticari sebeplerle seyahat eden ve kendi bölgesinden uzak düşmüş insanların istifadesinin öncelikler arasında düşünülmüş olabileceğini gösterir.

Darüşşifalarda tedavi kuruluş amacına da uygun olarak ücretsiz yeri- ne getirildi.¹⁰ Gelen hasta öncelikle maddi temizliğini sağlamak maksadıyla hamamda yıkanır ve sonrasında hastane kıyafeti verilir. Şifahanelerin kendi bütünlüğü içerisinde yakınında veya içinde hamam olduğu gibi, su ve ısıtma sistemi ile ilaç hazırlanmaya müsait eczahaneler de zorunlu unsurlardan sayılırdı. Muayenelerde mümkünse birden çok hekim ve tıp öğrencileri birlikte bulunurlar, günümüz şartlarında çoklu konsültasyon denilen

7 Aykanat, Mehmet, Osmanlı Sosyal Güvenlik Hukuku, Ankara 2016, s. 68, 183.

8 Kazıcı, Ziya, Osmanlıda Vakıf Medeniyeti, İstanbul 2014, s. 200.

9 Dündar, Munis/Emekli, Rabia/Şener, Elif, “Anadolu’daki Tıbbın Doğuşu, Dünyadaki İlk Tıp Okulu Olarak Gevher Nesibe Tıp Medresesi Ve Darüşşifası”, Bilimname, XXXIX, 2019/3, s. 84; Ayrıca bkz. Aydın, Erdem, Anadoludaki Ticaret Yolları ve Selçuklu Sağlık Hizmetleri. Yeni Tıp Tarihi Araştırmaları, yıl 1996, sy. 2-3, s. 164-175.

10 Küçükdağ, Yusuf, Konya Alaeddin Darüşşifası, Konya 2008, s. 31; Kemaloğlu, Muhammet, “XI-XIII. Yüzyıl Türkiye Selçuklu Devletinde Darüşşifalar”, Hikmet Yurdu, Düşünce-Yorum Sosyal Bilimler Araştırma Dergisi, Cilt 7, Sayı 13 (2014): Ocak – Haziran 2014/1, s. 295.

mekanizma böylece yerine getirilmiş olurdu. Öngörülen ilaç ve beslenme rejimine uygun olarak hasta takibe alınırdı.¹¹

III. DARÜŞŞİFALARIN İŞLEYİŞİ VE HEKİMLER

Darüşşifaların İslam medeniyeti içerisinde gelişmesinin temelinde, bunların vakıf anlayışının ürünü olmaları yatmaktadır. Medreselerin yanında *darü't-tıp* adı verilen tıpla ilgili eğitim veren kurumlar yer almıştır.¹² Vakıfların tarihi süreç içerisinde darüşşifalar dışında da birçok kamu hizmetini yerine getirdiklerini görmekteyiz.¹³ Osmanlı'da zirvesine ulaşmış vakıf medeniyeti sayesinde günümüz klasik kamu hizmetlerinin önemli bir kısmının vakıflar aracılığıyla yürütüldüğünü görürüz. Buradaki hizmetlerin halkın üstesinden gelemeyeceği alanlar olduğuna dikkat çekilmiştir. Aynı zamanda devletin yükünü azaltmak veya sosyal paylaşım düşüncesi de etkili olmuştur.¹⁴ Vakıflar insanlık tarihinin sosyal güvenlik ve dayanışma adına oluşturmuş olduğu en ideal kurumdur. Halil İnalcık bu hususu, “*vakıf, toplumun bekası ve refahı için en emin sosyal örgüt görevini üstlenmiştir.*” sözleri ile özetlemiştir.¹⁵ Hayri vakıflar içerisinde sağlık vakıflarının daha özel bir yer işgal ettiği müşahade edilir.¹⁶ Genelde vakıflar idari-mali özerkliği ve hukuki şahsiyeti olan kurumlar olarak, yine devletin kamu murakabesine tâbi bir şekilde kamu hizmetlerinin gören, toplumun bu hizmetlerde paydaş olmasını sağlayan ve devletin istihdam yükünü azaltan kurumlardır.¹⁷

11 Altınbaş, Ayten, “Anadolu Selçukluları ve Osmanlılar’da Tıp ve Darüşşifalar”, Hazırlayan Abdullah Kılıç, Selçuklu ve Osmanlı Şifa Abideleri, Şifahaneler, Mebkam Konevi Araştırma Merkezi, İstanbul 2015, s. 41 vd.

12 Küçükdağ, Konya Alaaddin Darüşşifası, s.21.

13 Onar, Sıddık Sami, “Bayındırlık, Yardım, Belediye (Komün), İşleri ve Bu İşlerdeki Roller Bakımından Osmanlı Vakıfları”, s. 313-333 (Özay, İl Han, Gün Işığında Yönetim, Filiz Kitapevi, İstanbul 2004), s. 314.

14 Genç, Mehmet, “Klasik Osmanlı Sosyal-İktisadi Sistemi ve Vakıflar”, Vakıflar Dergisi, Aralık 2014, sy. 42, s. 15,16.

15 Kurt, Yılmaz, “Tarihçilerin Kutbu Halil inalcık’ın Gözüyle Vakıf Kurumu”, VD, Ankara 2016, sy. 46, s. 189; Kozak, İ., Erol, Bir Sosyal Siyaset Müessesesi Olarak Vakıflar, İstanbul 1985, s. 64.

16 Akman, Ahmet, Eski Vakıflar Hukuku ve İdaresi, Ankara 2019, s. 81.

17 Kozak, İ. Erol, Bir Sosyal Siyaset Müessesesi Olarak Vakıflar, s.64.

Darüşşifaların bulundukları bölgelerde istihdam bakımından diğer vakıf hizmetlerine göre daha önde oldukları görülür.¹⁸

Darüşşifalar için vakıf kurucusunun hazırlamış olduğu vakfiyelerde, hastanenin işleyiş şekilleri de çoğu zaman kesin ve detaylı kurallar halinde belirlenirdi. Vakfiyeler bu kurumların bir nevi yönetmelikleri mesabesindeydi. Vakfiyeler ilgili dönemdeki sağlık anlayışı, temizlik ve beslenme dahil hizmetin sunuş biçimi, kalitesi, kurumsal kimlik ve teşkilat yapısını, insan kaynağı ve nitelikleri, kadro adetleri ve ücretleri, tıp etiği, vakıf gelirleri dolayısıyla ekonomik imkanların kapsama alanı, hekim hasta ilişkisi, psikolojik yaklaşımlar ile sosyal ve manevi ihtiyaçları yansıtırılar.¹⁹ Vakfiyelerde bu kurumun vâkıfın amacına uygun bir şekilde işletilmesi için gereken gelir miktarı ve bunun ne şekilde sağlanacağı tespit edilirdi. Vakıf hukukunda en temel kurallardan birisinin “*vakfedenin şartları şari’ın nassı gibidir.*” kuralı olduğunu da unutmamak gerekir. Müsteğallat adı verilen vakfa gelir getiren unsurların bizzat vakfeden tarafından ve sonrasında da o vakfın yaşamasını, gelişmesini isteyen hayır sahipleri tarafından vakfedildiğini görüyoruz. Mesela Sivas Darüşşifa vakfiyesinde üzüm bağları, değirmen, çiftlik, tahıl ambarı, dükkanlar, bazı köyler, arsa ve tarlalar bu çerçevede hastaneye gelir getirmesi vakfedilmişlerdir. Vakfeden, müteveli ve nazırlara vakfın gelir getiren bir unsurunu kiraya vermek durumunda kalırlarsa bunun peş peşe üç yıldan fazla olmamasını, zalim, tamahkar, mütecaviz ve hileli işleri olanlara kiraya verilmemesini şart koşmuşlardır. Vakıf şartlarında ayrıca, “... *Vâkıf -İ. İzzeddin Keykavus- vakfettiği bütün şeyleri her türlü engelden uzak, bütün*

18 Altınbaş, Ayten, “Anadolu Selçukluları ve Osmanlılar’da Tıp ve Darüşşifalar”, Hazırlayan Abdullah Kılıç, Mebkam Konevi Araştırma Merkezi, İstanbul 2015, s. 54-59; Şahin, Kamil, “Konya Kadı İzzeddin Mâristan-ı Atik (Hastahanesi) Ve Sultan Alâddin Keykubât Dârussifası”, Vakıflar Dergisi, 30 (2007), s. 112 –101-116; Demirel, Ömer, Osmanlı Vakıf Şehir İlişkisine Bir Örnek: Sivas Şehir Hayatında Vakıfların Rolü, Türk Tarih Kurumu, Ankara 2000, s. 134, 153.

19 Yılmaz, Coşgun /Yılmaz, Necdet, “Osmanlı Hastahane Yönetmelikleri: Vakfiyelerde Osmanlı Dârüşşifaları”, Osmanlılarda Sağlık Health in The Ottomans I, Ed. Dr. Coşgun Yılmaz- Dr. Necdet Yılmaz, İstanbul 2006, s.42 –41-63; Songur/Saygın, Şifahaneden Hastaneye, s. 206 vd.) Bu meyanda örneğin 1557 tarihli Süleymaniye vakfiyeleri içerisinde darüşşifanın işleyişine dair detaylı bilgilere rastlarız. Şeker, İslâmî Sosyal Dayanışma Müesseseleri, s. 164; Yılmaz, Yasin, “Kanuni Dönemi Sağlık Hizmetleri ve Bunlara Vakıfların Katkısı”, 2009 Vakıf Medeniyeti Sağlık Yılı, VGM Yay., s.105.

şartların doğruluğu ile kesin kalıcı olarak vakfetti. Hiçbir sebeple satışı, bağışı, rehin, mirasçılara taksim, temlik, gereksiz yere harcama, başka biri ile değiştirme (istibdal) yapılamaz. Vakıf şartları ebediyyen yürürlükte kalacaktır.” Devamında da Allah’a iman eden hiçbir kimsenin bu vakfı eksiltmesi, bozması, değiştirmesi, iptal etmesi ve durdurması helal değildir şartı ilave edilmiştir.²⁰

Vakfın gelirlerinin toplanıp vakfın amacına uygun şekilde sarfından vakıf mütevellileri sorumludur. Bazı vakıflarda bulunan nâzırlar da bunların denetimini yaparlardı. Müteveli vakıfta çalışacak olan görevlilerin seçilmesi ve atanmasını vakfiyede yer verilen ölçülere uygun olarak yerine getirir, hastanenin düzeni ve işletilmesinden sorumlu olurdu. Anadolu Selçuklularında kadın ve erkek hastaların oda ve mekanlarının ayrı olduğu ve de zihinsel engelliler için de ayrı ve demir parmaklıklı bir bölümün yer aldığını görürüz.²¹ Bu tür hastalara özellikle psikolojik tedavi metodları uygulanmış, hatta bu husus vakfiyelerde de belirtilmiştir. Anadolu’da standart sayılabilecek mimari ve ölçekte ve bağımsız olarak yapılan darüşşifaların umumiyetle 24 kişi civarında bir kadrosu olduğu görülmektedir. Ücretleri yanında buğday ve pirinç istihkakları da vardır. Darüşşifalarda doğaldır ki, en önemli görev hekime aittir. Hekimlerin yetişmesi ve atanması gibi konularda belli bir hiyerarşik yetkiye sahip “*reisületıbbı*” adı verilen sarayda da görev yapan üst görevliler genellikle var olmuştur. Osmanlıda bu isimlendirmenin “*hekimbaşı*” olarak yaygınlık kazandığını görüyoruz.²²

Konya Darüşşifaları da bu meyanda zikre değer varlıklardır. Konya’da 1113 yılında Sultan Melikşah tarafından bir darüşşifanın yaptırıldığını sonrakı yıllarda, 1242 yılında bu darüşşifaya yapılan yeni vakıf kayıtlarını muhtevi vakfiyedeki atıftan anlıyoruz. Konya Darüşşifasının kadrosu ile alakalı olarak arşiv belgelerinde bazı bilgilere rastlanır: Katip, hekim-i evvel,

20 Üçer, Müjgan, “Sivas Darüssıhhası”, Hazırlayan Abdullah Kılıç, Şifahaneler, Mebkam Konevi Araştırma Merkezi, İstanbul 2015, s. 114; Kelebek, Sivas Darüşşifa Vakfiyesi, s. 135-149; Kazıcı, Ziya, Osmanlıda Vakıf Medeniyeti, İstanbul 2014, s.196.

21 Turan Osman, Selçuklular Tarihi ve Türk-İslam Medeniyeti, 10. Baskı, İstanbul 2008, s. 346.

22 Akpınar, Cemil, “Hekimbaşı”, DİA, c.XVII, s. 160 --160-161-; Osmanlı’da hekimbaşılarının listesi için bkz. Sarı, Nil, “Hekimbaşı”, DİA, c. XVII, s. 162 --161-164.

hekim-i sani, imam-ı mescid-i darüşşifa, müezzini mescid, bevvab, câbi (tahsildar), müteveli (Hacı Mehmed), müteveli-i cedit Hacı Yusuf.²³

I. Alaeddin Keykubad'ın kurucusu olduğu Konya Alaeddin Darüşşifasına da (1221) Sultan tarafından iki tabip atanmış ve ayrıca zaman içerisinde cerrah, kehhal ve hekim şâkirdi adı verilen sağlık görevlileri ile desteklendiğini görüyoruz.²⁴ Sivas Darüşşifasında olduğu gibi Konya Alaeddin Darüşşifası için vakfedilmiş birçok gelir getirici vakfı ve bu meyanda Konya ve çevresinde birçok gayrimenkulün müstağallat olarak tahsis edildiğini görmekteyiz. Tahsis edilen vakıf gelirlerinin bir düzen içerisinde harcanması da önem arz eder. Bu maksatla bir vakfiye hazırlanıp, o beldenin kadısına tescil ettirilip, darüşşifadaki resmi işlemlerin tamamı vakfiyedeki şartlar gereğince yerine getirilirdi.²⁵

Hekim seçilirken aranan niteliklere sahip olması bakımından birçok şart koşulurdu. Bu dönemde hekimler İstanbul, Bağdat, Şam ve Mısır'a giderek, ilave eğitim aldıklarını görüyoruz. Kaynaklarda bu dönemde şöhret bulmuş birçok hekimin ismi verilir.²⁶ Bilgili ve ehliyetli olmanın yanı sıra vakfiyelerde “... birçok önemli tıbbi olaya tanık olmuş, mesleklerinin en ince kural ve ilkelerini fevkalade kavramış, tıp ve hikmetin bütün sır ve inceliklerine vakıf olmuş, gördüğü tıbbi vakalarla bilgilerini geliştirmiş...” olmak şartları mevcuttur. Vakfiyelerin bu kısımlarında kendini zaman içerisinde geliştirme konusu, üzerinde vurgulanan hususlardan olmuştur. Ayrıca hekimin ahlakı ve hastalara davranışı da önem arz etmektedir. Hekimin nazik, güler yüzlü, hastanın halinden anlayan, herkese en yakın velisi gibi davranan, hastalara candan dost gözüyle bakan, insanlara karşı saygıda kusur etmeyen bir karakterde olması da aranmaktaydı. Vakfiyelerde ayrıca hekim ve görevlilerin günlük mesaisine ve hasta takibine dair de yönlendirmeler bulmak

23 Altınbaş, Ayten, “Konya Darüşşifası”, Hazırlayan Abdullah Kılıç, Selçuklu ve Osmanlı Şifa Abideleri, Şifahaneler, Mebkam Konevi Araştırma Merkezi, İstanbul 2015, s. 140-142.

24 Küçükdağ, Konya Alaeddin Darüşşifası, s. 28, 34-35.

25 Küçükdağ, Konya Alaeddin Darüşşifası, s. 33, 34.

26 Altınbaş, Ayten, “Anadolu Selçukluları ve Osmanlılar'da Tıp ve Darüşşifalar”, Hazırlayan Abdullah Kılıç, Selçuklu ve Osmanlı Şifa Abideleri, Şifahaneler, İstanbul 2015, s. 24-26; Zorlu, Süleyman Emre, Osmanlı Tıp Hukuku, Ankara 2017, s.35, 38.

mümkündür. Haseki Darüşşifası vakfiyesinde geçen ibareler bu konulara ışık tutmaktadır. “ ... Onlara (hastalara) en güzel şekilde hitap eder. Sual ve cevapta onlarla en şefkatli yolu tutar. Zira sarf olunan nice sözler vardır ki, onlar hastanın nezdinde cennet kevserinden zülâl ve selsebilden daha tatlıdır. Hastanın tatlı söze ihtiyacı daha çoktur. Hastalara şefkat ve riayet kanatlarını indirip döşer, onların üzerine inayet ve himaye kemerlerini gerer.”²⁷ Bu kurallara uymamak görevden alınmayı gerektirdiği gibi, vakfiyelerde “... bu şartlara uymayan hekimin bu hizmet karşılığında almış olduğu ücret, dünyada kursağında kalsın ve ona haram olsun, ahirette de en şiddetli azaba düşer olsun” şeklinde önemli maddi ve manevi uyarılar da vardır.

Hekimler dışında sağlık hizmeti ile görevli olarak darüşşifalarda hastabakıcılık görevini yürüten “kayyum” adı verilen görevliler ve ilaç hazırlayıcılar da bulunmaktaydı. Bunların şartları da hekimlere benzer şekilde vakfiyelerde düzenlenmiş olduğunu görmekteyiz. Darüşşifaların diğer görevlileri de yapılan işin mahiyeti bakımından fikir vermektedir. Bunlar; Karpıcı (bevvab), aşçı (tabbah), yemek servisi yapanlar (kâse-keş), temizlikçi (ferraş), çamaşırcı (câmeşuy), hamam görevlileri ve ayrıca muhtaç hastaların kişisel temizlik ve yardımı ile ilgilenen âbriziler zikredilebilir. Bunlar gerektiğinde hastalara idrar kabı koyarlardı.

16. Yüzyıldan sonra bulaşıcı hastalık olan bölgeden havası daha temiz bölgelere intikalin cevazıyla ilgili fetvalar verilmiş ve de salgından kaçarak görevini yerine getirmeyen kamu görevlilerine de ta’zir ve azil cezaları verilmiştir.²⁸ Hatta bu meyanda var olan bazı naslardan mülhem olarak izolasyon ve karantina kuralları ile hasta ve diğer insanların hareketliliğine kısıtlamalar getirilmiştir. 1812 tarihli veba salgınında günlük ölenlerin sayısı nüfusa göre yüksek sayılabilecek şekilde 850-900 arasında cerayan etmiş, hatta bir ara 3 bin rakamını bulmuştur. Bu durumda da temizlik, hijyen, hastalıklı bölgeden uzak durma ve hastanın izole edilmesi gibi konularda bugünküne benzer tedbirlere başvurulduğu görülmüştür.²⁹ İslam medeniyeti içinde

27 Songur/Saygın, Şifahaneden Hastaneye, s. 202, 207.

28 Varlık, Nühket, “Tâun”, DİA, c. XXXX, s.177.

29 Beyhan, Mehmet Ali, “1811-1812 İstanbul Veba Salgını, Etkileri ve Alınan Tedbirler”, 1. Uluslararası Türk Tıp Tarihi Kongresi, 10. Ulusal Türk Tıp Tarihi Kongresi

geliştirilmiş ve “sağlıklı yaşam kuralları” denebilecek altı genel kurala temas etmek bugün içinde bulunulan durumla alakalı da ufuk açıcı mahiyettedir. *Esbâb-ı Sitte-i Zaruriyye* de denilen bu altı temel kuralın temas ettiği konular şu noktalarda odaklanmıştır. 1. Hava ve onunla ilgili konular, 2. Yemek-içmek, 3. Spor, hareket, hareketsizlik, 4. Duyguların sağlığa etkisi, 5. Uyku ve onunla ilgili kurallar, 6. Vücutta kalıp atılamayan maddelerden kurtulmak için yapılacaklar. Ayrıca hekimler hastalığı bedeninin kendi savunma mekanizmasını geliştirmeye çalışırlar ve bunun için *tiryak* adı verilen bağışıklık sistemini güçlendirecek ilaçlar hazırlarlardı.³⁰

IV. SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Günümüzde yaşanan virüs salgınına İslam ve Türk hukuk tarihi perspektifinden bakıldığında, görüldüğü gibi darüşşifaların önemli fonksiyonlar icra ettiğini görürüz. İslam tarihinde konuya dair nas mesabesinde çeşitli tedbirlerin ön görüldüğünü biliyoruz.³¹ Hz. Ömer’e Şam’da veba çıktığı haberi verilince vebanın olduğu yere gitmemiş, kendisine, “Allah’ın kaderinden mi kaçırıyorsun?” sorusuna Allah’ın kaderinden yine O’nun kaderine sığındığını cevabını vermiştir. (*Buhâri, Tıb 30; Müslim, Selâm 98-100*) Salgın olan yere yaklaşmamak ve salgın olan yeri terk etmemek, benzerleri bugün de görülen kurallara çok benzemektedir. Bulaşıcı hastalık olan bölgeden havası daha temiz bölgelere intikal tecviz edildiği gibi, salgından kaçarak görevini yerine getirmeyen kamu görevlilerine ta’zir ve azil cezaları da verilmiştir.

Darüşşifaların kuruluş ve işleyişlerinde vakıf medeniyetinin çok derin izleri görülür. Birçok alanda kamu hizmeti yerine getiren vakıflar,

Bildiri Kitabı, 20-24 Mayıs 2008, Ed. Prof. Ayşegül Demirhan Erdemir, Prof. Dr. Öztan Öncel, Prof. Dr. Yusuf Küçükdağ, Yard. Doç Dr. Berrin Okka, Dr. Sezer Erer, c. II, s. 1032-1033.

30 Altınbaş, Ayten, “Anadolu Selçukluları ve Osmanlılar’da Tıp ve Darüşşifalar”, Hazırlayan Abdullah Kılıç, Selçuklu ve Osmanlı Şifa Abideleri, Şifahaneler, Mebkam Konevi Araştırma Merkezi, İstanbul 2015, s. 29, 35; Yılmaz, Coşgun /Yılmaz, Necdet, “Osmanlı Hastahane Yönetmelikleri: Vakfiyelerde Osmanlı Dârüşşifaları”, Osmanlılarda Sağlık Health in The Ottomans I, Ed. Dr. Coşgun Yılmaz- Dr. Necdet Yılmaz, İstanbul 2006, s.42.

31 Varlık, Nükhet, “Tâun”, DİA, c. XXXX, s. 175.

sağlık alanında özellikle devletin önemli ölçüde yükünü almışlardır. Sürdürülebilirlikleri de vakıf gelirleri ile sağlanmıştır. Vakıf hukukunda kuruluş ana statüsü olan vakfiyelerde vakfın kurucusunun iradesi çok önemli yer tutar. Bu vakfiyelerde özellikle gelir, gider ve harcama usulleri tespit edilmiştir. Darüşşifaların işletilmesi için gereken kaynağın tedariki bakımından han, hamam, ürün veren arazi işletmeleri türündeki gelir getirici müsteğallat ve müsakkafat belirtilir. Sonraki dönemlerde de vakıf kurucusu yahut başkalarının bu amaçla vakıf yoluyla bağış tasarrufunda bulunmaları hep görülmüştür.

Hastanenin düzeni ve işletilmesinden esasen müteveli sorumlu olup, bu şahıs vakıf kurucusunun güvendiği ve işin ehli bir kimse olmak durumundadır. Müteveli ayrıca hastalıkların teşhisi ve tedavisi konusunda gereken idari tedbirleri almakla da yükümlüdür. Bunlar yapılmadığında vakfın amacına uygun davranılmış olmaz. Mütevelinin ve diğer görevlilerin azil ve tazminat sorumluluğu ile muhatap olmasını gerektirebilir. Müteveliyi azilden bağışık tutan şartlar geçerli olmaz. Tevliyet geçerli, şart geçersiz halde görülür.³² Konunun vakıf darüşşifa ilişkisini ortaya koymak bakımından vakfiyelerin en temel hukuki belgeler olduğunun altı çizilmesi gerekir. Güncel *pandemi* döneminde sağlık alanındaki başarımızın temelinde toplumsal hafızamızdaki vakıf medeniyetimizin izlerini görmek mümkündür.

32 Akman, Ahmet, Eski Vakıflar Hukuku ve İdaresi, s. 196, 198.

KAYNAKÇA

Akman, Ahmet, Eski Vakıflar Hukuku ve İdaresi, Ankara 2019.

Akpınar, Cemil, "Hekimbaşı", DİA, c. XVII, s. 160-161.

Altınbaş, Ayten, "Anadolu Selçukluları ve Osmanlılar'da Tıp ve Darüşşifalar", Hazırlayan Abdullah Kılıç, Selçuklu ve Osmanlı Şifa Abideleri, Şifahaneler, Mebkam Konevi Araştırma Merkezi, İstanbul 2015, s. 21-60.

Altınbaş, Ayten, "Konya Darüşşifası", Hazırlayan Abdullah Kılıç, Selçuklu ve Osmanlı Şifa Abideleri, Şifahaneler, Mebkam Konevi Araştırma Merkezi, İstanbul 2015, s. 137-144.

Aykanat, Mehmet, Osmanlı Sosyal Güvenlik Hukuku, Ankara 2016.

Beyhan, Mehmet Ali, "1811-1812 İstanbul Veba Salgını, Etkileri ve Alınan Tedbirler", 1. Uluslararası Türk Tıp Tarihi Kongresi, 10. Ulusal Türk Tıp Tarihi Kongresi Bildiri Kitabı, 20-24 Mayıs 2008, Ed. Prof. Ayşegül Demirhan Erdemir, Prof. Dr. Öztan Öncel, Prof. Dr. Yusuf Küçükdağ, Yard. Doç Dr. Berrin Okka, Dr. Sezer Erer, c.II, s. 1029-1037.

Cunbur, Müjgan, "Selçuklu Ve Osmanlı Devirlerinde Kadınların Kurdukları Şifahaneler", Erdem, Mayıs 1987, c. 3, sy. 8, s. 341-348.

Demirel, Ömer, Osmanlı Vakıf Şehir İlişkisine Bir Örnek: Sivas Şehir Hayatında Vakıfların Rolü, Türk Tarih Kurumu, Ankara 2000.

Dündar, Munis/Emekli, Rabia/Şener, Elif, "Anadolu'daki Tıbbın Doğuşu, Dünya'daki İlk Tıp Okulu Olarak Gevher Nesibe Tıp Medresesi Ve Darüşşifası", Bilimname, XXXIX, 2019/3, s. 79-103.

Erdem, Aydın, "Anadoludaki Ticaret Yolları ve Selçuklu Sağlık Hizmetleri", Yeni Tıp Tarihi Araştırmaları, yıl 1996, sy. 2-3, s. 164-175.

Genç, Mehmet, "Klasik Osmanlı Sosyal-İktisadi Sistemi ve Vakıflar", Vakıflar Dergisi, Aralık 2014, sy. 42, s. 9-18.

Kazıcı, Ziya, Osmanlıda Vakıf Medeniyeti, İstanbul 2014.

Kelebek, Mustafa, İslam Vakıf Hukuku ve Sivas Darüşşifası Vakfiyesi, İstanbul 2015.

Kemaloğlu, Muhammet, "XI.-XIII. Yüzyıl Türkiye Selçuklu Devletinde Dârüşşifalar", Hikmet Yurdu, Düşünce-Yorum Sosyal Bilimler Araştırma Dergisi, Cilt 7, Sayı 13 (2014): Ocak –Haziran 2014/1, s.289-301.

Kozak, İ., Erol, Bir Sosyal Siyaset Müessesesi Olarak Vakıflar, İstanbul 1985.

Kurt, Yılmaz, „Tarihçilerin Kutbu Halil inalcık'ın Gözüyle Vakıf Kurumu“, VD, Ankara 2016, sy. 46, s. 189-193.

Küçükdağ, Yusuf, Konya Alaeddin Darüşşifası, Konya 2008.

Onar, Sıddık Sami, „Bayındırlık, Yardım, Belediye (Komün), İşleri ve Bu İşlerdeki Rollerini Bakımından Osmanlı Vakıfları“, s. 313-333 (Özay, İl Han, Gün Işığında Yönetim, Filiz Kitapevi, İstanbul 2004.

Sarı, Nil, “Hekimbaşı”, DİA, c. XVII, s. 161-164.

Songur, Haluk/Saygın, Tuba, “Şifahaneler Hastaneye” Sağlık Kuruluşlarının Değişimine Genel Bir Bakış, Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi Yıl: 2014/1, Sayı:19, s. 199-212.

Şahin, Kamil, “Konya Kadı İzzeddin Maristan-I Atik (Hastahanesi) Ve Sultan Alâddin Keykubat Dârussıfâsı, Vakıflar Dergisi, 30 (2007), s. 101-116.

Şeker, Mehmet, İslâm'da Sosyal Dayanışma Müesseseleri, Ankara 1991.

Terzioğlu, Arslan, “Bimaristan”, DİA, c. VI, s.163-178.

Turan Osman, Selçuklular Tarihi ve Türk-İslam Medeniyeti, 10. Baskı, İstanbul 2008.

Üçer, Müjgan, “Sivas Darüssıhhası”, Hazırlayan Abdullah Kılıç, Şifahaneler, Mebkam Konevi Araştırma Merkezi, İstanbul 2015, s. 99-118.

Ünver, A. Süheyl, “Büyük Selçuklu İmparatorluğunda Vakıf Hastanelerin Bir Kısımına Dair”, Vakıflar Dergisi, sy. 1, 1938, s. 17-23.

Varlık, Nühket, “Tâun”, DİA, c. XXXX, s.175-177.

Yılmaz, Coşgun /Yılmaz, Necdet, “Osmanlı Hastahane Yönetmelikleri: Vakfiyelerde Osmanlı Dârüşşifâları”, Osmanlılarda Sağlık Health in The Ottomans I, Ed. Dr. Coşgun Yılmaz- Dr. Necdet Yılmaz, İstanbul 2006, s. 41-63.

Yılmaz, Yasin, “Kanuni Dönemi Sağlık Hizmetleri ve Bunlara Vakıfların Katkısı”, 2009 Vakıf Medeniyeti Sağlık Yılı, VGM Yay., s.100 - 115.

Zorlu, Süleyman Emre, Osmanlı Tıp Hukuku, Ankara 2017.

RAPID ACCESS TO COVID-19 PHARMACEUTICALS VIA COMPULSORY LICENSE*

Av. Dr. Mustafa Erdoğan**

Abstract

While the coronavirus disease (COVID-19) pandemic continues, governments and the pharma companies have begun assessing the possibility of developing medical countermeasures such as vaccines, antiviral treatments to improve patient recovery rates and contain the virus's spread. No vaccine to protect against the virus nor have adequate antiviral treatments hitherto been registered for the indication. However it is very hopeful that many research groups around the world have accelerated their respected analysis and studies with governments' and pharma companies' contributions. It is believed that the studies and analysis will have been completed successfully in a very near future then the world will meet with an expected medical countermeasures. Nevertheless some governments will be able to express concern about access to or the affordability of the potential countermeasures.

If an entity already holds a patent on a medical countermeasure, the patent owner is granted the exclusive right for a limited period of time to prevent third parties not having the owner's consent from making, using, offering for sale, or selling the patented invention. These exclusive rights are, at the same time, called as 'the monopoly rights granted by patents'. Therefore as mentioned above some governments fear for not accessing to or affording of the medical countermeasures due to the monopoly rights. Nonetheless the monopoly rights can be pierced by third parties in some circumstances provided as a 'limited exceptions to the exclusive rights' and

* This Paper was presented in English.

** Istanbul Bar Association

as an ‘other use without authorization of the right holder’. Hence if a medical countermeasure that could be used to treat the coronavirus disease pandemic is in question, in some circumstances third parties will not be able to be required by the patent holder to allow their selves to use the patent in order to meet supply needs, such unauthorized use is generally referred to as a compulsory license.

Compulsory licensing enables a government or competent authority to license the use of an invention to a third party or government agency without the consent of the patent-holder in order to prevent the abuses which might result from the exercise of the exclusive rights conferred by the patent. As mentioned above, according to the World Trade Organization (WTO) Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS), which requires WTO Members to provide a minimum level of IP protection, the law of WTO Members shall use the subject matter of a patent without the authorization of the right holder. Article 31 of the TRIPS Agreement regulates some conditions in order to be granted of compulsory licenses. However applications for these conditions tend third parties to negotiate with the patent owner for voluntary license and payment of the remuneration to the patent owner. In 2001, WTO Members adopted Ministerial Declaration at the WTO Ministerial Conference in Doha to simplify the usage of patented pharmaceuticals without any consent of the patent holder while taking measures to protect public health. Therefore when a national emergency or other circumstances of extreme urgency in question, WTO Members have right to grant compulsory licenses without any negotiations with the patented pharmaceuticals’ owners in order to fasten the process. Further the Declaration has also bestowed a right to the Members to determine what constitutes a national emergency and circumstances of extreme urgency.

As mentioned at the beginning the coronavirus diseases pandemic has been spreading all over the world. When the World Health Organization declared coronavirus as a pandemic during mid-March, the pandemic constitutes a national emergency. Therefore compulsory licensing procedure will promote the Members to access to Covid-19 medical countermeasures

by relying on the TRIPS Agreement and its ancillary Declaration. Consequently medical countermeasures for the prevention and treatment of Covid-19 pandemic will become global public goods.

Key Words: Patent law, compulsory license, World Trade Organization (WTO), Agreement on Trade- Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS), Doha Declaration, public health, national emergency.

Özet

Coronavirüs salgını (COVID-19) devam ederken, hükümetler ve ilaç şirketleri iyileşenlerin sayısını artırmak ve virüsün yayılmasını kontrol altına almak için aşı, virüs önleyici tedaviler gibi gelişen medikal karşı tedbirlerin ihtimalini değerlendirmeye başladılar. Fakat endikasyon için günümüze kadar ne virüse karşı koruyucu aşı ne de yeterli virüs önleyici tedaviler tes-cil edilebilmiştir. Fakat şu çok ümit vericidir ki dünya çapında birçok araştırma grupları hükümetlerin ve ilaç şirketlerinin katkılarıyla değerli analiz ve çalışmalarını artırmıştır. Çalışmalar ve analizler çok yakın zamanda başarılı bir şekilde sona erdirileceğine ve dünya beklenen medikal karşı tedavisine kavuşacağına inanılmaktadır. Ancak bazı hükümetler muhtemel medikal karşı tedavilere ulaşmakta veya satın alınabilirlik konusunda endişe yaşamaktadırlar.

Eğer bir varlık medikal karşı tedavi konusunda patent korumasındaysa, patent sahibinin üçüncü kişilerin kendisinin izni olmadan patentli varlığı kullanma, satılığa çıkarma veya satmalarını önlemek için belirli bir zamanla sınırlı olarak münhasır hakkı bulunmaktadır. Söz konusu münhasır haklar aynı zamanda patent tarafından sağlanan tekel hakkı olarak da ifade edilmektedir. Bu sebeple yukarıda da belirtildiği üzere bazı hükümetler söz konusu tekel haklarından dolayı medikal karşı tedbirlere ulaşma veya satın alma konularında korku yaşamaktadırlar. Fakat münhasır hakların bazı istisnaları ve hak sahibinin rızası olmadan diğer kullanımlar olarak da belirlenen bazı şartlar altında tekel hakları üçüncü kişiler tarafından delinebilmektedir. Bu sebeple eğer coronavirüs hastalığı salgınını tedavi eden bir medikal karşı tedbir söz konusu ise, bazı durumlarda üçüncü kişilerin

ihtiyaçları karşılamak için patent sahibinden kendilerine patentli varlığın kullanımı konusunda izin vermesini istemesi gerekmemektedir, söz konusu yetkisiz kullanım zorunlu lisans olarak ifade edilmektedir.

Zorunlu lisans ile hükümetler veya yetkili otoriteler, üçüncü kişilere veya hükümetlere patent tarafından sağlanan münhasır hakkın kullanımının sonucu olarak ortaya çıkan istismarları (tekel) önlemek için patent sahibinin izni olmadan buluşun kullanımı ile ilgili lisans vermektedir. Yukarıda da belirtildiği üzere, Dünya Ticaret Örgütü (DTÖ)'nün Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Anlaşması (TRIPS)'na göre ki bu anlaşma üyelerden asgari düzeyde fikri mülkiyet korumasının düzenlenmesini istemektedir, DTÖ üyelerinin herhangi bir yetkilendirme olmadan patent konusunu kullanabilecektir. Nitekim TRIPS 31. maddesi bazı şartlarla zorunlu lisansın verileceğini düzenlemektedir. Fakat söz konusu maddelere başvuru, üçüncü kişileri patent sahibi ile görüşme ile ihtiyari lisansa ve belirli miktarlarda tazminat ödemeye yönlendirmektedir. 2001 yılında, DTÖ üyeleri Doha'da düzenlenen Bakanlar Konferansında kabul edilen Bakanlık Deklarasyonu patentli ilaçların, kamu sağlığını koruma amaçlı önlemler almak amacıyla patent sahibinin izni olmadan kullanımını kolaylaştırmaktadır. Bu sebeple ulusal acil bir durum veya aciliyet gereken diğer durumların söz konusu olması halinde, DTÖ üye ülkelere işlemleri hızlandırmak için patentli ilaç sahibi ile herhangi bir görüşme yapmadan zorunlu lisans verebilmektedir. İlave olarak Deklarasyon ayrıca kamu sağlığı veya ulusal acil durumun ne olduğunun tanımlanması konusunda üyelere hak tanımaktadır.

Başlangıçta da belirtildiği üzere coronavirus hastalığı salgını bütün dünyada yayılmaya devam etmektedir. Dünya Sağlık Örgütü tarafından mart ortalarında salgın olarak kabul edildiğinde, söz konusu salgın ulusal aciliyet gerektiren durum halini almıştır. Bu sebeple zorunlu lisans prosedürü üyelerin TRIPS Anlaşmasına ve bağlantılı Deklarasyona uygun bir şekilde Covid 19 medikal karşı tedbirlerine ulaşmalarını sağlayacaktır. Sonuç olarak Covid-19 salgını önleyici ve tedavi edici medikal karşı tedbirler, küresel kamu malı haline gelecektir.

Anahtar Kelimeler: Patent hukuku, zorunlu lisans, Dünya Ticaret Örgütü (DTO), Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Anlaşması (TRIPS), Doha Deklarasyonu, kamu sağlığı, ulusal aciliyet gerektiren durum.

I. Introduction

“WHO has been assessing this outbreak around the clock and we are deeply concerned both by the alarming levels of spread and severity, and by the alarming levels of inaction.” said Tedros Adhanom Ghebreyesus, WHO’s director-general. Therefore it is called as pandemic which leads to unnecessary suffering and death on mid-march and announced the official name of the disease as Covid-19. After the announcement of Covid-19, the world unfortunately meet with novel virus that has infected humans and caused respiratory disease that range from common colds to deaths all over the universe. Until the Covid-19 virus was first detected, the most well-known case of a coronavirus epidemic was Severe Acute Respiratory Syndrome (SARS), which spread 26 countries and resulted in more than 8.000 cases and 774 deaths after being identified in China in 2002.¹ However in a few weeks, new coronavirus namely Covid-19 has started to affect Italy (173 cases), Spain (15 cases), France (12 cases), United Kingdom (18 cases) and many other countries while being seen more than 5,000 cases in a single day in China.² In order to prevent transmitting of disease, as a primary steps, governments keep their citizens under lock down, shut all schools, restaurants, cafe and bars and non-essential supermarkets down. At the same time some countries such as Turkey has started to delivery free face masks and medical supplies not only to its citizens but also more than 50 countries including Italy, Spain, the United Kingdom, China and the United

-
- 1 The World Health Organization, ‘Disease Information- SARS (Severe Acute Respiratory Syndrome)’ (WHO, No Date) <<https://www.who.int/ith/diseases/sars/en/>> accessed 12 May 2020
 - 2 Statista, ‘Number of coronavirus (COVID-19) deaths in Europe since February 2020 (as of May 8, 2020), by country and date of report’ (Statista, 8 May 2020) <<https://www.statista.com/statistics/1102288/coronavirus-deaths-development-europe/>> accessed 12 May 2020

States.³ However as Dr Macciocchi, a lecturer in immunology at the University of Sussex, stated even all people are locked down for this period, it will not enough for Covid-19 to be over, it will only reduce the spread.⁴ The only way to mitigate pandemic risks and decrease disease is vaccine or antiviral treatments.⁵

Recently, there is no vaccine to protect against the virus nor are there effective pharmaceutical treatments registered for the indication. However governments and the pharma companies have begun assessing the possibility of developing medical countermeasures such as vaccines, antiviral treatments to improve patient recovery rates and contain the virus's spread. "*We need to develop a vaccine, we need to produce it and to deploy it in every single corner of the world, and make it available at affordable prices.*" said European Commission president Ursula von der Leyen at the joint press conference with a number of world leaders on 24 April.⁶ At the same conference all leaders committed to provide *equitable global access to innovative tools for COVID-19 for all*. However, deficiencies of national health systems, divergent political relationships and benefits, restrictions of importations for embargoed countries may cause lower income

3 Dominic Evans, et al, 'Turkey flies medical aid to coronavirus-stricken U.S.' *Reuters* (Ankara, 28 April 2020) <<https://www.reuters.com/article/us-health-coronavirus-turkey-usa/turkey-flies-medical-aid-to-coronavirus-stricken-u-s-idUSKC-N22A1C5>> accessed 12 May 2020

4 Sophie Gallagher, 'If anyone tells you a date they're using a crystal ball: When can we really expect coronavirus to end?' *Independent* (London, 1 June 2020) <<https://www.independent.co.uk/life-style/health-and-families/coronavirus-when-will-it-end-date-outbreak-stop-a9414196.html>> accessed 1 June 2020

5 Hunter, Kaitlin, et al, 'CoronaCare for Everyone: A Comprehensive Plan to Rescue Health Care' *Third Way* (London, 6 April 2020) <<https://www.thirdway.org/memo/coronacare-for-everyone-a-comprehensive-plan-to-rescue-health-care>> accessed 06 May 2020; The Council of Economic Advisors, *Mitigating the Impact of Pandemic Influenza through Vaccine Innovation*, (the Executive Office of the President of the US, 2019) <<https://www.whitehouse.gov/wp-content/uploads/2019/09/Mitigating-the-Impact-of-Pandemic-Influenza-through-Vaccine-Innovation.pdf>> accessed 3 May 2020

6 European Commission, *Von der Leyen announces Global Response and calls for united world front against coronavirus* (Announcement, 24 April 2020) available <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/AC_20_749> accessed 12 May 2020

countries to fall behind the rest and more loss of lives in such countries. In addition, patented medical countermeasures grant their owners the exclusive right for a limited period of time to prevent third parties not having the owner's consent from making, using, offering for sale, or selling the patented invention, called as 'the monopoly rights granted by patents', set out in the WTO Agreement on TradeRelated Aspects of Intellectual Property Rights ("TRIPS"). Therefore the legal way for all countries to easy access to registered Covid-19 pharmaceuticals without the monopoly rights granted by patents, production capacity, highly financial demands or reimbursements is worth considered.

The TRIPS Agreement has not kept quiet and responds to the concerns of countries about the obstacles mentioned above while allowing member countries to implement certain limited exceptions to exclusive right granted by patent to authorize use of the patented products without the owner's consent under some specific conditions, a legal way known as a 'compulsory licensing'. However it is worth considering that compulsory licenses are only intended as an option of last resort in extraordinary circumstances.⁷ Article 31 of the Agreement proposes a number of conditions for the granting of compulsory licenses, such as the need to demonstrate prior negotiations with the patent owner for a voluntary license, the payment of adequate remuneration to the patent holder, the review of the validity of the authorization by a distinct higher authority or judicial authorities. However, these conditions can be waived only in the event of a "national emergency" or other extremely urgent circumstance. Even if a compulsory license is granted in the event of an emergency, the right holder must be informed as soon as reasonably practice.⁸ In order to prevent TRIPS Agreement related to WTO Members from taking measures to protect public health, Declaration on the Trips Agreement and Public Health (The Doha Declaration) has been implemented. The Declaration provides the discretion to national governments in discerning when a crisis reaches the level of

7 Manisha A. Desai, 'Compulsory licensing: Procedural requirements under the TRIPS agreement' [2016] 18 PPL 32

8 TRIPS Agreement 1995, s. 31(f).

national emergency without limitation to certain diseases, thereby allowing the issuance of compulsory licenses.⁹

Yet uncertainties in pharmaceuticals, the Covid-19 pandemic has undoubtedly become a case of extreme urgency. Hence some countries have begun to adopt extraordinary measures to ease the conditions governing the use of compulsory licenses.¹⁰ At the same time WHO Director-General has provided his support for the establishment of open access or licensing on reasonable terms for all countries regarding vaccines and similar countermeasures used against Covid-19.¹¹ The aim of this paper is to critically analyze justifiable usage of the patented pharmaceuticals by governments or pharma companies without the consent of the owner during the Covid-19 pandemic. In order to this aim, the paper develops as follows: Firstly, it sets out the articles of the TRIPS Agreement related to pharmaceuticals and its patent protection. Secondly, as an exception of patented pharmaceutical's protection, the scope of compulsory licensing system is evaluated by discussing its importance and usage in the past. Importance of the Doha Declaration is also assessed as a sole remedy for countries to issue compulsory licensing during national emergency. Then the role of compulsory in the recent Covid-19 pandemic is discussed in the scope of patent system.

9 Doha Declaration 2001, s. 5(c).

10 Chile has implemented 'Resolution for the Granting of Non-Voluntary Licenses Referred to in Article 51 N. 2 Of Industrial Property Law N. 19.030 to Facilitate Access and Availability of Medicines and Technologies for the Prevention, Treatment and Cure of Coronavirus Covid-19' into its law system. <<https://www.keionline.org/chilean-covid-resolution>> accessed 13 May 2020; Similarly Israel legislated compulsory licenses related to lopinavir/ ritonavir (brand name Kaletra), which is an HIV medicine being tested, including in combination with other products, for effectiveness in the treatment of Covid-19; Similarly Ecuador has implemented new legislation into article 510 of the Código Ingenios. Luis Gil Abinader, Legislative Committee in Ecuador approves resolution on compulsory licensing of patents relating to the coronavirus, <<https://www.keionline.org/32429>> accessed 13 May 2020

11 World Health Organization, *WHO Director-General's opening remarks at the media briefing on COVID-19* (6 April 2020) <<https://www.who.int/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---6-april-2020>> accessed 13 May 2020.

II. Patent Protection of Pharmaceuticals

The cost of introducing a new drug into the market may amount a company anywhere between \$ 300 million to \$1billion along with all the associated risks at the developmental stage.¹² However, estimated pandemic vaccine will cost \$2 billion to \$3.7 billion.¹³ Therefore spending high cost of either finding or developing new vaccines and their lower costs of reproduction should provide some protection to owner of new vaccine in order to prevent misuse and unauthorized practice. Otherwise misuse offer pharmaceuticals at lower price to all and pharma companies may come across substantial losses though funding billions dollars as mentioned. Therefore lacking in legal protection, no pharma company will like to risk its pharmaceuticals becoming a public goods without sufficient profit.

In order to provide a legal protection for intellectual properties, especially “*the establishment of a multilateral framework of disciplines for trade in services and for the protection of trade-related intellectual property rights ...*”, the WTO created a framework whereby nations participating in the Trade- Related Aspects of Intellectual Property Rights (“TRIPS”) Agreement.¹⁴ According to the time periods settled in the Agreement, all members of WTO are needed to comply with these standards by implementing into their legislation. Any failure to give these standards effect in their legislation or comply with these standards determined in the Agreement may stand the failed member on trial under the dispute settlement system, which may cause in trade sanctions by the WTO. Unlike other treaties of

12 Chandra Nath Saha, Sanjib Bhattacharya. ‘Intellectual property rights: An overview and implications in pharmaceutical industry’ [2011] (Apr-Jun), Vol 2 (2) JAPT & R 91.

13 John-Arne Røttingen, et al. ‘Estimating the cost of vaccine development against epidemic infectious diseases: a cost minimisation study’ [2018] LGH 1392; Jillian Deutsch, ‘Coronavirus vaccine could cost more than Europe’s willing to pay’ *Politico* (22 April 2020) <<https://www.politico.eu/article/whos-going-to-pay-the-bill-to-create-a-vaccine/>> accessed 15 May 2020.

14 Jacob A. Lewis, ‘Compulsory Licensing: Monster or Myth?’ [2014] 82(4) KCLR 1055.

its kind, the TRIPS Agreement solely regulates intellectual property protection as applied to WTO members.¹⁵

The TRIPS Agreement set minimum standards for the shield and enforcement of intellectual property rights, comprising patents, trademarks, copyrights and etc. According to article 27 of the Agreement, member states are required to provide a patent protection “*for any inventions, whether products or processes, in all fields of technology, provided they are new, involve an inventive step and are capable of industrial application*”. In addition, the Agreement does not bring a limitation for patents by stating that “*patents shall be available and patent rights enjoyable without discrimination as to the place of invention, the field of technology and whether products are imported or locally produced.*”¹⁶ As seen that the provision requires WTO members to provide patent protection not only for pharmaceuticals but also process of manufacture.

Patent protection plays a significant role in preventing unauthorized persons from using the patented process and from making, using, offering for sale, or importing the patented product or a product obtained directly by the patented process. The main reason behind the patent protection of pharmaceuticals is that as mentioned above pharma companies invest millions of dollars to produce a new vaccine or pharmaceuticals so they need to be sure of sufficient precautions to protect their investments.¹⁷ Therefore due to the need for protect new vaccine from unauthorized use or benefit, the companies spent billions for research, development and test apply for the protection of patent. By patent protection for pharmaceuticals, the companies may easily profit their pharmaceuticals by manufacturing and selling them. Hence as an economic result of patent protection, the companies may profit from their innovations in a long period without interference by anyone and recoup their expensive research and development costs in

15 Christopher K. Eppich, ‘Patenting Dilemma: Drugs for Profit Versus Drugs for Health’ [2002] 43(1) SCLR 296.

16 TRIPS Agreement 1995, s. 27(1).

17 Caroline Manne, ‘Pharmaceutical Patent Protection and TRIPS: The Countries that Cried Wolf and Why Defining “National Emergency” Will Save Them From Themselves’ [2010] 42 GWILR 354; Lewis (n 14) 1068.

the financially demanding pharmaceutical industry.¹⁸ The economic importance of patent protection of pharmaceuticals is also stated by former WTO Director-General Mike Moore about patent protection of pharmaceuticals that “*a patent system that rewards companies for risking millions on research, anti-AIDS drugs would not exist*”.¹⁹

The need for this level of patent protection for pharmaceuticals is not only providing financial support but also encouraging pharma companies for developing new drugs.²⁰ Because as mentioned in the Agreement a patent may grant the patent owner a right to exclude others from practicing the process which the owner found or developed. Therefore if no patent protection available, inventions or developments may be kept secret and be unable to go beyond contract between the inventor and the state. The essence of the pharmaceutical patent protection is also stated as “*..., intellectual property rights play a singularly important role in promoting development and availability of new products to treat diseases. Intellectual property rights are essential for turning ideas into candidates, turning candidates into safe and effective products, and for delivering products into the market.*”²¹

All these protections provide the exclusive right the owner of the patented pharmaceuticals. According to article 28 of the TRIPs Agreement, the patent owner is granted the exclusive right for a limited period of time

18 It is asserted that pharmaceutical companies may recover the investment they had made within the first eighteen months of bringing a pharmaceutical to market; Donald W. Light & Rebecca Warburton, ‘Demythologizing the High Costs of Pharmaceutical Research’ [2011] 6 Biosocieties 34,35.

19 Mike Moore, ‘International Herald Tribune- Yes, Drugs for the Poor — and Patents as Well’ (22 February 2001) <https://www.wto.org/english/news_e/news01_e/tn_dg_iht_feb2001_e.htm> accessed 16 May 2020.

20 Arnaldo Lacayo, ‘Seeking a Balance: International Pharmaceutical Patent Protection, Public Health Crises, and the Emerging Threat of Bio-Terrorism’ [2002] 33 2/3 TUMIALR 301.

21 Richard Wilder, ‘Market Segmentation: Techniques, Actors and Incentives - The use of Intellectual Property Rights’ Presentation at the Workshop on Differential Pricing and Finance of Essential Drugs Hosted by the World Health Organization and World Trade Organization (Apr. 8-11, 2001), <https://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/hosbjor_presentations_e/28wilder_e.pdf> accessed 16 May 2020; Lacayo, 302.

to prevent third parties not having the owner's consent from making, using, offering for sale, or selling the patented invention. These exclusive rights are, at the same time, called as 'the monopoly rights granted by patents'. The term of monopoly or protection provided expires no earlier than twenty years from the date of filing patent application. During the monopoly period, the patent owner of pharmaceutical can manufacture the pharmaceuticals and determine the price without fear of competition. For instance the pharmaceutical is compulsory for an individual to survive and be healthy, the companies usually bear high prices.²² The monopoly on the patented pharmaceuticals is worth considering for pharma companies in order them to gain adequate safeguards to protect their pharmaceuticals which is invested the millions of dollars required to produce or develop a medicine. Therefore no pharma company invest the amount required to develop and find a new medicine without the monopoly rights granted by patents. Nevertheless in some circumstances, such as public health in question, it is needed to weaken the restrictive effect of exclusive rights or monopoly on pharmaceuticals and provide a balance between the patent owner's interest and those the public in the diffusion of knowledge and access to, and affordability of the pharmaceuticals. Therefore by lessening the effect of monopoly, it becomes pharmaceuticals accessible and low price in a limited term. As compulsory needs for lower income countries to attain pharmaceuticals readily at a low price, the TRIPS Agreement contains several permissible exceptions on the exclusive rights, by allowing states to issue compulsory licenses. During the Covid-19 period, interest in the compulsory licensing of new expected vaccine has been steadily growing regardless of a state's income level.

III. Compulsory Licensing

As a result of the monopoly rights, pharmaceutical companies strictly enforce pharmaceutical patents to charge outrageous prices that low income individual or countries cannot afford. In other words the monopoly

22 A. Hill, et al. 'Minimum costs for producing Hepatitis C direct-acting antivirals for use in large-scale treatment access programs in developing countries' [2014] 58 (7) CID 928.

rights leave the price of pharmaceuticals' prices to pharma companies' own discretion. Therefore under monopoly protection the companies demand their pharmaceuticals to be treated as off-limits private profiteering rather than public good.²³ Nonetheless in some circumstances such as public health concerns or pandemics patent protection or the monopoly granted by patent may be ruled out in order to save lives of the global community. Therefore it may be stated that the monopoly or profit of pharma companies is not subordinate to public health concerns. In other words patent protection does not prevail any lifesaving pharmaceuticals, such as a Covid-19 vaccine.

In addition to the obligations relating to patent protection described above, The TRIPS Agreement contains exceptions to the provisions requiring patent protection, known as flexibilities, in order to reduce the adverse effects of patent protection and safeguard public interest. According to the article 31 of the Agreement, described as "*other use without authorization of the right holder*", the law of a Member of WTO is needed to allow for other use of the subject matter of a patented pharmaceutical without the authorization of the right holder, containing use by the government or third parties. Therefore the Agreement allows member governments to issue compulsory licensing. In such type of licensing governments allow any one or company to produce or develop the patented product without the consent of the patent's owner by reducing the negative effects of patents on price and accessibility. Hence when the governments issue compulsory licenses, the price of pharmaceutical comes down and the availability becomes easier.²⁴

Although the TRIPS Agreement allow members to use patented pharmaceuticals without the authorization of the patent owner, some certain procedural conditions determined under article 31 are needed to meet. In

23 Adam Mannan and Alan Story, 'Abolishing the product patent: a step forward for global access to drugs' in J. Cohen, P. Illingworth and U. Schüklenk (eds), *Power of Pills: Social, Ethical and Legal Issues in Drug Development, Marketing and Pricing* (Pluto Press, 2006) 183.

24 Sara M. Ford, 'Compulsory Licensing Provisions under the TRIPs Agreement: Balancing Pills and Patents' [2000] 15(4) AUILR 946.

other words compulsory licensing has some limitations. First, the proposed user is needed to make efforts to obtain authorization from the right holder on reasonable commercial terms and conditions and that such efforts have not been successful within a reasonable period of time. However if a member country issues compulsory licensing only in a time of “national emergency” or in cases of “public noncommercial use” in which duration members must notify the patent owner as soon as reasonably practicable. Second, authorization of compulsory licensing must be considered on its individual merits. Third, compulsory licensing is needed to be imposed solely for domestic use and the patent owner must be adequately reimbursed. However the requirement that “efforts to obtain authorization from the right holder on reasonable commercial terms and conditions and that such efforts have not been successful within a reasonable period of time” misunderstand by low income countries and applied to compulsory licensing during the HIV or AIDS accepted by high income countries as not to cause national emergency.²⁵ Pharmaceutical companies and high income countries had begun to be doubt that a considerable number of issuance of compulsory licensing would highly decrease the profits and the companies would become more reluctant to develop or find a vaccine.²⁶ Therefore the scope of the use of compulsory licensing of pharmaceuticals were needed to be limited to highly infectious diseases.

In order to make pharmaceutical products for HIV/AIDS, tuberculosis, malaria, and other infectious diseases accessible and affordable in a short time, in 2001 the Doha Declaration was set forth by implementing some provisions related to more protecting public health, amending the TRIPS Agreement instead. According to the article 1 of the Doha Declaration, the gravity of health problems which affects low income countries such as HIV/AIDS, tuberculosis, malaria and other epidemics is recognized. Article 2 of the Declaration states that the TRIPS Agreement has an importance to resolve worldwide public health diseases. Article 3 provides

25 Lacayo (n 20) 308; Manne (n 17) 360; Lewis (n 14) 1058.

26 Kyung-Bok Son, ‘Importance of the intellectual property system in attempting compulsory licensing of pharmaceuticals: a cross-sectional analysis’ [2019] 15(42) GH 6.

a balance between intellectual property protection for the development of new pharmaceutical products and the concerns about its effects on prices. Therefore if the fragile point is infringed, in other words, when prohibitive pricing of pharmaceuticals which is the low income countries' concern prevails over intellectual property right protection which is the developed world's and pharma companies demand or vice versa, there will be a chilling effect on research and development of pharmaceuticals.²⁷ Article 4 of the Declaration affirms that in order to protect public health, the TRIPS Agreement does provide Members to ignore restrictions. In addition ambiguities are needed to be interpreted in a manner of the Members' right to protect public health and to promote access to medicine. According to the Article 5 each member has the right to grant compulsory licenses and the freedom to determine the grounds upon which such licenses are granted. In addition each member has the right to determine what constitutes a national emergency or other circumstances of extreme urgency related to HIV/AIDS, tuberculosis, malaria and other epidemics. Furthermore the article 5 creates a more flexible approach to compulsory licensing method and exhausting the patent rights by demanding all the Agreement to be understood with a view to promoting public health in low income or developing countries.²⁸ However the freedom provided by Article 5 is qualified as troubling, because it causes exploitation and importation of non-life saving pharmaceuticals.²⁹ Articles 4 and 5 are deemed as the heart of the victory for the low income countries.³⁰ Articles 6 and 7 include some provisions about the low income countries' concern to be promoted and encouraged with technology transfer. Nonetheless article 6 has the textual and interpretive ambiguities causing to inconsistent use of compulsory licensing.

27 World Trade Organization, 'Governments share interpretations on TRIPS and public health' (TRIPS Council- 20 June 2001) <https://www.wto.org/english/news_e/news01_e/trips_drugs_010620_e.htm> accessed 20 May 2020; Lacayo (n 20) 315.

28 Sekalala, Sharifah, *Soft Law and Global Health Problems, In Soft Law and Global Health Problems: Lessons from Responses to HIV/AIDS, Malaria and Tuberculosis* (Cambridge University Press, 2017) 136.

29 Ashley E. Sperbeck, 'A Mathematical Solution to the Sine of Madness that is Pharmaceutical Compulsory Licensing Under the TRIPS Agreement and the Doha Declaration' [2019] 23(1) MIPLR 33.

30 Lacayo, (n 20) 316.

As mentioned above, article 31 (f) of the TRIPS Agreement, pharmaceuticals manufactured under compulsory license can be used predominantly in domestic market, not for exported. However paragraph 6 of the Declaration accepted that WTO Members with insufficient or no manufacturing capacities in the pharmaceutical sector could face difficulties in making effective use of compulsory licensing under the TRIPS Agreement. Therefore the instruction the Council for TRIPS to find an expeditious solution to the problem was needed. Subsequent to the Doha Declaration and a following council decision, an amendment to TRIPS was approved, known as article 31bis. Three major waivers are implied in the article. First the member countries are allowed to export generic pharmaceutical products via compulsory license to meet the need of importing countries.³¹ Second waiver is that importing countries' obligations on remuneration to the patent holder under compulsory licensing are waived to avoid double payment.³² In addition the export side is required to be remunerated. In other words the patent holder is still entitled to be indemnified but the article prevents the issue of double payment the patent holder for the same batch of pharmaceuticals that are produced under compulsory license.³³ The third waiver is related to developing and least developed countries. Exporting constraints are waived for developing and least-developed countries to allow them to export within a regional trade agreement, when at least half of the members were categorized as least-developed countries at the time of the decision.³⁴ This way allows developing countries to make use of economies of scale. All WTO members are entitled to import under this decision, but some developed countries have announced voluntarily that they will not use the system to

31 TRIPS Agreement 1995, s. 31Bis (1); World Trade Organization, 'Fact Sheet: TRIPS and Pharmaceutical Patents Obligations and Exceptions' (2006) <https://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/factsheet_pharm02_e.htm> accessed 22 May 2020

32 TRIPS Agreement 1995, s. 31Bis (2); World Trade Organization, 'Fact Sheet: TRIPS and Pharmaceutical Patents Obligations and Exceptions' (2006) <https://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/factsheet_pharm02_e.htm> accessed 22 May 2020.

33 Lewis (n 14) 1060.

34 TRIPS Agreement 1995, s. 31Bis (3); World Trade Organization, 'Fact Sheet: TRIPS and Pharmaceutical Patents Obligations and Exceptions' (2006) available <https://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/factsheet_pharm02_e.htm> accessed 22 May 2020.

import.³⁵ On the other hand some countries would only use the system to import in national emergencies or other circumstances of extreme urgency.³⁶ Several countries have announced to export pharmaceuticals to those countries in need under compulsory license.³⁷

In general the new article waives Article 31 (f) of the TRIPS Agreement for low income countries or 'least developed countries' by allowing them to seek pharmaceuticals from other countries via compulsory licensing when they face public health diseases and unable to manufacture pharmaceuticals. Therefore the article 31bis allows least developed countries to issue compulsory licenses to domestic pharmaceutical manufacturers in order them to export medicines from abroad.³⁸

It may be stated that the Declaration does not entirely overcome doubts or fears created by the TRIPS Agreement but compel the Members to revise intellectual property laws in compliance with public health or national emergency. In other words, the Declaration gives more power to the state legislatures to issue compulsory licenses where the public health or national emergency concerns outweigh the right of patent holder which is protected by the TRIPS. Therefore low income or developing countries benefit from the national emergency and compulsory licensing provisions by compelling pharmaceutical companies to provide medicines at a considerably low cost.

35 Australia, Austria, Belgium, Canada, Denmark, Finland, France, Germany, Greece, Iceland, Ireland, Italy, Japan, Luxembourg, Netherlands, New Zealand, Norway, Portugal, Spain, Sweden, Switzerland, United Kingdom, the US, Czechia, Cyprus, Estonia, Hungary, Latvia, Lithuania, Malta, Poland, Slovak Republic and Slovenia.

36 Hong Kong China, Israel, Korea, Kuwait, Macao China, Mexico, Qatar, Singapore, Chinese Taipei, Turkey, United Arab Emirates.

37 Norway, Canada, India, and the European Union (EU).

38 Sperbeck (n 29) 37; Lewis (n 14) 1060.

IV. A National Emergency Situation determined under the TRIPS Agreement

“Each member has the right to determine what constitutes a national emergency or other circumstances of extreme urgency, it being understood that public health crises, including those relating to HIV/AIDS, tuberculosis, malaria and other epidemics, can represent a national emergency or other circumstances of extreme urgency.” stated under article 5 (c) of the Doha Declaration. However the Declaration leaves the door open for countries to determine the scope of national emergency which allows to be issued a compulsory licensing. Therefore it is needed to be determined the scope of national emergency in order countries to issue compulsory licensing while counteracting a disease. Even though the Declaration allows member countries to determine what constitutes a “national emergency” for itself, the countries are under an obligation to define in specific terms what constitutes a “national emergency” in complied with the TRIPS Agreement.

As mentioned above the object and purpose of the TRIPS Agreement is to encourage innovations by granting them intellectual property rights, not exceed to the needs of the public at large, roughly balance between the patent owner’s interest and those the public in the diffusion of knowledge and access to, and affordability of the pharmaceuticals. Therefore the definition or scope of national emergency is needed to be complied with the object and purpose of the TRIPS Agreement. According to the WTO subcommittee if the circumstances are predicted to imminently affect a portion of the State’s population within a six-month time period, the circumstance will be classified as emergency situation, a circumstance of extreme urgency or a public health crisis.³⁹ A public health emergency is defined as an occurrence or imminent threat of an illness or health condition, caused by bio terrorism, epidemic or pandemic disease, or (a) novel and highly fatal infectious agent or biological toxin, that poses a substantial risk of a significant number of human facilities or incidents or permanent or long-term disability.⁴⁰

39 Sperbeck (n 29) 42.

40 World Health Organization, ‘Humanitarian Health Action: Definitions: Emergencies’ <<http://www.who.int/hac/about/definitions/en/>> accessed 23 May 2020.

It may be inferred from the definitions that national emergency situation may be determined by examining its scope including the ground triggered, temporality and intended target.

The ground triggered to declare national emergency is restricted to the lives, health or safety of the states' populations.⁴¹ Therefore where a situation is endangering the lives or health of the community or there is great concern about imminent death or harm to a significant portion of the nation, a national emergency may exist. Similarly where a disease deprives a majority of people from medicines or sudden pandemic is rapidly spreading, a national emergency deals with these issues in order to be solved. Hence the scope of national emergency is restricted to the situations which is predicted to imminently affect a portion of population.

The time of national emergency maintained is needed to be limited as well. In other words even though the TRIPS does not contain time limit provision, the circumstances of national emergency should be temporary state. Enforcing a time limit on what may be regarded a national emergency is not as easy as in the current disease, but it should not be maintained in perpetuity. The time limit on the circumstances of national emergency is not only beneficial for patent holders or pharmaceutical companies but it also necessary for population of countries afflicted.⁴² By placing a time limit on the duration of a national emergency, a country will behave faster to take all compulsory steps and prevent spreading of disease. On the other hand after the expiry date of national emergency, pharma companies sell their medicines high prices than before.

The intended target of national emergency should be a providing public health or facilitate an immediate end to the national emergency. In addition if a country declares national emergency not aiming to access to essential medicine or directly combating the imminent national or public health emergency, it should not be employed. Therefore the aim of declaration

41 Manne (n 17) 371.

42 Manne (n 17) 370.

national emergency should be a seeking of life saving medicines or treatments via compulsory licensing provided under the TRIPS Agreement.

V. Role of Compulsory Licensing in the recent COVID-19 pandemic

The Emergency Committee arranged by the WHO Director-General agreed that the outbreak of novel coronavirus 2019 in the People's Republic of China, with exportations to other countries meets the criteria for a Public Health Emergency of International Concern on Thursday, 30 January 2020.⁴³ While the coronavirus diseases pandemic has been spreading all over the world, the World Health Organization declared coronavirus as a pandemic during mid-March, the pandemic constitutes a national emergency for compulsory licensing purposes.⁴⁴ Concurrently with the WTO, Donald Trump has stated that he was officially declaring a national emergency and also allowed authorities to waive federal regulations and laws, namely "flexibility".⁴⁵ The pandemic has spread and still continuing to spread more than 210 countries with 340k deaths and 5m confirmed cases. Therefore countries either declared or are preparing to declare national emergency.

As mentioned above declaration of national emergency is needed to be a final choice for countries interfered in a global health crisis, particularly where that country has not established appropriate legal safeguards

43 World Health Organization, 'Statement on the second meeting of the International Health Regulations (2005) Emergency Committee regarding the outbreak of novel coronavirus (2019-nCoV)' (30 January 2020) <[https://www.who.int/news-room/detail/30-01-2020-statement-on-the-second-meeting-of-the-international-health-regulations-\(2005\)-emergency-committee-regarding-the-outbreak-of-novel-coronavirus-\(2019-ncov\)](https://www.who.int/news-room/detail/30-01-2020-statement-on-the-second-meeting-of-the-international-health-regulations-(2005)-emergency-committee-regarding-the-outbreak-of-novel-coronavirus-(2019-ncov))> accessed 26 May 2020.

44 World Health Organization, 'Coronavirus disease (COVID-19) Pandemic' <<https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019>> accessed 4 May 2020.

45 Drew Angerer, 'Trump declares national emergency as coronavirus crisis deepens' *Al Jazeera* (13 Mar 2020) <<https://www.aljazeera.com/news/2020/03/trump-declares-national-emergency-coronavirus-crisis-deepens-200313190545345.html>> accessed 26 May 2020.

to protect itself from the crisis. In other words if a country has a legal provisions to protect itself from a disease then it may apply to the provisions rather than declaring a national emergency. It should be stated as the first rule that current national emergencies are a final choice for countries. As WTO offered, all the countries impose some precautions, such as maintaining social distance, avoiding crowded place, cleaning hands, keeping their hygiene, using hand sanitizers and face masks, etc.⁴⁶ However all the precautions are only protection from the disease rather than containing the virus or treating populations or setting a barrier to stop the spread of the disease. Therefore all countries have no chance not to declare a national emergency in compliance with the TRIPS Agreement. However in order to determine whether the scope of national emergency is complied with the object and purpose of the TRIPS Agreement, it is needed to examine the ground, time and intended target of the declaration.

The ground triggered to declare national emergency is related to the health and lives of the population of countries. As known that the Covid-19 pandemic diseases has affect 5 million people around the world regardless of country, age, gender. In addition the Covid-19 virus still rapidly passes to an average of 5.7 other people according to a mathematical analysis from Los Alamos National Laboratory.⁴⁷ Therefore the declaration of national emergency is compulsory for countries because the Covid-19 pandemic has endangered the health and lives of the world's population by causing imminent death or harm.

The circumstances of national emergency should be temporary state, as mentioned above. It should not be maintained in perpetuity. The time of national emergency is not ease to determine before, but countries have restricted the enforcement of national emergency. For instance France have

46 World Health Organization, 'Coronavirus disease (COVID-19) advice for the public' <<https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/advice-for-public>> accessed 26 May 2020.

47 Naomi Kresge, 'Virus May Spread Twice as Fast as Earlier Thought, Study Says' *Bloomberg* (8 April 2020) <<https://www.bloomberg.com/news/articles/2020-04-08/virus-may-spread-twice-as-fast-as-earlier-thought-study-says>> accessed 26 May 2020.

implemented the provision including “*strictly proportionate to the health risks at stake and appropriate to the circumstances of the time...*”.⁴⁸ Similarly Japan has extended its national emergency until May 31, in second time.⁴⁹ The reaction of Turkey against the national emergency is that Industrial Property Law No: 6769 has been implemented into intellectual property law and declared some novelty. According to the article 129/4 of the Industrial Property Law, the time period in which compulsory licensing is maintain is needed to be determined. Therefore such these examples from the countries show that countries have taken steps strictly appropriate to the circumstances of the time.

The intended target of national emergency is needed to be facilitate an immediate solutions by providing public health and adequate medicine or treatment for their citizens. For instance France has implemented L.3131-15 in the public health code by aiming to fight the health disaster, to take all measures to make available to patients appropriate medicines for the eradication of the health disaster.⁵⁰ The USA has implemented “*supplement state and local efforts and capabilities to save lives and to protect property and public health and safety*” in to the Stafford Act regulating to respond to major disasters and emergencies.⁵¹ Turkey has a similar approach that in order to protect public health and national security compulsory licensing is needed to be issued. Therefore any country which intend to threat a disease endangering the lives or health of the community or there is great concern

48 L2234-1 et seq. of the Code of Defence; Francois Pochart, et al. ‘Compulsory licenses granted by public authorities: an application in the Covid-19 crisis in France?’ *Kluwer Patent* (23 April 2020) <http://patentblog.kluweriplaw.com/2020/04/23/compulsory-licenses-granted-by-public-authorities-an-application-in-the-covid-19-crisis-in-france-part-1/?doing_wp_cron=1589272990.0916969776153564453125#_ftn8> accessed 6 May 2020.

49 Islamuddin Sajid, ‘COVID-19: Japan extends national emergency until May 31’ Anadolu Agency (Ankara, 4 May 2020) <<https://www.aa.com.tr/en/asia-pacific/covid-19-japan-extends-national-emergency-until-may-31/1827937>> accessed 26 May 2020.

50 Francois Pochart, et al. (n 48).

51 Charlie Savage, ‘Trump Declared an Emergency Over Coronavirus. Here’s What It Can Do’ *NY Times* (New York, 13 Marc 2020) <<https://www.nytimes.com/2020/03/13/us/politics/coronavirus-national-emergency.html>> accessed 26 May 2020.

about imminent death or harm to a significant portion may declare national emergency in order to seek a lifesaving pharmaceuticals.

If a member country of WTO faces an imminent public or national health emergency, it may utilize the compulsory licensing framework in order to access pharmaceutical treating the health of population regardless of patent protection and the holder's consent. As mentioned above the Covid-19 pandemic diseases met with the standard for national emergency determined under article 31 of the TRIPS Agreement and the Doha Declaration. Hence the member countries of WTO may issue a compulsory licensing framework in accordance with the TRIPS Agreement and the Doha Declaration.

In order to treat population had a Covid-19 disease, the members may issue compulsory licensing framework without any consent of the patented pharmaceutical's owner. However there is still no vaccine to protect against the virus nor are there effective pharmaceutical treatments registered for the indication. When a pharmaceutical treating Covid-19 diseases of public will be founded, the member countries may be able to access the pharmaceutical without any consent of the holder or negotiations with the holder.

In order for compulsory licensing framework established by the member countries to comply with the TRIPS Agreement and the Doha Declaration, the countries may satisfy the requirements of compulsory licensing directly or indirectly regulated under the TRIPS Agreement and the Doha Declaration. As mentioned above according to the article 31 of the TRIPS Agreement, the member countries are allowed for use of the subject matter of a patented pharmaceutical without the authorization of the right holder by issuing compulsory licensing. Even though the proposed user is needed to make efforts to obtain authorization from the right holder on reasonable commercial terms and conditions and that such efforts have not been successful within a reasonable period of time, during the Covid-19 disease a member country issuing compulsory licensing must notify the patent owner as soon as reasonably practicable.

As mentioned above the authorization of compulsory licensing for Covid-19 pandemic disease must be considered on its individual merits. In other words each reason for issuing a compulsory licensing is needed to subject to independent review. Directly targeting the imminent national or public health emergency appeared after the disease is needed to be the merit of compulsory licensing. Otherwise the issuing of compulsory licensing other than Covid-19 disease may make a country which intend to access the Covid-19 pharmaceutical responsible to reimburse in the dispute settlement mechanism heard in the WTO.

Although the member countries are allowed to access life-saving pharmaceuticals during national emergency without the consent of patent holder, the patent holder is protected in order to balance between the patent owner's interest and those the public in the diffusion of knowledge and access to, and affordability of the pharmaceuticals by being adequately reimbursed. In other words low income or developing countries have allowed to access the needed pharmaceuticals for diseases without the consent of the patent owner, it remains steadfast in the requirement of assuring payment of adequate compensation to patent holders. However a compensation is needed to be adequate for pharmaceuticals. For instance adding reimbursement of royalty fees to the price of the generic drug may actually increase the price of the generic drug to a level nearly equivalent to that of the original brand-name patented drug in Thailand during 1999-2000.⁵² Therefore as mentioned in the Agreement the patent owner of the pharmaceutical manufactured to treat Covid-19 disease or stop spreading reimbursed adequately.

As a necessity for compulsory licensing determined under the TRIPS Agreement, the pharmaceutical or treatment is needed to aim at combating the Covid-19 disease. In other words the pharmaceutical or treatment intended to be accessed via issuing compulsory licensing should aim directly targeting the imminent national emergency, namely the Covid-19 pandemic disease. Therefore if a medicine improves patient recovery rates or

⁵² Eppich, (n 15) 306.

contains the virus's spread or reduces the severity of the disease of Covid-19, it is needed to be the pharmaceutical which is accessed by the members via compulsory licensing. However if any member country seek a pharmaceutical which is not directly targeting to combat the Covid-19 disease, the country would not to exploit the compulsory licensing framework.

As mentioned in the Doha Declaration the issuing of compulsory licensing is needed to be imposed solely for domestic use. However according to the paragraph 3 of the article 31bis, the member countries are allowed to export generic pharmaceutical products via compulsory license to meet the need of importing countries. Therefore, during the Covid-19 disease, if a member country has insufficient or no manufacturing capacities in the pharmaceutical sector, any other member country has a chance to export the needed pharmaceutical for the disease by receiving reimbursement from the imported country.

The compulsory licensing issued for the access pharmaceuticals treating recent Covid-19 pandemic disease also needs time restriction. In other words the access to medicines via the compulsory licensing is needed to be in specific time period, not for continual state. Therefore all members needed to use compulsory licensing should specify the time period when the country access the Covid-19 pharmaceutical by either importing or manufacturing a generic. Upon the expiration of specified time, the country is able to demonstrate a continuing need for the compulsory license to obtain access to pharmaceuticals.

All these criteria discussed above provides a standard for countries not to undermine the intellectual property regime while accessing the needed pharmaceutical without consent of the holder. If a member country adhere the standard, the situation truly calls for the issuance of an immediate compulsory license. Therefore during the Covid-19 disease, pharmaceutical companies may be allowed to produce or develop the patented product without the consent of the patent's owner by reducing the negative effects of patents on price and accessibility, so via compulsory licensing the price of pharmaceutical will come down and the availability become easier.

Although no recent pharmaceutical to protect against the Covid-19 disease nor are effective medical treatment for the indication have been developed or registered, some giant leaps from pharma companies and patent holders warm the cockles of the world's heart. In other words the compulsory licensing system as discussed above has been regulated much as to reduce the negative effects of the monopoly rights granted by patents on price and accessibility, some concrete steps taken by pharmaceutical companies and states make the Covid-19 pharmaceutical accessible and affordable. For instance, AbbVie, the American pharma company, has declared that the company waives any restriction on the Medicine Patent Pool licensees that would prevent generic companies from supplying *lopinavir/ritonavir* (Kaletra HIV pill) anywhere in the world for any purpose, especially Covid-19.⁵³ Therefore the company will no longer enforce patent rights related to *lopinavir/ritonavir* anywhere in the world. In addition it also meant that the monopoly or patent protection on is lifted worldwide so companies around the world may supply the pharmaceutical or manufacture its generic supply of the treatment for Covid-19 disease. The similar approach has been expected from US company Gilead against the monopoly of patented pharmaceuticals during the Covid-19 outbreak. *Remdesivir*, an antiviral drug experimented to treat COVID-19 has registered and first developed by US company Gilead. When the company applied to US regulators for "orphan status", which grant seven years of market exclusivity, for remdesivir, the company became the targeted of public. However after a public reaction, Gilead rescinded the application for orphan status.⁵⁴

In some circumstances such as lacking enough pharmaceuticals for a disease it may make countries vulnerable against the disease, though the TRIPS Agreement with the amended version and Doha Declaration has simplified pharmaceuticals to access or afford by manufacturing or

53 Ellen't Hoen, 'Covid-19 and the comeback of compulsory licensing' (Medicine and Law Policy, 23 Marc 2020) <<https://medicineslawandpolicy.org/2020/03/covid-19-and-the-come-back-of-compulsory-licensing/>> accessed 27 May 2020.

54 Enrico Bonadio and Andrea Baldini, 'Drug companies should drop their patents and collaborate to fight coronavirus' (Politics and Law- University of London, 3 April 2020) <<https://www.city.ac.uk/news/2020/april/drug-companies-should-drop-their-patents-and-collaborate-to-fight-coronavirus>> accessed 27 May 2020.

importing, current the Covid-19 disease pandemic has also infected more than millions who needs some special treatment or pharmaceutical or being cured or stopping to disseminate to others. In case of lacking enough pharmaceutical may case unexpected and undesirable consequences. Therefore during the Covid-19 pandemic, countries regardless of low or high income are needed to promote to produce generic pharmaceuticals, much in the way India has been manufacturing since 2006, in order to access adequate number of pharmaceuticals in a reduced price. For instance Indian generic pharmaceutical company Natco has made generic medicine for an anti-cancer drug and manufactured adequate number of pharmaceuticals for its citizens in a 75% cheaper price than the original, namely Sorafenib.⁵⁵ Therefore, as seen that increased pharmaceutical production will allow more individuals to be treated by manufacturing generic pharmaceuticals against the Covid-19 pandemic. Hence generic manufacturing of pharmaceutical for the Covid-19 disease may be deemed the ragged edge of the scope of compulsory licensing providing a balance between the patent owner's interest and those the public in the diffusion of knowledge and access to, and affordability of the Covid-19 pharmaceuticals. However the generic pharmaceuticals for the Covid-19 pandemic would provide not only for developing nations but also developed countries with multiple sources for importation under the Paragraph 6 exception.

55 Ibid.

VI. Conclusion

When the World Health Organization declared coronavirus as a pandemic during mid-March, the pandemic constitutes a national emergency and the pharma companies have begun assessing the possibility of developing medical countermeasures such as vaccines, antiviral treatments to improve patient recovery rates and contain the virus's spread. The novel vaccine both treating the disease and immunizing people against the Covid-19 will cost approximately 3.5b dollars, so the vaccine will be expensive for humanity. In addition the vaccine will be under patent protection which provides the patent owner the exclusive right for a limited period of time to prevent third parties not having the owner's consent from making, using, offering for sale, or selling the patented invention.

National intellectual property policies are needed to be flexible to anticipate social and urgent health circumstances. This approach is considered in the World Trade Organization (WTO) Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS). In compliance with the TRIPS Agreement, WTO members are allowed to use of a patented invention without the authorization of the patent holder by issuing compulsory license which required from the members to negotiate with the patent owner for voluntary license and payment of the remuneration to the patent owner. However in the event of a national emergency, the WTO member may utilize patented invention by only notifying the patent holder, being waived other requirements.

In order to make pharmaceutical products for HIV/AIDS, tuberculosis, malaria, and other infectious diseases accessible and affordable in a short time, in 2001 the Doha Declaration was set forth by implementing some provisions related to more protecting public health, amending the TRIPS Agreement instead. Subsequent to the Doha Declaration and a following council decision, an amendment to TRIPS was approved, known as article 31bis. After the amendment, the member countries are allowed to export generic pharmaceutical products via compulsory license to meet the need of importing countries.

Public interest would constitute a justifiable motivation for a compulsory license for using patented inventions relating to the treatment and the diagnosis of COVID-19 provided that the patentees do not make such inventions sufficiently available to the market. Therefore countries may be allowed to utilize life-saving pharmaceuticals without the consent of medicine's owner during the Covid-19 term as national emergency. However following due process and maintaining the proportionate needs are the main obligation on countries issuing compulsory licensing to access to pharmaceuticals. Therefore countries issuing compulsory licensing are expected to balance between the patent owner's interest and those the public in the diffusion of knowledge and access to, and affordability of the pharmaceuticals. On the other hand during Covid-19 term, even though the compulsory licensing system has provide a key to countries to access pharmaceuticals, the collaboration with pharma companies are also urgent need for countries and other medicine companies to waive the exclusive rights on some basic medicines. In addition another way to ease pharmaceutical companies rather than the companies had exclusive rights is to promote generic pharmaceuticals which allow more individuals to be treated in a short time and a reduced price.

As a consequence compulsory licensing procedure will promote the Members to access to Covid-19 medical countermeasures by relying on the TRIPS Agreement and its ancillary Declaration in a short time. All the situations living today medical countermeasures for the prevention and treatment of Covid-19 pandemic will become global public goods.

BIBLIOGRAPHY

Angerer, D. 'Trump declares national emergency as coronavirus crisis deepens' Al Jazeera (13 Mar 2020) <<https://www.aljazeera.com/news/2020/03/trump-declares-national-emergency-coronavirus-crisis-deepens-200313190545345.html>>

Bonadio E. and Andrea Baldini, 'Drug companies should drop their patents and collaborate to fight coronavirus' (Politics and Law- University of London, 3 April 2020) <<https://www.city.ac.uk/news/2020/april/drug-companies-should-drop-their-patents-and-collaborate-to-fight-coronavirus>>

Desai, M. A. 'Compulsory licensing: Procedural requirements under the TRIPS agreement' [2016] 18 *Pharmaceuticals Policy and Law* 31-44

Deutsch, J. 'Coronavirus vaccine could cost more than Europe's willing to pay' Politico (22 April 2020) <<https://www.politico.eu/article/whos-going-to-pay-the-bill-to-create-a-vaccine/>>

Eppich, C. K. 'Patenting Dilemma: Drugs for Profit Versus Drugs for Health' [2002] 43(1) *Santa Clara Law Review* 289-318

European Commission, Von der Leyen announces Global Response and calls for united world front against coronavirus (Announcement, 24 April 2020) available <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/AC_20_749>

Evans, D. et al, 'Turkey flies medical aid to coronavirus-stricken U.S.' Reuters (Ankara, 28 April 2020) <<https://www.reuters.com/article/us-health-coronavirus-turkey-usa/turkey-flies-medical-aid-to-coronavirus-stricken-u-s-idUSKCN22A1C5>>

Ford, S. M. 'Compulsory Licensing Provisions under the TRIPs Agreement: Balancing Pills and Patents' [2000] 15(4) *American University International Law Review* 941-974

Gallagher, S. 'If anyone tells you a date they're using a crystal ball: When can we really expect coronavirus to end?' Independent (London, 1 June 2020) <<https://www.independent.co.uk/life-style/health-and-families/coronavirus-when-will-it-end-date-outbreak-stop-a9414196.html>>

Hill, A., et al. 'Minimum costs for producing Hepatitis C direct-acting antivirals for use in large-scale treatment access programs in developing countries' [2014] 58 (7) *Clinical Infectious Diseases* 928-936

Hoen, E. 'Covid-19 and the comeback of compulsory licensing' (Medicine and Law Policy, 23 Marc 2020) <<https://medicineslawandpolicy.org/2020/03/covid-19-and-the-come-back-of-compulsory-licensing/>>

BIBLIOGRAPHY

- Kaitlin, H. et al, 'CoronaCare for Everyone: A Comprehensive Plan to Rescue Health Care' Third Way (London, 6 April 2020) <<https://www.thirdway.org/memo/coronacare-for-everyone-a-comprehensive-plan-to-rescue-health-care>>
- Kresge, N. 'Virus May Spread Twice as Fast as Earlier Thought, Study Says' Bloomberg (8 April 2020) <<https://www.bloomberg.com/news/articles/2020-04-08/virus-may-spread-twice-as-fast-as-earlier-thought-study-says>>
- Lacayo, A. 'Seeking a Balance: International Pharmaceutical Patent Protection, Public Health Crises, and the Emerging Threat of Bio-Terrorism' [2002] 33 2/3 The University of Miami Inter-American Law Review 295-321
- Lewis, J. A. 'Compulsory Licensing: Monster or Myth?' [2014] 82(4) University of Missouri-Kansas City, School of Law Review 1055-1075
- Light D. W. and Rebecca Warburton, 'Demythologizing the High Costs of Pharmaceutical Research' [2011] 6 Biosocieties 34-50
- Mannan A. and Alan Story, 'Abolishing the product patent: a step forward for global access to drugs' in J. Cohen, P. Illingworth and U. Schüklenk (eds), *Power of Pills: Social, Ethical and Legal Issues in Drug Development, Marketing and Pricing* (Pluto Press, 2006)
- Manne, C. 'Pharmaceutical Patent Protection and TRIPS: The Countries that Cried Wolf and Why Defining "National Emergency" Will Save Them From Themselves' [2010] 42 George Washington International Law Review 349-379
- Moore, M. 'International Herald Tribune- Yes, Drugs for the Poor — and Patents as Well' (22 February 2001) <https://www.wto.org/english/news_e/news01_e/tn_dg_iht_feb2001_e.htm>
- Pochart, F. et al. 'Compulsory licenses granted by public authorities: an application in the Covid-19 crisis in France?' Kluwer Patent (23 April 2020) <http://patentblog.kluweriplaw.com/2020/04/23/compulsory-licenses-granted-by-public-authorities-an-application-in-the-covid-19-crisis-in-france-part-1/?doing_wp_cr=1589272990.0916969776153564453125#_ftn8>
- Röttingen, J. et al. 'Estimating the cost of vaccine development against epidemic infectious diseases: a cost minimisation study' [2018] LGH Lancet Glob Health 1386-1396
- Saha, C. N. and Sanjib Bhattacharya. 'Intellectual property rights: An overview and implications in pharmaceutical industry' [2011] (Apr-Jun), Vol 2 (2) Journal of Advanced Pharmaceutical Technology & Research 88-93
- Sajid, I. 'COVID-19: Japan extends national emergency until May 31' Anadolu Agency (Ankara, 4 May 2020) <<https://www.aa.com.tr/en/asia-pacific/covid-19-japan-extends-national-emergency-until-may-31/1827937>>

BIBLIOGRAPHY

Savage, C. 'Trump Declared an Emergency Over Coronavirus. Here's What It Can Do' NY Times (New York, 13 Marc 2020) <<https://www.nytimes.com/2020/03/13/us/politics/coronavirus-national-emergency.html>>

Sharifah, S. *Soft Law and Global Health Problems, In Soft Law and Global Health Problems: Lessons from Responses to HIV/AIDS, Malaria and Tuberculosis* (Cambridge University Press, 2017)

Son, K. B. 'Importance of the intellectual property system in attempting compulsory licensing of pharmaceuticals: a cross-sectional analysis' [2019] 15(42) *Global Health* 1-8

Sperbeck, E. A. 'A Mathematical Solution to the Sine of Madness that is Pharmaceutical Compulsory Licensing Under the TRIPS Agreement and the Doha Declaration' [2019] 23(1) *Marquette Intellectual Property Law Review* 22-55

Statista, 'Number of coronavirus (COVID-19) deaths in Europe since February 2020 (as of May 8, 2020), by country and date of report' (Statista, 8 May 2020) <<https://www.statista.com/statistics/1102288/coronavirus-deaths-development-europe/>>

The Council of Economic Advisors, *Mitigating the Impact of Pandemic Influenza through Vaccine Innovation*, (the Executive Office of the President of the US, 2019) <<https://www.whitehouse.gov/wp-content/uploads/2019/09/Mitigating-the-Impact-of-Pandemic-Influenza-through-Vaccine-Innovation.pdf>>

Wilder, R. 'Market Segmentation: Techniques, Actors and Incentives - The use of Intellectual Property Rights' Presentation at the Workshop on Differential Pricing and Finance of Essential Drugs Hosted by the World Health Organization and World Trade Organization (Apr. 8-11, 2001), <https://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/hosbjor_presentations_e/28wilder_e.pdf>

World Health Organization, 'Coronavirus disease (COVID-19) advice for the public' <<https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/advice-for-public>>

World Health Organization, 'Coronavirus disease (COVID-19) Pandemic' <<https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019>>

World Health Organization, 'Disease Information- SARS (Severe Acute Respiratory Syndrome)' (WHO, No Date) <<https://www.who.int/ith/diseases/sars/en/>>

World Health Organization, 'Humanitarian Health Action: Definitions: Emergencies' <<http://www.who.int/hac/about/definitions/en/>>

World Health Organization, 'Statement on the second meeting of the International Health Regulations (2005) Emergency Committee regarding the outbreak

BIBLIOGRAPHY

of novel coronavirus (2019-nCoV)' (30 January 2020) <[https://www.who.int/news-room/detail/30-01-2020-statement-on-the-second-meeting-of-the-international-health-regulations-\(2005\)-emergency-committee-regarding-the-outbreak-of-novel-coronavirus-\(2019-ncov\)](https://www.who.int/news-room/detail/30-01-2020-statement-on-the-second-meeting-of-the-international-health-regulations-(2005)-emergency-committee-regarding-the-outbreak-of-novel-coronavirus-(2019-ncov))>

World Health Organization, WHO Director-General's opening remarks at the media briefing on COVID-19 (6 April 2020) <<https://www.who.int/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---6-april-2020>> accessed 13 May 2020 World Trade Organization, 'Governments share interpretations on TRIPS and public health' (TRIPS Council- 20 June 2001) <https://www.wto.org/english/news_e/news01_e/trips_drugs_010620_e.htm>

World Trade Organization, 'Fact Sheet: TRIPS and Pharmaceutical Patents Obligations and Exceptions' (2006) <https://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/factsheet_pharm02_e.htm>

World Trade Organization, 'Fact Sheet: TRIPS and Pharmaceutical Patents Obligations and Exceptions' (2006) <https://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/factsheet_pharm02_e.htm>

World Trade Organization, 'Fact Sheet: TRIPS and Pharmaceutical Patents Obligations and Exceptions' (2006) available <https://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/factsheet_pharm02_e.htm>

KORONAVİRÜS SEBEBİYLE YAYGINLAŞAN ONLINE ALIŞVERİŞLERDE KABUL EDİLEN ELEKTRONİK SÖZLEŞMELERİN TÜKETİCİNİN KORUNMASINA ETKİLERİ

Ar. Gör. Merve ARSLAN*

Özet

Elektronik iletişim araçları kullanılarak elektronik ortamda kurulan elektronik sözleşmelerin en yaygını internet üzerinden web siteleri aracılığıyla kurulan sözleşmelerdir. Bu sözleşmeler kural olarak hazır olmayanlar arası, katımlı ve mesafeli sözleşme özelliği gösterirler. Katımlı sözleşmelerin taraflara müzakere imkanı sunmaması sebebiyle Tüketici Hukuku kapsamında haksız şartlar meydana gelmekte ve sözleşme kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi tutularak tüketici korunmaktadır. Yine sözleşmelerin mesafeli sözleşme niteliğinde olması ve mesafeli sözleşmeler bakımından hukukumuzda tüketiciyi koruyucu hükümlere yer verilmesi sayesinde korunma sağlanmaktadır. Mesafeli sözleşmeler bakımından tüketicinin korunması özellikle satıcı/sağlayıcının tüketiciyi bilgilendirme yükümlülüğü ve tüketicinin cayma hakkına sahip olması yoluyla sağlanmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Elektronik Sözleşmeler, Haksız Şartlar, Mesafeli Sözleşmeler, Tüketicinin Korunması, Ön Bilgilendirme Yükümlülüğü, Cayma Hakkı.

Abstract

The most common of electronic contracts established in electronic form using electronic communication tools are contracts established through websites over the internet. These contracts, as a rule, exhibit

* Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi, merve.arslan@gop.edu.tr, ORCID: 0000-0002-9702-3422.

inter-participant, participatory and distance contracts. Since participatory contracts do not offer negotiation opportunities to the parties, unfair terms arise under the Consumer Law and the consumer is protected by subjecting the contract to absolute invalidity. Again, protection is provided by the fact that contracts are distant contracts and in terms of distant contracts, protective provisions are included in our law. The protection of the consumer in terms of distance contracts is provided by the seller/provider, in particular, with the obligation to inform the consumer and the right of the consumer to withdraw.

Key Words: Electronic Contract, Unfair Terms, Distance Contract, Consumer Protection, Obligation to Inform, Right of Withdrawal.

GİRİŞ

İçinde bulunduğumuz pandemi çağında günlük ihtiyaçlarımızı karşılamak adına online alışverişlere yönelmekteyiz. Öyle ki sokağa çıkma yasakları sebebiyle alışveriş yapmak zorlaşmakta ve sokağa çıkma yasakları haricinde dahi uzun market kuyruklarında beklemek durumunda kalmaktayız. Bu sebeplerle yardımımıza online alışveriş siteleri koşmakta, sağladığı ürün çeşitliliği sayesinde tercih edilebilir durumda bulunmaktadır. Bu çerçevede alıcı konumundaki tüketiciler elektronik sözleşmeler kurmakta ve karşılaşılabilecekleri uyuşmazlıklar konusunda bilgilendirilmeye ve korunmaya ihtiyaç duymaktadırlar. Konunun önemine binaen bu çalışma yapılmış olup öncelikle elektronik sözleşmenin ne anlama geldiği, türleri ve özellikleri açısından genel açıklamalarda bulunulacak, ardından özellikle haksız şartlar ve mesafeli sözleşmeler çerçevesinde tüketiciyi koruyucu hükümlerden bahsedilecektir.

I. ELEKTRONİK SÖZLEŞMELER

A. Tanımı

Elektronik sözleşmeler, elektronik iletişim araçları kullanılarak dijital ortamda kurulan sözleşmelerdir¹. Elektronik iletişim araçlarının en yaygını- nı internet oluşturduğundan elektronik sözleşmeleri internet araçları kulla- nılarak internet üzerinden kurulan sözleşmeler olarak tanımlayan yazarlar da mevcuttur². Ancak bu yaklaşım doğru olmayıp elektronik sözleşmelerin internet üzerinden kurulan sözleşmelerden daha geniş kapsama sahip oldu- ğunu ve internet dışındaki telefon, faks, televizyon gibi elektronik iletişim araçları kullanılarak kurulan sözleşmelerin de elektronik sözleşme niteliği taşıdığını belirtmek gerekir³. Bu sebeplerle çalışmanın devamında internet üzerinden kurulan sözleşmeler için daha geniş kapsama sahip elektronik sözleşme ibaresini değil internet üzerinden kurulan sözleşmeler ibaresini kullanacağız.

Türk Borçlar Kanunu (TBK)’nın 1. maddesinde sözleşmelerin “*taraf- ların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamalarıyla*” kuruldu- ğu belirtilmiştir. İnternet üzerinden kurulan sözleşmeler de tıpkı TBK anla- mında kurulan sözleşmelerde olduğu gibi tarafların karşılıklı ve birbirlerine uygun irade beyanlarını açıklamalarıyla kurulurlar⁴. İnternet üzerinden kuru-

-
- 1 Özge Uzun Kazmacı, ‘İnternet Üzerinden Kurulan Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması’ (2016) 22(3) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (Cevdet Yavuz’a Armağan) 2791, 2792; Nahide Siller, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun Kapsamında Web Sitesi Vasıtasıyla Sözleşmelerin Kurulması (1. Baskı, Onikilevha 2019) 13; Elektronik iletişim araçları yerine elektronik vasıtalar ifadesini kullanarak elektronik sözleşmeleri elektronik vasıtalarla kurulan sözleşmeler olarak tanımlamıştır; Sera Reyhani Yüksel, ‘Elektronik Sözleşmelerde Cayma Hakkı’ nin Hakan Tokbaş ve Ali Suphi Kurşun (eds), *E-ticaret Sektöründe Tüketici Hukuku Uygulamaları* (Aristo 2017) 129, 129.
 - 2 İpek Sağlam, *Elektronik Sözleşmeler* (1. Baskı, Legal 2007) 72; Bülent Sözer, *Elektronik Sözleşmeler* (1. Baskı, Beta 2002) 89; Cüneyt Bellican, ‘Elektronik Sözleşmelerde Tüketicinin Bilgilendirilmesi’ nin Hakan Tokbaş ve Ali Suphi Kurşun (eds), *E-ticaret Sektöründe Tüketici Hukuku Uygulamaları* (Aristo 2017) 94.
 - 3 Uzun Kazmacı 2792.
 - 4 Sağlam 71; Turgay Sariaççalı, İnternet Üzerinden Akdedilen Sözleşmeler (1. Baskı, Seçkin 2008) 39.

lan sözleşmelerin TBK anlamındaki sözleşmelerden kurulum açısından farkını sözleşmenin kurulmasında bir elektronik iletişim aracı olan internetin kullanılması oluşturur⁵.

İnternet kullanılarak kurulan sözleşmeler her ne kadar elektronik sözleşme kategorisinde değerlendirilse de internet üzerinden kurulan bütün sözleşmeler elektronik sözleşme niteliği taşımazlar: Web sayfası kurulumu amacıyla yapılan sözleşmeler⁶, internet üzerinden reklam yapılması amacıyla kurulan sözleşmeler, internet bağlantısı kurulumu amacıyla yapılan sözleşmeler elektronik sözleşme kategorisine girmeyen tür sözleşmelerdir⁷.

B. İnternet Üzerinden Kurulan Sözleşme Türleri

1. Elektronik Veri Değişimi (EDI- Electronic Data Interchange)

EDI, insan unsuru devreye girmeksizin bilgisayarlar arası veri değişimi sağlayan sistemler dahilinde gerçekleştirilir⁸ ve esasen bir sözleşme türü değil elektronik ticaret türüdür⁹. Genellikle işletmeler arasında ger-

5 Sağlam 71-72; Sarıakçalı 39; Aziz Erman Bayram, 'Güncel Gelişmeler Işığında Elektronik Sözleşmelerin Kurulması' (2015) (119) TBB Dergisi 331, 334.

6 Web sayfası kurulumu amacıyla yapılan sözleşmelerin TBK madde 470'te düzenlenen eser sözleşmesi niteliğine haiz olduğuna ilişkin ayrıntılı açıklama için bkz Sağlam 72.

7 Sözer 89; Sağlam 72.

8 Sağlam 89; Sözer 90; Alper Uyumaz, 'Elektronik Sözleşmelerin Web Siteleri Aracılığıyla Kurulması ve Bu Sözleşmelerin İfası' (2007) 9(Özel Sayı) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 907, 911; Sibel Özel, 'Sözleşmesel İlişkide MÖHUK m. 24/II'de Öngörülen Objektif Bağlama Kuralının Mukayeseli Hukuk Açısından Değerlendirilmesi' (2002) (2) Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni 577, 613.

9 Sözer 90: TBK madde 1 çerçevesinde bir sözleşmeden bahsedebilmek için sözleşmenin iradelerini açıklama yeteneğine sahip taraflara sahip olması ve bu tarafların iradelerinin karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklanmış olması gerekir. EDI'da bilgisayarlar arası bir veri değişimi söz konusu olduğundan sözleşme nitelendirmesi yapılması doğru olmayacaktır; karşı görüş için bkz Abdurrahman Savaş, İnternet Ortamında Yapılan Sözleşmeler (1. Baskı, Adal Ofset 2005) 193 (Alper Uyumaz, 'Elektronik Sözleşmelerin Web Siteleri Aracılığıyla Kurulması ve Bu Sözleşmelerin İfası' (2007) 9(Özel Sayı) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 907, 911-912'den naklen)

çekleştirilirler ve çoğunlukla taşımacılık, bankacılık, sağlık gibi alanlarda kullanılırlar¹⁰.

EDI bir sözleşme tipi olmamasına rağmen EDI'yı uygulayacak taraflar öncesinde asıl işi düzenleyen bir sözleşme ile EDI'nın ne şekilde uygulanacağına dair kuralların belirlendiği TPA (Trading Partner Agreement) denilen bir sözleşme yaparlar¹¹. EDI'nın gerçekleştirildiği aşamada bir tarafın bilgisayarı diğer tarafa bir mesaj gönderir (örneğin mal satımına ilişkin sözleşmede eczanenin bilgisayarı stoku biten 100 adet ilaç siparişine yönelik mesajı gönderir), diğer tarafın bilgisayarı bu mesajı algılar ve gereken yere mesajın iletimini sağlar (ilaç satım firmasının bilgisayarı mesajı alır ve depo birimine aktarır), ardından genellikle insan unsuru devreye girerek işlemi gerçekleştirir (depo birimi 100 adet ilacı araca yükleyerek sipariş sahibine gönderir)¹².

EDI, insan unsuru bulundurmadığından hata riskini aza indirmesi, zamandan tasarruf sağlaması ve kişilerin yapacağı işlemlere göre maliyeti düşürmesi sebebiyle avantajlıdır ve tercih edilmektedir¹³.

2. Chat Yoluyla Kurulan Sözleşmeler

Haberleşmenin eş zamanlı ve kesintisiz olarak iki veya daha çok taraf arasında internet üzerinden sağlandığı ve bu şekilde birbirine uygun iradelerin karşılıklı değişimi yoluyla sözleşmelerin kurulduğu sözleşmeleri ifade eder¹⁴. Sözleşmenin kurulumu icap ve kabul beyanlarının chat imkanı sunan sistem üzerinden internet kullanılarak iletilmesi şeklinde olsa da ifanın genellikle geleneksel yöntemlerle yapıldığını söyleyebiliriz. Örneğin chat esnasında alıcı satıcıya ait bir telefonu satın almak istediğini, satıcı ise telefonu sattığını beyan etmekle bir satım sözleşmesi kurmakta ancak satılanın

10 Sağlam 90; Sariaçalı 41.

11 Sözer 91.

12 Sözer 90.

13 Sağlam 90.

14 Sağlam 94-95; Muzaffer Şeker, '6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanununa Göre İnternet Üzerinden Sözleşmelerin Kurulması' (2012) 11(22) *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* 127,138.

ifası internet ortamı haricinde malın fiziken teslim edilmesi şeklinde gerçekleşebilmektedir. Ancak istisnai olarak örneğin bir e-kitabın, filmin, bilgisayar programının chat sistemi dahilinde karşı tarafa gönderildiği durumlarda ifanın da internet üzerinden chat yoluyla sağlanması söz konusu olmaktadır.

1. E-mail Yoluyla Kurulan Sözleşmeler

E-mail yoluyla kurulan sözleşmeler geleneksel anlamdaki posta yoluyla mektuplaşma şeklinde kurulan sözleşmelerden temel olarak farklı değildir, tek fark postanın internet ortamında karşı tarafa varmasıdır¹⁵. E-mail yoluyla kurulan sözleşmelerde tarafların irade beyanlarını (icap, icaba davet, kabul) içeren metinler internet aracılığıyla e-mail gönderme suretiyle bir bilgisayardan diğerine dolayısıyla iradesini sunan taraftan diğer tarafa iletilmektedir¹⁶. İcap, icaba davet, kabul gibi beyanlarının yanında taraflar sözleşme kurmaya yönelik oluşturdukları kendi genel işlem şartlarını da e-mail eki olarak sunmaktadırlar.

Taraflar sözleşmenin esaslı noktalarında uyuşmuşlarsa sözleşme kurulmuş sayılır¹⁷ ancak genel işlem koşullarında ikincil noktalar konusunda çatışma mevcutsa¹⁸ hangi tarafın genel işlem koşulunun uygulanacağı sorunu ortaya çıkacaktır. Bu konuda TBK’da bir çözüm getirilmemiş olup icap ve kabule ilişkin genel hükümler uygulanacaktır. Doktrindeki hâkim görüşe göre, henüz ifa aşamasına geçilmemiş bir sözleşmede icap kayıtlarının subjektif esaslı nokta teşkil ettiği ve karşı taraf kayıtları kabul etmedikçe sözleşmenin kurulamayacağı ileri sürülmektedir¹⁹. Ancak ifa aş-

15 Sağlam 93; Şeker 137 (İnternet); Turan Şahin, ‘Elektronik Sözleşmelerin Kuruluşuna İlişkin İrade Beyanları ve Bu Beyanların Geri Alınması’ (2011) (95) TBB Dergisi 331, 339.

16 Şeker 137 (İnternet).

17 TBK m 2: “Taraflar sözleşmenin esaslı noktalarında uyuşmuşlarsa, ikinci derecedeki noktalar üzerinde durulmamış olsa bile, sözleşme kurulmuş sayılır.”

18 Gökhan Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (2. Baskı, Beta 2013) 300-301: Tarafların genel işlem şartlarının uyuşmaması “formların çatışması (battle of the forms)” şeklinde adlandırılır.

19 Erdem Büyüksağış, ‘Borçlar Kanunu ve Viyana Satım Sözleşmesi Perspektifinden Çelişen Genel İşlem Koşulları’ (2015) (5) Uluslararası Antalya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 135, 139.

masına geçilmişse uyuşulmayan şartların subjektif esaslı nokta oldukları ve sözleşmenin geçersiz olduğu sonucuna artık varılamaz²⁰, geçerli olarak kurulmuş bir sözleşme mevcuttur, sorun ise çatışan genel işlem şartlarından hangilerinin uygulama alanı bulacağı yönündedir. Burada karşımıza iki görüş çıkmaktadır; birinci görüşe göre, çatışan şartlar birbirini nötrleyecek ve ortaya çıkan boşluk genel hükümlerle doldurulacaktır²¹, öyle ki kural olarak susma biçimindeki pasif davranış çatışan şartını kabul anlamına gelmez²². İkinci görüşe göre, söz konusu durumda dayanağını işlem güvenliği ilkesinin oluşturduğu *son söz teorisi* (*last shot kuralı*) uygulama alanı bulacaktır²³. Buna göre genel işlem şartlarını en son gönderen tarafın şartları sözleşmeye dâhil edilecek ve uygulanacaktır²⁴. Öyle ki bu görüşe göre son gönderilen genel işlem koşullarına karşın karşı tarafın susması kabul olarak değerlendirilmektedir²⁵.

2. Web Siteleri Aracılığıyla Kurulan Sözleşmeler

Web siteleri aracılığıyla kurulan sözleşmeler, satıcı tarafın web sitesinde tek taraflı olarak belirlediği şartları sunduğu, alıcının ise müzakere imkanı tanınmaksızın genellikle bir ikonla tıklamak suretiyle şartlara yönelik kabul beyanında bulunarak sözleşmenin kurulmasını sağladığı sözleşmelerdir²⁶. Web sitesinin teklif verme imkanı sağladığı durumlar haricinde alıcı satıcının belirlediği sözleşme şartlarını kabul etmezse sözleşme kurulmaz, yani alıcıya pazarlık imkanı tanınmamaktadır²⁷.

Web siteleri aracılığıyla kurulan sözleşmelerle uygulamada genellikle satım sözleşmeleri olarak karşılaşmaktayız ancak açık artırmayla satım

20 Antalya 301.

21 Antalya 301.

22 Büyüksağış 139.

23 Antalya 301.

24 Yasemin Yücesoy Yılmaz, 'Viyana Satım Anlaşması Hükümlerine Göre Kabul' (2017) (30) TAAD 423, 436.

25 Büyüksağış 140.

26 Sözer 92; Sağlam 96; Özel (Sibel) 612.

27 Uyumaz 314: Bu durum, İngilizcede "take it or leave it" deyimiyle ifade edilmektedir.

sözleşmeleri, dijital ürün temini sözleşmeleri, hizmet sunumu sözleşmeleri gibi çeşitli sözleşmeler de web siteleri aracılığıyla kurulabilmektedir.²⁸

Konumuz açısından esas teşkil eden internet üzerinden kurulan sözleşme türü, web siteleri aracılığıyla kurulan satım sözleşmeleridir. Öyle ki pandemi döneminde tüketiciler online alışverişlere yönelmekte, web siteleri aracılığıyla satım sözleşmesi kurmaktadır. Bu durumda sözleşmenin bir tarafını zayıf konumda bulunan tüketici (alıcı) oluşturduğundan koruyucu hükümler konusunda tüketicinin bilgilendirilme ihtiyacı doğmuştur. Bu husus tüketiciyi koruyucu hükümler çerçevesinde aşağıda ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

C. Elektronik Sözleşmelerin Elektronik Ticaretle İlişkisi ve Elektronik Ticaret Türleri

1. Elektronik Ticaretle İlişkisi

Elektronik sözleşmelerin internet üzerinden kurulan sözleşmeleri içine alan ve elektronik iletişim araçları kullanılarak dijital ortamda kurulan sözleşmeler olarak tanımlandığını belirtmiştik²⁹. Elektronik ticaret ise tıpkı elektronik sözleşmelerde olduğu gibi elektronik iletişim araçları kullanılarak yapılan ticari faaliyetleri ifade eder³⁰. Ancak bazı yazarlar elektronik ticareti yalnızca internet aracılığıyla yapılan ticaret olarak tanımlamaktadırlar³¹.

Elektronik sözleşmelerin elektronik ticaretle ilişkisinden bahsettiğimizde elektronik sözleşme kurmak yoluyla ticari faaliyet göstermeyi elektronik ticaret olarak adlandırmamız mümkündür. Öyle ki internet üzerinden

28 Web siteleri aracılığıyla kurulan sözleşme çeşitleri hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz Sağlam 96.

29 Uzun Kazmacı 2792; Siller 13: Elektronik iletişim araçları yerine *elektronik vasıtalar* ifadesini kullanarak elektronik sözleşmeleri *elektronik vasıtalarla kurulan sözleşmeler* olarak tanımlamıştır.

30 Sariaççalı 18; Sağlam 62; Mehmet Demir, *Mesafeli Sözleşmelerin İnternet Üzerinden Kurulması* (1. Baskı, Turhan 2004) 117.

31 Sözer 89.

kurulan elektronik sözleşme bir ticari faaliyet çerçevesinde kurulmuşsa burada da elektronik ticaretin varlığından bahsedebiliriz. Sonuç olarak elektronik sözleşme ve elektronik ticaret çoğunlukla iç içe geçmiş kavramlar olarak karşımıza çıkmaktadır.

Elektronik ticarete, elektronik sözleşmelerden farklı olarak sözleşmenin dayanağını ticari iş oluşturmaktadır. Bir işin ticari iş olup olmadığının tespiti TTK m. 3 ve TTK m. 19 çerçevesinde yapılmaktadır. TTK m.3 gereğince bir iş iki halde ticari iş sayılabilecektir; söz konusu iş, ya *TTK’da düzenlenen müesseselerle ilgili olmalı* ya da *ticari işletmeyi ilgilendirmelidir*. TTK m. 19’a göre de ticari iş sayılmanın iki kriteri vardır; ya iş *tacirin işi olmalıdır*³² ya da *tarafardan en az biri için ticari sayılan bir sözleşme ilişkisi* mevcut olmalıdır. Bu kriterler çerçevesinde bir iş ticari iş olarak nitelendirilebiliyorsa ve söz konusu ticari iş elektronik iletişim araçlarıyla gerçekleştiriliyorsa elektronik ticaretin varlığından söz edilebilecektir.

2. Türleri

a. Tarafları Bakımından Elektronik Ticaret Türleri

i. İşletmeler Arasında Elektronik Ticaret (*Business to Business-B2B*)

Elektronik ticaretin tarafları açısından en çok karşılaşılan türü olup işletmeler arasındaki ticari faaliyetlerin elektronik iletişim araçlarıyla (özellikle internet aracılığıyla) gerçekleştirilmesini ifade eder. İşletmeler arası elektronik ticaret, elektronik pazaryerlerinde gerçekleştirilebildiği gibi

32 İsmail Kayar, *Ticaret Hukuku* (3. Baskı, Seçkin 2015) 88-89: Bu durum ‘*ticari iş karinesi*’ olarak adlandırılmakta ve kural olarak tacirin işi ticari iş sayılmaktadır. Bu karinenin aksi tüzel kişi tacirler için ispat edilemez, zira tüzel kişi tacirlerin adı işi olmayacağından her işlemi istisnasız ticari iş niteliğindedir; Gerçek kişi tacirler için ise karinenin istisnaları TBK m. 19/1’in ikinci cümlesinde ön görülmüştür. Buna göre iki halde gerçek kişi tacirin borcunun ticari olmaması söz konusudur. Gerçek kişi tacir işlemi yaptığı anda karşı tarafa işlemin ticari işletmesiyle ilgili olmadığını söylediyse veya iş, ticari iş sayılmaya elverişli değilse karine geçerli olmayacaktır.

Elektronik Veri Değişimi (EDI) aracılığıyla uzun yıllardır kullanılagelen bir elektronik ticaret türüdür³³.

İşletmeler arası elektronik ticarete genellikle internet ağı kullanılır, bunun yanında diğer firmalarla yapılan faaliyetler için bir kapalı ağ (*extranet*)³⁴ ve firma içi faaliyetler için bir başka kapalı ağ (*intranet*)³⁵ kullanılabilir.

İşletmeler arası elektronik ticarete iki tarafı da işletme oluşturduğundan tüketici hukukunun koruma alanı dışında kalmaktadır. Bu ticaret türünde ortaya çıkabilecek uyuşmazlıklara TTK hükümlerine göre çözüm yolları aranacak ve gerektiğinde TBK hükümleri de uygulanabilecektir³⁶.

ii. İşletme-Tüketici Arasında Elektronik Ticaret (*Business to Consumer-B2C*)

İşletme ile tüketici arasında, işletmenin tüketiciye mal ve hizmet sunumu çerçevesinde³⁷, elektronik iletişim araçları (özellikle internet) kullanılarak gerçekleştirilen elektronik ticaret türüdür.

İşletme ile tüketici arası elektronik ticaret konumuz açısından önem arzeden ticaret türüdür. Tüketicinin bu türün sağladığı zaman tasarrufu, ürün çeşitliliği, ürün özelliklerini karşılaştırma imkanı, mekan kısıtının olmayışı sebepleriyle yaygınlaşmış olup pandeminin sebep olduğu fiziki alışveriş kısıtı sonucunda tüketici açısından daha fazla tercih edilir hale gelmiştir. Pandemi döneminde tüketiciler ile işletmeler arasında özellikle web

33 Ferman Kaya, *E-Ticaret Hukuku ve Tüketici Hukukundaki Uygulamaları* (2. Baskı, Seçkin 2018) 73; Gamze Turan, 'Elektronik Sözleşmeler ve Elektronik Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun Tespiti' (2008) (77) TBB Dergisi 87, 91; Elektronik Veri Değişimi (EDI) hakkında ayrıntılı bilgi için bkz 3-4.

34 Sariaççalı 35.

35 Sariaççalı 35.

36 TTK m. /2: "Mahkeme, hakkında ticari bir hüküm bulunmayan ticari işlerde, ticari örf ve âdete, bu da yoksa genel hükümlere göre karar verir"

37 Sariaççalı 36: Yazar, bu tür ticareti *internet üzerinden mal satışı ve hizmet sunumu* olarak tanımlamaktadır.

siteleri aracılığıyla mal satımına yönelik elektronik sözleşmeler kurularak bu ticaret türü yaygınlaştırılmıştır.

İşletme ile tüketici arası elektronik ticaretin bir tarafını tüketici³⁸ oluşturduğundan ve bu tür elektronik ticaret tüketici işlemi³⁹ niteliği taşıdığından ortaya çıkan uyuşmazlıklara TKHK uygulanacak ve tüketici TKHK'nun sağladığı korumadan yararlanacaktır⁴⁰.

iii. Tüketiciler Arasında Elektronik Ticaret (Consumer to Consumer-C2C)

Tüketici ile bir başka tüketici arasında çoğunlukla elektronik pazar yerleri dahilinde gerçekleştirilen işlemleri ifade eder⁴¹. Genellikle kullanıcı konumundaki tüketicinin başka bir tüketiciye kullandığı ürünü ikinci el olarak müzayede siteleri aracılığıyla, açık artırma suretiyle satması şeklinde karşımıza çıkmaktadır⁴².

Tüketiciler arası elektronik ticarete iki tarafı da tüketici oluşturduğundan TKHK kapsamında bir tüketici işlemi söz konusu olmayıp TKHK uygulama alanı bulmayacaktır. Ancak işlem elektronik pazaryeri aracılığıyla yapılmışsa, bu durumda zarar gören tüketici TKHK'nın sağladığı korumadan yararlanabilecektir⁴³.

38 TKHK m. 3/1-k: “Tüketici: Ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişiyi ifade eder.”

39 TKHK m. 3/1-l: “Tüketici işlemi: Mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan, eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dâhil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlemi ifade eder.”

40 TKHK m. 2: “Bu Kanun, her türlü tüketici işlemi ile tüketiciye yönelik uygulamaları kapsar.”

41 Kaya 74.

42 Sariaçkalı 36; Kaya 74; Turan 92.

43 Kaya 75.

iv. İşletme- Devlet Arasında Elektronik Ticaret (*Business to Government-B2G*)

İşletmeler ile devlet (kamu kuruluşları) arasında elektronik iletişim araçlarıyla yapılan ticari faaliyetleri ifade eder. Örneğin alıcı konumundaki bir kamu kuruluşunun internet üzerinden ihale açması, satıcı konumundaki işletmenin ihaleye katılarak teklif vermesi ve bu çerçevede satım sözleşmesi kurulması işletme ile devlet arasındaki elektronik ticarete örnek olarak verilebilir⁴⁴.

İşletme ile devlet arasındaki elektronik ticarete tüketici unsuru bulunmadığından bu tür elektronik ticaret konumuz açısından önem arz etmemekte ve TKHK'nın uygulanması söz konusu olmamaktadır.

v. Devlet-Tüketici Arasında Elektronik Ticaret (*Government to Consumer-G2C*)

Devletin (kamu kuruluşlarının) vergi, sigorta, sağlık gibi birçok alanda tüketiciye hizmetlerini elektronik iletişim araçlarıyla sunmasını ifade eder. Bu elektronik ticaret türüne sigorta primleri ile vergilerin internet üzerinden ödenmesi ve e-devlet uygulamaları örnek olarak verilebilir⁴⁵. Bu işlemler her ne kadar tarafları bakımından elektronik ticaret türleri arasında sayılsa da esasen ticari nitelik taşımamakta⁴⁶ ve tüketici işlemi kapsamında değerlendirilmemektedir, bu sebeple TKHK'nın uygulama alanı dışında kalmaktadır.

44 Kaya 75.

45 Kaya 75.

46 Turan 92.

b. Mal ve Hizmetin Teslimi Bakımından Türleri

i. Dolaylı Elektronik Ticaret

Dolaylı elektronik ticarete doğrudan elektronik ticarete olduğu gibi sözleşme elektronik ortamda elektronik iletişim araçları kullanılarak kurulmakta, ancak sözleşmeden doğan borçların ifası malın ve paranın elden teslimi gibi geleneksel yollarla sağlanmaktadır⁴⁷.

Her ürün elektronik ortamda ifa edilmeye uygun olmadığından günümüzde yaygın olan mal ve hizmetin teslimi bakımından elektronik ticaret dolaylı elektronik ticarettir. Web siteleri vasıtasıyla yapılan online alışverişlerde de sözleşme online olarak kurulmaktaysa da tüketicinin karşısında bulunan satıcı/sağlayıcı taraf edimin ifasını çoğunlukla geleneksel yollarla gerçekleştirmektedir. Ancak elektronik ifası mümkün olan mal ve hizmetler bakımından doğrudan elektronik ticaret türü karşımıza çıkmaktadır.

ii. Doğrudan Elektronik Ticaret

Doğrudan elektronik ticarete hem sözleşmenin kurulması hem ifası elektronik ortamda elektronik iletişim araçlarıyla gerçekleşmektedir⁴⁸. Doğrudan elektronik ticarete örnek olarak kitap, film, bilgisayar programları gibi elektronik ortamda ifa edilebilen malların satımına ve danışmanlık hizmetlerine yönelik sözleşmeler verilebilir⁴⁹.

47 Sariaçalı 37; Turan 90; Sözer 21; Gülin Güngör, 'Yeni Düzenleme Çalışmalarında Elektronik Akitlerin Kuruluşu ve Click-wrap Yazılım Lisansı Sözleşmelerinde Hukuk Seçimi Kaydı' (2002) 51(1) Ankara Üniversitesi Hukuk fakültesi Dergisi 19, 21; Özel (Sibel) 610.

48 Sariaçalı 37; Sözer 21; Turan 90.

49 Sariaçalı 37-38; Turan 90.

D. İnternet Üzerinden Kurulan Sözleşmelerin Özellikleri

Pandemi döneminde online alışverişlerde web siteleri aracılığıyla kurulan satım sözleşmelerinin özellikleri üç kalemde toplanarak incelenebilir:

1. Hazır Olmayanlar Arası Sözleşme Özelliği

Hazırlararasında bir sözleşmeden bahsedebilmek için tarafların aynı ortamda veya yakın mesafelerde bulunmaları şart olmayıp aynı anda (doğrudan) ve kesintisiz olarak sağladıkları bir iletişim yoluyla, karşılıklı irade beyanlarını (icap-kabul beyanları) gönderebilmeleri ve gönderildiği anda beyanları öğrenilme ve cevap verebilme imkanına sahip olmaları gerekir⁵⁰. Aksi halde sözleşme hazır olmayanlar arası sözleşme niteliği taşıyacaktır. Daha açık ifadeyle, iletişim aynı anda ve kesintisiz sağlanamamışsa yani bir tarafın icap beyanı gönderildiği anda değil, araya zaman girdikten sonra karşı tarafça öğreniliyorsa, aynı şekilde karşı tarafın kabul beyanı gönderildiği anda değil, araya zaman girdikten sonra diğer tarafça öğreniliyorsa burada hazır olmayanlar arası bir sözleşmeden bahsedilecektir.

Bir sözleşmenin hazırlararası sözleşme veya hazır olmayanlar arası sözleşme olmasının önemi sözleşmenin hüküm ve sonuçlarını doğurmaya başlayacağı anın tespiti bakımından ortaya çıkmaktadır. Hazırlararası sözleşmelerde icaba karşılık kabul beyanının derhal gönderilmesi gerekir (TBK m 4/1) ve kabul beyanının gönderilmesiyle sözleşme kurulur ve aynı anda hüküm ve sonuçlarını doğurur⁵¹. Hazır olmayanlar arası sözleşmelerde ise icaba karşılık kabul beyanının zamanında ve usulüne uygun olarak gönderilmesi (TBK m 5/1) ve karşı tarafa ulaşması ile sözleşme kurulur ancak hüküm ve sonuçlarını karşı tarafın kabul beyanını gönderdiği andan itibaren doğurur⁵².

50 Sağlam 73-74; Şahin 334-335; Sinan Sami Akkurt, 'Elektronik Ortamda Hizmet Sunumu ve Buna İlişkin Sözleşmelerin Hukuki Özellikleri' (2011) 60 (1) AUHFD 19, 31-32; TBK m 4/2: "Telefon, bilgisayar gibi iletişim sağlayabilen araçlarla doğrudan iletişim sırasında yapılan öneri, hazır olanlar arasında yapılmış sayılır."

51 Sağlam 73; Akkurt 31.

52 Sağlam 73; Akkurt 31; Bayram 351.

İnternet üzerinden kurulan sözleşme tipleri açısından hazır olmayanlar arası ve hazırlarası sözleşme ayrımını inceleyecek olursak; aynı anda kesintisiz iletişim sağlayan chat yoluyla kurulan sözleşmeler hazırlarası sözleşme niteliğindeki⁵³, e-mail yoluyla kurulan sözleşmelerde kesintisiz ve doğrudan iletişim söz konusu olmadığından hazır olmayanlar arası sözleşme özelliği gösterir⁵⁴. Web siteleri aracılığıyla kurulan sözleşmeler kural olarak kabul beyanının sözleşmeyi kabul etme anlamındaki ikona tıklanması suretiyle iletilmesi halinde doğrudan diğer tarafa ulaşmaması, öncelikle web sitenin bilgi işlem sistemine düşmesi ve kontrol-den geçirilerek diğer tarafa ulaştırılması yani araya zaman girmesi ve kesintisiz iletişim sağlanamaması sebebiyle hazır olmayanlar arası sözleşme özelliği gösterir⁵⁵. Ancak web sitenin aynı anda ve kesintisiz irade beyanı sağlama konusunda alt yapısının bulunması durumları bunun istisnasını oluşturur ve bu durumda web siteleri aracılığıyla kurulan sözleşmeler hazırlarası sözleşme niteliği gösterecektir⁵⁶.

2. Katımlı Sözleşme Özelliği

TBK m 26'da düzenlenen sözleşme özgürlüğü ilkesi çerçevesinde taraflar sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler. Bu sözleşme özgürlüğü ilkesinin istisnasını genel işlem koşulları⁵⁷ ve katımlı sözleşmeler oluşturur⁵⁸. Genel işlem koşulları ve katımlı sözleşmeler benzerlik göstermekle beraber farklı müesseselerdir.

53 Şeker 138 (İnternet).

54 Akkurt 32; Şeker 137 (İnternet).

55 Akkurt 32; Kabul beyanının bilgi işlem merkezine derhal düşmesini ve devamında yapılacak işlem için derhal sayfanın açılmasını kesintisiz iletişim olarak değerlendirerek web siteleri aracılığıyla kurulan sözleşmeleri hazırlarası sözleşme kabul eden aksi görüş için bkz Savaş 219-220 (Uyumaz 922'den naklen).

56 Akkurt 32.

57 TBK m 20: "Genel işlem koşulları, bir sözleşme yapılırken düzenleyenin, ileride çok sayıda benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleridir."

58 Sağlam 78; Şahin 335; Akkurt 33.

Katılmalı sözleşmeler, genel işlem koşullarını içeren sözleşmelerdir⁵⁹ ancak bazı noktalarda genel işlem koşullarından ayrılırlar. Katılmalı sözleşmelerde de genel işlem koşullarında olduğu gibi bir tarafın kendi koşullarını diğer tarafa dayatması söz konusudur, ancak genel işlem koşullarında tarafın adı, ticaret unvanı, teslim tarihi ve yeri gibi bazı bilgilerin taraflarca müzakere edilmesi ve doldurulması gerekirken⁶⁰, katılmalı sözleşmelerde müzakere imkanı hiç yoktur⁶¹. Katılmalı sözleşmelerde bir tarafın sözleşme hükümlerine ilişkin yalnızca kabul ve red iradesini belirtme imkanı olup, taraf sözleşmeyi olduğu gibi kabul ederse sözleşme kurulmuş, kabul etmezse kurulmamış olur⁶².

Elektronik sözleşmeler kural olarak katılmalı sözleşme niteliğinde olup genel işlem koşulları içerirler⁶³. E-mail yoluyla kurulan sözleşmelerin içerdiği genel işlem koşulları açısından bu hususun değerlendirilmesi gerekir. Öyle ki bu yolla kurulan elektronik sözleşmelerde koşulların karşılıklı e-mail yoluyla sunulması söz konusudur ve bir taraf sözleşme hükümlerini değiştirmek istediğinde e-mail aracılığıyla sunduğu kendi koşulları ile değiştirme iradesini ortaya koymaktadır. Yani bu tür sözleşmelerde kural olarak taraflar sözleşme koşulları üzerinde müzakere imkanına sahiptir ve bu sözleşmeler katılmalı sözleşme niteliği taşımazlar. Web siteleri aracılığıyla kurulan sözleşmelerde ise sözleşmenin kurulması, tek yanlı düzenlenip web siteye konulmuş standart sözleşmenin tıklanılmak suretiyle kabulüne dayandığından ve tarafın sözleşme hükümlerini değiştirme konusunda herhangi bir girişimde bulunma (müzakere) imkânının bulunmamasından ötürü genel işlem koşulları içerdiği ve katılmalı sözleşme niteliğinde olduğu konusunda şüphe yoktur⁶⁴. Ancak her durumun somut olay çerçeve-

59 Sözer 113.

60 Bu hususların müzakere ediliyor olması sözleşmenin müzakere edilebilir sözleşmeler olduğu anlamına gelmez, öyle ki müzakere edilen hususlar her sözleşmede farklılık gösteren ve sözleşmenin kurulacağı tarafın bilgilendirmesi doğrultusunda doldurulabilecek hususlardır (Sözer 114)

61 Sağlam 78, Sözer 114; Şahin 336.

62 Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (24. Baskı, Yetkin 2019) 227; Sağlam 78, Sözer 114; Şahin 335; Akkurt 33; Turan 95; Güngör 34-35.

63 Sözer 115.

64 Uyumaz 915; Sözer 115-116.

sinde değerlendirilmesi gerekir. Zira web sitenin sözleşme şartları üzerinde müzakere etme imkanı sunan alt yapıya sahip olması durumunda sözleşmenin katılmalı sözleşme niteliğinde olmadığını veya e-mail yoluyla kurulan sözleşmede bir tarafın genel işlem koşullarını göndermesine rağmen diğer tarafın doğrudan kabulünün beklenmesi yani, söz konusu tarafa müzakere imkanı tanınmaması durumunda bu sözleşmelerin katılmalı sözleşme niteliğinde olduğunu söylemek mümkün olacaktır.

3. Mesafeli Sözleşme Özelliği

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (TKHK) m 48 tanımıyla mesafeli sözleşmeler *“satıcı veya sağlayıcı ile tüketicinin eş zamanlı fiziksel varlığı olmaksızın, mal veya hizmetlerin uzaktan pazarlanmasına yönelik olarak oluşturulmuş bir sistem çerçevesinde, taraflar arasında sözleşmenin kurulduğu ana kadar ve kurulduğu an da dâhil olmak üzere uzaktan iletişim araçlarının kullanılması suretiyle kurulan sözleşmelerdir”*. Elektronik sözleşmeler de pazarlamaya yönelik bir sistem dahilinde yapılması, iki tarafın sözleşmenin kurulmasından önce veya kurulması sırasında karşı karşıya gelmeksizin yaptığı sözleşmeler olması ve bir tarafın da tüketici olması şartıyla mesafeli sözleşme niteliğini taşırlar⁶⁵. Eğer bu üç unsur mevcut değilse söz konusu elektronik sözleşme mesafeli sözleşme niteliklerini kaybedeceklerdir. Web siteleri aracılığıyla kurulan sözleşmeler kural olarak bu üç unsuru bünyesinde barındırır ve mesafeli sözleşme özelliği gösterir. Ancak söz konusu unsurlarda eksiklik halinde mesafeli sözleşme özelliği göstermediği durumlar mevcuttur. Örneğin sözleşmenin hazırlık aşamasında taraflar biraraya gelmişlerse, yalnızca sözleşmenin kurulum aşaması elektronik ortamda gerçekleştirilmişse elektronik sözleşme mesafeli sözleşme özelliği göstermez⁶⁶. Yine sözleşme mal veya hizmet pazarlamaya yönelik bir sistem çerçevesinde değil de bir defaya mahsus olmak üzere elektronik ortamda kurulmuşsa mesafeli sözleşmeden bahsedilemeyecektir⁶⁷.

65 Akkurt 31-36; Sağlam 73-89; Bayram 343.

66 Uzun Kazmacı 2795.

67 Uzun Kazmacı 2795.

Mesafeli sözleşmeler bakımından TKHK ve Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliğinde (MSY) tüketiciyi koruyucu hükümler düzenlenmiştir. Bu konu ileride ayrıntılı olarak açıklanacaktır.

II. İNTERNET ÜZERİNDEN KURULAN SÖZLEŞMELERDE TÜKETİCİNİN KORUNMASI

A. Genel Olarak

Hukukumuzda Tüketici Hukukuna ilişkin kanun ve yönetmelikler mevcut olup sözleşmeler kapsamında TKHK'da düzenlenmeyen hususlara TBK hükümleri uygulanacaktır. TKHK ve buna ilişkin yönetmelikler kapsamında tüketiciyi koruyucu hükümlerden özellikle haksız şartlar ve mesafeli sözleşmeler çerçevesinde bahsedeceğiz.

Haksız şartlara ilişkin tüketiciyi koruyucu hükümler, AB'nin 93/13/EEC sayılı Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Koşullar Direktifinde⁶⁸ düzenlemelerden yola çıkılarak TKHK'da düzenlenmiştir. Ayrıca 6502 sayılı TKHK'a dayanarak hazırlanan Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik çıkarılmış ve bu yönetmelik kapsamında da tüketicinin korunması amaçlanmıştır.

Mesafeli sözleşmelere ilişkin düzenlemeler ise AB Hukukunda 2011/83/EU sayılı Tüketici Hakları Direktifinde ve 2002/65/EC sayılı Finansal Hizmetlerin Mesafeli Satışına İlişkin AB Direktifinde ve 2000/31/EC sayılı Elektronik Ticaret Direktifinde düzenleme alanı bulmuştur. Türk Hukukunda ise mesafeli sözleşmelere ilişkin tüketiciyi koruyucu hükümlere yine AB hukukuyla uyumlaştırma çabaları dahilinde TKHK'da yer verilmiş olup bu çerçevede çıkarılmış olan Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği (MSY) ile Finansal Hizmetlere İlişkin Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği (FHİMSY) ile de düzenlenmiştir.

68 Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on Unfair Terms in Consumer Contracts isimli direktif metninin orijinali için bkz <https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/1993/13/oj> (Erişim: 14.06.2020).

B. Haksız Şartlar ve Haksız Şartlara İlişkin Korumalar

Haksız şartın tanımı TKHK m 5/1 ve Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik m 4/1-c’de açıkça yapılmıştır. Buna göre *“Haksız şart; tüketiciyle müzakere edilmeden sözleşmeye dâhil edilen ve tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde dürüstlük kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme şartlarıdır.”* Yönetmelik m 5/12’de de sayıldığı ve tanımdan da anlaşıldığı üzere haksız şartın unsurlarını tüketiciyle müzakere edilmeme ve dürüstlük kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe yol açma oluşturur;

Tüketici ile müzakere edilmeme unsuru ilgili kanun ve yönetmelikte *“müzakere edilmeden”* ifadesi kullanılmak suretiyle düzenlenmiştir, buna göre haksız şartın varlığından bahsedebilmek için ilk unsur tüketiciyle müzakere edilmeden sözleşmeye eklenmedir. Ayrıca TKHK m 5/3’te (Yönetmelik m 5/2) aksi ispat edilebilir bir adi karine⁶⁹ öngörülmüştür. Buna göre sözleşme hükümleri önceden hazırlanmış ve standart sözleşmede yer almışsa ve bu sebeple tüketici içeriğine etki edememişse hükümlerin müzakere edilmediği dolayısıyla haksız şart niteliğinde olduğu kabul edilir, aksi-ni iddia eden iddiasını ispatlamalıdır⁷⁰.

Haksız şartlar TBK’da düzenlenen genel işlem koşullarının Tüketici Hukukundaki yansıması⁷¹ olarak kabul edilse de haksız şartlar bazı hususlarda genel işlem koşullarından farklılık arzederler. Hem genel işlem koşulları⁷² hem haksız şartlar müzakere edilmeme unsurunu bünyesinde

69 Hakan Acar, ‘Türk Hukukunda Sözleşmedeki Haksız Şartlar’(2008) 3(2) EÜHFD 263, 275.

70 Sözleşme hükümlerinin taraflar arasında müzakere edilmiş olduğunun ispatı için *ticari ve e-posta yazışmaları, faksılar, sözleşme taslakları vb. vasıtalar*dan yararlanılabilecektir (Yargıtay 11. HD, 6175/8011, 11.10.2016 T.)

71 Eren 229 (Genel).

72 Genel işlem koşullarında tarafın adı, ticaret unvanı, teslim tarihi ve yeri gibi bazı bilgilerin taraflarca müzakere edilmesi ve doldurulması gerekir ve bu hususların müzakere ediliyor olması sözleşmenin müzakere edilebilir sözleşmeler olduğu anlamına gelmez, öyle ki müzakere edilen hususlar her sözleşmede farklılık gösteren ve sözleş-

barındırırlar⁷³. Ancak “Tüketiciyle müzakere edilmeme” ifadesinden anladığımız üzere haksız şartlarda bir tarafın tüketici olması gerekirken -genel işlem koşullarında taraflar bakımından herhangi bir sınırlama yoktur- diğer tarafın sıfatı önem taşımayacaktır⁷⁴.

Müzakere edilmeme hususuna internet üzerinden kurulan elektronik sözleşmeler açısından baktığımızda; E-mail yoluyla kurulan sözleşmelerde tarafların müzakere etme olanakları kural olarak mevcut olduğundan somut olay değerlendirilmelidir. Web siteleri aracılığıyla kurulan sözleşmelerde ise genellikle müzakere imkânı tamamıyla ortadan kalkmaktadır ve diğer haksız şartın diğer unsuru olan dürüstlük kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe yol açma unsuru da mevcutsa bu tür sözleşme hükümlerinin haksız şart niteliği taşıdığı kabul edilecektir.

Haksız şartın varlığından söz edilebilmesi için bulunması gereken ikinci unsur dürüstlük kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe yol açma unsurudur. TBK m 2 (dürüstlük kuralı) gereğince her türlü sözleşmenin dürüstlük kuralı çerçevesinde kurulması gerekmektedir⁷⁵. Tüketici sözleşmelerinin de geçerli kabul edilebilmesi için dürüstlük kuralı çerçevesinde kurulması gerekir, aksi takdirde haksız şart niteliği taşıyacak ve geçersizliğine hükmedilebilecektir. Tam ifadesiyle bir sözleşme hükmünün haksız şart olarak kabul edilebilmesi için söz konusu hükmün tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde dürüstlük kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe yol açmış olması gerekir. Hüküm müzakere edilmeden sözleşmeye konulmuş ancak dürüstlük kuralına uygunsa yani dürüstlük kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe yol açmıyorsa bu durumda haksız şartın varlığından

menin kurulacağı tarafın bilgilendirmesi doğrultusunda doldurulabilecek hususlardır (Sözer 114)

73 Fırat Korkmaz, ‘Tüketici Sözleşmelerindeki Ek Şartlar Meselesinde Haksız Şartlar ve Genel İşlem Şartlar’ (2019) 4(1) KTO Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 31, 41.

74 Özgür Karadağ, *Türk Borçlar Kanununda Genel İşlem Koşulları ve Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar* (2. Baskı, Adalet 2015) 161-162; Şebnem Akipek Öcal, ‘Hukumumuzda Haksız Şartlar ve Sonuçları’ (2015) 12(2) 202, 209.

75 Süleyman Topak, ‘Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartların Bağlayıcı Olmamasının Sonuçları’ (2016) (122) TBB Dergisi 281, 289.

bahsedemeyiz. Yargıtay⁷⁶ da bu durumu bir kararında dürüstlük kuralına ilişkin unsuru bünyesinde bulundurmeyen ancak müzakere edilmeden kabul edilmiş sözleşme hükümlerini haksız şart niteliğinde kabul etmeyerek ortaya koymuştur. Yine Yargıtay'ın⁷⁷ kimi kararlarına konu olduğu üzere dürüstlük kurallarına ilişkin unsuru barındırmayan ancak müzakere edilerek sözleşmeye dahil olan sözleşme şartları haksız şart niteliğinde kabul edilmeyecektir.

Haksız şartlar dürüstlük kuralına ilişkin unsuru bünyesinde barındırması sebebiyle de genel işlem koşullarından ayrılır. Ancak her ne kadar böyle bir unsur genel işlem koşullarının unsurları arasında yer almasa da genel işlem koşullarının içerik denetimini düzenleyen TBK m. 25 ile “Genel işlem

76 Yargıtay 13 HD, 22473/ 23099, 08.07.2014: “Davacı eldeki dava ile, davalı banka ile imzaladığı kredi sözleşmesi nedeni ile kendisinden farklı isimler altında tahsil edilen bedellerin iadesini istemekte olup, dairemizin yerleşik içtihatlarında da vurgulandığı üzere, davalı bankanın tacir olup, yaptığı masrafları tüketiciden isteme hakkı bulunduğu anlaşılmakta ise de, somut uyuşmazlığın tüketici hukukundan kaynaklandığı da gözetildiğinde, bankanın ancak davaya konu kredinin verilmesi için zorunlu, makul ve belgeli dosya masraflarını tüketiciden isteyebileceğinin kabulü gerekir. Hemen belirtmek gerekir ki, bankaların kredi borçlusuna hayat sigortası yaptırmadaki asıl amacının, kredi borcunu teminat altına almak olduğu ve hayat sigortası nedeni ile kredi borçlusunun belli bir prim ödeme borcu altına girdiği anlaşılmakla birlikte, hayat sigortası kapsamına alınmasında kredi borçlusu tüketicilerin de bir menfaatinin olduğu açıktır. Hal böyle olunca, sözleşme kapsamında tahsil edilen hayat sigorta primlerine ilişkin kayıtların haksız şart niteliğinde olduğunun kabulüne olanak bulunmamaktadır.” <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf?dswid=-S110#> (Erişim: 13.06.2020).

77 Yargıtay HGK, 13-2899/420, 07.03.2018: “Somut olayda davacının vasisi olduğu kısıtlı H. U., az yukarıda zikredilen yasal düzenlemeler yürürlükte iken ve kısıtlanmadan önce kredi sözleşmesini imzalamıştır. Taraflarca imzalanan sözleşmenin 11. maddesi ve taahhütname (muvafakat) ile H. U.'in, borcun ödenmemesi halinde banka nezdinde bulunan tüm alacakları, mevduat ve hesapları üzerinde bloke, hapis, mahsup ve takas etme yetkisini davalı bankaya verdiği, kredi geri ödemelerinin maaş hesabından yapılmasına muvafakat ettiği açıktır. H. U.'in, bankadan aldığı kredi borcunu sözleşme şartlarına uygun olarak ödemesi halinde sözleşme gereğince kullandırılan kredinin teminatı olarak maaşından kesinti yapılmasını kabul etmesi ve diğer teminat öngören hükümlerinin sözleşmeye konulmasına rıza göstermesinin haksız şart olarak kabulü mümkün değildir. Zira H. U. sözleşmenin her sayfasını ayrı ayrı imzalamış olup, serbest iradesi ile sözleşme şartlarına uygun olarak kredi borcu taksitlerinin bankadan aldığı maaşından kesilmesi için talimat verdiğine göre artık sözleşmenin söz konusu hükmünün müzakere edilmediği söylenemez. Bankanın sözleşme hükümlerine göre yaptığı işlemin sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerin dürüstlük kuralına aykırı düşecek şekilde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olduğu kabul edilemez.” <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf?dswid=8600#> (Erişim: 14.06.2020).

koşullarına, dürüstlük kurallarına aykırı olarak, karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümler konulamaz” düzenlemesi getirilmiştir⁷⁸. Buna göre yürürlük denetiminden geçerek sözleşmenin içeriği haline gelmiş genel işlem koşulunun içerik denetiminde dürüstlük kurallarına aykırı olması sebebiyle geçersiz hale gelmesi söz konusudur.

Genel işlem koşullarında koşullar yorum denetimi çerçevesinde açık, anlaşılır olmadığı veya birden çok anlama geldiği durumlarda şartların yorumunun düzenleyen aleyhine, karşı tarafın lehine yapıldığı gibi (TBK m 23) haksız şartlarda söz konusu durumlarda yorum tüketici lehine yapılmaktadır⁷⁹ (TKHK m 5/4).

Haksız şartların genel işlem koşullarından bir diğer farkı da genel işlem koşullarının sözleşmeye dâhil edilebilmesi için yürürlük denetiminden geçmiş olması gerektiğidir, aksi halde sözleşmeye hiç dâhil edilmeyebilirler, ancak haksız şartlar hali hazırda sözleşmeye dâhildirler⁸⁰.

Haksız şartlar yaptırımları yönüyle de genel işlem koşullarından ayrılır. Haksız şartların yaptırımı TKHK m. 5/2’de düzenlenmiş olup kesin hükümsüzlükken, genel işlem şartlarında ise yürürlük denetiminde yazılmamış sayılma (TBK m 21), içerik denetiminde kesin hükümsüzlük (TBK m 25, 27) gibi çeşitli yaptırımlar mevcuttur⁸¹. Ancak genel işlem koşullarıyla benzer şekilde düzenlenen⁸² TKHK m. 5/2’nin ikinci cümlesinde ifade edildiği üzere, bir hükmün haksız şart niteliğinde olması durumunda bu hüküm

78 Karadağ 164; Topak 290.

79 Turan Şahin ve Mahmut Kizir, ‘6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun Genel Esaslar, Haksız Şartlar ile Ayıplı Mal ve Hizmetler Konusunda Getirdiği Yenilik ve Değişiklikler’ (2014) 9(89) Terazi Hukuk Dergisi, 68, 72; Korkmaz 44.

80 Akipek Öcal 208: “TBK’da yer alan yürürlük denetimi, TKHK’da kapsam dışında bırakılmıştır.”

81 Korkmaz 42.

82 TBK m 27/2: “Sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmının hükümsüz olması, diğerlerinin geçerliliğini etkilemez. Ancak, bu hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa, sözleşmenin tamamı kesin olarak hükümsüz olur.” TBK m. 22: “Sözleşmenin yazılmamış sayılan genel işlem koşulları dışındaki hükümleri geçerliliğini korur. Bu durumda düzenleyen, yazılmamış sayılan koşullar olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremez.”

kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi olacak ancak sözleşmenin diğer hükümleri geçerliliğini koruyacaktır. Yani burada genel işlem koşullarında da olduğu gibi bir kısmi kesin hükümsüzlük söz konusu olmakta⁸³ ve satıcı/sağlayıcı bu hükümler olmasaydı sözleşmeyi yapmayacağı savunmasında bulunamayacaktır (TKHK m 5/2). Ancak genel işlem şartlarından farklı olarak haksız şartlar için düzenlenen kesin hükümsüzlüğü yalnızca tüketici ileri sürebildiğinden buradaki hükümsüzlük nispi hükümsüzlük niteliğindedir⁸⁴. Kesin hükümsüz sayılan sözleşme hükümleri sebebiyle sözleşmede oluşan noksanlıkları hakim tamamlayıcı hukuk kurallarının uygulanması yoluyla tamamlayacaktır⁸⁵.

Sonuç olarak web siteleri aracılığıyla kurulan sözleşmelerde tüketiciyle müzakere edilmeyen ve tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde dürüstlük kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengeye yol açan haksız şart niteliğindeki hükümlerin kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi tutulması yoluyla tüketici korunmaktadır. Ayrıca açık, anlaşılır olmayan veya birden çok anlama gelen sözleşme şartlarının tüketici lehine yorumlanması ile tüketicinin korunması amaçlanmaktadır.

Son olarak belirtmek gerekir ki Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik ekinde haksız sözleşme şartlarına ilişkin örnekler⁸⁶ sayılmıştır. Genel işlem koşullarının unsurlarından olan “*ileride birden çok benzer sözleşmede kullanılma amacı gütmeye*” ve “*önceden hazırlanma*” haksız şartın unsurunu oluşturmadığından bu örnekler çerçevesinde sözleşme şartları önceden hazırlanmamış olsa da, bir sefer kullanılacak olsa da haksız şart niteliğine haizdirler⁸⁷.

83 Eren 250 (Genel).

84 Eren 250 (Genel).

85 Selin Sert Sütçü, ‘Elektronik Ticarete Tüketicinin Korunması’ın Selin Sert Sütçü (ed), 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun Hükümlerine Göre Tüketici Hukuku Uygulamalarında Tüketicinin Korunması (Seçkin 2019) 23.

86 Acar, 278: Yönetmelik ekinde sayılan haksız sözleşme şartları sınırlayıcı nitelikte değildir.

87 Akipek Öcal, 208.

C. Mesafeli Sözleşmeler ve Mesafeli Sözleşmelere İlişkin Korumalar

1. Mesafeli Sözleşmeler

a. Tanımı ve Kapsamı

TKHK m 48’de mesafeli sözleşmeler tanımlanmıştır. Buna göre mesafeli sözleşmeler *“satıcı veya sağlayıcı ile tüketicinin eş zamanlı fiziksel varlığı olmaksızın, mal veya hizmetlerin uzaktan pazarlanmasına yönelik olarak oluşturulmuş bir sistem çerçevesinde, taraflar arasında sözleşmenin kurulduğu ana kadar ve kurulduğu an da dâhil olmak üzere uzaktan iletişim araçlarının kullanılması suretiyle kurulan sözleşmelerdir”*. Mesafeli sözleşmeler mal⁸⁸ ve hizmetlerin⁸⁹ pazarlanmasına yönelik kurulan sözleşmeler olup elektronik ortamda kurulan sözleşmeler söz konusu olduğunda karşımıza genellikle mesafeli satım sözleşmeleri olarak çıkmaktadır. Mesafeli satım sözleşmeleri tarafların fiziki olarak birarada bulunmamak şartıyla uzaktan iletişim araçları kullanılarak kurulan satım sözleşmeleri olarak tanımlanabilir⁹⁰.

Web siteleri üzerinden online alışveriş sitelerinden tüketicinin mal satın alımında, satıcı/sağlayıcı ile tüketicinin aynı anda fiziksel olarak bir araya gelmemesi, uzaktan iletişim araçlarını kullanarak sözleşmeyi kurması ve bu sitelerin uzaktan pazarlamaya yönelik kurulmuş bir sistem niteliğinde olması sebebiyle bir mesafeli satım sözleşmesinin varlığından bahsedilecektir. Ancak daha önce de belirttiğimiz üzere bu sözleşmeler mutlak olarak mesafeli satım sözleşmesi özelliği göstermezler. İstisnai olarak sözleşme kurulmadan önce (hazırlık aşamasında) tüketici fiziksel olarak satıcıyla biraraya gelmek suretiyle mağazada bulunmuş ancak siparişini web sitesi üzerinden vermişse veya tüketicinin malı website üzerinden almasına rağmen website pazarlamaya yönelik bir sistem çerçevesinde kurulmuş sürekli

88 TKHK m 3 ve MSY m 4’e göre mal, *“Alışverişe konu olan; taşınır eşya, konut veya tatil amaçlı taşınmaz mallar ile elektronik ortamda kullanılmak üzere hazırlanan yazılım, ses, görüntü ve benzeri her türlü gayri maddi malları ifade eder.”*

89 TKHK m 3 ve MSY m 4’e göre hizmet, *“Bir ücret veya menfaat karşılığında yapılan ya da yapılması taahhüt edilen mal sağlama dışındaki her türlü tüketici işleminin konusunu ifade eder.”*

90 Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (7. Baskı, Yetkin 2019) 239.

satım sağlayan website niteliğinde değilse, yalnız bir defaya mahsus olmak üzere bu şekilde satım gerçekleştirilmişse sözleşme elektronik sözleşme özelliği gösterir ancak mesafeli sözleşme özelliği göstermez⁹¹.

b. Unsurları

i. Sözleşmenin Taraflarından Birinin Tüketici Olması

Mesafeli sözleşmeden bahsedebilmemiz için TKHK m. 48’de yapılan mesafeli sözleşme tanımından da anlaşıldığı üzere sözleşmenin bir tarafını tüketici diğer tarafını satıcı veya sağlayıcı oluşturmaktadır⁹². Tüketici, satıcı ve sağlayıcı TKHK m 3 ve MSY m 4’te yapılmıştır. Buna göre, tüketici kapsamına *ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişiler*, satıcı kapsamına *kamu tüzel kişileri de dahil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla tüketiciye mal sunan ya da mal sunanın adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler* ve sağlayıcı kapsamına *kamu tüzel kişileri de dahil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla tüketiciye hizmet sunan ya da hizmet sunanın adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler* dahil olacaktır.

Ayrıca TBK m 1 ve 2 gereğince tüm sözleşmelerin kurulabilmesi için sözleşmenin *esaslı noktalarında tarafların irade beyanlarının karşılıklı ve birbirine uygun olması* yani tarafların anlaşması gerekir. Mesafeli sözleşmelerde de bu bağlamda tüketici ile satıcı/sağlayıcının anlaşması gerekir, yani mesafeli sözleşmelerin bir unsurunun da tarafların anlaşması olduğunu söylemek mümkündür⁹³.

ii. Uzaktan İletişim Araçlarının Kullanılması

Mesafeli sözleşmeden bahsedebilmemiz için sözleşmenin taraflarının fiziken bir araya gelmeksizin uzaktan iletişim araçlarını kullanarak sözleşme

91 Uzun Kazmacı 2795.

92 Dilşad Kuşuoğlu ve Nihal Kalkan, ‘Mesafeli Sözleşmeler’ (2016) 90 (4) İstanbul Barosu Dergisi 269, 271-272; Demir 20.

93 Musatafa Topaloğlu, ‘Mesafeli Sözleşmeler’ (2016) 2(3) Beykent Üniversitesi Hukuk fakültesi Dergisi 13, 18.

akdetmeleri şarttır⁹⁴. Ancak TKHK ve MSY kapsamında mesafeli sözleşmeden bahsedebilmek için sözleşmenin mutlaka elektronik ortamda yapılması zorunlu değildir, diğer uzaktan iletişim araçları kullanılarak kurulan sözleşmeler de diğer mesafeli sözleşme unsurlarını bünyesinde bulundurma koşuluyla mesafeli sözleşme niteliğinde kabul edilir⁹⁵. Mesafeli sözleşmenin kurulmasında kullanılacak olan uzaktan iletişim araçları AB Direktifinde açıkça sayılmış olmasına karşın hukukumuzda yalnızca örnekleme yapılmış ve açıkça sayılma suretiyle sınırlandırılmamış olup bu durum hüküm ilerde farklı uzaktan iletişim araçlarının ortaya çıkması ihtimaline karşı gelişmelere açık hale getirmiştir⁹⁶. MSY m 4/1-h'de ise uzaktan iletişim araçlarının *mektup, katalog, telefon, faks, radyo, televizyon, elektronik posta mesajı, kısa mesaj, internet gibi fiziksel olarak karşı karşıya gelinmeksizin sözleşme kurulmasına imkan veren her türlü araç veya ortam* olduğu düzenlenerek örnekleme yoluna gidilmiştir.

Uzaktan iletişim araçlarının kullanılması sözleşmenin mesafeli sözleşme niteliği taşıması için sözleşmenin kurulmadan önceki aşamada ve kurulma aşamasında yani tüm aşamalarda bulunması gereken bir unsurdur⁹⁷ (TKHK m 48). Ancak sözleşmenin tüm aşamalarında bir veya birden fazla uzaktan iletişim aracı kullanılabilir⁹⁸, bu bağlamda her aşamada farklı uzaktan iletişim araçlarının kullanılması mümkündür⁹⁹.

94 Çağlar Özel, *Tüketicinin Korunması Hukuku* (5. Baskı, Seçkin 2019) 244; Cihan Avcı Braun, 'Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Mesafeli Sözleşmeler' (2015) 12 (2) YÜHFD 17, 29.

95 Aydın Zevkliler ve Emre Gökyayla, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri* (19. Baskı, Turhan 2019) 100; Topaloğlu 17 (Mesafeli Sözleşmeler).

96 Zevkliler ve Gökyayla 100; Topaloğlu 17-18 (Mesafeli Sözleşmeler); Gülce Erek, '6502 Sayılı Kanun Uyarınca Mesafeli Sözleşmelerin Unsurları, Satıcı/Sağlayıcının Ön Bilgilendirme Yükümü ve Tüketicinin Cayma Hakkı' (2019) (1) Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 517, 523.

97 Kuşuoğlu ve Kalkan 273.

98 Seda İrem Çakırca, '6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna Göre Mesafeli Sözleşmeler' (2018) 34(3) Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 99, 109; Gülşah İslamoğlu, 'Mesafeli Sözleşmelerde Cayma Hakkı' (2018) 13(145) Terazi Hukuk Dergisi 115, 118.

99 Avcı Braun 29: Her aşamada farklı uzaktan iletişim aracının kullanılabilmesinin dayanağını TKHK m 48'de "mesafeli sözleşmeler" in şeklinde kullanılan çoğul ifadenin oluşturur.

Pandemi döneminde online alışverişlerde kullandığımız uzaktan iletişim aracı internettir. Yani internet kullanarak web siteleri üzerinden elektronik sözleşmeler kurulmaktadır. Bu bağlamda web siteleri yoluyla kurulan sözleşmeler mesafeli sözleşmelerin uzaktan iletişim araçlarıyla kurulma unsurunu bünyesinde barındırmaktadır.

Uzaktan iletişim araçlarından internet kullanılarak kurulan sözleşmelerin bazılarının hazırlarası sözleşme bazılarının hazır olmayanlar arası sözleşme niteliği taşıdığından bahsetmiştik. Hazırlar arası veya hazır olmayanlar arası sözleşme olmanın sözleşmenin mesafeli sözleşme niteliği taşıyıp taşıyamaması hususunda bir etkisi olmayıp¹⁰⁰ mesafeli sözleşmenin unsurlarını taşıyan kural olarak hazırlarası sözleşmelerden olan chat yoluyla kurulan sözleşmeler de hazır olmayanlar arası sözleşme niteliği taşıyan web siteleri aracılığıyla kurulan sözleşmeler de mesafeli sözleşme niteliğinde kabul edilecektir.

iii. Uzaktan Pazarlamaya Yönelik Bir Sistemin Mevcut Olması

TKHK m 48'deki mesafeli sözleşmeler tanımından anlaşıldığı üzere mesafeli sözleşmenin bir diğer unsurunu uzaktan pazarlamaya yönelik bir sistemin mevcudiyeti oluşturur. Bu sistem, satıcı/sağlayıcının sözleşmeleri bir kerelik yapmadığını, sözleşmelerin sistem çerçevesinde süreklilik arz eder şekilde yapıldığını gösterir¹⁰¹.

Tesadüfi olarak uzaktan iletişim araçları kullanılarak yapılan sözleşmeler mesafeli sözleşme niteliği taşımazlar¹⁰².Yine uzaktan pazarlamaya yönelik bir sistem yok ve sözleşme bir veya birkaç defalık uzaktan iletişim araçları kullanılarak kurulmaktaysa bu durumda kurulan sözleşme mesafeli

100 Avcı Braun 29; Siller 66.

101 Kuşuoğlu ve Kalkan 274; Ereğ 523; Demir 25: "Geçici yapılan işlemlerin mesafeli sözleşme niteliği taşımadığını" ifade etmiştir; İslamoğlu 118: "Geçici bir işletme etkinliğine bağlı olarak yapılan işlemler mesafeli sözleşme sayılmaz".

102 Çakırca 110; Ereğ 523; Kuşuoğlu ve Kalkan 274: Yazar bu duruma örnek olarak "bir arkadaşın arkadaşına sahip olduğu bir mala ilişkin uzaktan iletişim araçlarını kullanarak danışması sonrası malın satımı konusunda anlaşmaya varmaları" durumunu vermiştir; Demir 25: Rastlantısal olarak yapılan işlemlerin mesafeli sözleşme niteliği taşımadığını ifade etmiştir; İslamoğlu 118.

sözleşme niteliğinde değildir¹⁰³. Ancak söz konusu sistem mevcut olmasına rağmen çeşitli nedenlerle (tüketici sayısının azlığı gibi) sistem dahilinde bir veya birkaç defa sözleşme kurulmuş olsa dahi bu sözleşme diğer mesafeli sözleşme unsurlarını bünyesinde bulundurmamak koşuluyla mesafeli sözleşme sayılır¹⁰⁴.

2. Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması

a. Ön Bilgilendirme Yükümlülüğü

i. Kapsamı

Mesafeli sözleşmelerde tüketici ile satıcı/sağlayıcının aynı anda fiziksel varlık göstermemesi ve tüketicinin müzakere imkanına sahip olmaması sebebiyle zayıf konumdaki tüketicinin sözleşmeyi akdetmeden önce bilgilendirilmesi kanun ve yönetmelikte ayrıntılı şekilde düzenlenmiştir¹⁰⁵. Bu düzenleme TKHK m 48/2 ve MSY m 5'te sözleşme öncesi bilgilendirme yükümlülüğü olarak yapılmıştır. Buna göre tüketici mesafeli sözleşme kurulmadan veya sözleşme kurmaya yönelik bir teklifi kabul etmeden önce satıcı veya sağlayıcı tarafından hem *ayrıntılarını yönetmelikte belirlenen hususlarda* (MSY m 5) hem *siparişi onaylandığı takdirde ödeme yükümlülüğü altına gireceği hakkında* (MSY m 8) bilgilendirilmelidir. Bu ön bilgilendirmenin amacı sözleşmede zayıf konumda bulunan tüketicinin edindiği bilgiler çerçevesinde düşünerek sözleşmeyi kurup kurmayacağı konusunda doğru bir karar vermesini sağlamaktır¹⁰⁶.

Tüketicinin ayrıntılarını yönetmelikte belirtilen hususlarda bilgilendirilmesi gerekir ve bu hususlar MSY m 5/1'de tek tek sayılmıştır. Buna göre satıcı veya sağlayıcı tüketicuyu sözleşme öncesinde;

103 Uzun Kazmacı 2795; Topaloğlu 18 (Mesafeli Sözleşmeler).

104 Topaloğlu 18 (Mesafeli Sözleşmeler).

105 Topaloğlu 25 (Mesafeli Sözleşmeler).

106 Demir 38.

- a) Sözleşme konusu mal veya hizmetin temel nitelikleri,
- b) Satıcı veya sağlayıcının adı veya unvanı, varsa MERSİS numarası,
- c) Tüketicinin satıcı veya sağlayıcı ile hızlı bir şekilde irtibat kurmasına imkan veren, satıcı veya sağlayıcının açık adresi, telefon numarası ve benzeri iletişim bilgileri ile varsa satıcı veya sağlayıcının adına ya da hesabına hareket eden kimliği ve adresi,
- ç) Satıcı veya sağlayıcının tüketicinin şikayetlerini iletmesi için (c) bendinde belirtilenden farklı iletişim bilgileri var ise, bunlara ilişkin bilgi,
- d) Mal veya hizmetin tüm vergiler dâhil toplam fiyatı, niteliği itibarıyla önceden hesaplanamıyorsa fiyatın hesaplanma usulü, varsa tüm nakliye, teslim ve benzeri ek masraflar ile bunların önceden hesaplanamaması halinde ek masrafların ödenebileceği bilgisi,
- e) Sözleşmenin kurulması aşamasında uzaktan iletişim aracının kullanım bedelinin olağan ücret tarifi üzerinden hesaplanmadığı durumlarda, tüketicilere yüklenen ilave maliyet,
- f) Ödeme, teslimat, ifaya ilişkin bilgiler ile varsa bunlara ilişkin taahhütler ve satıcı veya sağlayıcının şikayetlere ilişkin çözüm yöntemleri,
- g) Cayma hakkının olduğu durumlarda, bu hakkın kullanılma şartları, süresi, usulü ve satıcının iade için öngördüğü taşıyıcıya ilişkin bilgiler,
- ğ) Cayma bildiriminin yapılacağı açık adres, faks numarası veya elektronik posta bilgileri,
- h) 15 inci madde uyarınca cayma hakkının kullanılmadığı durumlarda, tüketicinin cayma hakkından faydalanamayacağına ya da hangi koşullarda cayma hakkını kaybedeceğine ilişkin bilgi,

1) Satıcı veya sağlayıcının talebi üzerine, varsa tüketici tarafından ödenmesi veya sağlanması gereken depozitolar ya da diğer mali teminatlar ve bunlara ilişkin şartlar,

i) Varsa dijital içeriklerin işlevselliğini etkileyebilecek teknik koruma önlemleri,

j) Satıcı veya sağlayıcının bildiği ya da makul olarak bilmesinin beklendiği, dijital içeriğin hangi donanım ya da yazılımla birlikte çalışabileceğine ilişkin bilgi,

k) Tüketicilerin uyuşmazlık konusundaki başvurularını Tüketici Mahkemesine veya Tüketici Hakem Heyetine yapabileceklerine dair bilgileri,

vermek suretiyle bilgilendirmek sözleşmenin olmazsa olmazını oluşturur, taraflar aksini kararlaştırmadıkça bu bilgiler değiştirilemez (MSY m 5/2). Yani tüketici bu hususlarda ve siparişi onaylandığı takdirde ödeme yükümlülüğü altına gireceği hakkında bilgilendirilmeden mesafeli sözleşme kurulamaz¹⁰⁷.

Web siteleri yoluyla kurulan elektronik sözleşmelerde tüketicinin hangi hususlarda bilgilendirileceğine dair Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun m 3'te düzenleme getirilmiştir. Buna göre sağlayıcı da sözleşme kurulmadan önce, alıcıların kolayca ulaşabileceği şekilde ve güncel olarak tanıtıcı bilgilerini, sözleşmenin kurulabilmesi için izlenecek teknik adımlara ilişkin bilgileri, sözleşme metninin sözleşmenin kurulmasından sonra, hizmet sağlayıcı tarafından saklanıp saklanmayacağı ile bu sözleşmeye alıcının daha sonra erişiminin mümkün olup olmayacağı ve bu erişimin ne kadar süreyle sağlanacağına ilişkin bilgileri, veri girişindeki hataların açık ve anlaşılır bir şekilde belirlenmesine ve düzeltilmesine ilişkin teknik araçlara ilişkin bilgileri, uygulanan gizlilik kuralları ve varsa alternatif uyuşmazlık çözüm mekanizmalarına ilişkin bilgileri, varsa mensubu olduğu meslek odası ile meslek ile ilgili davranış kurallarını ve bunlara elektronik olarak ne şekilde ulaşılabilirliğine ilişkin bilgileri tüketiciye vermek zorundadır. Hizmet sağlayıcı hizmeti

107 Topaloğlu 25 (Mesafeli Sözleşmeler).

aracı hizmet sağlayıcısının web sitesinden gerçekleştirmekteyse bilgilendirme yükümlülüğü aracı hizmet sağlayıcısını da kapsar¹⁰⁸.

Web siteleri (internet) aracılığıyla kurulan sözleşmeler bakımından satıcı/sağlayıcıya yüklenen yukarıda saydığımız MSY’de düzenlenen hususlarda tüketiciyi bilgilendirme yükümlülüğüne ek olarak MSY m 6/2’de özellikle bilgilendirmenin zamanı bakımından ek yükümlülükler de getirilmiştir. Buna göre satıcı/sağlayıcı yine yukarıda saydığımız tüm hususlarda tüketiciyi bilgilendirecek, ancak (a), (d), (g) ve (h) bentlerinde yer alan hususlar konusundaki bilgilendirmeyi bir *bütün olarak ve tüketicinin ödeme yükümlülüğü altına girmesinden hemen önce* yapacaktır (MSY m 2/a). Ayrıca satıcı/sağlayıcı *herhangi bir gönderim kısıtlamasının uygulanıp uygulanmadığına ve hangi ödeme araçlarının kabul edildiğine ilişkin bilgilendirmeyi en geç tüketici siparişini vermeden önce* yapmak zorundadır (MSY m 2/b).

Satıcı/sağlayıcının tüketiciyi sözleşme öncesi bilgilendirmesi yeterli olmayıp, tüketicinin bu bilgileri aldığını kullanılan uzaktan iletişim aracına uygun olarak teyit etmesi de gerekir¹⁰⁹. Sözleşme web siteleri aracılığıyla kurulmaktaysa bu teyit genellikle tüketicinin bilgilendirildiğine dair bir ikon tıklaması suretiyle gerçekleşmektedir¹¹⁰. Bu teyit yapılmamışsa MSY m 7’ye göre söz konusu sözleşme kurulmamış sayılacaktır, yani sözleşme yok hükmünde kabul edilecektir¹¹¹. Kurulmamış sayılan sözleşme hüküm ve sonuçlarını doğurmayacak olup taraflar herhangi bir ifade bulunmuşlarsa, bunların iadesini sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanarak talep edebileceklerdir¹¹².

108 Bellican 102.

109 Topaloğlu 27 (Mesafeli Sözleşmeler); Bellican 104.

110 Topaloğlu 27 (Mesafeli Sözleşmeler): Yazar teyitin “*elektronik olarak web sitesindeki bir kutuyu tıklamak, geri dönüş konusunda elektronik ileti göndermek veya yazılı metni klasik yöntemle imzalayarak göndermek*” şeklinde yapılabileceğini belirtmiştir; Ece Baş Süzel, ‘Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Sözleşmenin Kurulmasından Önce Korunması: Ön Bilgilendirme Yükümlülüğü’ (2018) (2) Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 339, 358 (Ön Bilgilendirme).

111 Avcı Braun 36; Ereğ 527.

112 Topaloğlu 28 (Mesafeli Sözleşmeler).

ii. Şekli

Bilgilendirmenin amacı zayıf konumdaki tüketicinin korunması olduğundan, bu bilgilendirmenin tüketicinin anlayabileceği şekilde yapılması gerekir¹¹³. Bu bağlamda TKHK m 48/2’de bilgilendirmenin *açık ve anlaşılır* şekilde yapılması gerektiği belirtilmiştir. MSY m 6’da bilgilendirmenin şekli bakımından daha ayrıntılı bir düzenleme yapılarak bilgilendirmenin *“en az on iki punto büyüklüğünde, anlaşılabilir bir dilde, açık, sade ve okunabilir bir şekilde yazılı olarak veya kalıcı veri saklayıcısı ile”* yapılacağı düzenlenmiştir. Web siteleri yoluyla kurulan sözleşmelerde bilgilendirme için kalıcı veri saklayıcılarının kullanıldığı ve bilgilendirmenin genellikle web sayfası üzerinden yapıldığı görülmektedir¹¹⁴.

iii. Yaptırımı

Mesafeli sözleşmede bilgilendirme yükümlülüğüne ilişkin bir uyuşmazlık meydana gelmesi halinde bilgilendirmenin yapıldığına ilişkin ispat yükü satıcı veya sağlayıcıdadır¹¹⁵ (TKHK m 48/ ve MSY m 5/6). Satıcı veya sağlayıcının bilgilendirme yükümlülüğüne uygun davrandıklarını ispat edememesi halinde çeşitli yaptırımlar söz konusu olacaktır.

Tüketici siparişi onaylaması halinde ödeme yükümlülüğü altına gireceği konusunda bilgilendirilmemişse MSY m 8/1 gereğince tüketici siparişiyle bağlı olmaz, bu durum bilgilendirme yükümlülüğünün ihlali sebebiyle satıcı veya sağlayıcı bakımından yaptırım niteliğindedir. Tüketicinin siparişiyle bağlı olmaması sadece tüketicinin başvurabildiği *sınırlı esnek hükümsüzlük yaptırımı*dır¹¹⁶. Buna göre tüketici siparişiyle bağlı olmamasına rağmen

113 Bellican 104.

114 Bellican 104: “Uzaktan iletişim aracıyla kurulan sözleşmelerde, bilgilendirme işin mahiyeti gereği, kullanılan uzaktan iletişim aracına uygun şekilde örneğin SMS mesajı veya internet onayı öncesi bilgilendirme sayfası üzerinden yapılabilir.”

115 Özel (Çağlar) 247.1

116 Baş Süzel, 349-350, 363 (Ön Bilgilendirme): Söz konusu yaptırımı *sınırlı esnek hükümsüzlük yaptırımı* olarak ifade etmiştir.

men isterse sözleşmeden doğan ifa yükümlülüğünü yerine getirebilecek ve satıcı/sağlayıcıdan ifayı talep edebilecektir¹¹⁷.

MSY m 5/1’de belirtilen “*mal veya hizmetin tüm vergiler dahil toplam fiyatı, niteliği itibariyle önceden hesaplanamıyorsa fiyatın hesaplanma usulü, varsa tüm nakliye, teslim ve benzeri ek masraflar ile bunların önceden hesaplanamaması halinde ek masrafların ödenebileceği bilgisi*” tüketicie sözleşme öncesinde verilmemişse MSY m 5/4 uyarınca tüketici bu ek masrafları karşılamakla yükümlü değildir ve bu durumda ek masrafların satıcı veya sağlayıcı tarafından karşılanması söz konusu olacağından, bu durum ek masraflar konusunda bilgilendirme yapılmamasının yaptırımını niteliğindedir¹¹⁸.

İleride ayrıntılı şekilde ele alınacak olan cayma hakkı tüketiciye 14 gün içinde herhangi bir gerekçe göstermeksizin ve cezai şart ödemeksizin kullanılabileceği bir hak olarak tanınmıştır (MSY m 9). MSY m 5/1’de sayılan bildirim yapılacak hususlardan cayma hakkı konusunda tüketiciye bilgilendirme yapılmamışsa cayma hakkının kullanılması 14 günlük süreyle sınırlı olmaz ve bu durumda tüketici cayma hakkı süresi olan 14 günün bittiği tarihten itibaren 1 yıl içinde cayma hakkını kullanabilecektir (TKHK m 48/4 ve MSY m 10/1). Ancak cayma hakkına ilişkin bilgilendirme bu 1 yıllık süre içinde yapılırsa tüketici bilgilendirmenin yapıldığı günden itibaren 14 gün içinde cayma hakkını kullanmak durumundadır (MSY m 10/2). Bu 1 yıllık uzama süresi içinde tüketici malı istediği şekilde kullanabilecek ve kullanım sebebiyle oluşan eksilmeler ve bozulmalar sebebiyle bir sorumluluk altına girmeyecek ve cayma hakkını 1 yıllık süre içinde kullanabilecektir¹¹⁹. Ayrıca satıcı/sağlayıcı cayma hakkına ilişkin bildirim yapmamasına rağmen tüketicinin bunu bildiğini ve tüketicinin artık cayma hakkını kullanamayacağını ileri süremeyecektir, öyle ki tüketici bu hakkın varlığından

117 Baş Süzel 363 (Ön Bilgilendirme).

118 Özel (Çağlar) 247.

119 Ece Baş Süzel, ‘Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Sözleşmenin Kurulmasından Sonra Korunması: Cayma Hakkı’ (2018) 13 (169-170) BUHFD 257, 267-268 (Cayma Hakkı).

haberdarsa, satıcı/sağlayıcı bu hakka ilişkin bilgilendirme yapması gerektiğinden evleviyetle haberdar olmalıdır¹²⁰.

Ödeme yükümlülüğü, ek masraflar ve cayma hakkı dışındaki hususlarda satıcı veya sağlayıcının bilgilendirme yükümlülüğüne aykırı davranması halinde özel olarak yaptırım öngörülmemiş olup TKHK m 77 gereğince TKHK m 48'e aykırılık teşkil eden bilgilendirme yükümlülüğü ihlali sebebiyle iki yüz Türk Lirası idari para cezası ödeneceği hükme bağlanmıştır.

Son olarak web siteleri aracılığıyla kurulan sözleşmelerde sağlayıcı Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun'da belirtilen hususlarda tüketiciyi bilgilendirmese aynı kanunun 12. maddesi uyarınca bin Türk lirasından beş bin Türk lirasına kadar idari para cezası uygulanır.

b. Cayma Hakkı

i. Tanımı ve Niteliği

Mesafeli sözleşmelerde tüketici ile satıcı/sağlayıcının aynı anda fiziksel varlık göstermemesi ve tüketicinin müzakere imkanına sahip olmaması sebebiyle zayıf konumdaki tüketicinin korunması amacıyla tüketiciye sözleşmeyi akdetmesinden sonra sözleşmeden cayma hakkı tanınmıştır.

Cayma hakkı, TKHK m 48/4 ve MSY m 9/1 çerçevesinde tanımlanacak olursa tüketiciye herhangi bir gerekçe göstermeksizin ve cezai şart ödemeksizin 14 gün içinde sözleşme kurma iradesini geri almasına imkan sağlayan bozucu yenilik doğuran bir haktır¹²¹. Cayma hakkı, yenilik doğuran bir hak olması sebebiyle tek taraflı, karşı tarafın kabulüne ihtiyaç duyulmaksızın karşı tarafa varmasıyla sonuç doğuran ve kullanılmakla tükenen,

120 Baş Süzel 268 (Cayma Hakkı): Satıcı/sağlayıcının basiretli bir tacir gibi davranması gerektiğinden bilgilendirme yapma yükümlülüğünden haberdar olması gerekir.

121 Reyhani Yüksel 133; Uzun Kazmacı 2806; Erek 530; Askıda geçerli- askıda geçersiz işlem tartışması çerçevesinde geciktirici-bozucu yenilik doğuran hak tartışması hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz Demir 53-56.

artık geri dönülmesi mümkün olmayan, şarta bağlanamayan bir haktır¹²². Cayma hakkının kullanılmasıyla sözleşme geçmişe etkili olarak sona erer¹²³.

Cayma hakkının kullanılacağı 14 günlük süre içinde sözleşme tüketici açısından tek taraflı bağlamazlık teşkil eder, ancak 14 gün içinde tüketici bu cayma hakkını kullanmazsa artık tüketici açısından da tamamıyla bağlayıcı bir sözleşme söz konusu olur¹²⁴.

Doktrinde bir görüş cayma hakkını dönme hakkının özel bir düzenlemesi olarak kabul eder¹²⁵, ancak cayma hakkı dönme hakkından bazı noktalarda ayrılır. Dönme hakkı sözleşmenin iki tarafına da eşit şekilde tanınmışken cayma hakkı tüketiciyi korumak amacıyla yalnızca tüketiciye tanınmıştır, ayrıca dönme hakkının kullanılması için ihbar, ihtar, mehil gibi şartlar varken, cayma hakkı koşulsuz kullanılır¹²⁶. Ayrıca dönme hakkının kullanımı belirli bir sebebe dayanırken, cayma hakkını kullanan tüketicinin sebep göstermesi gerekmez¹²⁷.

ii. Süresi ve Sürenin Hesaplanması

TKHK m 48/4 ve MSY m 9/1 gereğince cayma hakkının 14 günlük süre içinde kullanılması gerekir. Tüketicinin cayma hakkının kullanıldığına ilişkin satıcı veya sağlayıcıya 14 günlük süre içinde bildirim yapması yeterlidir (TKHK m 48/4). 14 günlük süre hak düşürücü süre niteliğindedir¹²⁸. Tüketicinin 14 günlük süre içinde hakkını kullanıp kullanmadığı bir uyuşmazlık ortaya çıkması halinde taraflar ileri sürmese dahi hakim tarafından resen dikkate alınır¹²⁹.

122 Reyhani Yüksel 133; Erek 530.

123 Uzun Kazmacı 2806; Reyhani Yüksel 133.

124 Demir 47; Topaloğlu 41-42 (Mesafeli Sözleşmeler); İslamoğlu 120: “Tüketici süresi içinde cayma hakkını kullanmazsa geciktirici şart gerçekleşmiş olacak ve mesafeli sözleşme tümüyle geçerli sözleşme haline gelecektir.”

125 Reyhani Yüksel 133.

126 Uzun Kazmacı 2806; İslamoğlu 121.

127 İslamoğlu 121.

128 Topaloğlu 42 (Mesafeli Sözleşmeler); Reyhani Yüksel 133; İslamoğlu 121.

129 Topaloğlu 42 (Mesafeli Sözleşmeler); İslamoğlu 121.

Sürenin ne zamandan itibaren başlayacağı MSY m 9/2 ve 5 uyarınca üçlü bir ayırım yapılarak açıklanabilir. Buna göre sözleşme mal teslimine ilişkin kurulmuşsa 14 günün başlangıcı tüketicinin veya tüketici tarafından belirlenen üçüncü kişinin malı teslim aldığı gün, sözleşme hizmet ifasına ilişkin kurulmuşsa sözleşmenin kurulduğu gün, sözleşme hem mal teslimine hem hizmet ifasına ilişkin kurulmuşsa mal teslimine uygulanan kural uygulanır ve yine tüketicinin veya tüketici tarafından belirlenen üçüncü kişinin malı teslim aldığı gündür. Mal tesliminde her ne kadar 14 günlük cayma hakkı süresi malın teslimiyle başlasa da cayma hakkı sözleşmenin kurulmasından malın teslimine kadar olan süre içinde kullanılabilir (MSY m 9/2). Ayrıca malın taşıyıcıya teslimi tüketiciye teslim yerine geçmeyeceğinden taşıyıcıya teslimle süre başlamayacaktır (MSY m 9/4), sürenin başlangıcı için teslimin mutlaka tüketiciye ya da tüketicinin belirlediği üçüncü kişiye yapılması gerekir.

Sürenin hesaplanmasında esas alınacak hususlar ise MSY m 9/3'te açıkça düzenlenmiştir. Buna göre cayma süresi belirlenirken;

a) *Tek sipariş konusu olup ayrı ayrı teslim edilen mallarda, tüketicinin veya tüketici tarafından belirlenen üçüncü kişinin son malı teslim aldığı gün,*

b) *Birden fazla parçadan oluşan mallarda, tüketicinin veya tüketici tarafından belirlenen üçüncü kişinin son parçayı teslim aldığı gün,*

c) *Belirli bir süre boyunca malın düzenli tesliminin yapıldığı sözleşmelerde, tüketicinin veya tüketici tarafından belirlenen üçüncü kişinin ilk malı teslim aldığı gün esas alınır.*

iii. Şekli

Cayma hakkının 14 günlük süre içinde kullanılmasından başka, bu hakkın yazılı olarak veya kalıcı veri saklayıcısı¹³⁰ ile kullanılması kuralı getirilmiştir (MSY m 11/1). Cayma hakkının kullanıldığına yönelik ortaya çıkan bir uyuşmazlık halinde tüketici ispat yükümlülüğü altındadır¹³¹.

Cayma hakkının kullanılmasına ilişkin bildirim yazılı olarak veya kalıcı veri saklayıcısı ile yapılması dışında bir şekil şart öngörülmediğinden ve açıkça MSY m 11/2’de düzenlendiğinden tüketici bildirim MSY ekinde bulunan formu doldurarak, açık bir beyanda bulunarak veya web sitesi yoluyla kurulan sözleşmelerde cayma hakkı için sitede seçenek sunulması durumunda beyanını bu yolla ileterek cayma hakkını kullanabilecektir¹³². Ancak imkan verilmesi halinde tüketici web sitesi yoluyla cayma hakkı talebinde bulunmuşsa satıcı veya sağlayıcı bu cayma bildirimini kendilerine ulaştığına ilişkin bilgiyi tüketiciye derhal iletmek zorundadır (MSY m 11/2).

iv. Alınanların İadesi

Tüketicinin cayma hakkını kullanmasıyla hem kendisini hem satıcı/sağlayıcıyı aldıklarını geri verme yükümlülüğü altına sokmaktadır. Tüketici cayma bildirimini satıcı/sağlayıcıya yönettiği tarihten itibaren 10 gün içinde malı ya satıcı/sağlayıcıya ya da satıcı/sağlayıcı başka bir kişiyi yetkilendirmişse bu kişiye göndermek durumundadır (MSY m 13/1). Ancak bunun istisnasını satıcı/sağlayıcının malı kendisinin geri alacağını bildirmesi oluşturur (MSY m 13/1). TKHK m 48/4’te belirtildiği üzere tüketici, cayma hakkı süresi olan 14 gün içinde malın mutata kullanımı sonucunda meydana gelen değişiklik ve bozulmalardan sorumlu tutulamayacaktır. MSY m 13/2’de mutata kullanım ifadesi yerine *malın işleyişine, teknik özelliklerine ve*

130 Topaloğlu 42 (Mesafeli Sözleşmeler): Yazar, “cayma bildirimini yazılı olarak veya telefon, fax, e-mail veya internette başka bir medya yoluyla gönderilebileceğini ancak ispatının daha kolay olması sebebiyle yazılı gönderimin veya güvenli elektronik imza ile elektronik ortamda gönderimin tercih edilmesini” önermektedir.

131 Reyhani Yüksel 138; Avcı Braun 38.

132 Özel (Çağlar) 251.

kullanım talimatlarına uygun kullanım ifadesi kullanılarak malın olağan kullanımı sebebiyle tüketicinin sorumlu tutulamayacağı belirtilmiştir¹³³. Ancak malda tüketicinin kusuruyla değişiklik veya bozulma meydana gelmişse tüketici zararı karşılamak durumundadır¹³⁴.

Satıcı/sağlayıcı ise cayma hakkı bildirimini aldığı tarihten itibaren 14 gün içinde, tüketicinin satın alırken kullandığı ödeme aracına uygun olarak ve tüketiciye iade sebebiyle masraf veya yükümlülük getirmeden, tek seferde tüketiciden aldığı tüm ödemeleri ve varsa malın tüketiciye teslim masraflarını tüketiciye iade etmekle yükümlüdür (MSY m 12/1-2).

MSY m 5/1'de tüketicinin bilgilendirilmesi gereken hususlar sayılmıştır, g bendinde tüketiciye cayma hakkı tanındığı hallerde verilecek bilgilerden birinin de satıcının malın iadesi için belirlediği taşıyıcı bilgileri olduğu düzenlenmiştir. Satıcı bu şekilde taşıyıcı belirlemiş ve tüketiciye taşıyıcı bilgilerin iletmışse tüketici bu taşıyıcıyla malın iadesini gerçekleştirir ve tüketici iade masraflarından sorumlu tutulamaz. Belirlenen taşıyıcının tüketicinin olduğu yerde şubesi yoksa satıcı tüketiciye masraf yansıtmaksızın malın tüketiciden iadesini gerçekleştirmekle yükümlüdür. Yine satıcı ön bilgilendirme esnasında bir taşıyıcı belirlememişse ve tüketici malı herhangi bir taşıyıcıyla iade etmek durumundaysa iade masrafları tüketiciden talep edilemez (MSY m. 12/3).

Son olarak belirtmek gerekir ki bahsettiğimiz alınanların iadesine ilişkin yükümlülüklerin yanında satıcı/sağlayıcının yan sözleşmenin sona erdiğine ilişkin üçüncü kişiye bildirim yükümlülüğü de vardır: Mal satımı sözleşmesinde mal için ayrıca bir sigorta sözleşmesi yapılmasında olduğu gibi asıl sözleşmeye bağlı olarak yapılan yan sözleşmeler de cayma hakkının kullanılmasıyla kendiliğinden sona erer ve satıcı/sağlayıcı cayma hakkının kullanıldığını yan sözleşmenin tarafı olan üçüncü kişiye hemen bildirmek durumundadır¹³⁵ (MSY 14/1-2).

133 Reyhani Yüksel 140; Avcı Braun 38.

134 İslamoğlu 123.

135 Siller 97; Reyhani Yüksel 143.

v. İstisnaları

Tüketicinin hangi sözleşmelerde cayma hakkına sahip olmadığına ilişkin istisnai durumlar MSY m 15'te bentler halinde sayılmıştır. Ancak bu madde emredici nitelik taşımayıp taraflarca aksinin kararlaştırılmak suretiyle söz konusu sözleşmelerde tüketicinin cayma hakkına sahip olduklarını kabul edebilirler¹³⁶. Tüketicici;

a) *Fiyatı finansal piyasalardaki dalgalanmalara bağlı olarak değişen ve satıcı veya sağlayıcının kontrolünde olmayan mal veya hizmetlere ilişkin sözleşmelerde,*

b) *Tüketicinin istekleri veya kişisel ihtiyaçları doğrultusunda hazırlanan mallara ilişkin sözleşmelerde,*

c) *Çabuk bozulabilen veya son kullanma tarihi geçebilecek malların teslimine ilişkin sözleşmelerde,*

ç) *Tesliminden sonra ambalaj, bant, mühür, paket gibi koruyucu unsurları açılmış olan mallardan; iadesi sağlık ve hijyen açısından uygun olmayanların teslimine ilişkin sözleşmelerde,*

d) *Tesliminden sonra başka ürünlerle karışan ve doğası gereği ayrıştırılması mümkün olmayan mallara ilişkin sözleşmelerde,*

e) *Malın tesliminden sonra ambalaj, bant, mühür, paket gibi koruyucu unsurları açılmış olması halinde maddi ortamda sunulan kitap, dijital içerik ve bilgisayar sarf malzemelerine ilişkin sözleşmelerde,*

f) *Abonelik sözleşmesi kapsamında sağlananlar dışında, gazete ve dergi gibi süreli yayınların teslimine ilişkin sözleşmelerde,*

136 Bellican 118; Reyhani Yüksel 142.

g) Belirli bir tarihte veya dönemde yapılması gereken, konaklama, eşya taşıma, araba kiralama, yiyecek-içecek tedariki ve eğlence veya dinlenme amacıyla yapılan boş zamanın değerlendirilmesine ilişkin sözleşmelerde,

ğ) Elektronik ortamda anında ifa edilen hizmetler veya tüketiciye anında teslim edilen gayrimaddi mallara ilişkin sözleşmelerde,

h) Cayma hakkı süresi sona ermeden önce, tüketicinin onayı ile ifasına başlanan hizmetlere ilişkin sözleşmelerde,

aksi taraflarca kararlaştırılmamışsa cayma hakkını kullanamaz. Bu istisnaları web siteleri aracılığıyla kurulan sözleşmeler açısından değerlendirdiğimizde, bu istisna sözleşmeler web siteleri aracılığıyla kurulmuşsa tüketici kural olarak cayma hakkını kullanamayacaktır¹³⁷.

c. Temerrüt, İmkansızlık ve Ayıplı Mala İlişkin Korumalar

Tüketicinin siparişin satıcı/sağlayıcıya ulaşmasından itibaren satıcı/sağlayıcı borçlandığı edimi ne kadar süre içinde ifa edeceğini tahhüt etmişse o süre içinde ifa etmelidir. Sözleşme mal satımına ilişkin kurulmuşsa satıcı/sağlayıcı siparişin kendisine ulaşmasından itibaren en fazla 30 gün içinde borcunu ifa etmekle yükümlüdür. Aksi takdirde borçlunun temerrüdü söz konusu olacaktır. Borçlunun temerrüdü konusunda TBK m 117 vd hükümlerinin yanında MSY m 16 ile düzenlemeler getirilmiştir.

MSY m 16/2'de borçlunun temerrüdü halinde tüketicinin sözleşmeyi feshetme hakkının bulunduğu bahsedilmektedir. Tüketici bu hakkını kullanırsa satıcı/sağlayıcı tüketicinin yaptığı tüm ödemeleri, varsa teslimat masraflarını da dâhil olmak üzere tahsil edilen tüm ödemeleri kanuni faiziyle birlikte fesih bildiriminin kendisine ulaştığı tarihten itibaren on dört gün içinde tüketiciye iade etmek ve varsa tüketiciyi borç altına sokan tüm kıymetli evrak vb belgeleri de geri vermekle yükümlüdür (MSY m 16/3).

137 Siller 98.

Satıcı/sağlayıcının borçlandığı edimi yerine getirmesi sonradan imkansızlaşırsa satıcı/sağlayıcının bu durumu öğrendiği tarihten itibaren bildirmesi ve tüketiciye gerekli iadeleri yapması gerekir. Bildirimin yazılı olarak veya kalıcı veri saklayıcısı ile yapılması gerekir. Bildirim tarihinden itibaren en geç 14 gün içinde tüketiciden alınan tüm ödemelerin ve varsa teslimat masraflarının tüketiciye iade edilmesi satıcı/sağlayıcının yükümlülüğü dahilindedir (MSY m 16/4).

İmkansızlıktan bahsedilebilmesi için ifanın gerçekleştirilme imkanı ortadan kalkmış olmalıdır, bu sebeple malın stokta bulunmaması imkansızlık olarak değerlendirilemez, bir başka ifadeyle stokta bulunmayan mal temin edilebilir durumdaysa veya aynı kalite ve fiyatta bir muadil mal ifa edilebilecekse ifa imkansızlaşmamıştır¹³⁸.

Ayıplı malın ifası, TBK 219 ve TKHK m 8 çerçevesinde malın tüketiciye teslimi sırasında malda nitelik vaadine uygunsuzluk bulunması durumunda veya malın taşınması gereken objektif özellikleri taşımaması halinde karşımıza çıkan sözleşmeye aykırılık halidir¹³⁹. Tüketicinin korunması amacıyla TKHK m 10/1'de bir karine ön görülmüş olup mal ve ayıbın niteliği bağdaşıyorsa malın tüketiciye teslimi tarihinden itibaren 6 ay içinde ortaya çıkan ayıpların, teslim tarihinde var olduğu kabul edilir. Malın ayıplı olmadığına dair ispat yükümlülüğü satıcıya aittir. Satıcı/sağlayıcı elektronik ortamda tüketiciye gayrimaddi mallar veya hizmetleri için bir ifade bulunmuşsa, bu gayri maddi mallar veya hizmetlerin ayıpsız olduğuna dair ispat yükümlülüğü de satıcı/sağlayıcıdadır. (MSY m 20/3).

Ayıplı malın ifası halinde tüketiciye birtakım seçimlik haklar tanınmış olup bunların kullanılması tüketicinin teslimden önce ayıptan haberdar olmaması veya haberdar olamayacak durumda olmasına bağlıdır (MSY m 10/2). Bu seçimlik haklar *satılanı geri vermeye hazır olduğunu bildirerek sözleşmeden dönme, satılanı alıkoyup ayıp oranında satış bedelinden indirim isteme, aşırı bir masraf gerektirmediği takdirde, bütün masrafları satıcıya ait olmak*

138 Tamer İnal, *Tüketici Hukuku* (3. Baskı, Seçkin 2014) 930.

139 Ahmet Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (1. Baskı, Turhan 2019) 74; Eren 102 (Özel).

üzere satılanın ücretsiz onarılmasını isteme, imkân varsa, satılanın ayıpsız bir misli ile değiştirilmesini isteme hakkı olmak üzere TKHK m 11’de dört kalem halinde sayılmıştır. Bu seçimlik hakların kullanımı kanunda aksi öngörülmemiş ve taraflar daha uzun süre kararlaştırmamışlarsa konut veya tatil amaçlı taşınmazlara ilişkin sözleşmelerde taşınmazın teslim tarihinden itibaren 5 yıllık, diğer mallarda malın tüketiciye teslim tarihinden itibaren 2 yıllık zamanaşımı süresine tabidir (TKHK m 12/1).

Belirtmek gerekir ki web siteleri üzerinden ayıplı mal satılabilir, ancak TKHK m 10/2 uyarınca malın ayıplı olduğunun açıkça bildirilmiş olması gerekir, bilgilendirmeye rağmen tüketici malı satın almışsa artık ayıptan doğan seçimlik haklar kullanılamaz. Tüketicinin ayıp konusunda bilgilendirildiği ve malı ayıbı kabul ederek aldığına ilişkin ispat yükü satıcıya aittir¹⁴⁰.

Son olarak belirtmek gerekir ki tüketici ile satıcı/sağlayıcı arasında kurulan mesafeli sözleşme çerçevesinde satıcı/sağlayıcı tarafından ayıplı malın teslim edilmesi halinde tüketici ister süresi içinde cayma hakkını ister TKHK m 11 çerçevesinde mümkünse sözleşmeden dönme hakkını kullanabilecektir¹⁴¹. Zira TKHK m 83 sebebiyle uygulanacak olan TBK m 227/3’e göre mevcut durum dönme hakkının kullanılmasını haklı göstermiyorsa tüketici bu hakkını kullanamayacaktır, bu durumda hâkim, malın onarılmasına veya bedelden indirim yapılmasına hükmedebilir.

d. Zarardan Sorumluluk

Satıcı/sağlayıcı malın taşıyıcıya teslimiyle sorumluluktan kurtulamaz, yani kayıp ve hasar tüketiciye geçmez. Kayıp ve hasarın tüketiciye geçmesi ve satıcı/sağlayıcının zararlardan sorumluluğunun sona ermesi için mal

140 Bellican 109.

141 DG Justice Guidance Document concerning Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2011 on consumer rights, amending Council Directive 93/13/EEC and Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directive 85/577/EEC and Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council 43 (Nafiye Yücedağ Göztepe, ‘Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Cayma Hakkı’ (2016) (27) TAAD 667, 674’dan naklen)

ya tüketiciye ya da tüketicinin talebiyle bir başka taşıyıcıya teslim edilmiş olmalıdır (MSY m 17/1). Ancak bunun istisnasını tüketicinin malın gönderiminin satıcının belirlediği taşıyıcıdan başka bir taşıyıcı ile gerçekleştirilmesini talep etmesi oluşturmakta ve bu durumda malın taşıyıcıya teslimiyle kayıp ve hasar tüketiciye geçmektedir, yani satıcı malın taşıyıcıya tesliminden sonra oluşacak kayıp ve hasarlardan sorumlu tutulamayacaktır¹⁴² (MSY m 17/2).

e. Online Ödemede Tüketicinin Kart Bilgilerine İlişkin Korumalar

Elektronik sözleşmelerde ödeme yöntemleri kredi kartı ile ödeme, elektronik para ile ödeme, sanal para ile ödeme gibi çeşitli şekillerde olabilmektedir¹⁴³. Web siteleri aracılığıyla online alışverişlerde en sık kullanılan ödeme yöntemi kredi kartı ile ödemedir.

Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu m 15 gereğince kart kullanımından doğan sorumluluklar kural olarak kart hamiline ait olup aynı kanunun 20. maddesi uyarınca harcama belgesi düzenlenmeksizin web siteleri yoluyla kurulan sözleşmeler bunun istisnasını oluşturur. Yani tüketicinin kart bilgilerinin güvenliğinin sağlanmasına yönelik tedbirleri almak satıcı/sağlayıcının sorumluluğundadır. Bu husus Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu m 18/2'de *"Üye işyerleri, 20 nci madde uyarınca harcama belgesi düzenlenmeksizin çeşitli iletişim araçları yoluyla veya sipariş formu vasıtasıyla işlem yapılmasına olanak sağlamak üzere kuracakları sistemlerin güvenli bir şekilde çalışmasını temin etmekle yükümlüdür"* şeklinde ifade edilmiştir. Buna göre web siteleri vasıtasıyla online alışveriş imkanı sağlayan sanal işyerleri tüketicinin kart bilgilerinin korunması için gereken güvenli sistemi temin etmekle yükümlüdür. Sanal işyeri sahibi satıcının kendisi olabileceği gibi satıcıdan farklı bir kimse olan sağlayıcı da olabilir.

Web siteleri aracılığıyla kurulan sözleşmelerde tüketicinin kredi kartıyla yaptığı online ödemelerde kart bilgilerinin korunması amacıyla zorunlu

142 Özel (Çağlar) 249.

143 Sert Sütçü 24.

olmamakla¹⁴⁴ birlikte SSL ve SET protokolleri kullanılabilir¹⁴⁵. SET protokolü ödemede kredi kartı yerine finans kurumunun verdiği bir sertifikanın kullanıldığı, sipariş ve ödeme bilgilerinin ayrı ayrı şifrelendiği, ardından ödeme bilgilerinin bankaya gönderilmesi ve şifrenin orada çözülmesiyle doğrudan tüketicinin kredi kartı hesabının borçlandırıldığı bir şifreleme standardıdır¹⁴⁶. SSL protokolü ise bir açık ve bir kapalı anahtar sayesinde şifrelemenin yapıldığı esasen bir haberleşme protokolü olup tüketicinin kendi kart bilgilerini websiteye girerek kendi bankasına yönlendirmesi ve bankanın satıcının bankasıyla iletişime geçerek onay vermesi ile ödemenin gerçekleştirildiği protokoldür¹⁴⁷.

SSL ve SET protokollerinin kullanılmasının zorunlu olmamasına karşın internet üzerinden kurulan sözleşmeler için 3D Secure protokolü kullanılması bir şart haline getirilmiş olup bu sayede kart sahibi tüketicinin kart bilgilerinin korunması amaçlanmıştır¹⁴⁸. Web sitesi yoluyla yapılan online alışverişlerde web sitenin 3D Secure protokolüne uygun sistem kullandığının tespiti, sitede Verified by Visa veya Master Card Secure Code logolarının bulunması ile yapılır¹⁴⁹. Başka bir ifadeyle web sitede bu logolardan biri mevcutsa site 3D Secure uygulamasına sahiptir.

144 İnal 425; Muzaffer Şeker, 'Elektronik Ödeme Sistemleri' (2011) 10(25) İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi 55, 61.

145 İnal 425: SET ve SSL protokolleri İsviçre Hukuku kapsamında geliştirilmiş olup İsviçre'de de dâhil olmak üzere her tacir tarafından kullanılmamakta, kullanımı sınırlı kalmaktadır.

146 Şeker 61-62 (Elektronik Ödeme).

147 Şeker 62 (Elektronik Ödeme).

148 Topaloğlu 32 (Mesafeli Sözleşmeler); Mustafa Topaloğlu, 'Elektronik Ticarete Ödeme Sistemleri'nin Hakan Tokbaş ve Ali Suphi Kurşun (eds), *E-ticaret Sektöründe Tüketicici Hukuku Uygulamaları* (Aristo 2017) 205.

149 Topaloğlu 32 (Mesafeli Sözleşmeler); Topaloğlu 205 (Ödeme Sistemleri).

f. Diğer Koruyucu Hükümler

Web sitesi aracılığıyla sözleşme kurulduktan sonra tüketicinin satıcı/sağlayıcıya iletişim kurabilmesi için satıcı/sağlayıcı bir telefon hattı tesis etmişse, bu hat için olağan ücret tarifesinden daha yüksek bir tarife seçilemez (MSY m 18).

MSY m 5/1-d gereğince satıcı/sağlayıcının tüketiciyi belirli olan ek masraflar ile bunların önceden hesaplanamaması halinde ek masrafların ödenebileceği konusunda sözleşme kurulmadan önce bilgilendirmesi gerekir. Aksi takdirde tüketici bunları karşılamakla yükümlü tutulamaz (MSY m 5/3). Bilgilendirme yükümlülüğünün yanında tüketiciden ek ödeme talep edilebilmesi için sözleşme kurulmadan önce tüketicinin açık onayının ayrıca alınması mecburiyeti mevcuttur¹⁵⁰ (MSY m 19/1). Tüketicinin açık onayı bulunmaksızın web sitesinde kendiliğinden seçili olarak ek ödeme yükümlülükleri yüklenmiş ve tüketici bu ödemeleri yapmak durumunda kalmışsa satıcı/sağlayıcı bu ödemeleri derhal iade etme mecburiyetindedir¹⁵¹ (MSY m 19/2).

Mesafeli sözleşmelere ilişkin bahsettiğimiz tüketiciyi koruyucu hükümler çerçevesinde ortaya çıkabilecek bir uyuşmazlığın ispatı için gerekebileceğinden satıcı/sağlayıcı, MSY'de düzenlenen yükümlülüklerine ilişkin bilgi ve belgeleri 3 yıl boyunca saklamak zorundadır (MSY m 20/2). Mesafeli sözleşme kurulmasına aracılık edenler de aynı şekilde bilgi ve belgeleri 3 yıl boyunca saklama yükümlülüğü altındadır¹⁵² (MSY m 20/2).

150 Özel (Çağlar) 250.

151 Özel (Çağlar) 250.

152 Özel (Çağlar) 250.

SONUÇ

Elektronik sözleşmeler her türlü elektronik iletişim aracı kullanılarak kurulabilen sözleşmeler olsa da bunların en yaygınını internet aracılığıyla kurulan sözleşmeler oluşturur. İnternet üzerinden web siteleri yoluyla gerçekleştirilen alışverişlerin teknolojinin gelişmesi sebebiyle yaygınlaşmasının ardından korona virus sebebiyle alınan tedbirlerin de etkisiyle daha çok tercih edilir hale gelmesi tüketicilerin korunmasına yönelik düzenlemeler dahilinde tüketicinin bilinçlendirilmesi ihtiyacını doğurmuştur. Bu kapsamda gerek TKHK gerek ilgili Yönetmeliklerde özellikle haksız şartlara ve mesafeli sözleşmelere ilişkin koruyucu düzenlemeler mevcuttur. Web siteleri aracılığıyla bir sözleşme akdedilmesi durumunda tüketiciye müzakere imkanı tanınmaması sebebiyle haksız şartlar meydana gelebilmekte, bu şartlar kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi tutularak tüketici korunmaktadır. Yine açık ve anlaşılır olmayan sözleşme şartlarının tüketicinin lehine yorumlanarak uygulanması da haksız şartlara ilişkin bir başka koruyucu düzenleme olarak karşımıza çıkmaktadır. Web sitesi aracılığıyla kurulan sözleşme, satıcı veya sağlayıcı ile tüketicinin eş zamanlı fiziksel varlık göstermeksizin, mal veya hizmetlerin uzaktan pazarlanmasına yönelik olarak oluşturulmuş bir sistem çerçevesinde, taraflar arasında sözleşmenin kurulduğu ana kadar ve kurulduğu an da dâhil olmak üzere uzaktan iletişim araçlarının kullanılması suretiyle kurulmuşsa mesafeli sözleşme olarak kabul edilecektir ve bu kapsamda tüketici korunacaktır. Mesafeli sözleşmelerde satıcı/sağlayıcıya yüklenen tüketiciyi ön bilgilendirme yükümlülüğü ve tüketiciye tanınan cayma hakkı başta olmak üzere birçok koruyucu hükümler düzenlenmiştir. Buna göre tüketici mesafeli sözleşme kurulmadan veya sözleşme kurmaya yönelik bir teklifi kabul etmeden önce satıcı veya sağlayıcı tarafından hem MSY m 5'te belirtilen hususlarda hem siparişi onaylandığı takdirde ödeme yükümlülüğü altına gireceği hakkında bilgilendirilmelidir. Tüketici sözleşme öncesi bilgilendirilmiş ve sözleşme usulüne uygun olarak kurulmuş olsa dahi hiçbir gerekçe göstermeksizin cayma hakkına sahiptir. Bunlardan başka zarardan sorumluluğa, temerrüt, imkansızlık, ayıplı mala ve diğer hususlara ilişkin koruyucu hükümler çerçevesinde de satıcı veya sağlayıcı karşısında zayıf konumda olan tüketicinin korunması amaçlanmıştır.

KAYNAKÇA

Acar H, 'Türk Hukukunda Sözleşmedeki Haksız Şartlar'(2008) 3(2) EÜHFD 263-289.

Akipek Öcal Ş, 'Hukukumuzda Haksız Şartlar ve Sonuçları'(2015) 12(2) 202-217.

Akkurt SS, 'Elektronik Ortamda Hizmet Sunumu ve Buna İlişkin Sözleşmelerin Hukuki Özellikleri' (2011) 60 (1) AUHFD 19-46.

Antalya G, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (2. Baskı, Beta 2013).

Avcı Braun C, 'Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Mesafeli Sözleşmeler' (2015) 12 (2) YÜHFD 17-45.

Aydın Zevkliler ve Emre Gökyayla, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri* (19. Baskı, Turhan 2019).

Baş Süzel E, 'Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Sözleşmenin Kurulmasından Önce Korunması: Ön Bilgilendirme Yükümlülüğü' (2018) (2) Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 339-369 (Ön Bilgilendirme).

Baş Süzel E, 'Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Sözleşmenin Kurulmasından Sonra Korunması: Cayma Hakkı' (2018) 13 (169-170) BUHFD 257-307 (Cayma Hakkı).

Bayram AE, 'Güncel Gelişmeler Işığında Elektronik Sözleşmelerin Kurulması' (2015) (119) TBB Dergisi 331-366.

Bellican C, 'Elektronik Sözleşmelerde Tüketicinin Bilgilendirilmesi'nin Hakan Tokbaş ve Ali Suphi Kurşun (eds), *E-ticaret Sektöründe Tüketici Hukuku Uygulamaları* (Aristo 2017) 91-127.

Büyüksağış E, 'Borçlar Kanunu ve Viyana Satım Sözleşmesi Perspektifinden Çeşitli Genel İşlem Koşulları' (2015) (5) Uluslararası Antalya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 135-157.

Çakırca Sİ, '6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna Göre Mesafeli Sözleşmeler'(2018) 34(3) Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 99-147.

Demir M, *Mesafeli Sözleşmelerin İnternet Üzerinden Kurulması* (1. Baskı, Turhan 2004).

DG Justice Guidance Document concerning Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2011 on consumer rights, amending Council Directive 93/13/EEC and Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directive 85/577/EEC and Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council 43

(Yücedağ Göztepe N, 'Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Cayma Hakkı' (2016) (27) TAAD 667, 674'den naklen).

Erek G, '6502 Sayılı Kanun Uyarınca Mesafeli Sözleşmelerin Unsurları, Satıcı/ Sağlayıcının Ön Bilgilendirme Yükümü ve Tüketicinin Cayma Hakkı' (2019) (1) Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 517-536.

Eren F, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (24. Baskı, Yetkin 2019) (Genel).

Eren F, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (7. Baskı, Yetkin 2019) (Özel).

Güngör G, 'Yeni Düzenleme Çalışmalarında Elektronik Akitlerin Kuruluşu ve Click-wrap Yazılım Lisansı Sözleşmelerinde Hukuk Seçimi Kaydı' (2002) 51(1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 19-42.

İslamoğlu G, 'Mesafeli Sözleşmelerde Cayma Hakkı' (2018) 13(145) *Terazi Hukuk Dergisi* 115-124.

Karadağ Ö, *Türk Borçlar Kanununda Genel İşlem Koşulları ve Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar* (2. Baskı, Adalet 2015).

Kaya F, *E-Ticaret Hukuku ve Tüketici Hukukundaki Uygulamaları* (2. Baskı, Seçkin 2018).

Kayar İ, *Ticaret Hukuku* (3. Baskı, Seçkin 2015).

Kazmacı ÖU, 'İnternet Üzerinden Kurulan Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması' (2016) 22(3) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (Cevdet Yavuz'a Armağan) 2791-2818.

Kılıçoğlu A, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (1. Baskı, Turhan 2019).

Korkmaz F, 'Tüketici Sözleşmelerindeki Ek Şartlar Meselesinde Haksız Şartlar ve Genel İşlem Şartlar' (2019) 4(1) KTO Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 31-49.

Kuşuoğlu D ve Kalkan N, 'Mesafeli Sözleşmeler' (2016) 90 (4) İstanbul Barosu Dergisi 269- 290.

Özel Ç (Çağlar), *Tüketicinin Korunması Hukuku* (5. Baskı, Seçkin 2019).

Özel S (Sibel), 'Sözleşmesel İlişkide MÖHUK m. 24/II'de Öngörülen Objektif Bağlama Kuralının Mukayeseli Hukuk Açısından Değerlendirilmesi' (2002) (2) *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni* 577-617.

Reyhani Yüksel S, 'Elektronik Sözleşmelerde Cayma Hakkı' nin Hakan Tokbaş ve Ali Suphi Kurşun (eds), *E-ticaret Sektöründe Tüketici Hukuku Uygulamaları* (Aristo 2017) 129-153.

Sağlam İ, *Elektronik Sözleşmeler* (1. Baskı, Legal 2007).

Sarıakçalı T, *İnternet Üzerinden Akdedilen Sözleşmeler* (1. Baskı, Seçkin 2008).

Savaş A, *İnternet Ortamında Yapılan Sözleşmeler* (1. Baskı, Adal Ofset 2005)
(Uyumaz A, 'Elektronik Sözleşmelerin Web Siteleri Aracılığıyla Kurulması ve Bu Sözleşmelerin İfası' (2007) 9(Özel Sayı) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 907, 911-912'den naklen).

Sert Sütçü S, 'Elektronik Ticarete Tüketicinin Korunması'ın Selin Sert Sütçü (ed), 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun Hükümlerine Göre Tüketici Hukuku Uygulamalarında Tüketicinin Korunması (Seçkin 2019) 15-27.

Siller N, *6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun Kapsamında Web Sitesi Vasıtasıyla Sözleşmelerin Kurulması* (1. Baskı, Onikilevha 2019).

Sözer B, *Elektronik Sözleşmeler* (1. Baskı, Beta 2002).

Şahin T, 'Elektronik Sözleşmelerin Kuruluşuna İlişkin İrade Beyanları ve Bu Beyanların Geri Alınması' (2011) (95) TBB Dergisi 331, 376.

Şahin T ve Kızır M, '6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun Genel Esaslar, Haksız Şartlar ile Ayıplı Mal ve Hizmetler Konusunda Getirdiği Yenilik ve Değişiklikler' (2014) 9(89) Terazi Hukuk Dergisi, 68-78.

Şeker M, '6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanununa Göre İnternet Üzerinden Sözleşmelerin Kurulması' (2012) 11(22) *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* 127-155 (*İnternet*).

Şeker M, 'Elektronik Ödeme Sistemleri' (2011) 10(25) *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* 55-73 (Elektronik Ödeme).

Tamer İ, *Tüketici Hukuku* (3. Baskı, Seçkin 2014).

Topak S, 'Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartların Bağlayıcı Olmamasının Sonuçları' (2016) (122) *TBB Dergisi* 281, 289.

Topaloğlu M, 'Mesafeli Sözleşmeler' (2016) 2(3) *Beykent Üniversitesi Hukuk fakültesi Dergisi* 13-50 (Mesafeli Sözleşmeler).

Topaloğlu M, 'Elektronik Ticarete Ödeme Sistemleri'nin Hakan Tokbaş ve Ali Suphi Kurşun (eds), *E-ticaret Sektöründe Tüketici Hukuku Uygulamaları* (Aristo 2017) 199-226 (Ödeme Sistemleri).

KAYNAKÇA

Turan G, 'Elektronik Sözleşmeler ve Elektronik Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun Tespiti' (2008) (77) TBB Dergisi 87, 119.

Uyumaz A, 'Elektronik Sözleşmelerin Web Siteleri Aracılığıyla Kurulması ve Bu Sözleşmelerin İfasi' (2007) 9(Özel Sayı) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 907-930.

Yücesoy Yılmaz Y, 'Viyana Satım Anlaşması Hükümlerine Göre Kabul' (2017) (30) TAAD 423, 474.

<https://www.sinerjimevzuat.com.tr/> (Yargıtay Kararları)

<https://www.mevzuat.gov.tr/> (Kanun Metinleri)

<https://www.resmigazete.gov.tr/> (Kanun Metinleri)

04/02/2011 tarih ve 27836 sayılı Resmi Gazete, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu.

28/11/2013 tarih ve 28835 sayılı Resmi Gazete, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun

27/11/2014 tarih ve 29188 sayılı Resmi Gazete, Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği

05/11/2014 tarih ve 29166 sayılı Resmi Gazete, 6563 sayılı Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun

COVID-19 PANDEMİSİ'NİN DENİZ TİCARETİ HUKUKU'NDAKİ SÜRELERE ETKİSİ

Doç. Dr. Hacı KARA*

Özet

Yaygın deyimle COVID-19 veya CORONA olarak isimlendirilen bulaşıcı bir virüs, ilk kez 2019 yılının Aralık ayında Çin'in Wuhan şehrinde ortaya çıkmıştır. Bu virüsün bariz vasfı, bulaştığı kişilerde solunum yolu hastalığı ve zatürreye sebep olması ve kritik hastalıkları olanlarla yaşlılarda ölüme yol açmasıdır. Virüsün tüm dünyada geniş kitlelere bulaşmaya başlamasından ve hızlı bir şekilde yayılmaya başlamasından kısa süre sonra, "Dünya Sağlık Örgütü (DSÖ) (*World Health Organization, WHO*)" hastalığı bir salgın olarak ilan etmiştir. DSÖ verilerine göre bugüne kadar küresel olarak toplam 3.917.366 vaka ve 274.361 ölüm olayı gerçekleşmiştir. Hızı azalsa da virüs küresel olarak halen yayılmaktadır. Ayrıca, virüsün aşısı henüz bulunamamıştır. Dünya genelindeki sağlık otoritelerinin odağı, yaygın olan yayılımı sınırlamak ve yavaşlatmak için önleyici tedbirler almak, böylece virüsün sınırlandırılması sağlamak olmuştur.

Yoğun olduğu dönemden başlayarak salgının yayılmasını önlemek, sınırlandırmak ya da azaltmak amacıyla idare tarafından çeşitli önlemler alınmış ve alınmaya da devam etmektedir. Bu kapsamda önce adliyelerin faaliyetleri ile ilgili sınırlamalar, sonrasında da yasaklamalar getirilmiş, dava açma, icra takibi başlatma, başvuru, şikâyet, itiraz, ihtar, bildirim, ibraz ve zamanaşımı süreleri, hak düşürücü süreler ve zorunlu idari başvuru süreleri de dâhil olmak üzere bir hakkın doğumu, kullanımı veya sona ermesine ilişkin usul kanunlarında öngörülen tüm süreler ile arabuluculuk ve uzlaştırma kurumlarındaki sürelerin ertelenmesi kabul edilmiştir.

* İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

Bu durumda COVID-19 ile ortaya çıkan fiili durumun, ilgili taraflar arasındaki hukuki ilişkileri nasıl etkileyeceği büyük daha da önem kazanmıştır. Nitekim birçok alanda olduğu gibi deniz ticareti hukukunda da; gemi kira sözleşmeleri ile zaman charteri sözleşmeleri ve navlun sözleşmelerinden veya konişmentodan ya da konişmento düzenlenmesinden doğan bütün alacaklar; eşyanın zıya veya hasarı ile geç tesliminden dolayı taşıyana karşı her türlü tazminat talep hakkı; yolcunun ölümünden ve bedensel zararından doğan bütün tazminat talepleri; çatma, müşterek avara ve kurtarma gibi deniz kazalarından doğan her türlü talep, kanuni rehin hakkının tanınmasına ve deniz alacağının cebri icrasına dair taleplerin uygulanmasına ve yükün hasar ya da tesliminde meydana gelen gecikme halinde yapılacak bildirimler, bir zamanaşımı süresine veya hak düşürücü süreye ya da bildirim süresine bağlanmıştır.

Hukuki nitelik ve etkileri birbirine benzer veya birbirinden farklı olsa bile, ulusal veya uluslararası nitelik taşıyan hukuki ilişkiler ve olaylar bakımından, bütün hukuk sistemlerinde genel olarak bir takım müesseseler düzenlenmiştir. Bir diğer ifadeyle, borcun ifa edilmemesinde, borçlunun kusuru bulunmayan, dolayısıyla sorumluluğuna gidilemeyen ortak sebepler düzenlenmiştir. Nitekim borçlu, ifa edememenin, fevkalade bir halden veya mücbir sebepten meydana geldiğini iddia ve ispat edebilecektir. Hukukumuzda genel olarak fevkalade hal (*cas fortiet*), borçlunun kaçınamayacağı şekilde borcu ihlal etmesine sebep olan bir olay; buna karşın mücbir sebep (*force majeure*) borçlunun borcu ihlal etmesine mutlak olarak kaçınılmaz bir şekilde sebep olan harici bir olay olarak tanımlanmaktadır. Mücbir sebep veya fevkalade hal ifayı imkansız kılmışsa, borçlu meydana gelen imkansızlıktan sorumlu değildir. Fakat mücbir sebep veya fevkalade hal borcun zamanında ifasına engel olmuşsa ve artık ifa mümkünse, borçlu, gecikmeden sorumlu olmaz. Fakat halen ifası mümkün olan borcu ifa ile yükümlüdür. Bu durumda ortaya çıkan ya da çıkması muhtemel olan hukuki sorunların çözümü büyük önem arz edecektir.

Bu çalışmada deniz ticaretinde hasar ve zıya bildirimleri ile takip ve davalar için süreler öngörülen yasal sürelerin işleyişine; yürürlüğe konulan kanunlar ile idari düzenlemeler ile getirilen sınırlamaların, dünya genelinde

bir Pandemi olarak kabul ve ilan edilen COVID-19 çerçevesinde hukuki etki ve sonuçları incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: COVID-19 Pandemisi, deniz ticaret hukuku süreleri, COVID-19'un zamanaşımı, hak düşürücü ve bildirim sürelerine etkisi, erteleme kanunu ve idari kararlarının yasal sürelerle etkisi, olağanüstü hal ve mücbir sebep.

Abstract

An infectious virus, commonly be known as COVID-19 or CORONA, first appeared in Wuhan, China, in December 2019. The obvious characteristic of this virus is that it causes respiratory disease and pneumonia in the infected people and causes death in the elderly with critical illnesses. Shortly after the virus began to spread to large masses worldwide and began to spread rapidly, the “World Health Organization (WHO)” declared the disease as an epidemic.

According to WHO data, a total of 3,917,366 cases and 274,361 deaths have occurred globally up to the date. The virus is still spreading globally, although its rate is decreasing. In addition, the vaccine has not yet been found. The focus of health authorities around the world has been to take preventive measures to limit and slow down the spread, thereby limiting the virus.

Starting from the busy period, various measures have been taken by the administration to prevent, limit or reduce the spread of the epidemic, and it continues to be taken. In this context, first of all, restrictions related to the activities of courthouses have been brought, and then prohibitions have been brought, including litigation, initiation of enforcement proceedings, application, complaint, objection, warning, notification, submission and timeout periods, deprivation times and mandatory administrative application periods. Postponement of all periods stipulated in the procedural laws regarding the birth, use or expiration and the periods in mediation and conciliation institutions have been accepted.

In this case, it has become even more important how the actual situation arising with COVID-19 will affect the legal relations between the interested parties. As a matter of fact, in maritime law as in many areas, all receivables arising from bareboat contracts, time charter contracts and af-freightment contracts or all receivables arising from bill of lading or issuance of bill of lading; the right to claim any compensation for the carrier due to the loss or damage of the article and its late delivery; all claims for damages arising from the death and bodily harm of the passengers; any requests arising from marine accidents such as collision, general average and salvage, the application of the requests regarding the recognition of the maritime lien and the enforcement of the sea receivables, and notifications to be made in case of a delay or notification period or to the time of declaration of damage or delivery of the cargo it is connected.

Even if the legal qualifications and effects are similar or different from each other, in terms of national or international legal relations and events, some institutions are generally organized in all legal systems. In other words, common reasons are regulated in the non-execution of the debt, without the fault of the debtor and hence the responsibility of the borrower. As a matter of fact, the debtor will be able to claim and prove that the inability to perform is due to an extraordinary state or force majeure. In our law, an extraordinary situation (*cas fortiet*) is an event that causes the debtor to violate the debt in an unavoidable way; however, force majeure is defined as an external event that inevitably causes the debtor to violate the debt. If the force majeure or extraordinary situation made performance impossible, the debtor is not responsible for the impossibility that occurred. However, if the force majeure or extraordinary situation prevented the debt to be executed in a timely manner and if performance is possible, the debtor will not be responsible for the delay. However, he is still obliged to fulfill the debt that is possible to perform. In this case, the solution of legal problems that arise or are likely to arise will be of great importance.

In this study, the functioning of the legal periods for execution proceedings and lawsuits as well as loss and damage notifications in maritime trade; the legal effects and consequences of the restrictions imposed by

the laws and administrative regulations enacted in the framework of COVID-19, which has been declared and accepted as a Pandemic in the world, will be examined.

Keywords: COVID-19 Pandemic, maritime law periods, COVID-19's effect on timebar, lapse of time and notification periods, the effect of the law and administrative decisions on legal terms, force majeure.

GİRİŞ

31.12.2019'da Dünya Sağlık Örgütü (DSÖ) (*World Health Organization WHO*) Çin Ofisi, Cin'in Hubei eyaleti, Wuhan kentinde etiyojisi bilinmeyen ilk zatürre (pnömoni) vakasını bildirmiştir. Corona Virüs için 2.3.2020 tarihinde küresel risk durumu; "yüksekten", "çok yüksek" seviyesine çıkarılmış ayrıca "Uluslararası Kamu Sağlığı Acil Durumu" ilan edilmiştir. 11.3.2020 tarihinde ise DSÖ, COVID-19'u Pandemi olarak ilan etmiştir. Virüsün yayılmasından sonra DSÖ bugüne kadar tüm dünyada toplam 8.242.999 vaka ve 445.535 ölüm olayı bildirmiştir¹. Hızı azalsa da virüs küresel olarak halen yayılmakta ve etkisini göstermektedir.

Bu çalışmada dünya genelinde bir Pandemi olarak ilan ve kabul edilen COVID-19'un Deniz Ticareti Hukuku ile belirlenen sürelerle, denizcilığe ve deniz ticareti sözleşmelerine etkileri incelenecektir.

I. DENİZ TİCARETİNDE SÜRELER

Yabancılık unsurlu sözleşmelerden doğan uyumsuzlukların çözümünde uygulanacak hukuk, 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk Ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK)'a göre belirlenir. Sözleşmelere uygulanacak hukuk konusunda genel bir bağlama kuralının (MÖHUK m. 24)

1 <https://orcid.org/0000-0002-8255-6277>, haci.kara@medeniyyet.edu.tr, İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku ABD.
"Türkiye'de vakia sayısı: 182.727, ölü sayısı: 4.861 (WHO, 2020)", <<https://covid19.who.int/>>, Erişim tarihi: 17 Haziran 2020.

yanı sıra eşyanın taşınmasına ilişkin sözleşmeler (MÖHUK m. 29) bakımından özel bağlama kuralı bulunmaktadır².

1. ZAMANAŞIMI VE HAK DÜŞÜRÜCÜ SÜRELER

TTK'nın 5. Kitabında düzenlenen bazı zamanaşımı ve hak düşürücü süreler şunlardır.

NO	KANUNİ DÜZENLEME	İLGİLİ MADDE
1.	1) Eşyanın zıyayı veya hasarı ile geç tesliminden dolayı taşıyana karşı her türlü tazminat istem hakkı, bir yıl içinde yargı yoluna başvurulmadığı takdirde düşer . 3... rücu davası açma hakkı, bu hakka sahip olan kişinin, istenen tazminat bedelini ödediği veya aleyhine açılan tazminat davasında dava dilekçesini tebellüğ ettiği tarihten itibaren doksan gün içinde kullanılmadıkça düşer.	TTK m. 1188/1 ve 3
2.	... gemi kira sözleşmeleri ile zaman charteri sözleşmeleri ve navlun sözleşmelerinden veya konişmentodan veya onun düzenlenmesinden doğan bütün alacaklar bir yılda zamanaşımına uğrar .	TTK m. 1246/1
3.	Yolcunun ölümünden ve bedensel zararından ilgilisi lehine doğan bütün tazminat istemleri on yılda zamanaşımına uğrar .	TTK m. 1270/1
4.	Çatmaya dayanan her türlü tazminat istemi, çatmanın meydana geldiği günden başlayarak iki yılda zamanaşımına uğrar .	TTK m. 1297/1
5.	... kurtarma faaliyeti ile enkazın kaldırılmasından doğan bütün alacaklar iki yılda zamanaşımına uğrar .	TTK m. 1319/1
6.	Müşterek avarya garamesi payı alacakları bir yılda zamanaşımına uğrar .	TTK m. 1285/1

2 Burcu Erdoğan İrge, "COVID-19 (Koronavirüs) Salgınının Yabancı Unsurlu Sözleşmelerde Uygulanacak Hukuka Etkisi" (2020), s. 1, (*Lexpera Blog*, 20 Nisan 2020), <<https://blog.lexpera.com.tr/covid-19-koronavirus-salgininin-yabanci-unsurlu-sozlesmelerde-uygulanacak-hukuka-etkisi/>>, Erişim tarihi: 15 Mayıs 2020.

7.	... rehin hakkı , gemi alacağının doğduğu tarihten itibaren geçecek bir yılın sonunda düşer; meğerki, bu sürenin geçmesinden evvel gemi ihtiyaten haczedilmiş ve bunun sonucunda cebri icra yolu ile satılmış olsun.	TTK m. 1326/1
8.	Hapis hakkıyla teminat altına alınan alacak , bir ilama veya ilam niteliğindeki belgeye dayanıyorsa, alacaklı, defterin tutulmasından başlayarak onbeş gün içinde taşınır rehninin paraya çevrilmesi yoluyla ilamlı takip yapar. Şu kadar ki, takip konusu ilamda veya ilam niteliğindeki belgede hapis hakkı da belirtilmemişse, borçlu hapis hakkına itiraz edebilir. Bu durumda, İcra ve İflas Kanununun 147 nci maddesinin birinci fıkrasının (2) numaralı bendi uygulanır.	TTK m. 1399
9.	Hapis hakkıyla teminat altına alınan alacak , bir ilama veya ilam niteliğindeki belgeye dayanmıyorsa, alacaklı, defterin tutulmasından başlayarak onbeş gün içinde taşınır rehninin paraya çevrilmesi yoluyla ilamsız takip yapar. Borçlu, alacağa veya hapis hakkına veya her ikisine birden itiraz edebilir. Bu itiraz hakkında İcra ve İflas Kanununun 147 nci maddesi uygulanır.	TTK m. 1400

2. BİLDİRİM/İHBAR SÜRELERİ

TTK'da ayrıca bildirim, beyan ve ihbar süreleri belirlenmiştir. Bunlar ise şu şekildedir:

NO	KANUNİ DÜZENLEME	İLGİLİ MADDE
1.	Eşyanın zayi olmasına dayanarak tazminat isteminde bulunabilecek kişi, dördüncü fıkra uyarınca teslim süresinin dolmasından itibaren aralıksız altmış gün içinde teslim olunmayan eşyayı zayi olmuş sayabilir.	TTK m. 1178/5
2.	Zıya veya hasarın en geç eşyanın gönderilene teslimi sırasında taşıyana yazılı olarak bildirilmesi şarttır. Zıya veya hasar haricen belli değilse, bildirimden eşyanın gönderilene teslimi tarihinden itibaren aralıksız olarak hesaplanacak üç gün içinde gönderilmesi yeterlidir. İhbarname zıya veya hasarın neden ibaret olduğunun genel olarak belirtilmesi gereklidir.	TTK m. 1185/1

3.	Eşyanın teslimindeki gecikmenin, gönderilen tarafından, onun kendisine teslimi tarihinden itibaren aralıksız olarak hesaplanacak altmış gün içinde taşıyana yazılı olarak bildirilmesi şarttır. Süresinde bildirim yapılmayan gecikme zararları için tazminat ödenmez.	TTK m. 1185/5
4.	Zaman üzerine kararlaştırılmış olan navlun, ... Safra ile yolculukta ise, yolculuğa hazır olunduğunun haber verildiği günü izleyen günden ve bu haber yolculuğun başlamasından bir gün öncesine kadar verilmemişse , geminin yola çıktığı günden itibaren işlemeye başlar.	TTK m. 1194/1
5.	Haricen belli değilse, bagajın indirilmesinden veya tesliminden ya da teslim edilmesi gereken tarihten itibaren onbeş gün içinde, taşıyana veya temsilcisine yazılı olarak bildirir. ³	TTK m. 1269/1(b)

3. SÜRELERİN SÖZLEŞME İLE DEĞİŞTİRİLMESİ

Ticari hükümler koyan kanunlarda öngörülen zamanaşımı süreleri, Kanunda aksine düzenleme yoksa sözleşme ile değiştirilemez (TTK m. 6/1). Dolayısıyla TTK'da belirlenen süreler sözleşme ile değiştirilemez.

3 Geniş bilgi için bkz. Kerim Atamer, *Deniz Ticareti Hukuku*, C. 1, (XII Levha 2017), Kerim Atamer, *Deniz Hukukunda Cebri İcra*, (1. B., Arıkan Yayıncılık 2006), Mertol Can, *Navlun Sözleşmesinin Sona Ermesi*, (Batider Yayınları 1998), Terrence Coughlin ve diğerleri, *Time Charters*, (7th Ed., Informa Law from Routledge 2014), Julian Cook ve diğerleri, *Voyage Charters*, (4th Ed., Informa Law from Routledge 2014), Tahir Çağa/Rayegan Kender, *Deniz Ticareti Hukuku*, C. I, (16. B., XII Levha 2010), Tahir Çağa/Rayegan Kender, *Deniz Ticareti Hukuku*, C. II, (10. B., XII Levha 2010), Martin Dockray, *Carriage of Goods By Sea*, (3rd Ed., Cavendish Publishing 2004), Lindy S. Johnson, *Coastal State Regulation of International Shipping*, (Oceana Publications 2004), Alan Gomez, *Implications of COVID-19 on Shipping Contracts: Time and Voyage Charterparties*, The Tommy Thomas Series on the Malaysian MCO, Part 3, 'law in the time of Covid-19', in (ed) Katharine Pistor, (Columbia University 2020), pp. 1-11, Turgut Kalpsüz, *Gemi Rehni*, (5. B., Turhan Kitabevi 2004), İnci Kaner Deniz, *Deniz Ticareti Hukuku*, C. I, (3. B., Filiz Kitabevi 2013), İnci Kaner Deniz, *Deniz Ticareti Hukuku*, C. II, (2. B., Filiz Kitabevi 2014), Rayegan Kender/ Ergon Çetingil/Emine Yazıcıoğlu, *Deniz Ticareti Hukuku*, C. 1., (14. B., XII Levha 2017), Bülent Sözer, *Deniz Ticareti Hukuku-I*, (3. B., Vedat Kitapçılık 2014), Bülent Sözer, *Deniz Ticareti Hukuku-II*, (1. B., Vedat Kitapçılık 2016), Fevzi Topsoy, *Çatma Hukuku*, (Legal Yayıncılık 2017), Fehmi Ülgener, *Çarter Sözleşmeleri-I*, *Sefer Çarteri Sözleşmeleri*, (Der Yayınları 2000), Fehmi Ülgener, *Çarter Sözleşmeleri II*, *Zaman Çarteri Sözleşmeleri*, (Der Yayınları 2016), Emine Yazıcıoğlu (KENDER, Rayegan/ÇETİNGİL, Ergon), *Deniz Ticareti Hukuku*, (15. B., Filiz Kitabevi 2020).

II. COVID-19 SONRASINDA KANUNİ DÜZENLEME

Covid-19 salgını ile mücadele kapsamında yargı alanındaki hak kayıplarının önlenmesi amacıyla 25.3.2020 tarih ve 7226 sayılı “**Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun**”⁴ ile bir düzenleme yapılmıştır, Söz konusu düzenlemede; *a) Dava açma, icra takibi başlatma, başvuru, şikâyet, itiraz, ihtar, bildirim, ibraz ve zamanaşımı süreleri, hak düşürücü süreler ve zorunlu idari başvuru süreleri de dâhil olmak üzere bir hakkın doğumu, kullanımı veya sona ermesine ilişkin tüm süreler*⁵ ve bu kapsamda hâkim tarafından tayin edilen süreler ile arabuluculuk ve uzlaştırma kurumlarındaki süreler **13.3.2020 (bu tarih dâhil) tarihinden, b) 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu ile takip hukukuna ilişkin diğer kanunlarda belirlenen süreler ve bu kapsamda hâkim veya icra ve iflas daireleri tarafından tayin edilen süreler; nafaka alacaklarına ilişkin icra takipleri hariç olmak üzere tüm icra ve iflas takipleri, taraf ve takip işlemleri, yeni icra ve iflas takip taleplerinin alınması, ihtiyati haciz kararlarının icra ve infazına ilişkin işlemler 22/3/2020 (bu tarih dâhil) tarihinden, itibaren 30/4/2020 (bu tarih dâhil) tarihine kadar durur. Bu süreler, durma süresinin sona erdiği günü takip eden günden itibaren işlemeye başlar. Durma süresinin başladığı tarih itibarıyla, bitimine on beş gün ve daha az kalmış olan süreler, durma süresinin sona erdiği günü takip eden günden başlamak üzere on beş gün uzamış sayılır. Salgının devam etmesi halinde Cumhurbaşkanı durma süresini altı ayı geçmemek üzere bir kez uzatabilir ve bu döneme ilişkin kapsamı daraltabilir.” (Geçici 1. Madde) denilmiştir.**

29.4.2020 tarihli Cumhurbaşkanı “**2480 Kararı**” ile “Covid-19 salgın hastalığının ülkemizde yayılmasını ve yargı alanında doğabilecek hak kayıplarını önlemek amacıyla; 7226 sayılı Kanunun geçici 1 inci maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen durma süresini, 4734 sayılı Kamu İhale Kanununda öngörülen zorunlu idari başvuru yoluna ilişkin süreler hariç, **1/5/2020 (bu tarih**

4 RG: 26.03.2020 T. ve 31080 (Mükerrer) S.

5 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile usul hükmü içeren diğer kanunlarda taraflar bakımından belirlenen süreler.

*dâhil) tarihinden 15/6/2020 (bu tarih dâhil) tarihine kadar (salgın hastalığın yayılma tehlikesinin daha önce ortadan kalkması halinde yeniden değerlendirilmek üzere) uzatmıştır*⁶.

Benzer şekilde Hakim ve Savcılar Kurulu, Yargıtay Başkanlar Kurulu⁷, Arabuluculuk Daire Başkanlığı, Bilirkişilik Daire Başkanlığı, Sigorta Tahkim Komisyonu salgına ilişkin olarak tedbirlerini açıklamıştır.

III. COVID-19 HUKUKİ NİTELİĞİ

A. COVID-19 SALGIN NİTELİĞİ

Salgın, genellikle başlı başına borcun ifasını engelleyen bir olay olmakla birlikte, salgın nedeniyle alınan, bazı işyerlerinin kapatılması, toplantı düzenleme yasağı, seyahat yasağı, ihracat yasağı, sokağa çıkma yasağı veya karantina gibi hukukî imkânsızlık doğuran önlemler, borcun ifasına engel olabilir. Örneğin, satış sözleşmeleri, taşıma sözleşmeleri gibi sözleşmeler hiç, zamanında veya gereği gibi ifa edilemeyebilir; bir konser verilmesi veya bir toplantının düzenlenmesi gibi edimlerin yerine getirilmesi imkânsız hale gelebilir⁸. Buna göre özellikleri itibarıyla COVID-19 DSÖ tarafından da ilan edildiği üzere bir Pandemi'dir.

B. BORCUN İFA EDİLMEMESİNDEN SORUMLULUK

Alacaklının, borcun ifa edilmemesi yüzünden uğradığı zararın tazminini borçludan talep edebilmesi için, borçlunun borcun ifa edilmemesinden sorumlu olması gerekir. Bu hususta Türk Borçlar Kanununun 112.

6 RG: 30.4.2020 T. ve 31114 S.

7 26.03.2020 tarihli kararı ile müzakereleri 17.04.2020 tarihine, duruşmaları 30.04.2020 tarihine kadar ertelemiş, 2480 sayılı Cumhurbaşkanlığı'nın sürelerin uzatılması kararından sonra ise, müzakerelerin 31.05.2020 ve duruşmaların 15.06.2020'ye kadar ertelenmesine karar vermiştir.

8 Ş. Barış Özçelik, 'COVID-19 Salgını Çerçevesinde Alınan Önlemlerin Sözleşme Hukuku ve Mücbir Sebep Kavramı Açısından Değerlendirilmesi', <<https://blog.lexpera.com.tr/covid-19-salgini-cercevesinde-alinan-onlemlerin-sozlesme-hukuku-ve-mucbir-sebep-kavrami-acisindan-degerlendirilmesi/>>, s. 2, Erişim tarihi: 20 Nisan 2020.

Maddesine göre: “*Borç hiç veya gereği gibi ifa edilmezse borçlu kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür*” görüldüğü üzere, borcun ifa edilmemesinden borçlunun sorumluluğu için TBK gereğince borçlunun sorumluluğu için “kusursuzluğunu ispat edememesi” gerekir, burada kusurun varlığı karine olarak kabul edilmiştir⁹. Borçluyu kusursuzluğunu ispat ile yükümlü tutan hüküm emredici değildir. Taraflar ispat yükünü değiştirerek alacaklının borçlunun kusurunu ispatlamadıkça tazminat isteyemeyeceğini kararlaştırabilirler. Cezaî şart (ceza koşulu) kararlaştırılan sözleşmelerde ceza tutarını aşan zararın tazmini istenirken TBK. m. 180/f. 2 uyarınca ispat yükü kendiliğinden yer değiştirir ve alacaklı borçlunun kusurunu ispatla yükümlü olur¹⁰.

Borçlunun sorumluluğu için kusurun derecesi önemli değildir. Her tür ve derecede kusur borçlunun sorumlu tutulmasına yeter (TBK. m. 114)¹¹. Borcun ifa edilmemesinin, fevkalâde halden, mücbir sebepten veya alacaklı yüzünden ileri geldiğini ispat ederse, borçlu kusuru bulunmadığını ispat etmiş olur ve borcun ifa edilmemesinden sorumlu tutulmaz¹².

1- FEVKALÂDE HAL VE MÜCBİR SEBEP

İfanın borçlunun sorumlu olmadığı bir sebepten dolayı imkansızlaştığı hallerde; ifa imkansızlığı, gerçekleşmesi beklenilmeyen belli olay veya olayların sonucu olarak ortaya çıkar. Türk hukuk terminolojisinde ***beklenmeyen hal, umulmayan hal, fevkalade hal, kaza, mücbir sebep, zorlayıcı sebep*** gibi terimlerle ifade olunan bu olayların gerçekleşme şekillerine göre bazen farklı sonuçlar doğurmaları yüzünden ikili bir ayrım yapılarak incelenir. Bu olaylar ya bir umulmayan hal ya da mücbir sebep

9 Kemal Oğuzman/Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. 1, (17. Basım, Vedat Kitapçılık 2019), s. 414.

10 Oğuzman/Öz, s. 415.

11 Oğuzman/Öz, s. 416.

12 Mücbir sebep veya beklenmedik hâl ifayı imkânsız kılmışsa borçlu imkânsızlıktan sorumlu değildir. Fakat mücbir sebep veya beklenmedik hâl borcun zamanında ifasına engel olmuş ise ve artık ifa mümkünse, borçlu, gecikmeden sorumlu olmaz, fakat halen ifası mümkün olan borcu ifa ile yükümlüdür. Oğuzman/Öz, s. 417, dn. 170.

teşkil ederler. Her iki kategoriye giren olayların da geniş anlamda umulmayan hal başlığı altında toplanması mümkündür. Zira bu olayların hepsi borçlu veya sorumlu kişinin gerçekleşmesini beklemediği bir başka deyişle öngörmediği olaylardır¹³.

a. Fevkalâde Hal

Fevkalâde hal (*cas fortuit*) borçlunun kaçınamayacağı şekilde borcu ihlâl etmesine sebep olan bir olaydır. Fevkalâde hal, sözleşmenin kuruluşu anında öngörmesi mümkün olmayan ve sözleşmenin kaçınılmaz şekilde ihlaline yol açan bir olaydır.¹⁴ Örneğin, bir fabrikada kazan patlaması sonucu çıkan yangın ancak fevkalâde hâl sayılır¹⁵.

b. Mücbir Sebep

Mücbir sebep kanunda tanımlanan bir kavram değildir¹⁶. Mücbir sebep (*force majeure*)¹⁷, zararın meydana gelmesine kaçınılmaz¹⁸ olarak sebep olan, öngörülmesi ve karşı konulması mümkün olmayan, sorumlu kişiden veya sorumluluk doğuran olaydan bağımsız, ona yabancı, olağanüstü bir dış olay olarak tanımlanabilir¹⁹. Örneğin, *deprem, kasırga, ihtilal, savaş, salt politik amaç taşıyan yasadışı genel grevler, ithal ve ihraç yasakları, yıldırım düşmesi sonucu çıkan yangın, sel, salgın hastalık gibi doğal afetler mücbir sebep oluşturur*²⁰.

13 Can, s. 26.

14 Mehmet Ayan, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, (11. B. Seçkin 2010), s. 423, Oğuzman/Öz, s. 340.

15 Yarg. 4. HD. 26.5.1981, 6973/7626; Yarg. 4. HD. 2.3.1981, 1208/2437, Oğuzman/Öz, s. 418, dn. 172.

16 Yılmaz Toygun/Azra Nagehan Atalan, 'Covid-19 (Koronavirüs) Salgınının Özel Hukuk Sözleşmelerine Etkisi', s. 2, <<https://blog.lexpera.com.tr/covid-19-salgininin-ozel-hukuk-sozlesmelerine-etkisi/>>, Erişim tarihi: 19 Mayıs.2020.

17 Selâhattin Sulhi Tekinay/Sermet Akman/Halûk Burcuoğlu/Atilla Altop, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İki Cildi Birarada, (7. Bası, Filiz Kitabevi 1993), s. 1343.

18 Ayan, s. 508.

19 Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 1346.

20 Ayan, s. 285, O. Gökhan Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C-V/1,2, (2. B., Seçkin Yayınevi 2019), s. 582, Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, (24. B.,

Mücbir sebep teşkil eden olayın olağanüstü nitelikte olması, yoğunluğu ve şiddeti, sözleşme kurulurken böyle bir olayın veya bu olayın sonuçlarının öngörülemez oluşu kaçınılmazlığın mutlaklığının belirlenmesinde rol oynar²¹. Mücbir sebebin ispatı halinde borçlunun sorumluluğunu ortadan kaldıran bir etkisi söz konusu olabilir²².

Borçlu veya sorumlu kişinin gerçekleşmesine mani olamadığı meydana gelen bu olaylar, borçlunun borcu mutlak bir şekilde ihlal etmesine yani ilgili kişilerin hukuken borca aykırılık veya haksız fiil sayılacak davranışlarda bulunmalarına sebep olur²³. Bu olayların gerçekleştiği durumlarda anılan kişilerin borca aykırılık veya haksız fiil teşkil edecek bir davranışta bulunmaları kaçınılmazdır. Bu kaçınılmazlık anılan olayların mücbir sebep kategorisine girenlerinde mutlaklıktır. Yani mücbir sebep teşkil eden olaylar öyle şiddette bir yoğunlukta gerçekleşirler ki, bunların sonuçlarından kurtulmak hiç kimse için mümkün değildir²⁴.

Buna karşılık, dar anlamda umulmayan hal kategorisine giren olaylarda kaçınılmazlık daha ziyade borçlu veya sorumlu kişiler bakımındandır. Buradaki kaçınılmazlık mutlak değil, nispidir. Diğer yandan, mücbir sebep teşkil eden olaylar borçlu veya sorumlu kişinin faaliyet veya işletme alanına dâhil olan bir tehlike veya risk şeklinde değil de, tamamen dışardan gelen o faaliyet ve işletme alanına yabancı olaylar şeklinde gerçekleşir. Mücbir sebep teşkil eden olaylarda aranan bu haricilik unsuru dar anlamda umulmayan hal teşkil eden olayların, zaten borçlu veya sorumlu kişinin faaliyet alanına dahil bir tehlike veya risk olması mümkündür. Bir diğer deyişle, mücbir sebep teşkil eden olaylar, dar anlamda umulmayan hal teşkil eden olayları da kapsar bu yüzden dar anlamda umulmayan hal teşkil eden

Yetkin Yayınevi 2017), s. 582.

21 Ayan, s. 508

22 Sinan Sarıkaya/Gökhan Bakar, 'Basiretli Tacir İlkesi Işığında Koronavirüs (COVID-19) Salgınının Sözleşmelerdeki Ceza Koşuluna Etkisi', s. 2, <<https://blog.lexpera.com.tr/basiretli-tacir-ilkesi-isiginda-koronavirus-covid-19-salgininin-sozlesmelerdeki-ceza-kosuluna-etkisi/>>, Erişim Tarihi: 22 Mayıs 2020.

23 Oğuzman/Öz, s. 340.

24 Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 1346.

olaylara bağlanmış olan hukuki sonuçlar mücbir sebep teşkil eden olaylar bakımından evleviyetle caridir²⁵.

Mücbir sebebin ifa imkansızlığı sonucunu doğurması halinde; borç sona erer. Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde imkânsızlık sebebiyle borçtan kurtulan borçlu, karşı taraftan almış olduğu edimi sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca geri vermekle yükümlü olup, henüz kendisine ifa edilmemiş olan edimi isteme hakkını kaybeder²⁶.

(1). Tarafların Mücbir Sebep Nedenini Sözleşmede Kararlaştırmaları

Türk hukukunda taraflar yaptıkları sözleşmede bazı olayları mücbir sebep sayacaklarını kararlaştırabilirler. Bu durumda taraflar sözleşmelerinde bir sorumsuzluk şartı koymuş olurlar. Taraflar bazı olayların da mücbir sebep sayılmalarına rağmen sorumluluğu ortadan kaldırmayacağını kararlaştırabilirler. Tarafların sözleşmeye koydukları bu şartlar kamu düzenine veya emredici kurallara aykırı olmadığı sürece geçerlidir Yargıtay'da bunu kabul etmiştir²⁷.

Eğer taraflar ortaya çıkmaları halinde, sözleşmelerini sona erdirecek olan olayları sayma yöntemini benimsemişlerse, uyuşmazlığa bakan mahkemeler ve hakemler sözleşmeyi sona erdirmek için bu sayılanlarla bağlı kalarlar. Ancak tarafların aslında karşılaşılabilecek her değişikliği başlangıçta öngörüp bunun bir mücbir sebep içinde yer vermeleri ise son derece güçtür. Bu durumda sözleşmede mücbir sebep teşkil eden olaylarla ilgili bir sınırlama getirmemiş olsa da, kendisine karşı mücbir sebep iddiasında bulunulan

25 Can, s. 27.

26 Sarıkaya/Bakar, s. 2.

27 “..Mücbir sebep teşkil eden hallerin böyle sınırlandırılması ve onlar dışındaki hadiselerin umumi hükümlerce mücbir sebep sayılırsalar bile belli akit için mücbir sebep sayılmaması yolu akit hükümleri kamu düzenine ve kanunun emredici hükümlerine aykırı bulunmadıkları cihetle Borçlar Kanunu’nun 19. maddesi hükmünce geçerlidir.” Yarg. 4. HD., T. 12.12.1957, E. 7173, K. 7373, Fatma İtir Bingöl, *Uluslararası Ticari Satım Sözleşmelerinde Mücbir Sebep*, (2008), Yayınlanmamış Dr. Tezi, s. 39, <<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>>, Erişim tarihi: 26 Mayıs 2020.

kişinin mücbir sebep oluşturduğu ileri sürülen olayın, ticari örf ve adetler gereği mücbir sebep oluşturmayacağını ileri sürmesi mümkündür²⁸.

(2). Tarafların Mücbir Sebep Nedenini Sözleşmede Kararlaştır- mamaları

Taraflar, yapmış oldukları sözleşmede mücbir sebep nedenlerine yer vermemeleri ve sözleşme yapılırken öngöremedikleri bir durumla karşılaşmaları halinde de mücbir sebep nedeniyle sözleşmenin sona erdirmesi ya da beklenmeyen durum nedeniyle sözleşmenin uyarlanmasını isteyebilirler. Bu durumda, söz konusu olay, sözleşmeye göre beklenmeyen hal veya mücbir sebep sayılmasa bile, genel kuralları uygulayarak ortaya çıkan bu yeni olayın beklenmeyen hal veya mücbir sebep oluşturup oluşturmadığına ve tarafların sözleşmeden doğan yükümlülüklerinin ifasını etkiler nitelikteki olup olmadığına karar vermek gerekir²⁹.

2. COVID-19 BİR MÜCBİR SEBEP MİDİR?

Tüm dünyada olduğu gibi Türkiye’de de halihazırda etkisini gösteren COVID-19 salgınının başlı başına bir mücbir sebep oluşturup, oluşturmadığı konusunda farklı görüşler bulunmaktadır. Salgının mücbir sebep olmadığı yönündeki bir görüşe göre, söz konusu hastalığa karşı ticari hayat, tabiatıyla sınırlanmış şekilde de olsa, akmaya devam etmekte, tüm bankalar faaliyetlerini yürütmekte ve her birey, birtakım sağlık önlemlerine riayet etme tavsiyesi altında, doğal yaşantısını sürdürebilmektedir. Dolayısıyla mevcut durum itibarıyla tarafların önünde “aşılması imkânsız bir engel” bulunmamaktadır. Başka bir deyişle COVID-19 salgını, kategorik bir mücbir sebep hali oluşturmaz³⁰.

28 Bingöl, s. 44-45.

29 Özçelik, s. 2, Bingöl, s. 44.

30 Alihan Aydın, ‘COVID-19 Salgını ve 7226 Sayılı Kanunun Geçici 1. Maddesi Çekten Kaynaklanan Hukuki Sorumluluğun Şartlarını Değiştirmiş midir?’, <<https://blog.lexpera.com.tr/covid-19-salgini-ve-7226-sayili-kanunun-gecici-1-maddesi-ekten-kaynaklanan-hukuki-sorumlulugun-sartlarini-degistirmis-midir/>>, Erişim tarihi: 18 Mayıs 2020.

Diğer bir görüşe göre salgın mücbir sebep oluşturur. Bu görüşe göre COVID-19 salgınının küresel ölçekteki etkisi, üretim faaliyetlerinin son derece yavaşlaması veya durması, belirli bir sektör düzeyinde kalmayarak tüm piyasaları etkisi altına alması dikkate alındığında tamamen dışsal bir olaydır, mutlak bir kaçınılmazlık arz etmektedir ve bu ölçekte bir salgının öngörülemediği borç ilişkilerinde ifa imkansızlığı yaratmaktadır. Bu nedenlerle, genel anlamda sınıflandırılmak gerekirse COVID-19 salgının bir mücbir sebep olduğu ileri sürülebilir³¹.

Bir diğer görüşe göre, eğer ifa sürekli olarak imkânsız hale gelmişse, bu imkânsızlık her ne sebepten kaynaklanırsa kaynaklansın, borçlunun borcu aynen ifa yükümü sona erer. Borçlu imkânsızlaşan edim yerine geçmesi olası tazminat yükümünden de kurtulur. Bu şekilde aynen ifa ve tazminat yükümünden kurtulan borçlu, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde karşı edimin ifasını talep edemeyeceği gibi, aldığı bir şey varsa, onu da sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre geri vermek zorundadır (TBK m. 136/2). Salgın çerçevesinde alınan önlemler, borcun ifasını tümünden engellemekle birlikte, aşırı derecede güçleştirmişse, borçlu, TBK 138. madde uyarınca, henüz ifa etmediği veya ifanın aşırı derecede güçleşmesinden doğan haklarını saklı tutarak ifa ettiği edimler için, mahkemeden sözleşmenin uyarlanmasını isteyebileceği gibi, uyarlamanın mümkün olmadığı hallerde sözleşmeden dönebilir³².

COVID-19 salgının karşı konulamaz ve önlenemez ve tüm dünya ülkelerinde yaşananlar dikkate alındığında öngörülemez nitelikte olduğu görülmektedir. Buna göre kanaatimizce COVID-19 pandemisi mücbir sebep olarak kabul edilmelidir. Ancak durumun özelliğine göre her somut olay için sözleşmenin ifasını imkânsız kılacağı ya da sözleşmenin uyarlanmasının gerekeceği değerlendirilmelidir.

31 Toygun/Atalan, s. 2.

32 Özçelik, s. 3.

3. ÖZEL OLARAK KARANTİNA VE MÜCBİR SEBEBİN SEBEBİNİN DÜZENLENMESİ

Yukarıda belirtilen maddeler dışında karantina ve mücbir sebep nedenlerinin düzenlendiği haller de vardır.

NO	KANUNİ DÜZENLEME	İLGİLİ MADDE
1.	Taşıyanın kusursuzluk ve uygun illiyet bağı karine-lerinden yararlandığı muhtemel sorumsuzluk hallerinden biri de, harp olayları, karışıklık ve ayaklanmalar, kamu düşmanlarının hareketleri, yetkili makamların emirleri veya karantina sınırlamalarıdır.	TTK m. 1182/1(b)
2.	... karantina , buz kırdırma ve bunlara benzer hizmetlere ilişkin resim ile ücretleri ödemek ve bu giderleri doğu- ran sebeplere ilişkin önlemleri almak , navlun sözleşme- si hükümlerine göre yükümlü olmasa bile, yalnız taşıya- na düşer.	TTK m. 1196/2
3.	... karantina ve kılavuzluk için ödenecek resimler sahip- lerine “ gemi alacaklısı hakkı ” verir.	TTK m. 1320/1 (d)
4.	“ Deniz alacağı ”; Liman, kanal, dok, iskele ve rıhtım, di- ğer su yolları ile karantina ... anlamına gelir.	TTK m. 1352/1(n)
5.	Çatma, umulmayan bir hâl veya mücbir sebep yüzün- den meydana gelmiş ... zarara, o zarara uğrayan kişi kat- lanır.	TTK 1287/1

TİP SÖZLEŞMELERDE ÖNGÖRÜLEN MÜCBİR SEBEP HALLERİ

Uygulamada taraflar deniz ticareti sözleşmeleri bakımından tip sözleşmeler kullanmaktadır. Çıplak Gemi Kiralama Sözleşmesi (*bareboat charter agreement*)’nde BARECON 2001 tip sözleşme kullanılmaktadır. Sözleşmenin 26/a. maddesinde savaş hali düzenlenmiştir³³. Zaman çarteri (*time*

33 BARECON 2001 m. 26/a: *For the purpose of this Clause, the words “War Risks” shall Include any war (whether actual or threatened), act of war, civil war, hostilities, revoluti-*

charter) sözleşmelerinde sıklıkla kullanılan, BALTIME 1939, NYPE (New York Produce Exchange Form) 93, 2015³⁴ ve GENTIME (General Time Charter Party) formlarında salgın ile ilgili bir mücbir sebep öngörülmemiştir. GENCON” charter parti 54. maddede mücbir sebep halleri düzenlenmiştir³⁵. Taşıma sözleşmesinde kullanılan GENCON açıkça salgın mücbir sebep olarak sayılmıştır. Yolcu taşımacılığında kullanılan ROPAX’ta mücbir sebep yok iken CRUISEVOY, 25 maddesinde mücbir sebep hali düzenlenmiştir³⁶.0

SONUÇ

Tüm dünya ülkelerinde yaşananlar dikkate alındığında COVID-19 salgının karşı konulamaz ve öngörülemez nitelikte olduğu görülmektedir. Buna göre COVID-19 salgını bir mücbir sebep olarak kabul edilmelidir.

on, rebellion, civil commotion, warlike operations, the laying of mines (whether actual or reported), acts of piracy, acts of terrorists, acts of hostility or malicious damage blockades (whether imposed against all vessels imposed selectively against vessels of certain flags or ownership, or against certain cargoes or crews otherwise howsoever), by any person, body, terrorist or political group, or the Government of any state whatsoever, which may be dangerous or are likely to be or to become dangerous to the Vessel, her cargo, crew or other persons on board the Vessel.”

34 6.11. 1913 formu 20.11.1921; 6.08.1931; 3.10.1946’da değiştirilmiş (Amended); 12.6.1981; 14.9.1993; 3.6.2015 tarihlerinde gözden geçirilmiştir (Revised).

35 GENCON of Clause 54 (Force Majeure Clause): “Time lost at any time by reason of all or any of the following causes shall not be computed in the loading or discharging time or as demurrage viz.: Rebellion, Tumults, Civil Commotions, Insurrections, Political Disturbances, Epidemics, Quarantine, Riots, Lock-outs, stoppage of Miners, Workmen, Lightermen, Tugboatmen, or other essentials to the Working, Carriage, Delivery, Shipment or Discharge of the said Cargo, whether partial or general, or Accidents and/or breakdowns at the Mines, at Shippers’ or Receivers’ Works or Wharf, Landslips, Floods, Frost or Snow, Bad Weather, Interruption of River and/or Canal Navigation, Intervention of Sanitary, Customs and/or other constituted Authorities, Partial or Total Stoppage on Rivers, Canals or Railways, or any other cause beyond the control of Charterers.”

36 CRUISEVOY (1998) Clause 25 (First Majeure): “Neither the owners nor the charterers shall be responsible for any loss, damage, delay or failure in performance under this Charter Party resulting from act of god, civil commotion, arrest or restrained by princess, rulers and people, bad weather, closure of ports, guarantee and epidemics or any other event what’s whatsoever arising after signing the Charter Party which cannot be avoided or guarded against by the exercise of due diligence or the consequences of which as may be affect performance of this Charter Party, cannot be avoided or guarded against by the exercise of due diligence.”

Ancak COVID-19 nedeniyle alınan karantina tedbirleri ve idari diğer tedbirler zaman içerisinde birbirinden farklılık göstermiştir. Bu nedenle zamana ve durumun özelliğine göre COVID-19 sebebinin ifayı imkânsız kıldığı ya da sözleşmenin uyarlanması gerektireceği halleri birbirinden ayırmak gerekmektedir. Dolayısıyla her somut olayın şartlarını ve durumun özelliklerini göz önünde bulundurarak sözleşmenin akıbetini tayin etmenin, hakkaniyet ve taraflar arasındaki menfaat dengesine daha uygun olacağını değerlendirmekteyiz.

KAYNAKÇA

- Antalya, O. G. (2019), *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C-V/1,2, (2. Bs)., Ankara: Seçkin Yayınevi.
- Atamer, K. (2017), *Deniz Ticareti Hukuku*, C. 1, İstanbul: XII Levha.
- Atamer, K. (2006), *Deniz Hukukunda Cebri İcra*, (1. bs). İstanbul: Arıkan Yayınları.
- Ayan, M. (2010), *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, (11. Bs). Ankara: Seçkin Yayınevi.
- Bingöl, F. İ. (2008), *Uluslararası Ticari Satım Sözleşmelerinde Mücbir Sebep*, Yayınlanmamış Dr. Tezi, <<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>>, Erişim tarihi: 26 Mayıs 2020.
- Birnie, P. (1993), *Protection of The Marine Environment: The Public International Law Approach, (Liability For Damage to The Marine Environment)*, London: Covendish.
- Brodie, P. (1997), *Dictionary of Shipping Terms*, (3rd Ed.), London: Lloyd's.
- Can, M. (1998), *Navlun Sözleşmesinin Sona Ermesi*, Ankara: BATIDER Yayınları.
- Coughlin, T. ve diğerleri (2014), *Time Charters*, (7th Ed.), London: Informa.
- Cook, J. ve diğerleri (2014), *Voyage Charters*, London: Informa.
- Çağa, T., Kender, R. (2010), *Deniz Ticareti Hukuku*, C. I, (14. bs). İstanbul: XII Levha.
- Çağa, T., Kender, R. (2010), *Deniz Ticareti Hukuku*, C. II, (10. bs)., İstanbul: XII Levha.
- Dockray, M. (2004), *Carriage of Goods By Sea*, (3rd Ed). London: Informa.
- Eren, F. (2017), *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, (24. bs) Ankara: Yetkin Yayınevi.
- Johnson, L. S. (2004), *Coastal State Regulation of International Shipping*, New York: Oceana Publications.
- Gomez, A. (2020), *Implications of COVID-19 on Shipping Contracts: Time and Voyage Charterparties*, The Tommy Thomas Series on the Malaysian MCO,

Part 3, 'law in the time of Covid-19', in (ed) Katharine Pistor, United States: Columbia University.

Kalpsüz, T. (2004), *Gemi Rehni*, Ankara: Turhan Kitabevi.

Kaner Deniz, İ. (2013), *Deniz Ticareti Hukuku*, C. I, (3.bs), İstanbul: Filiz Kitabevi.

Kaner Deniz, İ. (2014), *Deniz Ticareti Hukuku*, C. II, (2. bs) İstanbul: Filiz Kitabevi.

Kender, R., Çetingil, E., Yazıcıoğlu, E. (2017), *Deniz Ticareti Hukuku (Temel Bilgiler)*, C. 1, (14. bs), İstanbul: XII Levha.

Oğuzman, M. K., Öz, M. T. (2019), *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. 1, (17. bs). İstanbul: Vedat Kitapçılık.

Sözer, B. (2014), *Deniz Ticareti Hukuku-I*, (3. bs). İstanbul: Vedat Kitapçılık.

Sözer, B. (2016), *Deniz Ticareti Hukuku-II*, (1. bs). İstanbul: Vedat Kitapçılık.

Tekinay, S. S., Akman, S., Burcuoğlu, H., Altop, A. (1993), *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İki Cildi Birarada, (7. bs). İstanbul: Filiz Kitabevi.

Topsoy, F. (2017), *Çatma Hukuku*, İstanbul: Legal Yayıncılık.

Ülgener, F. (2000), *Çarter Sözleşmeleri-I*, Sefer Çarteri Sözleşmesi, İstanbul: Der Yayınları.

Ülgener, F. (2016), *Çarter Sözleşmeleri II*, Zaman Çarteri Sözleşmeleri, İstanbul: Der Yayınları.

Yazıcıoğlu, E. (Kender, R., Çetingil, E.) (2020), *Deniz Ticareti Hukuku*, (15. bs). İstanbul: Filiz Kitabevi.

İNTERNET KAYNAKLARI

Aydın, Alihan (2020), ‘COVID-19 Salgını ve 7226 Sayılı Kanunun Geçici 1. Maddesi Çekten Kaynaklanan Hukuki Sorumluluğun Şartlarını Değiştirmiş midir?’ <<https://blog.lexpera.com.tr/covid-19-salgini-ve-7226-sayili-kanunun-gecici-1-maddesi-ckten-kaynaklanan-hukuki-sorumlulugun-sartlarini-degistirmis-midir/>>, Erişim tarihi: 18 Mayıs 2020.

Erdoğan İrge, B. (2020), ‘COVID-19 (Koronavirüs) Salgınının Yabancı Unsurlu Sözleşmelerde Uygulanacak Hukuka Etkisi’, <<https://blog.lexpera.com.tr/covid-19-koronavirus-salgininin-yabanci-unsurlu-sozlesmelerde-uygulanacak-hukuka-etkisi/>>, Erişim Tarihi: 15 Mayıs 2020.

Özçelik, Ş. B. (2020), ‘COVID-19 Salgını Çerçevesinde Alınan Önlemlerin Sözleşme Hukuku ve Mücbir Sebep Kavramı Açısından Değerlendirilmesi’, <<https://blog.lexpera.com.tr/covid-19-salgini-cercevesinde-alinan-onlemlerin-sozlesme-hukuku-ve-mucbir-sebep-kavrami-acisinden-degerlendirilmesi/>>, s. 2, Erişim tarihi: 10 Mayıs 2020.

Pekdinçer, R. T., Babalık Toprakkaya İ. (2020), ‘Korona Virüs Salgınının Sözleşmelere Etkisi, İfa İmkansızlığı, İfa Güçlüğü ve Uyarılama’, <<https://blog.lexpera.com.tr/korona-virus-salgininin-sozlesmelere-etkisi-ifa-imkansizligi-ifa-guclugu-ve-e-uyarlama/#fn5>>, Erişim tarihi: 10. Mayıs 2020.

Sarıkaya, S., Bakar, G. (2020), ‘Basiretli Tacir İlkesi Işığında Koronavirüs (COVID-19) Salgınının Sözleşmelerdeki Ceza Koşuluna Etkisi’, <<https://blog.lexpera.com.tr/basiretli-tacir-ilkesi-isiginda-koronavirus-covid-19-salgininin-sozlesmelerdeki-ceza-kosuluna-etkisi/>>, 22 Mayıs 2020.

Toygun, Y., Atalan, A. N., ‘Covid-19 (Koronavirüs) Salgınının Özel Hukuk Sözleşmelerine Etkisi’, <<https://blog.lexpera.com.tr/covid-19-salgininin-ozel-hukuk-sozlesmelerine-etkisi/>>, Erişim tarihi: 19 Mayıs 2020.

<<https://blog.lexpera.com.tr/covid-19-salgini-ve-7226-sayili-kanunun-gecici-1-maddesi-ckten-kaynaklanan-hukuki-sorumlulugun-sartlarini-degistirmis-midir/>>, Erişim tarihi: 25 Mayıs 2020.

<<https://www.medipol.com.tr/bilgi-kosesi/bunlari-biliyor-musunuz/pandemi-nedir-corona-virusu-neden-pandemi-ilan-edildi>>, Erişim tarihi: 23 Mayıs 2020.

<<http://www.basin.adalet.gov.tr/Etkinlik/koronavirus-salgin-tehdidi-nedeniyle-durusmalarin-ertelenmesi-ve-yargi-alaninda-alinan-diger-tedbirlere-iliskin-hsk-genel-kurulu-karari>>, Erişim Tarihi: 15 Mayıs 2020.

WHAT WILL BE THE EFFECT OF DISTRIBUTED LEDGER TECHNOLOGY LAW (DLT LAW, *LEX* *CRYPTOGRAPHIA*) TO THE COMPANY LAW? A STUDY ON THE FUTURE OF THE ORGANIZATION OF COMPANIES WITH THE NEW NORMAL

Zehra BADAĞ*

Abstract

Although blockchain technology has been discussed on various platforms including finance and law, after Covid-19 emergencies, humankind realised that they need not only new ways to interact but also new ways to carry on businesses with ‘social distancing’ which benefits from digital technology in every aspect. However the commercial transactions constitute a very solid part of legal transactions where the necessity of confidence and security is utmost importance. Therefore, as well as the governments, the companies’ requirement to a secure and trustable system, backed up with applicable legal rules will rise. As blockchain technology becomes widespread recognized, central authorities such as government agencies and multinational companies may lose their ability to control and lead activities of different people with existing legal mechanisms. As a result, the interest on how to use and regulate blockchain technology will be in the focus.

It is accepted that the Blockchain technology brings a potential to change the perception of how the payment, finance, trade, government and information systems work. However this technology will also promote organizational consensus by providing new tools to arrange social interactions and business activities in a way that were not possible before. For instance with the introduction of blockchain-based voting systems, smart contracts

* Dr. Öğretim Üyesi, İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Ana-bilim Dalı Öğretim Üyesi, E-posta: zbadak@ticaret.edu.tr

can support existing organizations. In addition to that blockchains will offer investors and managers new mechanisms to organize *peer-to-peer* activities without relying on central authorities or trusted third parties.

In this trial of analytical study, the distributed ledger technology law – which is based on blockchain technology, also referred as *lex cryptographia* in recent studies- will be introduced and opened for discussion, mainly focusing on why it should be regulated and how such technology can be implemented to the corporate law, by also referring to the recent experience on the pandemic limitations; i.e. if the corporations had have a DLT infrastructure provided by the government, would there be a necessity to postpone general assemblies? Are the existing legal regulations regarding electronic general assembly sufficient enough?

Key words: blockchain, distributed ledger technology, smart contracts, *lex cryptographia*, distributed autonomous organizations, company law

Dağıtılmış Sicil Teknolojisi Hukukunun (Dlt Hukuku, Lex Cryptographia) Şirketler Hukukuna Etkisi Ne Olacaktır? Yeni Normal İle Şirketlerin Organizasyonunun Geleceği Çalışması

Her ne kadar blokzincir teknolojisi iktisat ve hukuk dâhil olmak üzere çeşitli platformlarda bir süredir tartışılıyor olsa da, Covid-19'un sebep olduğu kısıtlamalar sebebiyle insanlık, dijital teknolojiden sadece iletişim için değil, aynı zamanda işletmesel faaliyetlerini her yönüyle “sosyal mesafe” içinde yürütebilmek için yeni yollara ihtiyaç duyduğunu fark etti. Ancak ticari işlemler, hukuki ilişkiler içinde, gizlilik ve güvenliğin çok önemli olduğu temel bir parçasını oluşturmaktadır. Bu nedenle hükümetlerin yanı sıra, şirketlerin de uygulanabilir hukuk kuralları ile desteklenen gizlilik ve güvenlik içeren bir sisteme olan ihtiyacı artacaktır. Blockzincir teknolojisi yaygın biçimde kabul gördükçe, devlet kurumları ve çokuluslu şirketler gibi merkeze bağlı otoriteler, mevcut yasal mekanizmalarla farklı kişilerin faaliyetlerini kontrol etme ve yönetme yeteneklerini kaybedebilir. Sonuç olarak, blokzincir teknolojisinin nasıl kullanılacağı ve hukuki düzenlemeler altına alınacağı konusundaki ilgi artacaktır.

Blockzincir teknolojisinin ödeme, iktisat, ticaret, hükümet ve bilgi alma sistemlerinin çalışma şeklini değiştirme potansiyeli getirdiği kabul edilmektedir. Bununla birlikte, bu teknoloji aynı zamanda sosyal etkileşimleri ve iş faaliyetlerini daha önce mümkün olmayan bir şekilde düzenlemek için yeni araçlar sağlayarak organizasyonel bir fikir birliğini teşvik edecektir. Örneğin, blokzincir tabanlı oylama sistemlerinin sisteme entegre edilmesiyle, akıllı sözleşmeler mevcut organizasyonları destekleyebilir. Buna ek olarak, blokzincirleri yatırımcılara ve yöneticilere merkezi otoritelere veya güvenilir üçüncü taraflara dayanmadan eşler arası (uçtan uca) faaliyetler düzenlemek için yeni mekanizmalar sunacaktır.

Bu analitik çalışma denemesinde, - son çalışmalarda *lex cryptographia* olarak da adlandırılan dağıtılmış sicil teknolojisine dayanan dağıtılmış sicil teknolojisi hukuku, özellikle neden hukuki alanda düzenlenmesi gerektiğine ve şirketler hukukuna nasıl uygulanabileceğine odaklanarak, pandemi

sınırlamaları konusundaki son deneyimlere de atıfta bulunmak suretiyle tanıtılmak ve tartışmaya açılmak amaçlanmıştır; örneğin, şirketlerin kamu tarafından sağlanan bir DLT altyapısı olsaydı, genel kurulların ertelenmesi gerekir miydi? Elektronik genel kurullara ilişkin mevcut yasal düzenlemeler böyle bir altyapı oluşturulması için yeterli midir?

Anahtar Kelimeler: blokzincir, dağıtılmış sicil teknolojisi, akıllı sözleşmeler, lex cryptographia, dağıtılmış otonom organizasyonlar, şirketler hukuku

I. Introduction

Technological advances are affecting law and legal profession as much as any other area. Business owners, traders and legal practitioners are trying to benefit from these advances as much as possible. This cooperation of law and technology also attracting the attention of scholars as well.

One of the major topics, where technology and law contacting each other is the distributed ledger technology. The very well-known application of this technology is the Blockchain and its virtual currency, Bitcoin. Although a lot of participants are discussing this crypto currency concept, distributed ledger and blockchain technology are also discussed with regards to the governmental issues, both in public and private area. As well as public services such as keeping land records or voting, corporate governance problems are also addressed through these discussions.

Eventhough some of the writers argue that distributed ledger technology will be the long awaited solution for major corporate governance problems; others are keeping a distance to the idea by pointing out some concerns such as privacy.

Here with this article we would like to introduce the distributed ledger and bitcoin concept to the Turkish legal system, from the point of company law and try to answer the question what would have been the benefits of this technology during these pandemic. With these goals; first the

remedies taken by the government regarding the company meetings and dividend distribution are summarized and reviewed. Then, distributed ledger technology, blockchain technology and lex cryptographia are defined with relevant concepts like smart contract, oracle, decentralized autonomous organizations. And finally, the local application and legislation for these technologies are discussed.

II. Remedies by the Government

During the early days of the pandemic, an announcement was made by the Ministry of Commerce General Directorate of Domestic Trade on 20.03.2020¹. According to this announcement;

- Ordinary general assembly meetings of joint stock and limited companies, which were previously invited to the meeting by the board of directors, may be canceled by a decision to be taken by the board of directors,
- In order to prevent an epidemic, for companies that use the electronic general assembly system and want to hold a general assembly meeting, with the participation of the minimum necessary number of shareholders, shareholders can participate in the general assembly meetings electronically without participating in the physical environment,
- Companies that do not have a provision in their articles of association that allow any board or general assembly meetings to be held electronically, will be able to hold the meetings they plan to hold in this period through the “Electronic General Assembly Meeting System”,

In other words;

- If the shareholders have already been invited to the general assembly, such invitations can be cancelled by the board of directors,
- Electronic general assembly can be held in full virtual condition (without any one participating in physical form),

1 <https://icticaret.ticaret.gov.tr/haberler/sirketlerin-genel-kurul-toplantilarina-iliskin-aciklama>

- Even if a company does not have any relevant and necessary article in its articles of association, she can use the platform only for this particular phase

In order to understand these regulations, a brief explanation of the current virtual general assembly meetings under TCC will be beneficial.

According to Art. 1527 TCC, provided that it is regulated under the company contract or articles of association, the board of directors and directors meetings in capital companies can be held entirely in electronic environment, or it can be carried out through the electronic participation of some of the members in a meeting where remaining members are physically present. In such cases, the provisions regarding the meeting and decision quorums set forth under the Law or company contract and the articles of association are applied exactly. For joint stock companies, attending general assembly meetings, making suggestions, expressing opinions and voting by an electronic means, will result in all legal consequences of physical participation and voting. The principles of implementation of this provision are regulated by the Regulation² which includes an example of the article of association regarding the participation and voting electronically in the general assembly. Joint stock companies cannot make amendments to this provision and will transfer the wording exactly from the Regulation. The regulation also includes the rules that ensure the use of the vote by its genuine owner or its representative, and the powers of the representatives of the Ministry provided for in the third paragraph of Art 407 of TCC. With the enactment of this regulation, the electronic participation in general assemblies and the implementation of the voting system become compulsory in companies listed on the stock exchange.

Within the scope of these provisions, it is argued that, participation to the board of directors can be held entirely in an electronic environment, however, since only participation to the general assembly of joint stock companies are allowed, the general assembly meetings cannot be held

2 Regulation Regarding The Electronic General Assembly Of Joint Stock Companies, Official Gazette Date 28.08.2012 No. 28395

entirely in electronic environment. In other words, there has to be a physical meeting, where the participants can attend in virtual environment³. Furthermore, if these meetings are held in an entirely virtual condition, then it is stipulated that such meetings will be deemed as null and void⁴.

These provisions also stipulate that, there has to be an article regarding electronic meetings and participation in articles of association.

Despite of the above mentioned provisions of Art. 1527; within the announcement it is stated that, companies are able to held electronic general assembly meetings entirely in virtual form and also even the companies that do not have any relevant article are requested to benefit from this opportunity by obtaining support service from the Central Registry Agency Joint Stock Company and in a way that does not eliminate the obligation to provide electronic access to the right holders, and, furthermore, the amendment to their articles of association regarding the provisions of electronic meetings, are allowed to be ratified at the next general meeting.

Here, in a way, the Ministry is requesting the companies to allow their shareholders use their one of the most crucial rights; attending the general assembly, while obeying the social distance rules as much as possible, and forcing these companies to comply with the law later, not undermining the legal regulation and necessities (i.e: AoA regulation stated under TCC 1527) but postponing it to a possible available future.

The announcement is criticized as a result of its conflicting perspective. Moreover, the attendance of the representator of the Ministry or the condition of the shareholders, who cannot attend because of technical difficulties, of the companies that do not have electronic meeting system are also discussed immediately after the announcements⁵.

3 For a detailed review please refer to Mehmet Bahtiyar and Esra Hamamcıoğlu, *Anonim Ortaklık Genel Kurul Toplantıları*, Beta, 2014, pp. 12-19, and the references therein.

4 Bahtiyar and Hamamcıoğlu, pp. 15.

5 For further discussions regarding those issues please refer to; Ali Paşlı, "COVID-19 Salgınının Anonim ve Limited Ortaklık Yıllık Olağan Genel

As the pandemic continued to spread within Turkey and around the world, Ministry of Commerce made an announcement on 31.03.2020, regarding the general assemblies and dividend distribution of capital companies⁶. According to the announcement of the Ministry of Commerce, in order to protect the current equity structure of the companies, during the general assembly meetings regarding the fiscal year of 2019, while deciding upon the distribution of dividend, it is requested to exclude the previous years' residual incomes and, not to exceed 25 % of the 2019 net income, as well as not to authorize the Board of Directors for advance dividend payment. The Ministry excluded the companies which are public affiliates from this implementation and depended on the Article 13 of the Regulation on the Procedures and Principles of General Assembly Meetings of Joint Stock Companies and the Representatives of the Ministry of Commerce to be Held in These Meetings.

Following such announcement, The Law Regarding Reducing the Effects of the New Coronavirus (Covid-19) on Economic and Social Life and Amendments on Certain Laws, Law No. 7244 has been published on the Official Gazette on 17 April 2020. According to that Law, a Temporary Article is annexed to Turkish Commercial Code ("TCC"). According to that Temp. Article 13, it is regulated that, *"In capital companies, until the date of 30/9/2020, only twenty-five percent of the net profit for the year 2019 can be distributed, previous year profits and free reserves cannot be distributed, and the*

Kurul Toplantılarına Etkisi: Güncel Koşullar Süzerken Genel Kurul Kararı Alınabilir Mi?" (*ticaretkanunu.net*,) <http://www.ticaretkanunu.net/covid-19-salgininin-anonim-ve-limited-ortaklik-yillik-olagan-genel-kurul-toplantilarina-etkisi-guncel-kosullar-surerken-genel-kurul-karari-alinabilir-mi/> (Last access: 20.06.2020)

Av. Dr. R. Tamer Pekdincer, Dr. Abdüssamet Yılmaz, "Anonim Ortaklıkların 2019 Yılı Olağan Genel Kurul Toplantılarında Dağıtılabilecekleri Kar Payı Oranına İlişkin Ticaret Bakanlığı Duyurusunun Değerlendirilmesi", (*lexperablog*,) <https://blog.lexpera.com.tr/anonim-ortakliklarin-dagitilabilecekleri-kar-payi-oranina-iliskin-ticaret-bakanligi-duyurusunun-degerlendirilmesi/> (Last access: 20.06.2020)

Dr. Mücahit Ünal, "Koronavirüs (COVID-19) Salgınının Anonim ve Limited Şirket Genel Kurul Toplantılarına Etkisi", (*lexperablog*) <https://blog.lexpera.com.tr/koronavirus-covid-19-salgininin-anonim-ve-limited-sirket-genel-kurul-toplantilarina-etkisi/> (Last access: 20.06.2020)

6 <https://icticaret.ticaret.gov.tr/haberler/sermaye-sirketlerinin-kar-payi-dagitimi-30-09-2020-tarihine-kadar-25-ile-sinirla> (Last access: 20.06.2020)

general assembly cannot authorize the board of directors to make advance dividend payments.” Companies, where, directly or indirectly, more than fifty percent of the capital is owned by the State, provincial special administration, municipality, village and other public legal entities, and funds owned more than fifty percent by the public, are exempt from such regulation. The President is authorized to extend and shorten the period for three months⁷.

On the otherhand, the article regulated that if the General Assembly already decided to distribute dividends for the fiscal year 2019 before the amendment, but the shareholders have not yet been paid or only partial payments have been made, the payments exceeding twenty-five percent of the net profit from 2019 will be postponed until 30/9/2020⁸.

7 With Law No.7244, the general assemblies of associations, kooperatives and other various unions are postponed until 31.07.2020. The law does not include joint stock companies and limited liability companies. This is also criticized (Dr. Serdar Karababa, “7244 Sayılı Kanun’la Getirilen Düzenlemeler Kapsamında ve Koronavirüs (Covid-19) Ortamında Sermaye Şirketlerinde Genel Kurul Yapılması ve Kararların İcrasına İlişkin Sorunlar”, (*lexperablog*,) <https://blog.lexpera.com.tr/7244-sayili-kanunla-getirilen-duzenlemeler-kapsaminda-ve-koronavirus-covid-19-ortaminda-sermaye-sirketlerinde-genel-kurul-yapilmasi-ve-kararlarin-icrasina-iliskin-sorunlar/>). (Last access: 20.06.2020)

8 Both the announcement dated 31.03.2020, and the provisions of Law No. 7244 regarding dividend distribution are discussed and criticized within the doctrine. For further reading please refer to;

Dr. Serdar Karababa, “Koronavirüs (Covid-19) Pandemisi Nedeniyle 7244 sayılı Kanun’la Türk Ticaret Kanunu’nda Yapılan Değişikliklerin Sermaye Şirketlerinde Kâr Payı Dağıtımına Etkisi”, (*lexperablog*) <https://blog.lexpera.com.tr/koronavirus-covid-19-pandemisi-nedeniyle-7244-sayili-kanunla-turk-ticaret-kanunun-da-yapilan-degisikliklerin-sermaye-sirketlerinde-kar-payi-dagitimina-etkisi/> (Last access: 20.06.2020)

Hilmi Yaman Bilgin, “COVID-19 Salgını Nedeniyle Türk Ticaret Kanunu’na 7244 Sayılı Kanunla Eklenen Geçici 13. Madde ile Sermaye Şirketlerinde Kâr Dağıtımına Getirilen Sınırlamaların Ekonomik Analizi”, (*lexperablog*) <https://blog.lexpera.com.tr/covid-19-salgini-nedeniyle-ttk-eklenen-gecici-13-madde-ile-sermaye-sirketlerinde-kar-dagitimina-getirilen-sinirlamaların-ekonomik-analizi/> (Last access: 20.06.2020)

Dr. H. Ali Dural, “COVID-19 Salgını Nedeniyle Türk Ticaret Kanunu’na 7244 Sayılı Kanunla Eklenen Geçici 13. Madde ile Sermaye Şirketlerinde Kâr Dağıtımına Getirilen Sınırlamalar”, (*lexperablog*) <https://blog.lexpera.com.tr/covid-19-salgini-nedeniyle-turk-ticaret-kanununa-eklenen-gecici-13-madde-ile-sermaye-sirketlerinde-kar-dagitimina-getirilen-sinirlamalar/> (Last access: 20.06.2020)

Av. Dr. R. Tamer Pekdiğer, Av. İrem Toprakkaya Babalık, “Yeni Koronavirüs (COVID-19) Salgınının Ekonomik ve Sosyal Hayata Etkilerinin Azaltılması

Here it should be mentioned that the applicability of this article is also debatable since dividend right is a fundamental irrevocable, inalienable right of the shareholder, which is imposed and protected by the law. According to Art. 519 TCC, in line with Art 511 and 523 TCC the *fundamental dividend right* of the shareholder is an irrevocable right and should be distributed if and when the company has a fiscal profit according to its financial books⁹. Therefore this right cannot be limited, not only by a regulation or decree, let alone by a ministry notice, but only by a law. Thus, these announcements are against the hierarchy of norms.

However, according to Article 15 of the Constitution of Turkish Republic; in the case of war, mobilization or extraordinary situations, the use

Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun Getirdiği Yenilikler”, (*lexperablog*) <https://blog.lexpera.com.tr/yeni-koronavirus-covid-19-salgininin-ekonomik-ve-sosyal-hayata-etkilerinin-azaltilmasi-hakkinda-kanunun-getirdigi-yenilikler/> (Last access: 20.06.2020)

Dr. Sinan Sarıkaya, “Koronavirüs (COVID-19) Salgını Sebebiyle Ticaret Bakanlığı’nın Sermaye Şirketlerinde Kâr ve Kâr Payı Avansı Dağıtım Hakkındaki Duyurusu Üzerine Düşünceler”, (*lexperablog*) <https://blog.lexpera.com.tr/covid-salginin-nedeniyle-ticaret-bakanliginin-duyurusu-uzerine-dusunceler/> (Last access: 20.06.2020)

Doç. Dr. Ali PASLI, “Anonim/Limited Ortaklık Genel Kurul Toplantılarının 7244 Sayılı Özel Covid-19 Kanunu Sonrasındaki Durumu: Sermaye Şirketlerindeki Ortakların Sağlığının Değeri Var mıdır?”, (*ticaretkanunu.net*) http://www.ticaretkanunu.net/ali-pasli-anonim-limited-ortaklik-genel-kurul-toplantilarinin-7244-sayili-ozel-covid-19-kanunu-sonrasindaki-durumu-sermaye-sirketlerinde-ki-ortaklarin-sagliginin-degeri-var-midir/#_ftn1 (Last access: 20.06.2020)

Doç. Dr. Murat Yusuf Akin, “Ticaret Bakanlığının 31.03.2020 tarihli Kâr Payı Dağıtımına İlişkin Yazısı Üzerine Düşünceler”, (*ticaretkanunu.net*) <http://www.ticaretkanunu.net/murat-yusuf-akin-ticaret-bakanliginin-31-03-2020-tarihli-kar-payi-dagitimina-iliskin-yazisi-uzerine-dusunceler/> (Last access: 20.06.2020)

Av. M. Cüneyd Tiryaki and Av. Rasim Can Çakır, “Sermaye Şirketlerinin 2020 Yılı İçerisinde Alacakları Kar Dağıtım Kararlarının Akıbeti Türkiye Ve Dünyadaki Genel Durum”, (*ticaretkanunu.net*) <http://www.ticaretkanunu.net/sermaye-sirketlerinin-2020-yili-icerisinde-alacaklari-kar-dagitim-kararlarinin-akibeti/> (Last access: 20.06.2020)

Bilge Aytuğ, “Anonim Şirketlerde Kâr Payı ve Kâr Payı Avansı Dağıtım Hakkında 7244 Sayılı Kanun ile Öngörülen Tedbirler”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, (2020) 11(2): 396-410, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1152384> (Last access: 20.06.2020)

- 9 For the fundamental dividend right of the shareholder and the obligation to distribute please refer to Zehra Badak, Türk Ticaret Kanunu’na Göre Anonim Şirkette Pay Sahibinin Kâr Payı Hakkı, İstanbul 2018, s. 82 ff.

of fundamental rights and freedoms may be partially or completely stopped or measures that are contrary to the guarantees stipulated in the Constitution may be taken, provided that the obligations arising from international law are not violated. Since a global pandemic is an extraordinary situation, this article can be discussed as a ground for the above mentioned regulations.

Financial concerns set aside, general assembly is the main platform for the shareholder to use its rights including the dividend right, and contribute to the management and organization of the company. The above mentioned announcements and provisions are also taking this into consideration. However, it is understood that efficient usage and application of the current technological developments to benefit from and enhance the shareholder rights and contribution, should be reconsidered.

III. The Distributed Ledger Technology

A. An Introduction to the Main Concepts and Their Functions

There are some concepts that are used extensively, which are directly related to distributed ledger technology (“DLT”), such as blockchain (“BC”), smart contract (“SC”), oracle, decentralized autonomous organization (“DAO”), and *lex cryptographia*. In order to understand the concept and possible application areas of DLT, it is necessary to define those concepts.

1. Distributed Ledger Technology

DLT is a virtual database, which is not kept from a specific center but distributed to different record keeping contributors. The difference from already existing databases is that, its records are kept by several other participants in different locations simultaneously. However, centralized ledgers (such as the trade registry or land registry) are kept by one single center,

process, validate and then authenticate the transactions. In DLT the parties record information when there is consensus.

This kind of technology introduces a new technique for keeping records and data that cannot be ignored and changes the way of gathering and distribution of information. It uses cryptography, algorithms, computer power however to make it feasible, there has to be more trials and adaptations.

The function of this technology is the main concern of this article, and since it is going to be discussed throughout the article by discussing the following concepts, in order to prevent repetition, it is not mentioned under this topic.

2. Blockchain

Blockchain is a DLT implementation, in which, blocks that are carrying information, are chained together. In other words, BC is fundamentally a type of distributed ledger, maintained by computer technologies called nodes¹⁰. To put it very simply, blockchain consists of transactions that are grouped in blocks, then those blocks are chained in a chronological order¹¹. The chain is spread over a network of nodes. The information recorded within this chain of blocks are mainly public, therefore cannot be modified without the consensus of all the parties, which is near to impossible¹². Yet, distributed ledgers do not require such chains in order to function. Thus, it

10 De Flippi P and Wright A, *Decentralized Blockchain Technology and the Rise of Lex Cryptographia*, (2015), pp. 2; Valentia Gatteshi, Fabrizio Lamberti, Claudio Demartini, Chiara Pranteda and Victor Santamaria, "Blockchain and Smartcontracts for Insurance: Is the Technology Mature Enough?", *Future Internet* (February 2018) 10 (20), pp. 3; Denise Philippe, *Blockchain and Smart Contract: Lex Cryptographia?*, <https://www.interleges.com/wp-content/uploads/2019/02/BLOCKCHAIN-AND-SMART-CONTRACT-1.pdf> (last access: 20.06.2020), pp. 1.

11 De Flippi and Wright, pp. 6; Lafarre and Van der Elst, pp. 5; Tanrıverdi M, Uysal M, Üstündağ M T, "Blokzinciri Teknolojisi Nedir? Ne Değildir?: Alanyazın İncelemesi", *Bilişim Teknolojileri Dergisi*, Cilt: 12, Sayı: 3, Temmuz 2019, 203-217, pp. 204.

12 Gatteshi, Lamberti, Demartini, Pranteda and Santamaria, pp. 1.

can be said that, all blockchains are distributed ledgers but not all distributed ledgers are essentially blockchain¹³.

Blockchain is the most well-known data storage technology that uses DLT as a base. However it is not the only one. In addition that, blockchain that uses bitcoin, the well-known crypto currency, is different from the blockchain that uses ether in that respect.

At this point, it is possible to explain the benefit of the nodes from this system. As it is mentioned earlier, while the information recorded on the nodes, these nodes are solving complex mathematical problems. When they are trying to solve mathematical problems that enable to access to the chain, they will receive coins, which is accepted as a currency in virtual world. These virtual coins are called as crypto currency, bitcoin and ether¹⁴ are all examples of that currency. However, there are many more different virtual currencies around the world.

The advantages of blockchain can be specified as it is secure, time stamped, nearly impossible to erase or modify the information, public, transparent, cost effective and decentralized¹⁵. Contrarily, the disadvantages are, the transparency is a hindrance for confidentiality, the environmental impact of the electrical power necessary to solve algorithms and

13 Gatteshi, Lamberti, Demartini, Pranteda and Santamaria, pp. 2.

14 Ether is the currency used for the transactions on Ethereum platform; Demirbaş, pp.94.

15 While removing the middleman- blockchain reduces the cost and delay, Marcia Narine Weldon and Rachel Epstein, "Beyond Bitcoin: Leveraging Blockchain to Benefit Business and Society", *Transactions: The Tennessee Journal of Business Law* (2019) 20: 837-909, pp. 841. For other uses of blockchain technology according to markets such as food and drug supply, healthcare and state actors please refer to Weldon and Epstein, pp. 859 ff. "For instance, the intervention of a notary could be replaced by a blockchain where all the acts are registered. The land registry can be replaced by a blockchain where all operations of sale and acquisition are registered on a chronological basis. In this configuration, the notary could be the certificatory of the well-functioning of the blockchain. The blockchain will allow the development of e-government, land register, shares register, crowd funding, keeping of digital assets, supply chain management, supply of electricity coming for instance from renewable energy." Philippe, pp. 1. Tanrıverdi M, Uysal M, Üstündağ M T, pp. 204 ff.

cybersecurity are also questioned¹⁶. For these disadvantages, a more private versions of blockchain are used.

There are mainly two types of blockchain¹⁷, one is decentralized and public in every meaning of the word¹⁸. Everyone can access, as long as they agree to the conditions and protocols of the blockchain¹⁹. On the other hand, there is another version, that enables only the persons with specific keys to enter the chain. These are called private blockchains²⁰. The public and private blockchains also have different kinds within them, according to the authority given to the participants for access and adding new blocks²¹.

The question is if BC, or DLT in general, is used, what will be the most suitable architecture for the necessities of the parties²².

3. Smart Contract

Smart Contract is in fact a contract that uses technology to carry out its provisions in an automated manner²³. For example; A makes a license

16 Philippe, pp. 5; Becky L Jacobs, "A Cyber-skeptic's Concerns About the State of Lex Cryptographia: A Response to Marcia Weldon's "Beyond Bitcoin: Leveraging Blockchain to Benefit Business and Society"", Transactions: The Tennessee Journal of Business Law, (2019) 20: 911-925, pp. 913 ff.; Burcu Yıldız, "Dijital Dönüşüm Sürecinde Blok Zinciri Teknolojisi ve Akıllı Sözleşmeler", Research Gate, pp. 5 ff.

17 Yıldız, pp. 7 ff.

18 Weldon and Epstein, pp. 853

19 Ali Demirbaş, "Akıllı Sözleşmeler ve Telif Hukuku", Dijital Alanda Telif Hakları Telif Haklarında Güncel Gelişmeler, İstanbul 2020, 88-101, pp. 91.

20 If the information is recorded on a public ledger in a blockchain system, this is also called an unpermissioned, if the information is recorded on a private ledger, it is also called permissioned system, Lafarre and Van der Elst, pp. 4 ff.

21 Demirbaş, pp. 90; Ahmet Usta and Serkan Doğantekin, *Blockchain 101 v2*, Bankalararası Kart Merkezi, İstanbul 2018, pp 30 ff. There is also a consortium blockchain model where selected nodes from different institutions use the blockchain to share information, Gatteshi, Lamberti, Demartini, Pranteda and Santamaria, pp. 5.

22 This question is asked and tried to be answered for insurance agreement by Gatteshi, Lamberti, Demartini, Pranteda and Santamaria, pp. 2 ff.

23 Demirbaş, pp. 95 ff.; Lafarre and Van der Elst, pp. 5. In this respect, smart contracts are studied aprx. 2013 and considered under the scope of Blockchain 2.0 concept and with the growing interest in late 2019 the concept of Blockchain 3.0 is intro-

agreement with B regarding using B's trademark in her products. They can adopt a contract directly related to a technology that follows, records and informs A's bank, to deliver the licence fee/per item, directly to B's account, whenever the trademark is printed on A's product, on the production line.

Although the idea of the smart contract has been known since the 90s²⁴, only after the DLT and especially BC technology, it is discussed and accepted by a broader part of the appliers²⁵. In a smart contract, parties reach an agreement, then this agreement is turned to binary and written into a code²⁶, hashed and submitted to a blockchain, then the agreement is executed by executing this code on the blockchain, and this execution will trigger the events all according to the agreement between the parties. Although it may be comparatively a new technology, there are already a number of platforms that facilitates smart contract, one is Ethereum, and these smart contracts can be used for different purposes, such as to determine shares in an organization²⁷.

The advantages of smart contracts can be specified as the reduction in cost and time of transactions, the predictability and auditability, the ability to interact with other contracts, transparency, safer performance hence guarantee²⁸. On the contrary, the disadvantages are, the electrical power necessary to carry out, cybersecurity and privacy²⁹. Smart contracts are considered as immutable, however, for instance right to be forgotten or considering a smart contract null and void from the beginning of the contract are problem in case of an immutable mechanism³⁰. In addition to that,

duced including science, arts, health&healthcare, education, communication and management; for further explanation Tanrıverdi, Uysal and Üstündağ pp. 205 ff.

24 Weldon and Epstein, pp. 855. But before that, the very first and simplest examples were recorded at the end of WW II.

25 Gatteshi, Lamberti, Demartini, Pranteda and Santamaria, pp. 4; Demirbaş, pp. 95; Weldon and Epstein, pp. 856.

26 Gatteshi, Lamberti, Demartini, Pranteda and Santamaria, pp. 1.

27 Lafarre and Van der Elst, pp. 5.

28 Weldon and Epstein, pp. 857

29 Jacobs, pp. 913 ff.

30 Philippe, pp. 5; Mustafa Serdar Çekin, "Borçlar Hukuku ve Veri Koruma Hukuku

besides the enforceability issues it will be hard to apply some basic concepts of law like best effort and good faith with an automated agreement³¹.

On the other hand, some of the main requirements to constitute a contract arose questions within the smart contract concept. For instance the consent of the party, kind of the contracts that this technology will be applicable, applicable rules according to the kind of the contract like force majeure clause, representation and warranties, non-performance, dispute resolution, and especially interpretation of the contract³².

Still, when it is considered that the articles of association of a company is also a form of a contract, the application of at least some of its provisions will be carried out by the means of a smart contract.

Today, it is foreseen that, there will be various master agreements, which will be applied to the specific conditions. For instance; imagine a lawyer constitutes a smart contract for a sales agreement. The provisions of that contract will be transferred into codes. These codes will be present for that lawyer to be used for future sales contracts in her library. And these kinds of provisions will be used as master agreements for similar sales agreements. The lawyer may also act as an observer and expert to decide whether the agreement is carried out accordingly with the code; such supervisor is called oracle.

4. Oracle

Smart contracts need a service that collects data from a source (external or internal) and pushes it to the blockchain to function. This service is provided by oracles. Oracles can be called as the supervisors of the smart contracts.

Açısından Blockchain Teknolojisi ve Akıllı Sözleşmeler: Hukuk Düzenimizde Bir Paradigma Değişimine Gerek Var mı?” İstanbul Hukuk Mecmuası, 77 (1): 315-341, pp. 327; Çetin Karahan and Aslıhan Tüfekçi “Blokzincir Teknolojisinin İç Denetim Faaliyetlerine Etkileri: Fırsatlar ve Tehditler”, Denetişim (2019) 19:9, 55-72, pp. 61.

31 Weldon and Epstein, pp. 858.

32 Philippe, pp. 11 ff.

There are different types of oracles³³ which can be named as software oracles, hardware oracles, inbound oracles, outbound oracles and consensus-based oracles. The activity of these oracles differ from handling information data collected from online sources to gathering information from one source, which is previously agreed upon by the parties. Software oracles gather information mainly from web sources, hardware oracles collect data from physical world, inbound oracles insert information within the blockchain, outbound oracles send information from the blockchain³⁴.

For instance, in the future, oracles may provide services for financial audit firms, by ensuring that the system is acting according to the written triggering events, the architecture is in line with the requirements of the audit and report on the effectiveness³⁵.

5. Decentralized Autonomous Organization

A decentralized autonomous organization is an organization that is constituted on a blockchain, in other words on a distributed ledger technology, without a centralized authority³⁶. A DAO will carry out its activities by relying on the blockchain and the smart contracts it is build upon. With the blockchain's protocol and smart contract regulations, the DAO will take decision, gather information from and send commands to outside world, control their assets and operate without a dependence to a third party's managerial authority³⁷.

Very similar to ordinary organizations, a DAO's main concern is to provide profit to its members, by carrying out its transactions. The members

33 Blockchain Hub. Oracles. Available online: <https://blockchainhub.net/blockchain-oracles/>

34 Blockchain Hub. Oracles. Available online: <https://blockchainhub.net/blockchain-oracles/> (Last access: 20.06.2020); Gatteshi, Lamberti, Demartini, Pranteda and Santamaria, pp. 5.

35 Weldon and Epstein, pp. 880.

36 De Flippi and Wright, pp. 16; Lafarre and Van der Elst, pp. 6.

37 Primavera De Flippi and Aaron Wright, Blockchain and the Law, Harvard University Press, 2018, pp. 148.

will join to the organization, by providing service or labor, or by sharing internet access, providing storage etc. as capital contribution. The profit distribution in a DAO can be done by crypto currency³⁸.

Code based systems are becoming more common while managing the activities of humankind, from its daily activities to business life. These systems are preferred since they are precise, can be trusted, reduces the possibility of corruption and opportunistic behavior, more predictable, more efficient and time saving (as a result they are cheaper), can be programmed to maximize profit, to adapt environmental changes and to better fulfil customer demand, and bring solid solutions to major corporate governance problems such as agency problem and shareholder contribution to the management of the company³⁹. Nevertheless, these advantages may also bring some disadvantages. A DAO programmed according to a specific market rule, and to maximize profit, may also create a fiercely competitive market, can engage in unlawful practices like price fixing and collusion, turn into monopolies. In addition to those, since there will be no central based within a specific territory, there will be a governing law issue, the question whether the tokens will be deemed as shares or securities, liability question, or whether they will have a legal personality⁴⁰. Furthermore,

38 De Flippi and Wright, *Blockchain*, pp. 149. A very good example for DAOs is given by de Flippi and Wright; “Imagine again, for the sake of illustration, an Uber-like decentralized ride-sharing application. The application could rely on a blockchain and associated smart contracts to help individuals find drivers willing to drive them to a specified location. And instead of being administered by people, this time the application would be administered by a DAO, which would facilitate the transaction in exchange for a small fee. And instead of being managed by group consensus, governance of the organization would rely entirely on algorithmic systems and code-based rules. The drivers participating in the network would have no control over the DAO’s operation. All of the activity on the network—including the matching of drivers and riders and the collection of fees—would be managed exclusively by code. In effect, the DAO would act as a central point of reference to help users coordinate with drivers. Just like the drivers who work for Uber today, the drivers participating in this network would resemble employees or independent contractors who are hired or contracted by the DAO to provide their services to users looking for rides.”, *Blockchain*, pp. 151.

39 De Flippi and Wright, *Blockchain*, pp. 151-152; Anne Lafarre and Christoph Van der Elst, “Blockchain Technology for Corporate Governance and Shareholder Activism”, Tilburg Law School Legal Studies Research Paper Series No. 07/2018, pp. 2, 6.

40 De Flippi and Wright, *Blockchain*, pp. 153-154.

some experimental runs revealed that, without a central managerial body – even a simple, one layer, responsibility taking and decision making body the organization faces problems while carrying out its daily transactions⁴¹. This means, contrary to its main objective, a centralized authority needed to make quick decisions and solve problems to carry out business.

6. *Lex Cryptographia*

Blockchain technology has interaction in various points with law; to name a few, for instance, corporate governance, copyrights, antitrust, securities, banking, tax, insurance⁴².

Blockchain can be described as a nationless platform. Thus, the applicable law constitutes a problem for its content, both in its public and private applications. To put it in a clearer picture, States practice a monopoly of force and justice within their territory, however within blockchain this monopoly is no longer applicable to its full content. It is discussed that, this will result with not only a lack of authority but also a lack of protection for the rights of its participants. In other words, it is suggested that, with the Rule of Law not being applicable to the blockchain environment, the states duty to protect the fundamental rights of its citizens will not be performed⁴³. This is also a valid question for the judicial authority and legal regulations (such as regulations on commercial companies or sales contracts) of states, related to the rights of the participants of an autonomous organization or a smart contract.

Therefore, the concept of *lex cryptographia*⁴⁴, where such rights (public and private) are protected by technology⁴⁵, is introduced and discussed.

41 Lafarre and van der Elst, pp. 6 ff

42 Jacobs, pp. 912.

43 Thibault Schrepel, “Anarchy, State, and Blockchain Utopia: Rule of Law vs. Lex Cryptographia”, General Principles and Digitalisation (Hart Publishing, 2020), 365 – 383; SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3485436>, pp. 368.

44 The term is first introduced by de Flippi and Wright, De Flippi and Wright, pp. 48.

45 Schrepel, pp. 368; Jacobs, pp. 912.

Lex cryptographia can be described as the rules applied through smart contracts and decentralized mechanisms as blockchain.

Although Rule of Law and *Lex Cryptographia* are considered to be separate, they interfere on a lot of different platforms while using services regulated by the Rule of Law⁴⁶. However not all of the blockchain developers are willing to bring the effect of the Rule of Law within their system⁴⁷. Nevertheless, it is suggested to study these concepts separately in order to better understand and discuss the practice and consequences⁴⁸.

On the contrary, some writers also argue that *lex cryptographia* is not replacing the law in that respect and live in harmony with the current regulation and law⁴⁹. In our point of view, also, regulators cannot dismiss this new emerging technology and its application to the public and private relations, however this technology should and will also use, integrate and also respect the regulations and law set forth by the states and international authorities.

IV. Halfway Conclusion

It is obvious that the blockchain technology, therefore the distributed ledger technology, provides two important benefits for parties that want to engage in any transaction or agreement in general, transparency – via the verifiable way of recording transactions – and trust – via the immutability of these transactions. Furthermore, smart contracts monitor the negotiated conditions and automate payments as soon as these conditions are met.

These points are also related to governance – corporate governance, to be more specific – of the companies; these characteristics can be used to eliminate agency costs and persuade the attendance of the shareholder to the governance of the company, or to determine shares or membership in

46 Schrepel, pp. 374.

47 Schrepel, pp. 368.

48 Schrepel, pp. 369.

49 Philippe, pp. 17 ff; Çekin, pp. 328 ff.

the company⁵⁰. Thus it is argued that, this technology will transform corporate governance itself⁵¹.

Here emerges another question whether a specific set of rules will be necessary to govern these technological concepts. These kinds of legal regulations are referred as *lex cryptographia*, first introduced to the literature by de Flippi and Wright, argue that, especially for DAOs, without these rules, a DAO will continue to operate, without giving any interest to its effect on the market and society⁵².

In a joint stock company, it could be said that a classical general assembly has three main functions for the shareholders; providing information, providing a forum for discussion and decision making. Even though the daily decisions are taken and carried out by the board of directors, shareholder approval is necessary for major corporate decisions, such as sale of a major asset or appointment of directors⁵³. For the majority of the electronic general assemblies, where the afore mentioned approval can be given, it is observed that, most of the shareholders are reluctant to attend as a result of an opinion that they may not have an opportunity to direct questions or while proxy voting by e-mail, resulting with wrong or lost-votes⁵⁴. In addition to that, a majority of the continental countries do not allow entirely virtual meetings (i.e. Turkey)⁵⁵. Distributed ledger technology will bring a solution for that, all of the questions will be recorded, easier way to participate to the meetings and with the reduced costs, more companies will

50 Lafarre and Van der Elst, pp. 3, 6.

51 Weldon and Epstein, pp. 885.

52 De Flippi and Wright, *Blockchain*, pp. 153-154.

53 Lafarre and Van der Elst, pp. 8.

54 A very suitable example in capital market for such situation is Re Appraisal of Dell Inc, for the summary of this case and other examples please refer to Christoph Van der Elst, Anne Lafarre, "Blockchain and Smart Contracting for the Shareholder Community", *European Business Organization Law Review* (2019), 20: 111-137, pp. 112 ff.

55 Lafarre and van der Elst, pp. 19; for a review of EU legislation on electronic meetings please refer to EU Directive Lafarre and van der Elst, *Shareholder Community*, pp. 114 ff.

prefer to apply technology, enhancing the quality of the usage of the shareholder rights.

With these outcomes, it is clear that during the pandemic the distributed ledger technology could have been used for the general assemblies and most of the questions, i.e. the validity of the general assemblies, the proxy problem, etc., that have been discussed with regards to the remedies and precautions of the government⁵⁶, could have been eliminated.

V. A Brief Glimps to the Application of the Distributed Ledger Technology

1. Where on the World?

Distributed ledger technology is already used to replace some back-office functions of banks and insurance providers. In Luxembourg, a draft law has been submitted by the Minister of finances on 26 September 2018 and it is accepted on 14 February 2019 for the acceptance of blockchain technology for the securities and effects can be registered and transferred by the mechanism of blockchain⁵⁷.

Some examples from the world, where private blockchain is preferred for confidentiality can be listed as; Deutsche Börse Open Day 2015 “browser based” software for voting items, Nasdaq pilot of e-voting Estonian AGMs in February 2016, Abu Dhabi Securities Exchange in 2017 Russian National Settlement Depository e-proxy voting based on blockchain in 2016 – with a special encryption techniques, for more confidentiality, Toronto Stock Exchange in 2017, Poland and IBM Linux Foundation Hyperledger Fabric and Hyperledger Composer in 2017⁵⁸. In addition to

⁵⁶ supra Part II. Remedies by the Government

⁵⁷ Philippe, pp. 5.; Gary Cywie, “Bill of Law 7363 was approved on 14 February 2019 – Luxembourg’s confirmation that securities can be held through DLT-like technologies, including blockchains!”, <https://www.elvingerhoss.lu/publications/bill-law-7363-was-approved-14-february-2019-luxembourgs-confirmation-securities-can-be> (Last access 20.06.2020)

⁵⁸ Lafarre and van der Elst, pp. 20; for further explanation please refer to Lafarre and

those, Canadian and American accounting institutes advising their members to learn about the technology; accounting firms such as KPMG, PwC and Deloitte are joining programs to test the technology for financial audit⁵⁹. A very first example of DAO was found on Ethereum, by the founders of Slock.it in May 2016⁶⁰.

VI. PRACTICE AND DISCUSSIONS IN TURKEY

A. Turkish practice

1. Introduction of the Technology to the Practice

Although there are some outstanding studies and articles regarding blockchain⁶¹, smart contracts and crypto currencies, distributed ledger technology appears to be the least debated subject in this matter in Turkish practice. In addition to that, most of the research and articles are focusing

van der Elst, Shareholder Community, pp. 130 ff.

- 59 Weldon and Epstein, pp. 857. De Flippi and Wright suggest a possible DAO formation under USA law, by using Series Limited Liability Corporation (SLLC), “a Series Limited Liability Corporation (SLLC)—an asset-segregating business structure that partitions an LLC’s as-sets, debts, obligations, and liabilities among separate “series.” Such a business structure would permit a decentralized organization with different ownership, management, and economic rights.⁵³ By relying on an SLLC, a decentralized organization could enjoy limited liability; share profits; expand, dissolve, or multiply as necessary; transfer assets among series; or give token holders varying degrees of managerial control.”, de Flippi and Wright, Blockchain, pp. 142.

- 60 Lafarre and Van der Elst, pp. 6.

- 61 TUBITAK is organizing a workshop on blockchain. The 2nd annual workshop was held in Fall 2019; 2. annual Blockchain Workshop by TUBITAK BILGEM. Within this workshop there have been some discussions on smart contracts, guidance and experimental application for making contracts on Ethereum and smart contracts in insurance market. Universities and academic institutes also gradually giving importance to the issue, (i.e: Galatasaray Üniversitesi Gelişen Teknolojiler ve Hukuk Konferansları I: Blokzincir in March 2019)

Digital transformation, R&D, and Critical Technologies are all listed within the 11th Development Plan 2019-2023 of Turkey, §343 ff.

Mustafa Takaoğlu, Çağdaş Özer and Emre Parlak, “Blokzinciri Teknolojisi ve Türkiye’deki Muhtemel Uygulanma Alanları”, Uluslararası Doğu Anadolu Fen Mühendislik ve Tasarım Dergisi, (2019) 1(2), 260-295, writers argue and give examples on the areas including corporate governance and law, healthcare, banking, insurance, supply chain, donations and charities, energy management, intellectual property etc, pp. 270 ff.

on the application of such technology within financial markets (esp. Fin-Tech), taxation policies, governmental applications and service providing, and individual relationships in smart contracts⁶². However, there appears to be no discussion about autonomous organizations and application of these technologies to company law practice.

2. Using the Technology for Company Management

While discussing the applicability of the distributed ledger technology, considering the contractual characteristics of articles of association of a company, as well as its independent organizational structure, will be appropriate.

The company, as a legal personality will have relationship with third parties. In order to carry out daily transactions, there has to be an authority taking decisions, following up the process. This authority should also manage and guide the company's organizational structure.

The relationship of the shareholders with each other and with the company is another side of company's management. Here, the articles of association is the main source to govern these relationships.

According to Turkish law, shareholders' rights in a joint stock company, besides many other classifications, can be classified as financial rights and managerial rights⁶³. The financial rights are Right to Dividend (TCC 507, 519), Preemptive Right (TCC 461), Interest for the Incorporation Process (TCC 510) and Liquidation share (TCC 507). Managerial rights are attending to the GA and Voting Right (TCC 407 ff, 415, 425, 427 ff, 445 ff.) (TCC 434), relevant rights such as invitation (TCC 409), information

62 Debates especially protecting personal information, intellectual property and taxation as well as the proof ability of blockchain records under procedural law (Fatih Bilgili and M. Fatih Cengil, "Medeni Usul Hukukunda İspat Aracı Olarak Blockchain Teknolojisi" ticaretkanunu.net) are carried out.

63 For the classifications please refer to Mehmet Bahtiyar, *Ortaklıklar Hukuku*, Güncellenmiş 13. Baskı, 2019, pp. 295 ff., Reha Poroy, Ünal Tekinalp and Ersin Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku I*, Güncelleştirilmiş 13. Baskı, 2014, N. 865 – 877.

regarding the Agenda (TCC 413), right to access to documents (TCC 437/1), also a related right as minority right Invitation of the GA and adding topics to the agenda (TCC 411- 412), Postponing the discussion of the financial tables (TCC 420), Requesting the liquidation of the company (TCC 531), Effecting the Management and Audition, Right to Information and Audit (TCC 437) and Request for Special Audit (TCC 438, 439). All these rights, whether regulated as in irrevocable right or not, under the scope of TCC, occurs as a result of the company agreement - articles of association in joint stock companies.

Within these rights, it could be said that there are two main rights; attending the general assembly and voting, and dividend distribution. The other rights are either used by attending the general assembly or provided to support and protect these two main rights in general.

As it is mentioned above, organizational structures such as companies, require a managerial central. This managerial center will keep the financial records of the company, organize the employment structure, send notifications to its sub-organs, and with these basic and major actions which constitutes the transactions of its commercial enterprise, aim to gain profit at the end of the year.

The distributed ledger technology will assist the management, by reducing the costs and saving time with automated actions. For instance, especially outsourcing some of the services with the security of this technology will reduce a lot of employment related expenditure of the company.

On another point; while carrying out all these duties, the management tends to act in a way that protects their gains more than the company and the shareholder, which is called as the agency problem. Although corporate governance theory is trying to bring a solution to these problems, it is argued that these solutions are bringing financial burden both to the company, managers and shareholders⁶⁴.

64 Lafarre and Van der Elst, pp. 3 ff.

In addition to that, for the audit of the company, this technology will contribute to the transparency and accountability. Since the technology brings validated data and records such data, companies will be able to prove that they have complied with the regulations easily⁶⁵. This will make internal and external audit faster, cheaper⁶⁶. Integrating distributed ledger technology to the record keeping audit of the companies not only bring advantage to the shareholders but also to the public⁶⁷.

Under Turkish legislation, financial audit is compulsory only for specific companies. Therefore, a considerable number of companies continue their transactions without a formal and government regulated audit. One of the major reasons behind this regulation is the expenditure of a compulsory financial audit that will lay upon small-scaled companies. However, distributed ledger technology is bringing a solution for this problem. In addition to that, since the records are irreplaceable, the public will also benefit from this application. Furthermore, the accessibility of the records will also enhance the usage of fight to access to information and managerial rights of the shareholder.

Since the records of the company is going to be more accessible and transparent, shareholders will be more enthusiastic to contribute to the management of the company.

To sum it up, it is possible to say that, both the management and boards and the shareholders of a company will be able to benefit from this technology in various ways⁶⁸.

65 Weldon and Epstein, pp. 879.

66 For a detailed examination of blockchain technologie for internal audit Karahan and Tüfekçi, pp. 64 ff.

67 State of Delaware in the USA introduced the use of this technology in 2017 for the law facilities to create and maintain corporate records, Lafarre and Van der Elst, Shareholder Community, pp. 132.

68 Weldon and Epstein, pp. 886 ff.

B. Conclusion and What to Expect

There are some notable studies and discussion about blockchain in Turkey regarding different practices and markets. Finance market and Fin-Tech is leading these discussions as well as insurance and intellectual property topics. In addition to that especially smart contracts is a main issue for legal practitioners in Turkey⁶⁹. However, such discussion has not spread to company law yet.

It is accepted that the Blockchain technology brings a potential to change the perception of how the payment, finance, trade, government and information systems work. As blockchain technology becomes widespread recognized, central authorities such as government agencies and multinational companies may lose their ability to control and lead activities of different people with existing legal mechanisms⁷⁰. However this technology will also promote organizational consensus by providing new tools to arrange social interactions and business activities in a way that were not possible before⁷¹. For instance with the introduction of blockchain-based voting systems, smart contracts can support existing organizations⁷².

It will not be logical to expect all the organizations to become DAOs and carry out their business in that way. For the modernization of the general assemblies and solving agency problems, the technology will be very useful, but eliminating all centralized organization and carrying on with fully decentralized organizations cannot be expected⁷³. The reason

69 Please refer to the articles listed under the Bibliography.

70 Kein Werbach, Trust, But Verify: Why the Blockchain Needs the Law, *Berkeley Technology Law Journal*, Vol. 33:489, p. 551.

71 Primavera De Filippi and Aaron Wright, *Organizations and Automation, Blockchain and the Law*, Harvard University Press, 2018, p. 131.

72 Primavera De Filippi and Aaron Wright, *Organizations and Automation, Blockchain and the Law*, Harvard University Press, 2018, p. 131; also see Marcia Narine Weldon & Rachel Epstein, Beyond Bitcoin: Leveraging Blockchain to Benefit Business and Society, *The Tennessee Journal of Business Law*, Vol. 20, p. 841 ff.; Becky L. Jacobs, A Cyber-Skeptic's Concerns About the State of Lex Cryptographia: A response to Marcia Weldon's "Beyond Bitcoin: Leveraging Blockchain to Benefit Business and Society", *The Tennessee Journal of Business Law*, 2019, Vol. 20, p. 913 ff.

73 Lafarre and van der Elst, pp. 26.

is, as mentioned above, the necessity for quick decision making and the natural request for a central, that is managing the organization. Nevertheless, we should expect that there will be complex contract relationship which may not seem to be a company in a traditional way but still forms an organization. For such we will use the regulations of the simple partnership as applicable.

In order to be more specific; the usage of blockchain or distributed ledger technology in general, can be discussed in two separate topics in company law. First one is applying the technology to external relations of the company, in other words relationship with the customers and suppliers. Here, the company can adapt to a smart contract policy and will be able to reduce costs of such relationship including bank transfer fees to consumer help services.

The second topic is the internal relations of the company. This topic will include not only the relationship with the shareholders but also the management of the company as well. Therefore the general assemblies, meetings of the board of directors or the human resources and employee relations will be under this topic. Here also, the benefits of the distributed ledger technology and blockchain will be used.

In a blockchain system, shareholders identity will be checked and proofed in a digital way, with solid control systems. The votes and questions of the shareholder will also be controlled and stored with this guarantee. Also the voting results may become available, shareholders can check their votes and decisions but also not know the votes of the other shareholders. Furthermore, brings a solid solution for the proxy voting, which is pointed out as one of the major problems in general assemblies⁷⁴. With the help of blockchain technology, voting will become more transparent, reliable and cheaper, while the technology will reduce the costs for both of the shareholders attendance and company's meeting expenses⁷⁵. Although the

74 CDS working Group Report on DLT, November 2017, Lafarre and Van der Elst, pp. 16 ff

75 Lafarre and Van der Elst, pp. 18; Stock exchanges seems more enthusiastic for these

technology is in its early phase, it is observed that blockchain technology is feasible for general assembly meetings in companies⁷⁶.

Another point to consider is that, this pandemic forced people from all ages to get in touch with online communication and business. With the cost effective features in the new normal, shareholders can be easily motivated to use blockchain technology and participate in the governance of the companies⁷⁷.

Therefore, the companies, not only public companies but also small-scaled companies, should get ready to use this technology. The cost effective way of conveying general assembly is only one benefit. There are various shareholder rights that can be performed with blockchain technology, such as

- Right to vote: not only for the publicly listed companies but also private companies, as well as single partnerships. The verification and transparency also the lower costs will encourage shareholders
- Right to information: DLT enables immediate recording which is more secure and transparent
- Right to audit: transparency and security, timely recording, also cost effective. The audition will become easier not only for the government, but also for the auditors; with diminishing the cost of audit, more companies can be subject to mandatory audit, which is a benefit for the shareholders.
- Right to dividend: smart contracting at its best – i.e. direct payment at the moment of dividend distribution decision

On a personal point of view, if we start from the point that the articles of association are also a form of a contract, it is possible to constitute them automated and enable shareholders to use their right in a more effective manner. Although making a fully automated articles of association will

technology to reduce transaction costs in a secure manner, Lafarre, van der Elst, Shareholder Community, pp. 129.

76 Lafarre ad Van der Elts, pp.20.

77 Besides the shareholders, investors and the companies will also have a better opportunity to interact, de Plippi and Wright, *Blockchain*, pp. 133 ff.

not be feasible for a number of reasons, discussed above; for instance, by signing a partial smart contract, we can apply the rule of TCC for dividend right, and on the moment that the financial records of the company is validated by the general assembly, the fundamental dividend right could be transferred directly to the bank accounts of the shareholders.

These (partial) smart contracts as articles association will also help to diminish the number of disputes and law suits between the company and the shareholders, since the rules will be decisive and solid, and will be applied automatically.

On the otherhand, architecture, interpretation and application of a smart contract is still not only a technical but also a legal problem. It is obvious that an IT professional will have major difficulties while writing or interpreting a smart contract; but also, a legal professional will have other kinds of problems since a smart contract will have a different writing language and logic. We cannot rule out the possibility that while negotiating some of the conditions for the contracts, the automated application will end up with conditions that parties may regret; or there can be situations where the law will be amended and the articles of association should be amended accordingly, however it is automatically executed already.

On a different case, legal problems can arise when minors participate in the process. Because the contracting party, through the blockchain, does not know the identity of the co-contracting party, devices must be found to be sure that the contracting party has the legal capacity to enter into the contract. The blockchain protocol organizing the blockchain must take this aspect into consideration.

In addition, the specific rules for consumer contracts must apply. For instance, the possibility for a consumer to withdraw within fourteen days must be foreseen expressly in a distance contract.

Hence, at the current state, the main question is what will be the most suitable blockchain/smart contract architecture for the company's needs⁷⁸.

This decision should be made according to the requirement of decentralization, time and cost concerns. It is suggested that hybrid solutions, different trials of public-private blockchain engagements could be more beneficial in the long term. Nevertheless, the decision must be taken if a decentralized ledger is beneficial for all of the stakeholders. For instance, it is argued that if using relational database is adequate and successful for the company, then transferring to a private blockchain will not be as profitable as desired⁷⁹. Finally, some also suggest that a blockchain will be more useful than an ordinary database, if the company is planning to start with a private blockchain and shifts to public blockchain as the turnover grows⁸⁰.

Thus, the connection between the programmers and legal practitioners must be solved and the oracle notion must be addressed in this manner⁸¹. Therefore the use and application of the blockchain should be regulated by the relevant authorities, before the application of technology surpasses the current law.

78 Gatteshi, Lamberti, Demartini, Pranteda and Santamaria, pp. 2.

79 Gatteshi, Lamberti, Demartini, Pranteda and Santamaria, pp. 5.

80 Gatteshi, Lamberti, Demartini, Pranteda and Santamaria, pp. 5.

81 It is argued that, within time, smart contract writing experts will emerge and these people will be expected to understand and evaluate both the legal and technical aspects of smart contracts. Programs that do smart contract analysis and reveal obvious errors and dangerous commands are already being developed; Yıldız, pp. 10.

BIBLIOGRAPHIA

Badak Z, *Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Şirkette Pay Sahibinin Kâr Payı Hakkı*, (On iki Levha, 2018).

Bahtiyar M and Hamamcıoğlu E, *Anonim Ortaklık Genel Kurul Toplantıları* (Beta, 2014).

Bahtiyar M, *Ortaklıklar Hukuku* (Beta 2019)

Bilgili F and Cengil M F, Medeni Usul Hukukunda İspat Aracı Olarak Blockchain Teknolojisi, Ticaret Kanunu.net <http://www.ticaretkanunu.net/medeni-usul-hukukunda-ispata-araci-olarak-blockchain-teknolojisi-fatih-bilgili-fatih-cengil/> (Last access: 20.06.2020)

Çekin M S, “Borçlar Hukuku ve Veri Koruma Hukuku Açısından Blockchain Teknolojisi ve Akıllı Sözleşmeler: Hukuk Düzenimizde Bir Paradigma Değişimine Gerek Var mı?” İstanbul Hukuk Mecmuası, (2019) 77 (1): 315-341.

De Flippi P and Wright A, *Decentralized Blockchain Technology and the Rise of Lex Cryptographia*, (2015) available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2580664> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2580664>

De Flippi P and Wright A, *Blockchain and the Law*, Harvard University Press, 2018. (“Blockchain”)

Demirbaş A, “Akıllı Sözleşmeler ve Telif Hukuku”, Dijital Alanda Telif Hakları Telif Haklarında Güncel Gelişmeler, (2020) 88-101, pp. 91.

Epstein R and Weldon M N, “Beyond Bitcoin: Leveraging Blockchain to Benefit Business and Society”, Transactions: The Tennessee Journal of Business Law, (2019) 20: 837-909.

Gatteshi V, Lamberti F, Demartini C, Pranteda C and Santamaria V, “Blockchain and Smartcontracts for Insurance: Is the Technology Mature Enough?”, Future Internet MDPI (20 February 2018) 10 (20)

Jacobs B L, “A Cyber-skeptic’s Concerns About the State of Lex Cryptographia: A Response to Marcia Weldon’s “Beyond Bitcoin: Leveraging Blockchain to Benefit Business and Society””, Transactions: The Tennessee Journal of Business Law, (2019) 20: 911-925.

Karahan Ç and Tüfekçi A, “Blokzincir Teknolojisinin İç Denetim Faaliyetlerine Etkileri: Fırsatlar ve Tehditler”, Denetişim (2019) 19:9, 55-72.

Lafarre A and Van der Elst C, “Blockchain Technology for Corporate Governance and Shareholder Activism”, Tilburg Law School Legal Studies Research Paper Series No. 07/2018

Lafarre A and Van der Elst C, “Blockchain and Smart Contracting for the Shareholder Community” European Business Organization Law Review, 2019, 20: 111-137 (Shareholder Community)

Philippe D, Blockchain and Smart Contract: Lex Cryptographia?, <https://www.interleges.com/wp-content/uploads/2019/02/BLOCKCHAIN-AND-SMART-CONTRACT-1.pdf> (Last access: 20.06.2020)

Poroy R, Tekinalp Ü and Çamoğlu E, *Ortaklıklar Hukuku I*, (13 Edt, Vedat 2014).

Schrepeel T, “Anarchy, State, and Blockchain Utopia: Rule of Law vs. Lex Cryptographia”, General Principles and Digitalisation (Hart Publishing, 2020), 365 – 383; SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3485436>,

Takaoglu M, Özer Ç and Parlak E, “Blokzinciri Teknolojisi ve Türkiye’deki Muhtemel Uygulanma Alanları”, Uluslararası Doğu Anadolu Fen Mühendislik ve Tasarım Dergisi, (2019) 1(2), 260-295

Tanrıverdi M, Uysal M, Üstündağ M T, “Blokzinciri Teknolojisi Nedir? Ne Değildir?: Alanyazın İncelemesi”, Bilişim Teknolojileri Dergisi, Cilt: 12, Sayı: 3, Temmuz 2019, 203-217.

Usta A and Doğanterkin S, *Blockchain 101 v2*, Bankalararası Kart Merkezi, İstanbul 2018.

Yıldız B, “Dijital Dönüşüm Sürecinde Blok Zinciri Teknolojisi ve Akıllı Sözleşmeler”, Research Gate, https://www.researchgate.net/publication/337171422_DIJITAL_DONUSUM_SURECINDE_BLOK_ZINCIRI_TEKNOLOJISI_ve_AKILLI_SOZLESMELER

KORONAVİRÜS SALGINIYLA MÜCADELEDE BAŞVURULAN BAZI TEKNOLOJİK TEDBİRLERİN KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASI HUKUKU AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Dr. Öğr. Üyesi Mete Tevetoglu*

Özet

Koronavirüs salgınının, tüm Dünya’da oldukça hızlı bir şekilde yayılması ve hiç beklenmedik bir şekilde insanlık tarihine geçerek, ölümcül bir mücbir sebep haline dönüşmesi üzerine; insanlık, bu salgınla ulusal ve küresel düzeyde amansız bir mücadeleye girişmiştir.

Halihazırda devam eden bu mücadele ve süreçte, en çok merak uyandıran ve tartışılan başlıkların başında; virüsün nasıl ortaya çıktığı, hastalığa karşı aşının veya ilacın ne zaman ve nasıl geliştirilerek insanlığın hizmetine sunulacağı konuları yer alsada; bunlara dair üzerinde mutabık kalınan bir görüşe veya somut bir sonuca henüz varılabilmiş değildir. Kaldı ki, eldeki veriler ve uzmanlar tarafından yapılan açıklamalar; salgının kaynağının neresi olduğu, aşı ve ilacın ne zaman geliştirileceği tartışmalarını, tıpkı salgın gibi, kısa bir süre içinde neticelenmeyeceğine işaret etmektedir. Bu durumun etkisiyle, salgınla mücadelenin henüz öngörülemeyen bir süre boyunca devam edeceği, bu mücadele döneminde mevcut olan ve ileride geliştirilmesi beklenen teknolojik olanak ve tedbirlerin ön plana çıkacağı ve hayati önem arz edeceği anlaşılmaktadır.

Açıklanan sebeplerle, salgınla mücadelede, vakaların tespiti, bunların takibi ve bu suretle salgının yayılmasının önlenmesi öncelik arz etmektedir. Salgının yayılmasını engellemek ve etkilerini hafifletmek amacıyla kamu kurum ve kuruluşları başta olmak üzere -bunlarla sınırlı olmaksızın- üçüncü

* Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı,
metetevetoglu@maltepe.edu.tr, ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-2575>.

kişilerce kişisel verilerin ve özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesi zaruri bir hal almaktadır. Kişisel verilerin işlenmesi için pek çok teknolojik tedbir ve uygulamaya başvurulmaktadır. Bunların arasında ön plana çıkanlar; bireylerin konum verilerinin tespit ve takip edilmesinde kullanılan yazılım ve cihazlar, termal kameralarla bireylerin vücut ısılarının tespit edilmesi, kamusal alanda maske takmayanların saptanmasında kullanılan sabit veya drone'lara monte edilen kameralarla gezici şekilde kullanılan yüz tanıma sistemleri, kişilerin seyahat kayıtlarına göre harita üzerinde risk seviyelerinin anlaşılması için farklı renklerle işaretlenmesini sağlayan algoritmalarından oluşmaktadır. Bu sayılan araç ve uygulamaların tamamı, ilgili kişinin kişisel verilerinin işlenmesi vasfında işlemler olup, kişisel verilerin korunması hukukunu ilgilendirmektedir. Bu süreçte de veri sorumluları ve veri işleyenlerin, ilgili kişilerin kişisel verilerinin güvenliğini sağlamaları yasal bir gerektir. Bu nedenle, kişisel verilerin hukuka uygun olarak işlenmesi ve bu konuda alınan herhangi bir önlemin hukukun genel ilkelerine uygun olması, bu çerçevede kişilerin temel hak ve özgürlükleri açısından geri döndürülemez zararların ortaya çıkmaması önem kazanmaktadır. Bu amaçla, salgına karşı kullanılan teknolojik araçların ve bunların uygulamalarının kişisel veri işleme faaliyetlerinde gerekli, amaçla bağlantılı, sınırlı ve ölçülü olması gerektiği gözden kaçırılmamalıdır. Bu noktada, yukarıda sayılan teknolojik araç ve uygulamaların özelliklerine göre, kişisel verilerin korunması hukukunun temel ilkeleriyle uyumlu olup olmadığı, kanuna uygun olup olmadığı, aydınlatma yükümlülüğünün şeffaflık sağlayacak şekilde sağlanıp sağlanmadığı, veri gizliliğine elverişliliği, veri işleme faaliyetlerinde amaç doğrultusunda ve bununla sınırlı işleme suretiyle veri minimizasyonunun sağlanıp sağlanmadığı konuları önem arz etmektedir.

İşte bu sebeple, salgınla mücadelede kullanılan ve inceleme konumuzu oluşturan, yukarıda sayılan teknolojik araç ve tedbirlerin, salgınla mücadele bakımından izah ve işaret edilen önemlerine karşın, bunların nitelikleri ve kullanılma şekilleri itibarıyla özellikle kişisel verilerin korunması hususunda hukuken tartışılması ve ele alınmasına gerek duyulmaktadır.

Bu Tebliğ'de amacımız, Koronavirüs salgınında kullanılan, özellikle yukarıda saydığımız ve ön plana çıkan teknolojik uygulamaların, kişisel

verilerin korunması hukukunun temel ilkelerinin karşısındaki hukuki durumunun incelenmesi; bu suretle hem Koronavirüs salgını özelinde hem de gelecekteki benzer durumlar için, mer’i hukuk ve olması gereken hukuka dair analiz ve önerilerde bulunulmasıdır.

Anahtar Kelimeler: Koronavirüs, Teknolojik Tedbirler, Kişisel Veriler, Kişisel Verilerin Korunması

Abstract

After the coronavirus epidemic spread to the whole of the World very quickly and turned into a deadly force majeure at an unexpected level in human history; humanity has engaged in a relentless struggle with this epidemic at the national and global level.

In this ongoing struggle and process, although one of the most arousing and discussed topics are the issues of how the virus emerged, the vaccine against the disease or the drug and how it will be developed and presented to the service of humanity, no agreed opinion or concrete conclusion has yet been reached. Besides, the data available and the explanations made by the experts; the source of the epidemic indicates that when discussions of vaccines and drugs will not result in a short time, just like the epidemic. With the effect of this situation, it is understood that the fight against the epidemic will continue for an unpredictable period, and the technological opportunities and measures that will be developed in this struggle will come to the forefront and will be of vital importance.

Due to the reasons explained, in the current situation and conditions, in the fight against the epidemic, the detection of the current cases, their follow-up and thus preventing the spread of the epidemic are of priority. In order to prevent the spread of the epidemic and mitigate its effects, processing of personal data and sensitive personal data by third parties including but not limited to public institutions and organizations is inevitable, especially with and without limitation. In the processing of personal data, the technological measures and applications applied for this purpose are used

and come to the fore. Among them, the most important and prominent ones are; software and devices used to detect and track the location data of individuals, determination of the body temperature of individuals with thermal cameras, facial recognition systems used in mobile or fixed-drone cameras to detect those who do not wear masks in the public area, understanding the risk levels on the map according to the travel records of people which consists of algorithms that enable it to be marked with different colors. All of these tools and practices are concerned with important activities under the law of protection of personal data such as the identification, collection, processing of personal data of the related persons. In this process, it is a legal requirement for data officers and data processors to ensure the security of the personal data. For this reason, it is important that the personal data are processed in accordance with the applicable law and that any precautions taken in this regard comply with the general principles of the law, and that irreversible damages do not arise in terms of individuals' fundamental rights and freedoms. For this purpose, it should not be overlooked that the technological tools and their applications used against the epidemic should be necessary, bound, limited and measured. At this point, according to the characteristics of the above-mentioned technological tools and applications, it is important to define that whether the personal data protection is in compliance with the basic principles of the law; whether it complies with the applicable regulations; whether the obligation of disclosure is provided in a way to provide transparency; data confidentiality; whether the data minimization is satisfied through data processing activities is limited with the purpose.

For this reason, despite the importance of the above mentioned technological tools and measures used in combating the epidemic and constituting our examination point, it is required to be discussed legally especially in terms of the protection of personal data by considering their qualifications and the ways they are used.

In this paper, our aim is to examine the legal status of the technological practices used in the coronavirus epidemic, especially mentioned above and which stand out against the basic principles of the law of the protection

of personal data; in this way, both for the coronavirus epidemic and for similar situations in the future, it is the analysis and suggestions of the law and the law that should be.

Key words: Coronavirus, Technological Measures, Personal Data, Protection of Personal Data

I- KORONAVİRÜS'ÜN ORTAYA ÇIKIŞ SÜRECİ

İlk olarak 1 Aralık 2019'da Dünya Sağlık Örgütü ("DSÖ") Çin Ülke Ofisini, Çin'in Hubei eyaletinin Vuhan şehrinde kökeni bilinmeyen pnömoni vakalarını bildirmesiyle başlayan COVID-19 salgınında, 7 Ocak 2020'ye gelindiğinde hastalığın etken faktörü olarak daha önce insanlarda tespit edilmemiş yeni tip Koronavirüs olarak tanımlanmış, hastalığın adı, COVID-19 olarak kabul edilmiştir¹. Koronavirüsü hayvanlar arasında yaygın olan büyük bir virüs grubudur. COVID-19 ise daha önce insanlarda tanımlanmamış yeni bir Koronavirüs türüdür².

A) Pandemi Kavram ve Pandemi İlanı

DSÖ, 11.03.2020'de, COVID-19 sebebiyle, 114 ülkede 118 bin vakanın görüldüğünü ve 4 bin 291 kişinin hayatını kaybettiğini açıklayarak pandemi ilan etmiştir³. Pandemi, Dünya'da birden fazla ülkede veya kıtada, çok geniş bir alanda yayılan ve etkisini gösteren salgın hastalıklara verilen genel isimdir. Pandemik hastalık ise, Dünya genelinde yaşayan insanların sağlığını tehdit eden bulaşıcı hastalıklara verilen bir isimdir⁴.

- 1 <https://www.who.int/news-room/detail/27-04-2020-who-timeline---covid-19> (erişim tarihi: 15.04.2020)
- 2 <https://covid19bilgi.saglik.gov.tr/depo/Sunumlar/COVID-19-Epidemiyoloji-Tani-Tedavi.pdf> (erişim tarihi: 16.04.2020)
- 3 <https://www.who.int/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020> (erişim tarihi: 22.05.2020)
- 4 Heath Kelly, The Classical Definition of a Pandemic is Not Elusive, Bulletin of the World Health Organization 2011; 89:540-541, 10.2471/BLT.11.088815 (erişim tarihi: 13.05.2020); James J James, COVID-19: From Epidemic to Pandemic, <https://doi.org/10.1017/dmp.2020.84> (erişim tarihi: 12.05.2020)

Koronavirüs salgınının, tüm Dünyaya Pandemi seviyesinde yayılması ve hiç beklenmedik bir şekilde insanlık tarihine geçecek seviyede ölümcül bir mücbir sebep haline dönüşmesi üzerine; insanlık, bu salgınla ulusal ve küresel düzeyde amansız bir mücadeleye girişmiştir⁵.

B) Koronavirüs ile Mücadelede Teknoloji ve Kişisel Veriler

Halihazırda devam eden salgınla mücadele sürecinde, en çok merak uyandıran ve tartışılan başlıkların başında; virüsün nasıl ortaya çıktığı, hastalığa karşı aşının veya ilacın ne zaman ve nasıl geliştirilerek insanlığın hizmetine sunulacağı konuları yer alsa da, bunlara dair üzerinde mutabık kalınan bir görüşe veya somut bir sonuca henüz varılabilmiş değildir⁶. Kaldı ki, eldeki veriler ve uzmanlar tarafından yapılan açıklamalar; salgının kaynağının neresi olduğu, aşı ve ilacın ne zaman geliştirileceği tartışmalarının, tıpkı salgın gibi, kısa bir süre içinde neticelenmeyeceğine işaret etmektedir⁷. Bu durumun etkisiyle, salgınla mücadelenin henüz

- 5 Alberto Alemanno, The European Response to COVID19: From Regulatory Emulation to Regulatory Coordination? (April 28, 2020). European Journal of Risk Regulation, Issue 2/2020; HEC Paris Research Paper No. Law-2020-1372, s. 5, <https://ssrn.com/abstract=3587709> (erişim tarihi: 11.05.2020); Bu mücadelede pek çok ülke salgına tamamen hazırlıksız yakalandığı için önceleri İsveç, İngiltere gibi bazı ülkeler başta olmak üzere farklı tedbir ve politikalar söz konusu olmuşsa da kısa bir süre içinde farmasötik tedbirler yerine sosyal hayata dair tedbirlerde standartlaşmaya doğru giden bir lokal düzenleme uyumu sergilenmiştir; <https://news.un.org/en/story/2020/04/1061622> (erişim tarihi: 12.05.2020); <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/human-brain-projects-research-capacity-fight-against-covid-19> (erişim tarihi: 13.05.2020); Dean R. Knight, COVID 19 and States of Emergency: Lockdown Bubbles through Layers of Law, Discretion and Nudges – New Zealand (April 7, 2020), s. 4-5, [Verfassungsblog](https://www.verfassungsblog.de), 2020. <https://ssrn.com/abstract=3566873> (erişim tarihi: 22.05.2020)
- 6 Mireille Paquet & Robert Schertzer, COVID-19 as a Complex Intergovernmental Problem, Canadian Journal of Political Science (2020), 1-5 <https://www.cambridge.org/core/journals/canadian-journal-of-political-science-revue-canadienne-de-science-politique/article/covid19-as-a-complex-intergovernmental-problem/8F1CB8217949E5BCE0DC075A6B5DEAC3> (erişim tarihi: 18.05.2020).
- 7 World Health Organization Emergency Committee, Statement on the Second Meeting of the International Health Regulations (2005) Emergency Committee Regarding the Outbreak of Novel Coronavirus (2019-nCoV). Geneva, WHO; 30 January 2020, <https://www.who.int/news-room/detail/30-01-2020-statement-on->

öngörülemeyen bir süre boyunca devam edeceği, bu mücadelede mevcut olan ve ileride geliştirilmesi beklenen teknolojik olanak ve tedbirlerin ön plana çıkacağı ve hayati önem arz edeceği anlaşılmaktadır⁸. Böylece pandemi ilanından sonra Koronavirüs ile mücadele, ulusal ve küresel ölçekte hız kazanmış olup halen devam etmektedir. Bu amaçla, pek çok ekonomik, hukuki⁹, idari ve tıbbi tedbir alınmıştır. Tüm bu tedbirlerden etkili sonuçlar alınması ise ancak bunları optimize edecek teknolojik araç ve uygulamaların devreye sokulması ile mümkündür. Bu sebeple, pandemi ile mücadelede teknolojik araçlardan yararlanılması, hayati önem arz ederek süreç içinde ön plana çıkmıştır. Koronavirüsün etkilerinin azalması veya sona ermesi halinde dahi salgınla mücadelede etkin ve yaygın şekilde başvurulmuş bu teknolojik uygulamaların kalıcı şekilde kullanılmaya devam edilebileceği düşünülmektedir¹⁰.

Salgınla mücadelede, vakaların tespiti, takibi ve bu suretle salgının yayılmasının önlenmesi öncelik arz etmektedir. Salgının yayılmasını engellemek ve etkilerini hafifletmek amacıyla kamu kurum ve kuruluşları başta olmak üzere, fakat bunlarla sınırlı olmaksızın, üçüncü kişilerce kişisel verilerin ve özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesi kaçınılmaz şekilde söz konusu olmaktadır. Kişisel verilerin işlenmesinde ise bu amaçla başvurulmuş teknolojik tedbir ve uygulamalar kullanılmakta ve ön plana çıkmaktadır. Bunların

the-second-meeting-of-the-international-health-regulations-(2005)-emergency-committee-regarding-the-outbreak-of-novel-coronavirus-(2019-ncov) (erişim tarihi: 10.06.2020).

- 8 Wim Naudé, Artificial Intelligence Against Covid-19: An Early Review, IZA Discussion Paper No. 13110, s. 2-3, <https://ssrn.com/abstract=3568314> (erişim tarihi: 15.06.2020).
- 9 Hukuki tartışma ve tedbirlere toplu bir bakış için Jonathan G. Odom, COVID-19 and the Law: A Compilation of Legal Resources (April 27, 2020), <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3588225> (erişim tarihi: 05.05.2020); Ayrıca bkz. European Commission, Governmental Measure Data Base, <https://webcritech.jrc.ec.europa.eu/covidSt> (erişim tarihi: 20.05.2020)
- 10 Nitya Singhal & A. S. Prakash, Fight Against COVID-19: Major IT Trends (May 15, 2020), s. 3, doi.org/10.2139/ssrn.3601504 (erişim tarihi: 14.05.2020); Hem sağlık hem de çevre ile ilgili yasalar pre-pandemik olup bunların post-pandemik düzenlemeleri bu dönemde yapılan uygulama ve elde edilen verilerin ışığında şekillenecektir, Arden Rowell, COVID-19 and Environmental Law (April 22, 2020). University of Illinois College of Law Legal Studies Research Paper No. 20-19, s. 6, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3582879> (erişim tarihi: 05.06.2020).

arasında en çok önem arz eden ve ön plana çıkanlar; bireylerin konum verilerinin tespit ve takip edilmesinde kullanılan yazılım ve cihazlar, termal kameralarla bireylerin vücut ısılarının tespit edilmesi, kamusal alanda maske takmayanların saptanmasında¹¹ kullanılan sabit veya drone'lara monte edilen kameralarla gezici şekilde kullanılan yüz tanıma sistemleri, kişilerin seyahat kayıtlarına göre harita üzerinde risk seviyelerinin anlaşılması için farklı renklerle işaretlenmesini sağlayan algoritmalarından oluşmaktadır¹². Bu sayılan araç ve uygulamaların tamamı, ilgili kişilerin kişisel verilerinin tespit edilmesi, toplanması, işlenmesi gibi kişisel verilerin korunması hukukunu ilgilendiren önemli faaliyetleri konu almaktadır. Koronavirüs ile mücadelede lokal veya bölgesel şekilde uygulanan tedbirler ve başvuru teknolojileri ile kişisel verilerin korunması arasında, bu sebeple bir çatışma ortaya çıkmıştır¹³. Bu süreçte de, veri sorumluları ve veri işleyenlerin, ilgili kişilerin kişisel verilerinin güvenliğini sağlamaları yasal bir gerektir¹⁴. Ancak bunun hem bu süreçte ne kadar sağlandığı hem de bundan sonra ne ölçüde mümkün olacağı tartışmalı bir haldedir¹⁵. Bu nedenle kişisel verilerin hukuka uygun olarak işlenmesi ve bu konuda alınan herhangi bir önlemin hukukun genel ilkelerine uygun olması, bu çerçevede kişilerin temel hak ve özgürlükleri açısından geri döndürülemez zararların ortaya çıkmaması önem kazanmaktadır. Bu amaçla salgına karşı kullanılan teknolojik araçların ve bunların uygulamalarının, kişisel veri işleme faaliyetleri için gerekli, amaçla bağlantılı, sınırlı ve ölçülü olması gerektiği gözden kaçırılmamalıdır. Bu noktada, yukarıda sayılan teknolojik araç ve uygulamaların özelliklerine göre kişisel

11 An Australian Woman Breached Coronavirus Quarantine in Beijing to Go for a Jog - And Lost Her Job, <https://edition.cnn.com/2020/03/20/asia/beijing-coronavirus-woman-fired-intl-hnk/index.html> (erişim tarihi: 22.06.2020)

12 Singhal/Prakash, s. 3-4; Naudé, s. 10.

13 Jie (Jeanne) Huang, COVID-19 and Applicable Law to Transnational Personal Data: Trends and Dynamics (April 6, 2020). Sydney Law School Research Paper No. 20/23, s. 3-4 (<https://ssrn.com/abstract=3570178> erişim tarihi: 26.05.2020).

14 Regina Becker & Adrian Thorogood & Johan Ordish & Michael J.S. Beauvais, COVID-19 Research: Navigating the European General Data Protection Regulation, s. 2, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3593579> (erişim tarihi: 22.05.2020).

15 Carrie DeCell, Can Governments Track the Pandemic and Still Protect Privacy? <https://www.justsecurity.org/69549/can-governments-track-the-pandemic-and-still-protect-privacy/> (erişim tarihi: 08.04.2020).

verilerin korunması hukukunun temel ilkeleriyle uyumlu olup olmadığı, kanuna uygun olup olmadığı, aydınlatma yükümlülüğünün şeffaflık sağlayacak şekilde sağlanıp sağlanmadığı, veri gizliliğine elverişliliği, veri işleme faaliyetlerinde amaca göre ve bununla sınırlı işleme suretiyle veri minimizasyonunun sağlanıp sağlanmadığı¹⁶ konuları önem arz etmektedir¹⁷.

II- KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASI

A) Teknolojik Tedbirler ve Kişisel Verilerin Korunması

Teknolojinin sunduğu araçların Koronavirüs ile mücadelede etkin şekilde kullanılabilmesinde belirleyici faktör zengin sağlık verisi başta olmak üzere doğru, güncel ve analiz edilebilir veriye¹⁸ ve özellikle kişisel veriye ulaşılmasıdır¹⁹. Burada bahse konu veri, ortada global bir salgın olduğu için epidemik tahminleme ve karar alma yahut uygulama süreçlerinde anlamlı verilere ulaşılması ve bunların işlenmesi ile mümkün olabileceği için, birçok ülke ya mevcut teknolojilerini bu alana özgüledi veya salgınla mücadeleye özgü yeni teknolojik araçlar üretme yoluna yöneldiler²⁰.

Koronavirüs salgınıyla mücadelede tüm ulusal ve uluslararası kurumların ve bireylerin uyum içinde hareket etmesi önem arz etmektedir. Öte yandan, hayati bir mücadele sırasında başvurulacak teknolojik tedbir

16 Becker & Thorogood & Ordish & Beauvais, s. 10.

17 KVK Kurumu, Kamuoyu Duyurusu, Covid-19 ile Mücadele Sürecinde Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Kapsamında Bilinmesi Gerekenler, 27.03.2020, <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/6721/KAMUOYU-DUYURUSU-Covid-19-ile-Mucadele-Surecinde-Kisisel-Verilerin-Korunmasi-Kanunu-Kapsaminda-Bilinmesi-Gerekenler-> (erişim tarihi: 28.03.2020).

18 Susan Ariel Aaronson & Patrick Leblond, Another Digital Divide: The Rise of Data Realms and its Implications for the WTO, 21 J. Int. Econ. Law 245–272, 245–272 (2018);

19 Araştırmalarda elde edilen verilerin açık şekile paylaşılması da bu bakımdan ayrı bir önem sahip olup buna bir örnek olarak bkz. Wellcome Trust, Sharing Research Data and Findings Relevant to the Novel Coronavirus (COVID-19) Outbreak, <https://wellcome.ac.uk/coronavirus-covid-19/open-data> erişim tarihi: 21.05.2020); Adam J. Sulkowski, COVID-19 – What’s Next, Future of Work, Business, and Law: Automation, Transparency, Blockchain, Education, and Inspiration (April 19, 2020), s. 2-3.

20 Naudé, s. 6 vd.; Singhala & Prakash, s. 4-6.

ve uygulamaların özellikle kişisel verilerin korunmasına dair yasal düzenlemelere uyumu da göz önünde bulundurulmalıdır. Zira salgınla mücadelede diğer yasalar gibi kişisel verilerin korunmasına dair yasal düzenlemeler de istisnai olarak tespit ettiğimiz Macaristan uygulaması²¹ dışında askıya alınmış değildir²².

Diğer bir ifadeyle Koronavirüs salgınında başvurulacak teknolojik tedbirler ve uygulamaların tatbikinde kişisel verilerin korunmasına dair yasal şart ve düzenlemelere uyulması gerekmektedir²³. Aksi yöndeki uygulamalar, yürürlükteki yasal düzenlemelerin hukuka aykırı şekilde uygulanmaması veya ihlal edilmesi riskine yol açabileceği gibi bunların salgın sonrasında kalıcılık kazanması riskini de beraberinde getirebilir. Bu durumun önüne geçebilmek için bu süreçte kullanılan teknolojik tedbirlerin kişisel verilerin korunması kurallarıyla birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir²⁴. Bu noktada Koronavirüs salgını ile mücadelede başvurulacak teknolojik araç ve uygulamalardan öne çıkanların neler olduğuna ve bunların kişisel verilerin korunması bakımından analizine geçmeden evvel ana hatlarıyla kişisel

21 İstisnai bir örnek olarak Macaristan, 2020 yılının Mayıs ayında aldığı bir kararla COVID-19 salgını süresince geçerli olmak üzere, GDPR kapsamındaki hak ve yükümlülükleri askıya almıştır. Kısıtlama Koronavirüsle ilgili tespit, önleme ve tedavi amacıyla kişisel veri işleyen veri sorumlularını kapsıyor, kural olarak bir kamu kurumu kabul edileceklerini ifade ediyor. Bu karar, işçileri, müşterileri ya da ziyaretçileri yönünden spesifik önlemler alan işverenleri de kapsamaktadır. Kararın kapsamı oldukça geniş, karara göre veri sorumlusu GDPR m 13 ve 14'teki yükümlülüklerle [aydınlatma yükümlülüğü] uymak zorunda değil. İlgili kişinin hakları da aynı şekilde kısıtlanmış durumda. Kararın orjinal metni için bkz <https://net.jogtar.hu/jogszabaly?docid=a2000179.kor> (erişim tarihi: 05.06.2020)

22 Alessandra Pierucci & Jean-Philippe Walter, Joint Statement on the Right to Data Protection in the Context of the COVID-19 Pandemic, <https://www.coe.int/en/web/data-protection/statement-by-alessandra-pierucci-and-jean-philippe-walter> (erişim tarihi: 15.04.2020); Knight, s. 6; yazar, bizim de katıldığımız üzere, bu tür pandemiler için ulusal bazda hem genel hem de veri koruma alanında ihtiyaç duyulduğu üzere, özel yasal düzenlemeler yapılmasının gerektiği görüşündedir.

23 Yerel ve Milletlerarası Düzenlemeler İçin bkz. Kişisel Verileri Koruma Kurumu Kişisel Verilerin Korunması Hakkındaki Ulusal ve Uluslararası Düzenlemeler, <https://www.kvkk.gov.tr/SharedFolderServer/CMSFiles/ead8e671-e01e-4ca7-a6a3-bc3c6f79f7c7.pdf> (erişim tarihi: 22.05.2020).

24 Becker & Thorogood & Ordish & Beauvais, s. 1-3.

verilerin korunmasına dair yasal düzenlemelerin ve kabul edilen temel ilke ve kriterlerin kısaca ele alınmasının faydalı olacağı değerlendirilmektedir²⁵.

B) Türkiye’de Kişisel Verilerin Korunmasına Dair Temel Hukuki Düzenlemeler ve İlkeler

1- Kişisel Verilerin Korunması Kanunu

Hukukumuzda 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu (“KVKK” veya “Kanun”) meclis gündeminde uzun süre beklemesinden sonra nihayet 24.03.2016 tarihinde kabul edilmiş, 07.04.2016’da Resmi Gazete’de (“RG”) yayımlanarak istinai bazı hükümleri dışında²⁶ bu tarihte yürürlüğe girmiştir²⁷. Avrupa Birliği’nde ise kişisel verilerin korunması

- 25 Huang, s. 4-8; Kişisel verilerin korunması konusunda ülkelerin arasındaki farklı yasal düzenleme ve uygulamaların yarattığı ve yol açacağı uyumsuzluk ve çatışmaların giderilmesi hem salgınla mücadelede etkin bir veri işleme ve koruma süreciyle tanımlanmalı hem de uluslararası yolcuların verilerinin işlenmesine dair kurallar bu açıdan özel düzenlemelerle ele alınmalıdır.
- 26 Kanun’un Yürürlük başlıklı m. 32 hükmüne göre Kanun’un, 8., 9., 11., 13., 14., 15., 16., 17., ve 18. maddeleri Kanun’un yayımı tarihinden altı ay sonra, diğer maddeleri ise yayımı tarihinde, yürürlüğe girecek olup bu Tebliğ’in sunulduğu tarih itibarıyla tamamı yürürlüğe girmiştir.
- 27 Resmi Gazete Tarihi: 07.04.2016 Resmi Gazete Sayısı: 29677; KVK Kurumu Kişisel Verilerin Korunmasına Duyulan İhtiyaç, s. 2-5, <https://www.kvkk.gov.tr/SharedFolderServer/CMSFiles/8e39e0a1-6ec4-4179-a5d3-bbd8e78dce31.pdf> (erişim tarihi: 24.04.2020); Kişisel verilerin korunması konusu son birkaç yıldır hukuk kamuoyunun gündemini yoğun bir şekilde meşgul etmekle beraber aslında uzun bir geçmişe sahiptir. Zira, son 50 yıllık zaman diliminde gerek ulusal ve gerekse uluslararası düzenlemeler yoluyla kişisel verilerin korunmasını hedefleyen çok sayıda çalışma bulunmaktadır. Genel olarak kişisel verilerin korunmasına dair ilk düzenleme 1970 tarihli Almanya’nın Hessen Eyaletinde kabul edilen Veri Koruma Kanunu olarak kabul edilmektedir. Bu Kanun, teknolojik araçlarla tapu kayıtlarına ulaşılabilmesine dair verilerin elde edilmesi ve depolanmasına ilişkin usul ve esasları düzenlemiştir. Devamında 1973 tarihli İsveç, 1978 tarihli Fransa Veri Koruma Kanunları, devletin elindeki verilerin kimlik numarası benzeri bir sistemle kayıt ve entegre edilmesine dair koruma amacıyla hazırlanmıştır. Uluslararası planda ise Avrupa Konseyinin 1973 ve 1974 yıllarında, elektronik veri bankalarında tutulan kişisel verilerin korunmasına dair prensipleri belirlemek amacıyla kabul ettiği kararlar, bu konuda daha sonra yapılan düzenlemelere kaynak olmuştur. Avrupa Konseyince kabul edilen 1981 tarih ve 108 sayılı “Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Şahısların Korunmasına Dair Sözleşme” ise bu alandaki en geniş kapsamlı uluslararası metindir. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tarafından 108 sayılı Sözleşmenin uygulanmasına yönelik usul ve esasları belirlemek için çıkarılan

95/46/EC sayılı yönergenin yerini almış olan ve 25 Mayıs 2018 tarihinden itibaren yürürlüğe giren Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü (“GDPR”) ile düzenlenmiştir²⁸. Her iki düzenlemeye göre de veri korumasının en önemli temel ilkesi, tüm kişisel verilerin yasaya uygun şekilde işlenmesidir²⁹.

KVKK hükümleri, kişisel verileri işlenen gerçek kişiler ile bu verileri tamamen veya kısmen otomatik olan ya da herhangi bir veri kayıt sisteminin parçası olmak kaydıyla otomatik olmayan yollarla işleyen gerçek ve tüzel kişiler hakkında uygulanmaktadır³⁰. 6698 sayılı Kanun kapsamında koruma altına alınan kişisel veriler sadece gerçek kişilere ait olan kişisel veriler olup, tüzel kişilere ait olanlar koruma altında bulunmamaktadır. Fakat tüzel kişiye ait verinin elde edilmesi, bir veya birden fazla gerçek kişinin kimliğinin belirlenmesine neden oluyor ise, bu tür verilerin de Kanunun korumasından yararlanması mümkün olabilir. Bu durumda da esasen korunan, gerçek kişiye ilişkin kişisel veriler olmaktadır³¹.

KVKK’da öncelikle kişisel veri, kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgi şeklinde oldukça geniş bir şekilde tanımlanmış, devamında ise genel ve özel yahut hassas nitelikli veri kriterine özgülenmiş

13 aet tavsiye kararı da önemli kaynaklar arasındadır. Ülkemizde kişisel verilerin korunmasına yönelik kanuni bir düzenleme yapmaya yönelten temel faktörler ise insan haklarının etkin bir biçimde korunması, AB ile yürütülen üyelik müzakereleri ve uluslararası iş birliği ve ticaretin artırılması ihtiyacı şeklinde ifade edilmektedir.

28 GDPR tam – orjinal metin için bkz. <https://gdpr-info.eu/> (erişim tarihi: 20.05.2020).

29 Bkz. GDPR (n 3) Article 6(1)(a) ve Article 6(1)(e), KVKK. m. 4.

30 KVKK m. 2; Ayrıca bkz. 6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanununun Amacı ve Kapsamı, (Kısaca: Amaç-Kapsam Rehberi), s. 3-4, <https://www.kvkk.gov.tr/SharedFolderServer/CMSFiles/205d46d4-39e6-48ae-ad2a-5efa8954d42f.pdf> (erişim tarihi: 11.05.2020); Kanun’da kamu kurumları ile özel kuruluşlar açısından ayırım yapılmamıştır. Kanun’un belirlediği usul ve esaslar kural olarak tüm kurum ve kuruluşlar için geçerlidir. Dolayısıyla kamu kurumlarının işlediği kişisel veriler hakkında da bu Kanun hükümleri uygulanacaktır.

31 Kanunda kişisel verilerin kısmen veya tamamen otomatik olan veya herhangi bir veri kayıt sisteminin parçası olmak kaydıyla otomatik olmayan yollarla işlenmesi bakımından da herhangi bir fark öngörülmediği için kişisel verilere ulaşımı kolaylaştıracak şekilde, belirli bir kriter gereği yapılandırılmış her türlü sistem Kanun kapsamında değerlendirilmektedir.

düzenleme ve kriterlere yer verilmiştir. KVKK'nın temel kavramlarından önde geleni kişisel verilerin işlenmesidir.

Kişisel verilerin işlenmesi; KVKK, m. 3/1(e) hükmünde, kişisel verilerin tamamen veya kısmen otomatik olan ya da herhangi bir veri kayıt sisteminin parçası olmak kaydıyla³² otomatik olmayan yollarla elde edilmesi, kaydedilmesi, depolanması, muhafaza edilmesi, değiştirilmesi, yeniden düzenlenmesi, açıklanması, aktarılması, devralınması, elde edilebilir hâle getirilmesi, sınıflandırılması ya da kullanılmasının engellenmesi gibi veriler üzerinde gerçekleştirilen her türlü işlem şeklinde tanımlanmıştır.

2- Kişisel Verilerin İşlenmesinin Tabi Olduğu Genel İlkeler

KVKK, kişisel verilerin işlenmesini temel bazı ilkelere bağlamıştır³³. Buna göre, kişisel verilerin işlenmesi (KVKK m. 4); hukuka ve dürüstlük kurallarına uygun olmalı, doğru ve gerektiğinde güncel olmalı, belirli, açık ve meşru amaçlar için işleme gerçekleştirilmeli, veriler işlendikleri amaçla bağlantılı, sınırlı ve ölçülü olmalı, veriler ilgili mevzuatta öngörülen veya işlendikleri amaç için gerekli olan süre kadar muhafaza edilmelidir³⁴. İlk bakışta, açık rıza, COVID-19'la mücadele amacıyla yapılacak tıbbi ve bilimsel araştırmalarda, kişisel verilerin işlenmesi için basit bir çözüm gibi görünmektedir. Çünkü rıza, araştırma etiğiyle uyumlu bir zemindir. Koronavirüs ile mücadelede özellikle sağlık verilerinin işlenmesi bakımından Kişisel Sağlık Verileri Hakkındaki Yönetmelik³⁵ ve GDPR örneklerinde görüldüğü üzere rızanın, genel olarak araştırma etiği tarafından gerekli

32 Amaç-Kapsam Rehberi, s. 3-4; Kanunda "kısmen veya tamamen otomatik yolla işleme" ifadesinin ne anlama geldiği açıklığa kavuşturulmamıştır. 108 sayılı Avrupa Konseyi Sözleşmesinde ise "otomatik işleme" ifadesinden; verilerin kaydı, bu verilere mantıksal ve/veya aritmetik işlemlerin uygulanması, verilerin değiştirilmesi, silinmesi, geri elde edilmesi veya dağıtılması işlemlerinin otomatik veya kısmen otomatik yöntemlerle gerçekleştirilmesinin anlaşılacağı ifade edilmiştir.

33 KVK Kurumu Kişisel Verilerin İşlenmesine İlişkin Temel İlkeler, <https://www.kvkk.gov.tr/SharedFolderServer/CMSFiles/d0fbca08-30af-41fe-a7c9-65663b9c5231.pdf> (erişim: 17.06.2020)

34 Elif Küzeci, Kişisel Verilerin Korunması, Ankara 2019, s. 209 vd; Murat Volkan Dülger, Kişisel Verilerin Korunması Hukuku, İstanbul 2019, s. 5 vd, 107 vd.

35 RG. 21.06.2019, Sayı: 30808.

olan bilgilendirilmiş rızadan kavramsal ve operasyonel olarak farklı olduğu görülmektedir³⁶.

KVKK'ya göre kişisel verilerin işlenmesi, kural olarak ilgili kişinin kanuna uygun şekilde aydınlatılmasına ve açık rızasının bulunmasına bağlıdır. Ancak açık rızanın varlığının aranmadığı durumlar da söz konusudur³⁷. İlgili kişinin açık rızası aranmaksızın kişisel verilerinin işlenmesi; kanunlarda açıkça öngörülmüş olması, fiili imkânsızlık nedeniyle rızasını açıklayamayacak durumda bulunan veya rızasına hukuki geçerlilik tanınmayan kişinin kendisinin ya da bir başkasının hayatı veya beden bütünlüğünün korunması için zorunlu olması; bir sözleşmenin kurulması veya ifasıyla doğrudan doğruya ilgili olması kaydıyla, sözleşmenin taraflarına ait kişisel verilerin işlenmesinin gerekli olması; veri sorumlusunun hukuki yükümlülüğünü yerine getirebilmesi için zorunlu olması; ilgili kişinin kendisi tarafından alelineştirilmiş olması; bir hakkın tesisi, kullanılması veya korunması için veri işlemenin zorunlu olması; ilgili kişinin temel hak ve özgürlüklerine zarar vermemek kaydıyla, veri sorumlusunun meşru menfaatleri için veri işlenmesinin zorunlu olması hallerinde mümkündür (KVKK m.5)³⁸.

36 Becker & Thorogood & Ordish & Beauvais, s. 2; ayrıca Bkz. European Data Protection Supervisor, Preliminary Opinion on Data Protection and Scientific Research, https://edps.europa.eu/data-protection/our-work/publications/opinions/preliminary-opinion-data-protectionand-scientific_en (erişim tarihi: 15.05.2020)

37 KVK Kurumu Kişisel Verilerin İşlenmesine İlişkin Temel İlkeler, <https://www.kvkk.gov.tr/SharedFolderServer/CMSFiles/d0fbca08-30af-41fe-a7c9-65663b9c5231.pdf> (erişim: 17.06.2020); KVK Kurumu Açık Rıza, <https://www.kvkk.gov.tr/SharedFolderServer/CMSFiles/66b2e9c4-223a-4230-b745-568f096fd7de.pdf> (erişim: 15.05.2020).

38 Dara Hallinan, Broad Consent under the GDPR: An Optimistic Perspective on a Bright Future. Life Sciences, Society and Policy 16, no. 1 (January 6, 2020): 1. <https://doi.org/10.1186/s40504-019-0096-3>. (erişim tarihi: 17.05.2020)); GDPR uygulaması bakımından ise Avrupa Veri Koruma Kurulu özellikle saplık verilerinin işlenmesi başta olmak üzere salgınla mücadele gibi bir durumda yapılan bilimsel araştırma amaçlı veri işleme faaliyetlerinde amacın tam olarak belirlenememesi durumunda, rıza özünün temin edilebilmesi için başka yolların bulunmasının gerektiği; araştırmada, sonra ki adımlar için ek izinlerin gerekebileceği görüşündedir.

3- Özel Nitelikli Kişisel Verilerin İşlenmesi

KVKK, kişisel verilere dair düzenlemelerinde genel ve özel nitelikli kişisel veriler şeklinde doğrudan bir ayırım yapmamış ancak özel nitelikte kişisel verileri ayrıca tanımlayarak, bunların işlenmesinin şartlarını özel olarak düzenlemiştir; böylece bunların dışında kalan kişisel veriler genel nitelikte kişisel veri grubunu oluşturmuştur. Buna göre, özel nitelikli kişisel veriler, başkaları tarafından öğrenilmesi ilgili kişinin ayrımcılığa maruz kalmasına ve mağduriyetine yol açabilecek verilerden oluşmaktadır. Hassas kişisel veri olarak da ifade edilen bu verilerin, ancak ilgili kişinin açık rızası ile ve KVKK'da sayılan sınırlı hallerde işlenmesinin mümkün olması suretiyle daha kuvvetli bir şekilde korunmasının gerektiği kabul edilmiştir³⁹.

KVKK, özel nitelikli kişisel verileri, sınırlı sayma yoluyla belirlemiştir ancak bu sayma metodunda yer verilen kategorilerde hangi verilerin yer aldığı sayma yöntemiyle belirlenmemiştir. Bunlar; kişilerin ırkı, etnik kökeni, siyasi düşüncesi, felsefi inancı, dini, mezhebi veya diğer inançları, kılık ve kıyafeti, dernek, vakıf ya da sendika üyeliği, sağlığı, cinsel hayatı, ceza mahkûmiyeti ve güvenlik tedbirleriyle ilgili verileri ile biyometrik ve genetik veriler olup; özel nitelikli kişisel verilerin, kıyas yoluyla genişletilmesinin mümkün olmadığı kabul edilmektedir.

KVKK, özel nitelikli kişisel veriler arasında da bir ayırım yapmıştır. Buna göre, sağlık ve cinsel hayata ilişkin kişisel verilerin işlenmesi ile bunlar dışındaki özel nitelikli kişisel verilerin, açık rıza olmaksızın işlenebileceği haller farklı düzenlenmiştir. Özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesi, ilgili kişinin açık rızası olmaksızın bazı istisnai durumlarda kabul edilmiştir. Sağlık ve cinsel hayat dışındaki özel nitelikli kişisel veriler, ancak kanunlarda öngörülen hallerde; sağlık ve cinsel hayata ilişkin kişisel veriler, ancak kamu sağlığının korunması, koruyucu hekimlik, tıbbî teşhis, tedavi ve bakım hizmetlerinin yürütülmesi, sağlık hizmetleri ile finansmanının planlanması ve yönetimi amacıyla, sır saklama yükümlülüğü altında bulunan kişiler veya yetkili kurum ve kuruluşlar tarafından işlenebilir⁴⁰. Ay-

39 Dülger, s. 13 ve 215; Küzeci, s. 210.

40 KVK Kurumu, Özel Nitelikli Kişisel Verilerin İşlenmesi Şartları, <https://kvkk.gov>.

rica KVKK uyarınca özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesi bakımından, Kişisel Verilerin Korunması Kurulu (“Kurul”) tarafından belirlenen yeterli önlemlerin alınması şartı getirilmiştir⁴¹. Kurul Koronavirüs salgını bazında ise genel olarak alınmış rızanın veri işleme için yeterli olup olmadığı hakkında bir görüş beyan etmemiştir. Aynı durum Avrupa Veri Koruma Kurulu (“AVKK”) bakımından da geçerli olup salgın bağlamında bilimsel araştırma amacıyla sağlıkla ilgili verilerin işlenmesine ilişkin AVKK kılavuzlarının, genel nitelikli rızanın pandemi araştırmaları için uygun olduğundan bahsetmediği görülmektedir⁴².

4- KVKK Kapsamına Girmeyen Haller

KVKK sadece gerçek kişilerle ilgili verilere uygulanmakta; tüzel kişilerle ilgili veriler ise KVKK kapsamında yer almamaktadır. Zira KVKK’da, “kişisel verileri işlenen gerçek kişiler” ifadesine yer verilmesi (KVKK m.1) itibarıyla, KVKK’nın sadece gerçek kişilerle ilgili verilere uygulanacağı ifade edilmiştir. Tüzel kişilerle ilgili veriler ise KVKK kapsamında düzenlenmemiştir. Kişisel verilerin işlenmesine ilişkin KVKK hükümleri incelendiğinde; fiziksel olarak kayıt altına alınan ve veri kayıt sisteminin parçası olmayan kişisel verilerin de KVKK’nın uygulama alanının dışında bırakıldığı görülmektedir. “Tamamen veya kısmen otomatik olan ya da herhangi bir veri kayıt sisteminin parçası olmak kaydıyla otomatik olmayan yollarla işlenmesi” ifadesi bunu işaret etmektedir.

Nihayet, Kanun’un 28. maddesinde, tamamen veya kısmen Kanun’un uygulama kapsamının dışındaki haller düzenlenmiştir. Bu maddenin 1. fıkrasında tam istisnalar, 2. fıkrasında ise kısmi istisnalar düzenlenmektedir. Tam istisna halinde KVKK hükümleri hiçbir şekilde uygulanmayacakken;

<tr/SharedFolderServer/CMSFiles/fae2e7c8-f24f-457f-a71d-2d5ed599cf15.pdf> (erişim tarihi: 17.05.2020).

41 Bkz. Özel Nitelikli Kişisel Verilerin İşlenmesinde Veri Sorumlularınca Alınması Gereken Yeterli Önlemler” ile ilgili Kişisel Verileri Koruma Kurulunun 31/01/2018 Tarihli ve 2018/10 Sayılı Kararı (<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2018/03/20180307-7.pdf> erişim tarihi: 15.05.2020).

42 https://edpb.europa.eu/sites/edpb/files/files/file1/edpb_guidelines_202003_healthdatascientificresearchcovid19_en.pdf (erişim tarihi: 20.06.2020).

kısmi istisna hallerinde ise, KVKK'nın sadece bazı hükümleri uygulanmayacaktır⁴³. İnceleme konumuz bakımından KVKK m. 28/1 (c) ve (ç) hükümleri önem arz etmektedir. Bu hükümlere göre; kişisel verilerin millî savunmayı, millî güvenliği, kamu güvenliğini, kamu düzenini, ekonomik güvenliği, özel hayatın gizliliğini veya kişilik haklarını ihlal etmemek ya da suç teşkil etmemek kaydıyla, sanat, tarih, edebiyat veya bilimsel amaçlarla veya ifade özgürlüğü kapsamında işlenmesi KVKK'nın uygulama alanının dışında bırakılmıştır. Yine kişisel verilerin millî savunmayı, millî güvenliği, kamu güvenliğini, kamu düzenini veya ekonomik güvenliği sağlamaya yönelik olarak kanunla görev ve yetki verilmiş kamu kurum ve kuruluşları tarafından yürütülen önleyici, koruyucu ve istihbari faaliyetler kapsamında işlenmesi de KVKK'nın uygulama alanının dışında tutulmuştur⁴⁴.

43 Amaç ve Kapsam Rehberi, s. 7.

44 Kanun'un 28 maddesi genel olarak oldukça geniş bir istisna listesine sahiptir. Örneğin kişisel verilerin, üçüncü kişilere verilmemek ve veri güvenliğine ilişkin yükümlülükler uyulmak kaydıyla gerçek kişiler tarafından tamamen kendisiyle veya aynı konutta yaşayan aile fertleriyle ilgili faaliyetler kapsamında işlenmesi Kanun'un uygulama alanının dışında tutulmuş ve devamında kişisel verilerin resmi istatistik ile anonim hâle getirilmek suretiyle araştırma, planlama ve istatistik gibi amaçlarla işlenmesi de kapsam dışında bir durum olarak düzenlenmiştir. Bu inceleme konusuna temas eden ve Kurum tarafından yapılan değerlendirmelerde dikkate alınmayan bir diğer önemli istisna ise kişisel verilerin millî savunmayı, millî güvenliği, kamu güvenliğini, kamu düzenini, ekonomik güvenliği, özel hayatın gizliliğini veya kişilik haklarını ihlal etmemek ya da suç teşkil etmemek kaydıyla, sanat, tarih, edebiyat veya bilimsel amaçlarla ya da ifade özgürlüğü kapsamında işlenmesidir. Kişisel verilerin millî savunmayı, millî güvenliği, kamu güvenliğini, kamu düzenini veya ekonomik güvenliği sağlamaya yönelik olarak kanunla görev ve yetki verilmiş kamu kurum ve kuruluşları tarafından yürütülen önleyici, koruyucu ve istihbari faaliyetler kapsamında işlenmesi şeklindeki istisna Koronavirüs sırasında alınan tedbirlere dayanak gösterilmesi bakımından önemli ve geniş bir istisna olarak göze çarpmaktadır. Yine Kanun'a göre, kişisel verilerin soruşturma, kovuşturma, yargılama veya infaz işlemlerine ilişkin olarak yargı makamları veya infaz mercileri tarafından işlenmesi ile veri sorumlusunun aydınlatma yükümlülüğünü düzenleyen 10. maddesi ve zararın giderilmesini talep etme hakkı hariç, ilgili kişinin haklarını düzenleyen 11. ve Veri Sorumluları Siciline kayıt yükümlülüğünü düzenleyen 16. maddeleri belirli hallerde uygulanmamaktadır. Burada bahse konu kısmi istisna hallerinden ilki kişisel veri işleminin suç işlenmesinin önlenmesi veya suç soruşturması için gerekli olmasıdır. İkinci kısmi istisna, ilgili kişinin kendisi tarafından alenileştirilmiş kişisel verilerin işlenmesi olarak kabul edilmişken; kişisel veri işleminin kanunun verdiği yetkiye dayanarak görevli ve yetkili kamu kurum ve kuruluşları ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarınca, denetleme veya düzenleme görevlerinin yürütülmesi ile disiplin soruşturma veya kovuşturması için gerekli olması de bu çerçevede değerlendirilmiştir. Son olarak kişisel veri işleminin bütçe, vergi ve mali konulara ilişkin olarak Devletin ekonomik ve mali

III- KORONAVİRÜSLE MÜCADELEDE KULLANILAN TEKNOLOJİK ARAÇ VE UYGULAMALAR

A) Genel Olarak

Hem Dünya’da hem de Türkiye’de Koronavirüs ile mücadele için çeşitli özellikleri ön plana çıkan çok sayıda teknolojik araç ve tedbire başvurulmaktadır⁴⁵. Kişisel verilerin korunmasına dair mevzuatın kısa sayılabilecek geçmişi dikkate alındığında alandaki teorik değerlendirmelerin birçoğunun Koronavirüs dönemindeki uygulamalarla önemli ölçüde somutlaştığı söylenebilir. Bu açıdan bakıldığında, salgınla mücadelede başvuru- rulan teknolojik araçların önümüzdeki günlerde daha da artacağını, bun- ların bir kısmının ise uzun vadede hayatımızda salgından bağımsız şekilde kalıcılık kazanacağını, bu teknolojik araçlar aracılığıyla veri işleme faaliyet- lerine dair özel nitelikli yeni yasal düzenlemelerin gündeme geleceğini dü- şünmekteyiz⁴⁶. Aşağıda önce bazı ülkelerde ön plana çıkan kimi teknolojik tedbirler ve ardından bunların kişisel verilerin korunması ile ilişkisi değ- erlendirilecektir.

B) Çin Halk Cumhuriyeti

Çin Halk Cumhuriyeti, hem COVID-19’un ilk defa ortaya çıktığı veya tespit edildiği ülke olması bakımından hem de nüfusu ve teknoloji konu- sundaki iddialı konumundan ötürü salgınla mücadelede başvuru- rulan tekno- lojik tedbirler noktasında da ön plana çıkmıştır⁴⁷. Bunların başında, test ve araştırma şirketlerinin algoritmalarının halka açılması gelmiş, salgına yöne- lik AR-GE ve test çalışmaları yürüten kurumlar için bu algoritmalar, virüs

çıkarlarının korunması için gerekli olması de kısmi istisnaların arasında yer almıştır.

45 Dünya genelinde Koronavirüs ile mücadeleye dair teknolojik araç ve uygulamaların üzerinde çalışan şirketler ve çalışmaları hakkında güncel bilgiler ve listeler için bkz. <https://www.healthxl.com/covid19> (erişim tarihi: 24.06.2020).

46 Francisco Costa-Cabral, Future-Mapping the Three Dimensions of EU Competition Law: Modernisation Now and After COVID-19 (April 21, 2020). TILEC Discussi- on Paper No. DP 2020-011, s. 15, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3581535> (erişim: 18.06.2020).

47 Singhal/Prakash, s. 1-2.

tespiti ve teşhisinde geleneksel yöntemlere göre çok daha yüksek verimlilik sağlamıştır. Böylece Çin’de virus taşıdığından şüphe edilen kişilerin genetik analizinin yarım saat gibi kısa bir süre içinde yapılmasını sağlayan ve bu sayede virüsün uğradığı mutasyonları tespit ve takip edebilen yapay zeka algoritmasının geliştirildiği duyurulmuştur⁴⁸. Şüphesiz bu algoritmanın işlediği ve sonuçlarını dayandığı veri, kişisel veridir ve daha da dar anlamda sağlık verisidir. Ancak hem bu hem de aşağıdaki diğer teknolojik veri işleme süreçlerine dair olmak üzere, hemen belirtmek gerekir ki Çin’de kişisel veri, kişilik hakkının bir parçasıdır. Fakat Avrupa Birliği’nden farklı olarak temel bir insan hakkı olarak ele alınmamaktadır⁴⁹.

Salgınla mücadelede vaka takibinin ülke bazında ve Dünya bazında yapılması da önem arz eden bir husustur. Bunu en şeffaf şekilde sağlamak üzere, blockzincir teknolojisinin vaka bilgisinin şeffaflığı ve gelişmelerin izlenebilirliğinin sağlanmasında etkili olacağını öngören Lianfei Technology, Çin’de ilk blockzincir salgın izleme platformunu blockzincir üzerinde kurmuş ve tüm ülkede hastalığın ilerlemesinin gerçek zamanlı olarak takip edilmesini sağlamıştır⁵⁰.

48 Joseph Bullock /Alexandra Luccioni/ Katherine Hoffmann Pham/Cynthia Sin Nga Lam/Miguel Luengo-Oroz/Mapping the landscape of Artificial Intelligence Applications Against COVID-19, s. 14, <https://arxiv.org/pdf/2003.11336.pdf> (erişim tarihi: 25.06.2020); Yeni Nesil Teknolojilerin COVID-19 Mücadelesindeki Önemi – Ülke Örnekleri, Deloitte, s. 6, <https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/tr/Documents/consulting/yeni-nesil-teknolojilerin-covid-19-mucadelesindeki-onemi.pdf>, (Kısaca: “Deloitte Rapor”) (erişim tarihi: 20.05.2020); Thanh Thi Nguyen, Artificial Intelligence in the Battle against Coronavirus (COVID-19): A Survey and Future Research Directions, DOI: 10.13140/RG.2.2.36491.23846 (erişim tarihi: 20.06.2020); Naudé, s. 7.

49 Huang, s. 10.

50 <https://www.asiablockchainreview.com/china-tackles-covid-19-with-blockchain/> (erişim tarihi: 20.06.2020); Deloitte Rapor, s. 7; Vaka bazlı sınır ötesi bilgi paylaşımı amacıyla dikkat çeken bir diğer teknolojik girişim ise Alibaba Cloud ve The Jack Ma Vakfı tarafından ortak proje olan Global MediXchange programıdır. Bu program bulut bilişim teknolojisi ve yapay zeka, büyük veri kullanarak sınır ötesi çevrimiçi iletişimi ve işbirliğini kolaylaştırmayı hedeflerken, pandemi ile mücadele konusunda deneyimleri paylaşmak için küresel bazda sağlık çalışanlarına ekiplere veri paylaşımı alt yapısını sunmaktadır https://gmcc.alibabadoctor.com/?locale=en-us&entry=aliyungmcc_re_20200420_& (erişim tarihi: 20.06.2020); Ayrıca bkz. Jack Ma Foundation and Alibaba Foundati-

Koronavirüsün tespitinde kullanılan dikkat çekici bir diğer teknoloji ise, akıllı ses tanıma sistemidir. Yapay zekalı bir robot yazılımı üzerinden telefon araması ile konuşulan kişinin sesinin analiz edilmesi suretiyle şüpheli vaka tespiti sağlayan bu yöntem, hem sağlık hem de sigorta şirketleri için hem bugün hem de gelecek için oldukça büyük bir değere sahiptir⁵¹. Bu uygulamada ise ses verisi KVKK Genel Gerekçesinde de ifade edildiği üzere, kişisel veri vasfında olup bu tür aramalarda muhabata veri işlemeye dair aydınlatma yapılması, sonrasında işleme konusunda açık rızasının alınmasının gerekeceği düşünülmektedir⁵².

Çin'in Dünyanın en büyük yüz ölçümüne sahip ülkelerinden birisi olması sebebiyle, sağlık teşkilatı ve personeli her bölgede orantılı bir dağılımı göstermediği için bazı bölgelerde yeterli görüntüleme uzmanlarının

on Host 11th Global MediXchange for Combating COVID-19 (GMCC) Webinar in Africa in Collaboration with the United Nations, <https://www.cnbc.com/africa-press-office/2020/05/27/media-alert-jack-ma-foundation-and-alibaba-foundation-host-11th-global-medixchange-for-combating-covid-19-gmcc-webinar-in-africa-in-collaboration-with-the-united-nations/> (erişim tarihi: 21.06.2020)

- 51 Sarah Dai, AI Applications Surge as China Battles to Contain New Coronavirus Epidemic, <https://www.techinasia.com/ai-surge-china-coronavirus> (erişim tarihi: 23.06.2020); Deolitte Rapor, s. 7; Ping An's COVID-19 Smart Audio Screening System Identified More Than 1,600 Suspected Cases to Date, <https://www.prnewswire.com/news-releases/ping-ans-covid-19-smart-audio-screening-system-identified-more-than-1-600-suspected-cases-to-date-301028742.html> (erişim tarihi: 20.05.2020) Bir finans ve sigorta şirketi olan Ping An (Bkz. <http://www.pingan.cn/>) hem yapay zeka ve bulut teknolojisi hem de blockchain teknolojisini bir arada kullanarak salgının takip ve kontrolünü sağlamak için akıllı ses tarama sistemi geliştirmiştir. Bu sistemde yapay zekalı 3.000 adet robot 580.000'den fazla tarama gerçekleştirmiş ve takip için 1.600'den fazla şüpheli vakayı başarıyla tespit etmiştir. Robotların bu arama sayılarının insanların çalıştığı çağrı merkezlerinden çok daha fazla olduğu, bu sayede bir günde 1,5 milyon tarama yapılabildiği raporlanmaktadır. Bu aramalarda, muhabatın vücut sıcaklığı ve semptomlar sınıflandırılarak ilgili kurumlara raporlama sağlanabilmektedir. Mason Marks, Emergent Medical Data: Health Information Inferred by Artificial Intelligence (March 14, 2020). U.C. Irvine Law Review (2021, Forthcoming), s. 61 ve 67, <https://ssrn.com/abstract=3554118> (erişim tarihi: 22.05.2020).
- 52 KVKK Genel Gerekçesine göre isim, telefon numarası, motorlu taşıt plakası, sosyal güvenlik numarası, pasaport numarası, özgeçmiş, resim, görüntü ve ses kayıtları, parmak izleri, genetik bilgiler gibi veriler dolaylı da olsa kişiyi belirlenebilir kılabilmek için gerekli verilerdir. (Genel Gerekçe için bkz. <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss117.pdf> (erişim tarihi: 22.05.2020).

bulunmaması ülkede salgınla mücadelede akıllı görüntüleme ve görüntü okuma sistemlerinin devreye sokulmasını gerektirmiştir. Yapay zekalı tomografik görüntüleme sistemleri ile kişilerin vücutlarının tomografik görüntülerindeki değişimlerin mukayese edilmesi suretiyle 15 saniye gibi kısa bir süre içinde %90 gibi yüksek bir başarı oranıyla vaka tespiti yapıldığı görülmüştür⁵³. Tomografik görüntüler kişisel sağlık verisi vasfında olup, kişinin fiziksel ve ruhsal sağlığına ilişkin her türlü veri ile kişiye sunulan sağlık hizmeti ile ilgili bilgilerdir. Bu kapsamda, her nevi tahlil sonucu, kişinin geçirdiği hastalıklar, kullandığı ilaçlar gibi veriler kişisel sağlık verileri olup, özel nitelikli kişisel veridir. Diğer bir ifadeyle, bu veriler özel nitelikli kişisel verilerin işlenme şartlarına tabidir⁵⁴.

Ses tanıma sistemleri ile erken teşhis ve tedavi yöntemlerine ilave olarak pek çok ülkede, özellikle hava alanları veya diğer kalabalık kapalı alanlarda uygulandığı gibi Çin'de de vücut ısını algılayan termal kameralar ve yüz tanıma sistemlerinin kullanıldığı kameralar uygulamaya sokulmuştur. Çin'de ise genel uygulamalardan farklı olarak termal kameralardan ve yüz tanıma yazılımlarından elde edilen verilerin işlenmesiyle insanların risk seviyelerine göre analiz edilerek sınıflara ayrılması şeklinde bir uygulama yapılmıştır. Bu sınıflandırma, renklerin kullanılmasına göre en düşük risklilerden en yüksek risklilere kadar bir renk gruplandırmasına dayanmıştır⁵⁵.

53 Jilan Liu, Deployment of Health IT in China's Fight Against the COVID-19 Pandemic, <https://www.itnonline.com/article/deployment-health-it-china%E2%80%99s-fight-against-covid-19-pandemic> (erişim tarihi: 22.06.2020); Deloitte Rapor, s. 7.

54 100 Soruda Kişisel Verilerin Korunması, Kişisel Verileri Koruma Kurumu, Ankara 2081, s. 21, <https://www.kvkk.gov.tr/SharedFolderServer/CMSFiles/7d5b0a2f-e0ea-41e0-bf0b-bc9e43dfb57a.pdf> (erişim tarihi: 20.05.2020); Marks, s. 66; Özellikle acil serviste elde edilen kişisel verilerin yapay zeka ile çoklu işleme faaliyetine konu edilmesi yakın geleceğin en çok tartışılacak ve belki de bu servise özel veri işleme ve yapay zeka ilişkisine odaklanan kurallar konulmasını gerektirecek konuların arasında yer almaktadır.

55 Salgın sırasında Dünya'da ilk defa ve en uzun sokağa çıkma yasağının uygulandığı Çin'de sokağa çıkma yasaklarına son verilirken, WeChat ve Alipay üzerinden kişilerin konum bazı hareketliliklerinin takip ve kontrolü amacıyla olası bir yeni vaka durumunda aynı bölgede bulunmuş kişilere hızlı bilgi verilmesi hedeflenmiş; bu çerçevede yapılan uygulamada, vatandaşların kendi karekodlarını gittikleri her yerde okutması istenmiştir. Uygulama tipik bir büyük veri/big data teknolojisi çözümü ile insanların; konum, seyahat geçmişleri ve temel sağlık durumları gibi bilgileri temel olarak kişilere bir renk kodu (yeşil, sarı veya kırmızı) atamakta ve bu renk/sağlık

Böylelikle tüm vatandaşlar COVID-19 anlamında risk oluşturmalarına karşılık bir renk grubuyla tasnif edilmiştir⁵⁶.

Nesnelerin interneti (IoT), yapay zeka (AI) bulut bilişim ve büyük veri teknolojileri entegre edilerek Guangzhou Gosuncn Robotics firması tarafından üretilen 5G devriye robotları bu dönemde kullanıma sokulan ve en çok dikkat çeken teknolojilerin arasındadır⁵⁷. Bu robotlar, çevreyi, çevrelerindeki insanların davranışlarını algılayarak dinamik şekilde karar verebilmekte, otonom bir biçimde hareket kontrolü sağlayarak vücut sıcaklığının temassız bir şekilde ölçüp, kalabalığın toplandığı halka açık alanlarda el yıkama ve maske takma hatırlatması yapmaktadır. Hatta yüksek vücut ısı tespiti halinde bulundukları alan yetkililerine bu durumu bir uyarı olarak bildirme kabiliyetleri ve yetkileri de bulunmaktadır⁵⁸.

Salgınla mücadelede tartışma yaratan teknolojilerden biri de drone'lardır. Drone'lar halka açık alanlarda maske takmayanların tespit edilmesi ve maske takmaları hususunda uyarılmaları için kullanılmış; ayrıca, geniş alanlara dezenfektan püskürtülmesi ve termal kameralar yardımıyla insanların vücut sıcaklıklarının ölçülmesinde kullanılmaktadır. Önce

kodları ile kişilerin evden çıkmaya uygunluk denetim ve analizi yapmaktadır.

56 Paul Mozur/Raymond Zhong/Aaron Kroluk, In Coronavirus Fight, China Gives Citizens a Color Code, With Red Flags, <https://www.nytimes.com/2020/03/01/business/china-coronavirus-surveillance.html> (erişim tarihi: 22.04.2020); Deloitte Raporu, s. 8; Jilan Liu, Deployment of Health IT in China's Fight Against the COVID-19 Pandemic, <https://www.itnonline.com/article/deployment-health-it-china%E2%80%99s-fight-against-covid-19-pandemic> (erişim tarihi: 22.06.2020).

57 Singhal/Prakash, s. 3.

58 Deloitte Rapor, s. 8; Jilan Liu, Deployment of Health IT in China's Fight Against the COVID-19 Pandemic, <https://www.itnonline.com/article/deployment-health-it-china%E2%80%99s-fight-against-covid-19-pandemic> (erişim tarihi: 22.06.2020); Ayrıca AB için benzer bir çalışmaya dair bkz. Join the AI-ROBOTICS vs COVID-19 initiative of the European AI Alliance, <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/join-ai-robotics-vs-covid-19-initiative-european-ai-alliance> (erişim tarihi: 22.06.2020) Avrupa Komisyonu tarafından yapılan benzer bir çalışmada daha salgınla mücadelede yapay zeka ve robot çözümlerinden faydalanılmasına karar verilmiştir. Buna göre; salgına karşı yapay zeka veya robotların kullanımına dair önce bir bilgi havuzu oluşturulması amaçlanmaktadır. Avrupa Komisyonu yapay zeka ve robotlar hakkında donanımlı uzmanları virüs ile mücadelede etkin iş birliğine çağırmakta olup internet sitesinde bu konuda yapılan başvurulara erişilmesini sağlayan yapay zeka veri havuzu oluşturulması çalışmaları devam etmektedir

Çin’de, ardından Fransa’da başvurulmuş drone uygulamasına dair Fransız Danıştay, Paris’teki bu uygulamanın yürürlüğünü kısa bir süre evvel durdurma yönünde karar almıştır. Paris’te, lokasyon ve kalabalık tespiti, vücut ısı ve maske kullanım verilerinin toplanması uygulamasında başvurulmuş drone’lar için yüksek mahkeme, verdiği kararın gerekçesinde, bu uygulamanın yasal bir dayanağının olmadığı ve kişisel verilerin ihlal edilmesi riski taşıdığı gerekçelerini ortaya koymuştur⁵⁹.

Koronavirüsün ekonomi ve iş hayatına etkilerini azaltmak için alınan tedbirlerden biri ise uzaktan eğitim ve online toplantı uygulamalarıdır⁶⁰. Bu amaçla, Tencent Meeting ve WeChat Work 300 katılımcıya kadar sesli ve görüntülü konferanslar için ücretsiz ve sınırsız toplantı yapma hakkı sunmuştur⁶¹. Tüm bu uygulamalardaki her nevi kişisel veri, Çin hükümeti tarafından merkezi bir veri kontrol, takip ve yönetim otoritesi olarak işlenmektedir⁶².

C) Güney Kore

Güney Kore de Çin’den sonra Koronavirüs salgınıyla mücadelede teknolojik tedbirleri en iyi kullanan ve bundan en başarılı olan ülkelerdendir. Güney Kore de pek çok ülke gibi ülkesindeki vatandaşların ve diğer

59 Bahse konu karar için bkz. <https://www.conseil-etat.fr/actualites/actualites/le-conseil-d-etat-ordonne-a-l-etat-de-cesser-immEDIATEMENT-la-surveillance-par-drone-du-respect-des-regles-sanitaires> (erişim tarihi 30.05.2020); ayrıca bkz. https://www.francetvinfo.fr/sante/maladie/coronavirus/le-conseil-detat-suspend-lutilisation-des-drones-pour-controler-le-deconfinement-a-paris_3969795.html (erişim tarihi: 30.05.2020); Çin’de korona ile teknolojik mücadeleye ülkenin en büyük teknoloji şirketleri de katılmış, örneğin Qihoo 360, ülkedeki hareketlilik ve ülke içi taşınma verilerine mobil cihazlarla ulaşması mümkün kılan Büyük Veri Taşıma Haritası geliştirip yayınlamıştır. Dünya’nın en yüksek değerli teknoloji şirketlerinden olan Çinli Tencent ise ücretsiz çevrimiçi sağlık danışmanlığı, güncel seyahat prosedürleri hakkında bilgi edinilmesini mümkün kılan sohbet robotları (chatbot) geliştirmiş ve ücretsiz kullanıma sunmuştur.

60 Koronavirüs salgını sırasında başvurulmuş uzaktan eğitim teknolojileri hakkında toplu bir değerlendirme için bkz. Seth Oranburg, Distance Education in the Time of Coronavirus: Quick and Easy Strategies for Professors (March 13, 2020). Duquesne University School of Law Research Paper No. 2020-02.

61 Deloitte Rapor, s. 8.

62 Huang, s. 11.

kişilerin lokasyon ve seyahat bilgileri toplanmış ve işlenmiştir. Vaka takibinde, akıllı telefon, kredi kartı ve konum verileri ile lokasyon haritası üretilen Güney Kore, böylece iletişim izi takip sistemlerini devreye sokmuştur. Salgınla mücadele ve bilinçlendirme amacıyla vatandaşlara yapay zekalı chatbot ve ses robotlarının aramalarıyla ulaşılmıştır⁶³.

D) Singapur

Küresel kamuoyu nezdinde Koronavirüs salgını ile mücadelede dikkatle incelenen bir diğer ülke olan Singapur, yapay zeka çözümleriyle iki sa- niye içinde temassız ateş ölçümü ve farklı cihazlara entegre edilen yüz tanı- ma uygulamalarına başvurmuştur⁶⁴.

Singapur'da TraceTogether adı verilen ve Türkiye'deki Hayat Eve Sığar ("HES") uygulamasına benzeyen bir uygulama ile GPS yerine bluetooth verilerini kullanarak kullanıcı gizliliğine diğer benzer uygulamalara göre daha fazla özen gösterildiği görülmektedir⁶⁵. Buna göre, TraceTogether'a kendi numaraları ile kayıt olan kullanıcıların kimlerle temas halinde oldu- ğu izlenmekte ve bir kişinin enfekte olduğu tespit edildiğinde, yetkililer te- lefon numarası ile kişinin kimlik bilgilerini eşleştirerek hızlı bir şekilde ki- şilere ulaşmaktadır⁶⁶.

63 Aida Ponce, COVID-19 Contact-Tracing Apps: How to Prevent Privacy from Beco- ming the Next Victim (May 5, 2020). ETUI Research Paper - Policy Brief 5/2020, s. 2 (<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3593405>, erişim tarihi: 26.05.2020)

64 Ponce, s. 3.

65 Robert Chesney, COVID-19 Contact Tracing We Can Live With: A Roadmap and Recommendations, <https://www.lawfareblog.com/covid-19-contact-tracing-we-can-live-roadmap-and-recommendations> (erişim tarihi: 16.04.2020); Carrie De- Cell, Can Governments Track the Pandemic and Still Protect Privacy? <https://www.justsecurity.org/69549/can-governments-track-the-pandemic-and-still-protect-privacy/> (erişim tarihi: 08.04.2020); Philippe Mesmer, Endiguer le Coronavirus: Singapour et la Corée du Sud, des exemples à suivre, L'Express, 18 March 2020, https://www.lexpress.fr/actualite/monde/asie/endiguer-lecoronavirus-singapour-et-la-coree-du-sud-des-exemples-asuivre_2121024.html (erişim tarihi: 20.04.2020)

66 Deloitte Rapor, s. 12; Ponce, s. 4; Avrupa'dan 8 ülkenin dahil olduğu toplam 130 ülke tarafından katılan Pan-European Privacy-Preserving Proximity-Tracing (PEPP-PT) projesinin amacı ulusal seviyede vaka temas ve takibinde kullanılmak üzere ortak bir yazılım kodu geliştirilmesidir. Projenin amacı sınır ötesi güvenilir ve anonimleştirilmiş veri transferine olanak sağlayarak salgınla mücadelede ulusla-

E) Hindistan

Aslında özel bir teknolojik tedbir olmasa da uygulamanın şekli itibarıyla dikkat çeken bir ülke olarak Hindistan'a baktığımızda; Hindistan'ın 11 Nisan 2020 tarihinde Aarogya Setu isimli bir mobil uygulamayı devreye soktuğu ve bunun HES'e benzer, seyahat, konum, vaka, temas bilgilerini işleyen bir uygulama olduğu tespit edilmektedir. Sağlığa Bir Köprü anlamına gelen Aarogya Setu Koronavirüs'le mücadele için önce gönüllülük esasına dayalı olarak kullanıma sunulmuş ve bu dönemde 1 milyon defa indirilmiştir. Bu sayının yeterli bulunmaması üzerine ülkede, uygulama zorunlu hale getirilmiş ve hatta devamında bu uygulamayı yüklemeyenlerin işini kaybetmesinin, para cezasına çarptırılmasının veya tutuklanmasının söz konusu olduğu duyurulmuştur. Böylelikle, Aarogya Setu uygulaması iki hafta içinde rekor bir sayıya ulaşmış 50 milyon defa indirilmiştir. Bu Tebliğ'in sunulduğu tarihte ise 100 milyondan fazla indirmeyle halen indirilmeye devam edildiği tespit edilmektedir⁶⁷.

F) Amerika Birleşik Devletleri

ABD'de öne çıkan salgınla mücadele teknolojileri, iletişim izi ve akıllı ses dedektörü olarak dikkat çekmektedir. Harvard, MIT gibi akademilerin yanı sıra Facebook ve Uber gibi şirketlerin mühendislerinin de katılımı ile geliştirilen Güvenli Yollar Uygulaması bir iletişim takip programıdır. Bununla kullanıcılar, lokasyon gizliliği sağlayarak bölge bazlı vaka teması analizi yapabilmektedir. Vakaların sisteme kaydı ise test sonucu pozitif olan

rarası başarı sağlanmasına katkı sunulmasıdır; Avustralya'da benzer bir uygulama ve veri mahremiyeti tartışmaları için bkz. David Watts, COVIDSafe, Australia's Digital Contact Tracing App: The Legal Issues (May 2, 2020), s. 2-4, <https://ssrn.com/abstract=3591622> (erişim tarihi: 25.05.2020).

- 67 Patrick Howell O'Neill, India is Forcing People to Use its Covid App, Unlike Any Other Democracy, https://www.technologyreview.com/2020/05/07/1001360/india-aarogya-setu-covid-app-mandatory/amp/?_twitter_impression=true (erişim tarihi: 22.05.2020); Hatice Tuba Tosun, Kovid-19 Takibine Mahremiyet Engeli, <https://www.gelecek.org.tr/post/kovid-19-takibine-mahremiyet-engeli> (erişim tarihi: 20.06.2020).

kişilerin bu verilerini sağlık kurum veya çalışanlarıyla paylaşarak kamuya açık hale getirmeleri sayesinde sağlanmaktadır⁶⁸.

Kullanıcıların ses analizi de, dikkat çeken bir diğer veri işleme aracıdır. Carnegie Mellon Üniversitesinde, kullanıcının ses analizinden COVID-19'u ön teşhisi koyan bir yapay zekalı ses dedektörü uygulaması geliştirilmiştir⁶⁹. Bu dedektör, kişinin nefes alışkanlıkları ve diğer bazı verileri bir arada analiz ederek virüsün kişinin akciğerlerine bulaşıp bulaşmadığını doğrulayabilmektedir. Geliştirme aşamasında olduğu belirtilen uygulama hastalardan ses kaydı verisi almakta, işlemektedir⁷⁰.

G) Avrupa

Almanya'da, Robert Koch Enstitüsü, Thyre şirketi tarafından yapılan bir çalışmanın sonucunda, Apple, Fitbit ve Garmin şirketlerin geliştirdiği, akıllı saat ve spor bileklerine yüklenerek⁷¹ bu cihazların üzerinde çalışan, Corona Datenspende (Korona Veri Bağışı) adlı bir uygulama aracılığıyla veri bağışı yoluyla veri toplama uygulaması geliştirmiştir⁷². Uygulama, kişilerde hastalık belirtisi olup olmadığını analiz etmek için nabız, sıcaklık ve uyku dahil olmak üzere verileri toplamakta, bunları bir algoritma

68 Will Douglas Heaven, A New App Would Say if You've Crossed Paths with Someone Who is Infected, MIT Technology Review, <https://www.technologyreview.com/2020/03/17/905257/coronavirus-infection-tests-app-pandemic-location-privacy/> (erişim: 20.04.2020); Deloitte Rapor, s. 13-14; Annie Thomas, Download This MIT App to Join Efforts to Trace the Coronavirus Route Map in Your Area, Deccan Chronicle, 23.04.2020.

69 Uygulama için, <https://cvd.lti.cmu.edu/> (erişim: 22.05.2020); Deloitte Rapor, s. 14.

70 Sara Jordan, Artificial Intelligence and the COVID-19 Pandemic, <https://fpf.org/2020/05/07/artificial-intelligence-and-the-covid-19-pandemic/> (erişim: 10.05.2020); Arden Pabuççıyan, Ses Analizi ile Corona Virüs Testi: COVID Voice Detector, <https://webrazzi.com/2020/04/01/ses-analizi-ile-corona-virus-testi-covid-voice-detector/> (erişim tarihi: 05.05.2020)

71 Belçika için bir örnek "Rombit" akıllı bilekliği iş yerinde virus bulaşıcılığını engellemeyi hedefleyen bir çözüm olarak işverenlerin kullanımına sunulmuştur. <https://rombit.be/smart-braceletto-prevent-coronavirus-infections-in-the-workplace/> (erişim tarihi: 20.04.2020)

72 Ponce, s. 3-4.

aracılığıyla kullanıcı verilerinde Koronavirüs enfeksiyonuna bağlı çeşitli semptomları tanımlamaktadır⁷³.

İngiltere’de ise Newcastle Üniversitesi bünyesinde bilgisayar ile görüntü işleme yöntemlerini kullanarak kamusal alanlarda sosyal mesafeleri otomatik olarak ölçebilen algoritmalar geliştirmiştir. Halka açık alanda hareket halindeki veya sabit durumdaki bireylerin aralarındaki mesafeyi ölçen bu algoritma, sosyal mesafeyi koruyan/korumayan kişileri anonim olarak tanımlayabilmekte ve kırmızı, sarı, yeşil renkleriyle bir gösterge sistemi gibi işaretleyerek tasnif edebilmektedir⁷⁴.

Avrupa’da salgınla mücadelede Fransa’da drone ile lokasyon ve yoğunluk bilgilerinin toplanması ise daha evvel değindiğimiz gibi uygulamanın yasal bir dayanağının bulunmadığı ve veri koruma hukukunun ihlal edilmesi risklerinden ötürü Fransız Danıştayı tarafından yürürlüğünün durdurulmasına karar verilmesi ile dikkat çekmiştir⁷⁵.

Salgın sırasında veri koruma kurallarını uygulamayı durduran Macaristan, Avrupa’da bu konuda ilk ve tek örnek olma özelliğini taşımaktadır. Macaristan’da Mayıs ayında alınan bir kararla salgın süresince geçerli olmak üzere, GDPR kapsamındaki hak ve yükümlülükler askıya alınmıştır⁷⁶. Kısıtlama Koronavirüsle ilgili tespit, önlem ve tedavi amacıyla kişisel veri işleyen veri sorumlularını kapsamaktadır. Bu karar, hem kamu kurumlarını hem de işçileri, müşterileri ya da ziyaretçileri yönünden spesifik önlemler alan işverenleri kapsamaktadır. Yani kararın kapsamı oldukça geniş olup, karara göre veri sorumlusu GDPR m. 13 ve 14’teki yükümlülüklerle [aydınlatma

73 Ulrich Worm/Ana Elisa Bruder, Germany: COVID-19-App Released In Germany, <https://www.mondaq.com/germany/reporting-and-compliance/931666/covid-19-app-released-in-germany> (erişim tarihi: 18.05.2020); Stewart Baker, The Problem With Google and Apple’s COVID-19-Tracking Plan, <https://www.lawfareblog.com/problem-google-and-apples-covid-19-tracking-plan> (erişim tarihi: 22.05.2020)

74 Deloitte Rapor, s. 16.

75 Bkz. s. 9 d. 20 s. 18, dn 38.

76 Haim Ravia/Dotan Hammer/Adi Shoval, Hungary Suspends Data Subjects’ Rights under the GDPR Due to the Coronavirus Pandemic, <https://www.pearlcohen.com/hungary-suspends-data-subjects-rights-under-the-gdpr-due-to-the-coronavirus-pandemic/> (erişim tarihi: 22.05.2020)

yükümlülüğü] uymak zorunda değildir. İlgili kişinin haklarının da bu kararla aynı şekilde kısıtlanmış durumda olduğu tespit edilmektedir⁷⁷.

Polonya ise AB içinde veri takip uygulamasını zorunlu hale getiren ilk ülkedir⁷⁸. Oysa GDPR genel ilke olarak takip programlarının gönüllü olmasını tavsiye etmektedir⁷⁹.

Buna karşın Luxemburg bilimsel araştırmalar için sağlık ve genetik veri işleme hakkında özel teknik önlemler ve güvenlik kurallarını ayrıca düzenlemiştir.

H) Türkiye

Ülkemizde de Koronavirüs salgını ile mücadele edilirken çeşitli tıbbi, ekonomik ve tabii teknolojik araç ve tedbirlere başvurulmuştur. Bunlardan biri olan, Boni Global şirketi tarafından geliştirilen Korona Takip uygulamasında, her bir kullanıcı için özel bir eşleşme kodu oluşturularak, kullanıcıların arasındaki etkileşimler yakınlık ve konum teknolojilerinin bir kombinasyonu kullanılarak izlenmekte ve bu etkileşimlerin kaydı tutulmaktadır. Böylece, bir kişi virüse maruz kaldığında bu kişi “risk altında” şeklinde kodlanmakta, bu kişiyle iletişim kuran tüm eşleşme kodlarına bildirim gönderilmektedir. Bir nevi iletişim izi veya temas takibi sağlayan uygulama eşleşme kodlarına göre kullanıcılarına temas takip ve kod tasnifi verileri sunmaktadır⁸⁰.

77 <https://www.onadozo.hu/hirek/a-gdpr-tol-eltero-adatvedelmi-szabalyokat-allapitott-meg-a-1792020-korm-rendelet-9759?fbclid=IwAR39CFIK4UrQ5du9M26QQMtq79RaSdsfXQgF6g3XLK9ToxvJ9VxGLESTp20> (erişim tarihi: 24.06.2020)

78 <https://gdpr-pl.cdn.ampproject.org/c/s/gdpr.pl/erod-krytykuje-wegierski-dekret/amp> (erişim: 22.05.2020)

79 European Data Protection Board Statement on the Processing of Personal Data in the Context of the COVID-19 Outbreak, https://edpb.europa.eu/sites/edpb/files/file1/edpb_statement_2020_processingpersonaldataandcovid-19_en.pdf (erişim 25.03.2020)

80 <https://www.boniglobal.com/tr/solutions/corona-tracer-app/> (erişim tarihi: 25.05.2020)

1- Hayat Eve Sığar Uygulaması ve Hes Kodu

Sağlık Bakanlığının HES uygulaması⁸¹, COVID-19 konusunda bilgilendirme, yönlendirme ve risk yönetimi amacıyla geliştirilmiş bir mobil uygulamadır. HES ile telefon üzerinden doğrulama yapılarak kişiye bulgulara göre nasıl davranması gerektiğine dair yönlendirme yapılmakta; kullanıcının cevaplarına göre hastalık tespitinde, öneri niteliği taşıyan ve kesinlik içermeyen tavsiyelerde bulunmaktadır. HES ile işlenen kullanıcının seyahat, ateş, konum gibi bilgilerinin kişisel veri vasfında olduğu açıktır. Kullanıcılar, HES üzerinden, evde izolasyon bilgilerine, enfekte kişilere ve riskli bölgelerin yoğunluğuna ulaşabilmektedir. Yine “Ailem” bölümünde, üçüncü kişileri takip etmek istediğini ekleyerek, ilgili kişinin bu uygulamayı yükleyip, uygulama üzerinden onay vermesi durumunda onların konum bilgilerini görebilmekte, takip edebilmekte ve bulundukları bölgelere göre risk durumlarını görebilmektedir⁸².

HES kodu⁸³ ise aynı isimli mobil uygulamanın; e-Devlet üzerinden veya, aralarında boşluk olacak şekilde HES, TCKN, kimlik seri numarasının son 4 rakamı ve HES kodu için geçerli olması gereken gün sayısını yazıp (Örnek: HES 12345678901 5376 30) 2023’e SMS yollayarak edinebilen ve yurt içi uçuşlar için rezervasyon ve biletleme aşamasında kullanacağı duyurulan 10 ya da 12 haneli kodu ifade etmektedir. HES kodu ile COVID-19

81 <https://apps.apple.com/tr/app/hayat-eve-s%C4%B1%C4%9Far/id1505756398?l=tr> (erişim tarihi: 25.05.2020).

82 Fransız Veri Koruma Kurumu CNIL, “StopCovid” uygulaması ile ilgili görüşlerini yayınladı. Bu uygulama Fransa’nın “Hayat Eve Sığar”ı olarak ifade edilebilir. CNIL’in görüşünde iki noktanın önemle vurgulandığı görülmektedir. Öncelikle bu uygulamayı kullanmak gönüllülük esasına dayanmalı, ikinci olarak uygulamayı kullanmamak kullanıcılar için negatif hukuki sonuçlara yol açmamalıdır. Bu görüşü HES ile karşılaştırdığımızda HES uygulamasının kullanımının da gönüllülük temeline dayandığı görülmektedir. Ancak, uçak ve tren seyahatlerinde kişilerin HES kodu almaya zorunlu olara tabi tutulması söz konusudur. HES kodu, HES uygulaması dışında e-devlet üzerinden ya da SMS ile de alınabilmektedir. Fakat HES Kodunun alınmasının zorunluluğu kişilere uygulamayı yüklemeyi ve kullanmayı zorunlu kıldığı yahut diğer elektronik araçları kullanmayı zorunlu kıldığı ölçüde itiraza uğrayabilir. Detaylı görüş için bkz. <https://www.cnil.fr/en/publication-cnils-opinion-stopcovid-mobile-application-project> (erişim tarihi: 22.06.2020).

83 <https://www.turkishairlines.com/tr-tr/duyurular/coronavirus-salgin/hayat-eve-sigar/> (erişim tarihi: 25.05.2020).

virüsün yayılmasını önlemek amacıyla, hastalığa maruz kalmış ya da hastalarla temas etmiş kişiler tespit edilerek uçak ve tren seyahatlerine kabul edilmemektedir. Şu anda, kişisel HES kodu tüm yurt içi uçuşlar için zorunlu tutulmaktadır. Yani Sağlık Bakanlığınca seyahatine onay verilmeyen yolcular uçuşlara ve tren seyahatlerine kabul edilmemektedir. Ancak aynı durum otobüs seyahatlerinde söz konusu değildir⁸⁴.

2- Filyasyon ve İzolasyon Takip Sistemi (FITAS)

T.C. Sağlık Bakanlığı Filyasyon ve İzolasyon Takip Sistemi olan FITAS, Bakanlığın veri sorumlusu olarak kişisel veri işlediği bir uygulamadır. İşlenen veriler, kimlik verileri, iletişim verileri, temas bilgileri, sağlık verileri şeklindedir. İzolasyon kurallarına uyumun denetlenmesi amacıyla kimlik ve konum bilgileri İçişleri Bakanlığı'na; COVID-19 pozitif tespiti durumunda kişinin kanından temin edilecek plazmaların COVID-19 pozitif tanısı konan diğer hastaların tedavisinde kullanılması amacıyla kimlik, konum ve sağlık verileri Kızılay'a aktarılmakta; ayrıca kamu sağlığının korunması ve koruyucu hekimlik kapsamında, kişinin COVID-19 pozitif veya temaslı olup olmadığı bilgisi, sağlık hizmeti almak üzere gidilen ve giriş yapılan özel sağlık kuruluşları ile üniversite hastaneleri tarafından Bakanlık sistemleri üzerinden doğrulanabilmektedir⁸⁵.

84 HES kodu belirli bir süre boyunca geçerlidir. HES kodunun, seyahat bitiş tarihinden itibaren en az 7 gün daha geçerli olması gerekmektedir, aksi durumda rezervasyon onayı yapılmamaktadır. Bebek yolcular içinse HES kodu istenilmemektedir.

85 <https://hsys.saglik.gov.tr/mobil/gizlilik> (erişim tarihi: 25.05.2020); Fitass Aydınlatma Metni şu ifadeleri içermektedir: "Kişisel verileriniz tarafımızca yöneltilen sorulara vereceğiniz cevaplarla otomatik olmayan yollarla veya bu uygulama aracılığı ile otomatik yollarla elde edilmekte olup, KVK Kanununun 6. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca kamu sağlığının korunması, koruyucu hekimlik, tıbbi teşhis, tedavi ve bakım hizmetlerinin yürütülmesi, sağlık hizmetleri ile finansmanının planlanması ve yönetimi amacıyla, sır saklama yükümlülüğü altında bulunan kişiler veya yetkili kurum ve kuruluşlar tarafından işlenmesi hukuki sebebine dayanarak işlenmektedir."

3- Özel Güvenlik Görevlilerinin Ateş Ölçer Cihaz Kullanımı

Koroavirüs ile mücadelede en yaygın şekilde karşılaşılan tedbirlerden biri de termal veya temassız ateş ölçerlerle yapılan veri işleme faaliyetidir. Bu uygulamaya dair Emniyet Genel Müdürlüğü tarafından yapılan açıklamada, salgın sona erene kadar, bu uygulamanın makul bir uygulama olduğunu, Sağlık Bakanlığı'nın aldığı tedbir ve kararlar çerçevesinde termal kamera ve gelişmiş ateş ölçerler ile uygulama yapılmasında sakınca olmadığını ifade edilmiş⁸⁶, KVK Kurumu tarafından ise konuya dair yaptığı açıklamalarda henüz bu duruma değinmemiştir. Emniyet Genel Müdürlüğü'nün bu açıklamasının kişisel verilerin korunması hukuku bakımından yasal bir dayanağı bulunmamaktadır. KVK Kurumu'nun ise bu uygulamayı ileride değerlendirip değerlendirmeyeceği belirsiz olmakla beraber bu kadar yaygın ve önemli bir konuda kamuoyunu henüz aydınlatmamış olması tereddüt uyandırmaktadır. Buna mukabil örneğin Avustralya'da veri koruma kurallarına riayet edilmesi ve salgınla mücadelede elde edilen verilerin özel şirketlerle paylaşılmayacağı kamu oyuna verilen taahhütlere⁸⁷.

4- HES –AVM Uygulaması

Kalabalık alanlardaki bulaşıcılık riskini azaltmak amacıyla AVM'lere Valilikler tarafından gönderilen kimi yazılar ile çalışanların COVID-19 değerlendirme formu doldurması ve HES kodu uygulamasının çalışanlarca yüklenmesi istenilmiştir. Google Forms ile oluşturulan formda Kişisel Verilerin Korunması Kanunu kapsamında aydınlatma yapılmadığı, hangi verilerin, hangi amaçla toplanıp nasıl veya kimin tarafından ne şekilde işleneceği belirsiz bırakıldığı gibi muhatapların açık rızasının alınması noktasının da cevapsız bırakılması tereddüt yaratmaktadır⁸⁸. Özel güvenlik personeli-

86 <https://www.egm.gov.tr/ozelguvenlik/ozel-guvenlik-gorevlilerinin-ates-olcer-cihaz-kullanimi-hk> (erişim tarihi: 22.05.2020).

87 Watts, s. 9.

88 Bu uygulamanın ve özel güvenlik personelinin ateş ölçme uygulamasının KVKK m. 6. istisna kapsamında olup olmadığı ve bu nedenle açık rıza istenip istenmediği konusunda resmi kurumlardan veya KVK Kurumu'ndan yapılan bir açıklama bulunmuyor. Bahse konu form ve HES kodu bilgilerini veri sorumlularının da kayıt ortamına almasının istenmesi halinde yahut çalışanların veya müşterilerin geçmiş lokasyon bilgilerinin de alınmasının talep edilmesi halinde bunlara özgü aydınlatmaları yapıl-

nin ateş ölçer cihaz kullanımı ile veri işlemesine dair görüşlerimiz bu uygulama bakımından da geçerlidir⁸⁹.

5- KVK Kurumu Tarafından Yapılan Değerlendirmeler

KVK Kurumu, Koronavirüs ile mücadelede alınan tedbirlere dair, bu Tebliğ'in sunulduğu tarihe kadar, 23.03.2020, 27.03.2020, 07.04.2020 ve 09.04.2020 tarihlerinde dört adet kamuoyu duyurusu yaymıştır.

a) İlk Değerlendirme

Bunlardan 23.03.2020 tarihinde yapılan açıklamada, veri sorumlularının KVKK'da yer alan yasal sürelerle uyma uyarısı yapılmış ancak devamında sürelerle riayet bakımından Koronavirüsün etkilerinin gözetileceği belirtilmiştir⁹⁰. Bu duyurunun içeriği, hukuki bakımdan maalesef aydınlatıcı

maksının ve açık rızalarının alınmasının gerektiği görüşündeyiz. Öte yandan rızanın salgınla mücadele amacıyla yapılan bir bilimsel araştırma çerçevesinde alındığı halde de ilgili kişi rızasını her zaman geri çekebilir. Bu gibi durumlarda ilgili bilimsel araştırma başarısızlığa uğrayabilir veya yarım kalabilir. O sebeple KVKK'da bu gibi hallere dair özel bir düzenleme yapılması yerinde olacaktır. Aynı görüşte bkz. Becker & Thorogood & Ordish & Beauvais, s. 5.

89 Buna mukabil Avrupa'daki çoğu veri koruma otoritesi genel rızaların devam eden ek uygulamalar için ek onaylara muhtaç olduğuna işaret etmektedir. Veri koruma otoritelerinin genel rıza için ek onaylar konusunda ısrarlı tavrının ve mantığının ruhu, amaç sınırlama ilkesi ve araştırma için işleme ilişkisine dayanmaktadır. Araştırma amacıyla işleme tabi tutulması ilk amaç ile uyumlu değilse, veriler bu tür araştırmalar için uygun önlemlerle daha da işlenebilir. Eğer rızanın genişlemesi bir yasal dayanağa sahipse bu durumlarda ek işleme mümkündür. Ancak yasal bir dayanak yoksa, ek onay veya diğer bir ifadeyle yeniden rıza alınması gerekir. Örnek olarak bkz. Information Commissioner's Office (ICO) [UK], Guide to the General Data Protection Regulation, Lawful Basis for Processing, 24 April 2020.

90 <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/6706/KAMUOYU-DUYURUSU-COVID-19-> (Erişim: 25.03.2020); Kurum, bu ilk duyurusunda, özellikle Covid-19 salgınına karşı kamuda ve özel sektörde çok sayıda tedbir alındığını vurgulamış; mevcut şartlar altında KVKK'nın uygulanmasına dair Kuruma intikal eden şikayet, ihbar ve veri ihlal bildirimlerinde veri sorumlularınca dikkate alınması gereken sürelerle ilişkin olarak bu sürelerin diğer perk çok Kanun'da olduğunu aksine durmadığını, işlemeye devam ettiğini ifade etmiştir. Fakat kurum diğer yandan aynı duyurusunda ülkemizin içinde bulunduğu bu olağanüstü süreçte veri sorumluları tarafından alınan önlemler kapsamında farklı operasyonel uygulamalara (uzaktan çalışma, dönüşümlü çalışma vb.) gidildiği de dikkate alınarak, her bir başvuru ya da veri ihlal bildirimi özelinde, veri sorumlularının uymakla yükümlü oldukları sürelerin değerlendirilmesi açısından

olmadığı gibi yasal bir zemini olmamasından ötürü aynı zamanda hatalı olduğunu da düşünüyoruz. Bilindiği gibi, Koronavirüs salgını sebebiyle yapılan özel düzenlemelerle pek çok yasal sürenin işleminin durdurulması söz konusu olmuştur⁹¹. KVKK'da düzenlenen sürelerin durdurulmasına dair özel bir tedbir alınmamış olması bir eksiklik olarak değerlendirilebilir. Öte yandan KVKK'daki süreler durmamışken ve Kurum da bunu hatırlatırken, aynı duyurusunda, tüm bunlara rağmen mevcut Koronavirüs şartlarının KVKK'daki sürelerin uygulanmasında dikkate alınacağını ifade edilmesi hukuki öngörülebilirlik ve şeffaf, eşit uygulama ilkelerinin göz ardı edilmesi riskine yol açan tereddütleri beraberinde getirmektedir. Doğrusu, ya diğer kanunlara dair yapılan düzenleme ile yasal sürelerin geçici olarak durdurulmasının düzenlenmesi veya diğer bazı süreler gibi bu süreler işlemeye devam etmesidir. KVK Kurumu'nun, KVKK'da yer alan sürelerin durmasına dair bir tedbir yokken, mevcut şartların sürelerle riayet bakımından dikkate alınacağına dair görüşü, bu bakımdan hukuken kabul edilebilir değildir.

Kişisel Verileri Koruma Kurulu tarafından içerisinde bulunduğumuz olağanüstü koşulların gözetileceğini de ifade etmiştir.

- 91 Bu kapsamda, 196 sayılı Kanun teklifine eklenen geçici madde ile yargı alanındaki sürelerin durdurulmasına ilişkin bir düzenleme getirilmiştir. Buna göre; dava açma, icra takibi başlatma, başvuru, şikayet, itiraz, ihtar, bildirim, ibraz ve zamanaşımı süreleri, hak düşürücü süreler ve zorunlu idari başvuru süreleri de dahil olmak üzere bir hakkın doğumu, kullanımı veya sona ermesine ilişkin tüm süreler, 13/03/2020 tarihi dahil olmak üzere bu tarihten itibaren; 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile usul hükmü içeren diğer kanunlarda taraflar bakımından belirlenen süreler ve bu kapsamda hakim tarafından tayin edilen süreler, 13/03/2020 tarihi dahil olmak üzere bu tarihten; arabuluculuk ve uzlaştırma düzenlemelerine dair süreler, 13/03/2020 dahil olmak üzere bu tarihten; İcra ve İflas Kanunu ile takip hukukuna ilişkin diğer kanunlarda belirlenen süreler; nafaka alacaklarına ilişkin icra takipleri hariç olmak üzere tüm icra ve iflas takipleri, taraf ve takip işlemleri, yeni icra ve iflas takip taleplerinin alınması, ihtiyati haciz kararlarının icra ve infazına ilişkin işlemler yine bu tarih dahil olmak üzere 22/03/2020 tarihinden itibaren 30/04/2020 tarihine kadar durdurulmuştur. Benzer bir yurt dışı uygulama analizi için bkz. Aurelio Gurrea-Martínez, *Insolvency Law in Times of COVID-19* (April 17, 2020), Ibero-American Institute for Law and Finance, Working Paper 2/2020, s. 8.

b) Genel Uyarı ve İstisna Değerlendirmesi

KVK Kurumu’nun ikinci duyurusu ise ilkinden kısa bir süre sonra 27.03.2020 yapılmıştır. Bu kadar kısa süre içinde iki ayrı görüş açıklaması ve bunların farklı içeriğe sahip yorumlar barındırması Kurum’un eleştirilmesine yol açar mahiyettedir. Bu ikinci görüş veya kamuoyu duyurusunda Kurum; COVID-19 mücadelesinde kişisel verilerin işlenmesinin kaçınılmaz olduğunu ifade ederek, sağlık verilerinin işlenmesinde KVKK’ya riayet edilmesinin gerektiğini haklı olarak vurgulama gereği duymuştur. Kurum, ayrıca, bu süreçte veri güvenliği için idari-teknik tedbirlerin alınması gerektiğini de işaret etmiş, genel ilkelere uyumun göz ardı edilmemesi gibi genel bir hatırlatma yapmıştır. Diğer yandan, Kurum’un bu ikinci değerlendirmesinde ayrıca, KVKK m. 28/1(ç) bendi uyarınca mevcut durumun kamu güvenliği ve kamu düzenini tehdit ettiği gerekçesiyle kişisel verilerin Sağlık Bakanlığı ve ilgili kamu kurum ve kuruluşları tarafından işlenebileceği; sağlık kurumlarının bu çerçevede kişilere telefon, mesaj, e-posta yoluyla iletişim kurabileceği; işverenlerin virüs taşıyan personel tespiti halinde kişinin kimlik bilgilerini açıklamadan diğer çalışanları bilgilendirebileceği; işverenin çalışanlardan seyahat geçmişi ve ateş bilgisi isteyebileceği, 8. maddeye dayanarak işverenin virüs taşıyanlarla ilgili verileri ilgili makamlarla paylaşabileceği şeklinde görüş açıklanmıştır⁹².

Kurum’un bu açıklamasında hangi kişisel verilerin işveren tarafından ne suretle işlenebileceğine dair bir ayrıntıya yer verilmemesinin yanı sıra, bu verilerin ilgili makamlarla paylaşılabilmesi şeklindeki görüşün de açık ve şeffaf olmadığı, bu yönüyle KVKK’nın Kurum aracılığıyla dolaylı şekilde uygulama alanına daraltıcı ve hatalı bir etkiye sahip olduğunu düşünmekteyiz. Burada en dikkat çeken nokta ise KVKK m. 28/(ç) bendindeki istisnanın, genel sağlık gibi bir istisnayı doğrudan veya dolaylı şekilde içermemesine karşın aksi yöndeki Kurum yorumunun yasal zemine sahip olmamasıdır. Gerçekten de “genel sağlık” şeklinde m. 28’de düzenlenen tam veya kısmi istisnaların arasında yer alan bir düzenleme bulunmamasına

92 <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/6721/KAMUOYU-DUYURUSU-Covid-19-ile-Mucadele-Surecinde-Kisisel-Verilerin-Korunmasi-Kanunu-Kapsaminda-Bilinmesi-Gerekenler-> (28.05.2020).

karşın idari bir kurum olan Kurum'un yasanın uygulanmasına dair yorumu hukuki bir zemine sahip değildir. Bu maddede muhakak bir istisna aranmaktaysa 28 /1 (ç) yerine m. 28/1 (c) bendinde ifade edilen “Kişisel verilerin millî savunmayı, millî güvenliği, kamu güvenliğini, kamu düzenini, ekonomik güvenliği, özel hayatın gizliliğini veya kişilik haklarını ihlal etmemek ya da suç teşkil etmemek kaydıyla, sanat, tarih, edebiyat veya bilimsel amaçlarla ya da ifade özgürlüğü kapsamında işlenmesi” istisnasındaki kamu güvenliği ve sağlık bilimleri çalışmaları çerçevesinde bilimsel amaçlarla işleme istisnasının daha doğru bir dayanak olacağını değerlendirmekteyiz. Sağlık Bakanlığı'nın hem HES hem de FİTAS uygulamalarında KVKK'ya uygun şekilde hareket etmesi ise Kurum ile Bakanlık arasında m. 28/1(ç) istisnasına dair görüş farklılığı bulunduğu izlenimi yaratmıştır. KVKK'da, GDPR'dan farklı olarak kamu yararı kriterinin doğrudan yer almasından ötürü, m. 28'e dair yapılan yorum bu gayeye yönelmiş görünse de KVKK'nın perspektifinin ötesine geçmektedir⁹³.

Nitekim Kurum'un Koronavirüs salgınının etkisiyle önce VERBİS kayıt süresinin uzatılmasının söz konusu olmadığını açıklayıp⁹⁴, VERBİS'e kayıt için tanınan sürenin tamamlanmasına az bir süre kalana kadar bekleyerek, ardından VERBİS kayıt sürelerini aynı sebeple uzatması⁹⁵ da, salgınla

93 Karşılaştırmız: GDPR (n 3) Art. 6 (1) (e) ve GDPR (n 3) Art. 6 (3): Genel olarak, bilinen bir görevin kamu yararına kamuda yerine getirilmesi, madde 20 (3) ve 21 (6) kapsamındaki gibi diğer istisnalara da izin verebilir. Bu nedenle, kamu yararı yasal dayanağı, uygulama koşullarına bağlı olarak diğer yasal dayanaklardan daha fazla esneklik sağlayabilir. Araştırmacıların, kamu yararına dayanmadığı hallerde dahi, meşru menfaat, işlemeye olan ilginin veri sahibinin mahremiyet menfaatlerinden daha ağır basması ve işlemenin adalet ve şeffaflığının gösterilmesi için bir dengeleme yapılması koşuluyla, GDPR (n 3) Art. 6 (1) (f) çerçevesinde yine de bir seçenek olabilir.

94 <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/6706/KAMUOYU-DUYURUSU-COVID-19-> (erişim tarihi: 22.04.2020) ve ayrıca bkz. <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/6705/Kamuoyu-Duyurusu> (erişim tarihi: 25.06.2020)

95 <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/6750/VERBIS-E-KAYIT-SURELERININ-UZATILMASI-HAKKINDA-DUYURU> (erişim tarihi: 28.06.2020); Kurum bu uzatma kararında; “tüm Dünya’da olduğu gibi ülkemizde de etkisini gösteren Covid-19 virüs salgını nedeniyle bazı işyerlerinin fiziksel olarak kapalı olduğu veya uzaktan/dönüşümlü çalışma modeli uygulandığı, bu nedenle veri sorumlularınca kişisel veri işleme envanteri hazırlama çalışmalarının yapılmadığı ve Veri Sorumluları Siciline (Sicil) kayıt yükümlülüğünün süresinde yerine getirilemediği gerekçeyle Sicile kayıt sürelerinin uzatılmasına ilişkin Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği (TOBB) ile muhtelif sektör temsilcileri tarafından Kuruma intikal ettirilen taleplerin

mücadele sürecinde çelişki ve belirsizlik yaratması, Kurum'a olan güveni sarsmış, KVKK'nın uygulanmasında öngörülebilirlik, açıklık ve şeffaflık beklentilerine dair soru işaretlerine yol açmıştır⁹⁶.

c- Uzaktan Eğitim Platformları

KVK Kurumu, Koronavirüs salgınıyla mücadelede uygulanan teknolojik tedbirleri daha fazla ele aldığı 07.04.2020 tarihli görüşünde⁹⁷ ise bu defa önceliği uzaktan eğitim platformlarına vermiştir. Kuruma göre, uzaktan eğitim platformlarında, öğrencilerin ad ve soyadları gibi kişisel verileri ile ses ve görüntü gibi biyometrik veri kapsamında değerlendirilebilecek bazı özel nitelikli kişisel verilerinin işlendiği; KVKK m. 5 ile kişisel veri işlenme şartları, m. 6 ile biyometrik verilerin dâhil olduğu özel nitelikli kişisel verilerin işlenme şartlarının belirlendiği; kişisel verilerin bu iki maddeye uygun işlenmesinin gerektiği; uzaktan eğitim yazılımlarının bir çoğunda bulut üzerinde ve yurt dışındaki sunucuların kullanıldığını; bu durumda yurtdışına veri aktarımının söz konusu olacağını, KVKK m. 9'da belirtilen şartlara uygun olmayan aktarımların Kanun'un ihlali anlamına gelebileceği ifade edilmiştir.

değerlendirilmesi neticesinde Kişisel Verileri Koruma Kurulunun 23/06/2020 tarihli ve 2020/482 sayılı Kararı ile; yıllık çalışan sayısı 50'den çok veya yıllık mali bilanço toplamı 25 milyon TL'den çok olan gerçek ve tüzel kişi veri sorumluları ile yurtdışında yerleşik gerçek ve tüzel kişi veri sorumlularının Sicile kayıt yükümlülüğünü yerine getirmeleri için belirlenen sürenin 30.09.2020 tarihine, yıllık çalışan sayısı 50'den az ve yıllık mali bilançosu 25 milyon TL'den az olup ana faaliyet konusu özel nitelikli kişisel veri işleme olan gerçek ve tüzel kişi veri sorumlularının Sicile kayıt yükümlülüğünü yerine getirmeleri için belirlenen sürenin 31.03.2021 tarihine, kamu kurum ve kuruluşu veri sorumlularının Sicile kayıt yükümlülüğünü yerine getirmeleri için belirlenen sürenin 31.03.2021 tarihine, kadar uzatılmasına" karar vermiştir. Ancak konuya dair ilk kararında sürenin uzatılmayacağını açıklayan kurum süre uzatımı için olduca geç sayılabilecek bir tarihe kadar bekleyerek ilgili veri sorumluları nezdinde endişe ve belirsizlik oluşmasına yol açmıştır.

96 Kurum'un 27.03.2020 tarihli görüşünde bir yandan m. 28 kapsamında hatalı bir istisna yorumu yapması, diğer yandan ise KVKK uygulamasındaki temel ilkelere uyulmasının gerektiğini ifade etmesi ise bir diğer çelişki noktasıdır.

97 <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/6723/Uzaktan-Egitim-Platformlari-Hakkinda-Kamuoyu-Duyurusu> (erişim tarihi: 10.04.2020)

Kurum'un diğer tüm teknolojik tedbirleri bir yana bırakarak sadece uzaktan eğitim teknolojilerine dair değerlendirme yapmasının sebebi tam olarak anlaşılamamaktadır. Beklenen, tüm teknolojik tedbirlere dair kapsayıcı bir görüş ve uygulama oluşturulmasıdır. Burada dikkat çeken nokta ise bulut üzerinde olan sunucuların yurt dışında olarak değerlendirilmesi şeklinde genellemenin hatalı olduğudur⁹⁸. Kurum, bu platformlar için Kurul tarafından hazırlanan "Kişisel Veri Güvenliği Rehberi (İdari ve Teknik Tedbirler) ile Kişisel Verileri Koruma Kurulunun 31/01/2018 tarihli ve 2018/10 sayılı "Özel Nitelikli Kişisel Verilerin İşlenmesinde Veri Sorumlularınca Alınması Gereken Yeterli Önlemler"⁹⁹ kararını göz önünde bulundurularak değerlendirilmesinin gerektiğini hatırlatmışsa da yurt dışına veri aktarımına dair güvenli ülke listesini uzun zamandan bu yana yayınlamamış olması¹⁰⁰ ve çok uluslu şirketlerin arasında veri aktarımına dair Bağlayıcı Şirket Kurallarının¹⁰¹ uzun zamandan sonra uygulanmaya başlan-

98 Ebru Armağan Bozkurt Yüksel, Bulut Bilişimde Kişisel Verilerin Korunması, Ankara 2016, s. 98 ve 127.

99 <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/4110/2018-10> (erişim tarihi: 20.05.2020)

100 Avrupa Birliğinde ise AVKK, GDPR kapsamındaki mevcut hükümlerin bu tür transferleri yönetmek için yeterli olduğunu ileri sürmektedir. Buna karşın Pandemi bağlamının dışında uluslararası araştırma veri paylaşımının hala geliştirilmesinin beklediği düşünüldüğünde, bu noktada net bir yolun bulunmaması ciddi bir endişe kaynağıdır; EDPB COVID Research Guidelines (n 14) s 58 (Dayanak gösterilen Article 168 of the Treaty on the Functioning of the European Union and GDPR Recitals 46 and 112).

101 <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/6728/YURT-DISINA-KISISEL-VERI-AKTARIMINDA-BAGLAYICI-SIRKET-KURALLARI-HAKKINDA-DUYURU> (erişim tarihi: 15.05.2020);

Salgınla mücadelede kişisel verilerin özellikle sağlık kuruluşları arasında yurt dışına aktarılacak paylaşılması işbirliği içinde etkili bir mücadele çalışmasının yürütülmesi bakımından oldukça önemlidir. Buna mukabil KVKK uygulamasında yurt dışına veri aktarımı yasal olarak düzenlenmesine karşın pratikte yurt dışına veri aktarımından güvenli ülkelerin Kurum tarafından uzun zamandan beri belirlenmemiş olmasından ötürü henüz mümkün olmamıştır. KVK Kurumu, 10.04.2020 tarihinde yaptığı açıklamasında; tartışmalı ve belirsiz bir halde olan kişisel verilerin yurt dışına aktarımı konusuna dair, KVKK m. 9/2 hükmü çerçevesinde yurt dışına kişisel veri aktarımı için kullanılmak üzere alternatif bir seçenek olarak Bağlayıcı Şirket Kurallarını belirlemiş ve düzenlemiştir. KVK açıklamasında KVKK m. 9/2 kapsamında alınan taahhütnamelerin genelde iki taraflı veri aktarımları için pratik olduğu ve fakat global şirket toplulukları arasındaki kişisel veri transferleri bakımından yetersiz kalabildiği ifade edilmiş, global şirketlerin kendi aralarındaki kişisel veri aktarımları için alternatif bir yöntem olarak Bağlayıcı Şirket Kuralları işaret edilmiştir. KVK Kurumunun ikili taahhütnamelere dair aradığı asgari unsurların sağlanmasının güçlüğü bir yana Kurum'a

masına karşın, somut olarak uygulandığı hiçbir örneğin bulunmamasını ise maalesef değerlendirmekten yahut bu konularda somut bir adım atmaktan kaçınmayı sürdürmüştür. Oysa gerçek anlamda küresel bir salgın karşısında, araştırmacıların uluslararası alanda iş birliği yapmalarına ve verileri hızla paylaşımlarına açık bir ihtiyaç vardır¹⁰². Koronavirüs ile mücadelede kullanılan teknolojik tedbirlerin çokluğu dikkate alınarak, aydınlatma ve rıza prosedür ve uygulamalarının, hastanede yatan ve yoğun bakımdaki hastalar için teşhis, tedavi ve tedavi sonrası süreçlerde e-rıza veya tekrar eden – takip eden işlemler için ayrı ayrı çok sayıda rıza alınması gereken durumlarda çoklu aydınlatma ve rıza alınması işlemlerine özel yorum ve çözümlere ihtiyaç duyulurken, bunların yerine KVKK m. 28/(ç) bendini, içermediği bir istisnayı yorum yoluyla genişletmek isabetli olmamıştır.

Salgınla mücadelede uluslararası işbirliği ve veri paylaşımının önemi her geçen gün açığa çıkmakta ve bu konuda pek çok ülke uluslararası bir veri havuzu oluşturulmasına dair teklifler yaparken¹⁰³, ülkemizde mevcut KVKK kapsamında yurt dışına veri aktarımına olanak tanıyan hükümleri, en azından uluslararası sağlık kuruluşları bakımından dahi işler hale getirilmemiş yahut henüz KVKK'daki yurt dışına veri aktarımı düzenlemesinin¹⁰⁴

bu konuda yapılan başvuruların henüz sonuçsuz olduğu dikkate alındığında, çok uluslu şirketler topluluğu vasfındaki yapıların kendi aralarındaki sözleşme ve prosedürlerin bazen çerçeve bazen de komplike metinlere dayandığı görülmektedir. Bu yönüyle ikili taahhütnameler bu yapıların yurt dışına veri aktarımına uyumsuzdur. Bağlayıcı Şirket Kuralları ile, yeterli korumanın bulunmadığı ülkelerde faaliyet gösteren çok uluslu grup şirketleri için kişisel verilerin yurt dışına aktarımında kullanılan ve yeterli bir korumanın yazılı olarak taahhüt edilmesini sağlayan veri koruma kurallarının hazırlanması ve Kurul'un onayına sunulması mümkün hale gelmiştir. Yurt dışına veri aktarımında verilecek herhangi bir yeterli koruma ülkesi kararının ilgili ülkenin saldırgan veri toplama eylemlerinde bulunması halinde her zaman askıya alınabileceği, iptal edilebileceği de unutulmamalıdır; Wojciech Wiewiórowski, The European Data Protection Supervisor, Entitled EU Digital Solidarity: A Call for a Pan-European Approach Against the Pandemic, 6 April 2020, https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/2020-04-06_eu_digital_solidarity_covid19_en.pdf (erişim: 25.06.2020).

102 Becker & Thorogood & Ordish & Beauvais, s. 7.

103 Federico Lo Bianco, Comparative Patent Compulsory Licensing Under COVID-19 (April 19, 2020), s. 4 (<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3580407> erişim tarihi: 19.06.2020)

104 Karşılaştırınız GDPR (n 3) Article 45.

uygulanması yokken, işlerliği zorlaştırılmış Bağlayıcı Şirket Kurallarıyla veri aktarımı ve salgınla mücadelede küresel işbirliğine katkı noktasında çaba sarf edilmemiş olması, önemli bir diğer eksiklik olarak tespit edilmektedir¹⁰⁵.

d- Konum Verisi ve Seyahat İzi

KVK Kurumu 07.04.2020 tarihinde, uzaktan eğitim platformlarına yoğunlaşan bir önceki görüşünden iki gün sonra, salgının ilk ayını doldurmasını takiben bu defa 09.04.2020 tarihinde salgınla mücadelede kullanılan konum verisi¹⁰⁶ ve kişilerin hareketliliklerine dair verilerin işlenmesi hakkında yeni bir görüş açıklaması yapmıştır¹⁰⁷. KVK Kurumu salgınla mücadelede konum ve hareketlilik verilerinin taşıyıcı ve temas tespiti, yayılma haritası oluşturulması, tedavi ve karantina kontrolü, sokağa çıkma yasağı kontrolü, kalabalık tespiti için lokasyon verilerinin işlenmesi suretiyle işlendiğini işaret ederek salgınla mücadele için bu yollara başvurulmasının mümkün olduğunu belirtmiştir. Kurum, böyle durumlarda da kişisel verilerin gözetilmesinin gerektiğini, konum verisinin kişisel veri olduğunu ifade etmişse de devamında bu verilerin KVKK m. 28/1(ç) bendi kapsamında milli savunma, milli güvenlik, kamu güvenliği, kamu düzeni veya ekonomik güvenliği sağlamakla görevli olanların önleyici, koruyucu, istihbari faaliyetleri kapsamında işlenmesi halinde KVKK'nın uygulanmayacağını

105 AB için bir örnek olarak bkz. Maximillian Schrems v Data Protection Commissioner (Case C-362/14), [https://www.europeansources.info/record/judgment-in-case-c-362-14-maximillian-schrems-v-data-protection-commissioner/#:~:text=Case%20C%2D362%2F14%20%7C%20Maximillian%20Schrems%20v%20Data%20Protection%20Commissioner,-Author%20\(Corporate\)&text=Summary%3A,United%20States%20to%20be%20invalid](https://www.europeansources.info/record/judgment-in-case-c-362-14-maximillian-schrems-v-data-protection-commissioner/#:~:text=Case%20C%2D362%2F14%20%7C%20Maximillian%20Schrems%20v%20Data%20Protection%20Commissioner,-Author%20(Corporate)&text=Summary%3A,United%20States%20to%20be%20invalid.). (erişim tarihi: 18.05.2020)

106 Konum verisi, Elektronik Haberleşme Sektöründe Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Gizliliğinin Korunması Hakkında Yönetmelikte "Kamuya açık elektronik haberleşme hizmeti kullanıcısına ait bir cihazın coğrafi konumunu belirleyen ve elektronik haberleşme şebekesinde veya elektronik haberleşme hizmeti aracılığıyla işlenen belirli veri" olarak tanımlanmakta olup, gerçek kişileri belirlenebilir kılan konum verisinin 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu kapsamında kişisel veri olduğu açıktır.

107 <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/6726/COVID-19-ILE-MUCADELEDE-KONUM-VERISININ-ISLENMESI-VE-KISILERIN-HAREKETLILIKLERININ-IZLENMESI-HAKKINDA-BILINMESI-GEREKENLER-2-> (erişim tarihi: 11.04.2020).

işaret ederek, bu bende göre hastalık teşhisi konulmuş kişilerin takibinde, genel nüfusun konum verilerinin işlenmesiyle kalabalık alan tespitine dair yetkili kurumların veri işleme faaliyetlerinin m. 28/1(ç) kapsamında Kanun'un uygulama alanının dışında olduğuna; konum verilerinin üçüncü kişilerin eline geçmesi riskli olduğundan güvenliğinin sağlanmasına ve sebep ortadan kalkınca silinmesinin unutulmamasına dair bir değerlendirme yapmıştır¹⁰⁸. Maalesef, KVK Kurumu'nun bu görüşü de daha evvelki görüşünde olduğu gibi, KVKK m. 28/1(ç)'de olmayan bir istisna halini, yani genel sağlık istisnasını hatalı bir şekilde yorum yoluyla maddeye dahil etmesi niteliğindedir. Öte yandan, bu görüşte ifade edilen, m. 28/1(ç) kapsamına giren kamu kurum ve kuruluşlarının hangileri olduğu da belirsizdir. Kurum'un yoruma ve açıklamaya muhtaç bir diğer değerlendirmesi ise hem m. 28/1(ç) kapsamında tam istisna değerlendirmesi yapılması hem de aynı görüşün devamında bu madde kapsamında KVKK'ya tabi olmadan veri işlemeye yetkili olduğu beyan edilen kamu kurum ve kuruluşlarının; kişilerin konum verilerinin sağlık durumlarıyla ilişkilendirilmek suretiyle işlenmesi sürecinde söz konusu verilerin üçüncü kişilerce ele geçirilmesi halinde ilgili kişiler bakımından ciddi zararlar ortaya çıkabileceğini dikkate alarak, ilgili kurum ve kuruluşların kişisel verilerin güvenliğini sağlamaya yönelik gerekli her türlü teknik ve idari tedbirleri almalarının ve bu verilerin işlenmesini gerektiren sebeplerin ortadan kalkması halinde söz konusu kişisel verilerin silmelerinin veya yok etmelerinin beklendiğinin yani KVKK'ya uygun şekilde hareket etmelerinin gerekli olduğunun ifade edilmesidir. Salgınla mücadelede işlenen veriler, genel olarak sağlık verisi olup özel bir kategori veri grubudur. Bu tür verilerin varsayımsal şekilde işlenmesi KVKK ve GDPR tarafından kabul edilmemektedir. Bu nedenle özellikle sağlık ve araştırma kurumlarının sadece yasal bir temele değil, aynı zamanda sağlık ve genetik verileri işlemek için ek bir meşrulaştırmaya ihtiyaçları vardır¹⁰⁹. Tabi ki açık rıza meşruiyet için ilk akla gelen çözümdür ancak açık rızanın sağlık verileri ile genetik verilerin özellikle sınır ötesi işbirliklerine de gereksinim

108 <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/6726/COVID-19-ILE-MUCADELEDE-KONUM-VERISININ-ISLENMESI-VE-KISILERIN-HAREKETLILIKLERININ-IZLENMESI-HAKKINDA-BILINMESI-GEREKENLER-2-> (erişim tarihi: 15.05.2020).

109 Watts, s. 4-6.

duyulan salgın gibi hallerde uygulanan teknolojik araç ve tedbirler bazında yeterli bir çözüm olmadığı dikkate alındığında, KVKK m. 28/1 (ç) hükmünü yorum yoluyla hatalı ve ölçüsüz bir şekilde genişletmek yerine GDPR m. Madde 9 (2) (j) hükmüne tekabül eden KVKK m. 28/1 (c) bendini, hem tam hem de kısmi istisna uygulaması bakımından somutlaştırmanın daha isabetli olacağı sonucuna ulaşılmaktadır¹¹⁰. Bilimsel amaçlı veri işleme faaliyetlerinde salgınla mücadele eden araştırma kuruluşlarının veri etki değerlendirmesi yapması, veri minimizasyonuna uyması, doğruluk ve depolama sınırlandırmasını gözetmesi özel olarak düzenlenmeli ve belirtilmelidir. Bilimsel araştırma kuruluşları bu sebeple, hassas sağlık ve genetik verilerinin işlenmesi için daha sıkı güvenlik önlemleri almak durumundadır. Bazı ülkeler¹¹¹ mevzuatlarında, bilimsel araştırma için kişisel verilerin işlenmesi ve araştırma kurumlarının bilmesi gereken sağlık veya genetik verilerin işlenmesi sırasında teknik önlemleri de kapsayan güvenlik önlemleri için özel hükümler koymuşlardır. İstenen önlemler ülkeler arasında farklılık gösterse de KVKK m. 28 özelinde bilimsel amaçlı veri işleme istisnasını tam ve sağlıklı bir şekilde hayata geçirilmesi, bu yöntemin takip edilmesinden geçmektedir.

110 Ludmila Georgieva and Christopher Kuner, Article 9. Processing of Special Categories of Data, Kuner C, Bygrave L, Docksey C, eds. The EU General Data Protection Regulation (GDPR): A Commentary. New York, Oxford: Oxford University Press; 2020, s. 381; Becker & Thorogood & Ordish & Beauvais, s. 6-10.

111 Luksemburg örneği; Loi du 1er août 2018, Art. 65. <http://legilux.public.lu/eli/etat/leg/loi/2018/08/01/a686/jo> (erişim tarihi: 24.05.2020); İrlanda için; Data Protection Act 2018 (Section 36(2)) (Health Research) Regulations 2018 (SI 314/2018). <http://www.irishstatutebook.ie/eli/2018/si/314/made/en/pdf> (erişim: 24.05.2020).

SONUÇ

Küresel anlamda, salgınla mücadele halen devam etmektedir. Salgınla mücadelede yerel ve uluslararası bazda çeşitli teknolojik araç ve uygulamalara başvurulmaktadır. Bunların bir kısmı uzun bir süre kalıcılık arz edebilecek niteliktedir. Teknolojiden yararlanılarak salgınla mücadele edilmesi son derece doğaldır. Bunların arasında özellikle, yapay zeka, nesnelerin interneti, lokasyon verilerinden oluşturulan akıllı harita veya iletişimi, vaka temas takip programları, blokzincir teknolojisi, drone, robot devriyeleri, mobil uygulamalar ön plana çıkmaktadır. Tüm bu teknolojik tedbirler, işledikleri verilerle sonuç vermekte, etki sağlamaktadır. Söz konusu veriler ise incelememizde ele alındığı üzere hukuken kişisel veri vasfında kabul edilmiş ve koruma altına alınmış verilerdir. İster genel isterse özel nitelikteki verilerin işlenmesi söz konusu olsun, salgın sırasında kişisel verilerin korunmasına dair hukuk kuralları istisnalar dışında askıya alınmış değildir. Bu sebeple, salgınla mücadelede kullanılan teknolojik araç ve uygulamaların veri işleme faaliyetlerinde kişisel verilerin korunmasına dair yasal düzenlemeleri gözетerek değerlendirilmesi önem arz etmektedir. Kişisel verilerin korunmasına dair düzenlemeler incelendiğinde küresel bir salgınla mücadele halinin öngörülmediği, doğrudan bir düzenlemeye konu edilmediği görülmektedir. GDPR’da yer alan kamu yararı kriteri de KVKK’da yer bulan kamu güvenliği, millî savunma, millî güvenlik, kamu güvenliğini, kamu düzenini, ekonomik güvenlik istisnaları da, doğrudan bu kamu sağlığı veya salgın mücbir sebebini dikkate alan, kapsayan düzenlemeler değildir. Hem GDPR bakımından hem de KVKK bakımından objektif esaslara dayanan bir şekilde küresel salgın durumunda veri işleme konusunu düzenleyen ayrıık hükümlere ihtiyaç bulunmaktadır. Bu nedenle, KVK Kurumu’nun yaptığı gibi, mevcut hükümlerdeki istisnaların yorum yoluyla kamu sağlığı veya genel sağlık istisnasını da kapsar şekilde yorumlanması tereddüt yaratmaktadır, görüşümüze göre hatalı bir yoruma yol açmaktadır. Buna kıyasla, sağlık kurum ve kuruluşlarının bilimsel amaçlarla veri toplama istisnasının daha uygun bir dayanak olabileceği gözlemlense de, bu dahi küresel bir salgınla küresel mücadele edilmesinin önündeki en büyük engellerden biri olan yurt dışına veri aktarımına dair engelleri ve sorunları aşmaya yeterli değildir. Özellikle sağlık araştırma kuruluşlarının arasındaki veri aktarımının bu

gibi salgınlar için özel bir usule bağlanmasında fayda olduğu muhakkaktır. Tüm bunların yapılması, salgının ortaya çıkardığı yeni teknolojik tedbirlerin kendine özgü veri işleme ve aktarma şart ve uygulamalarının analiz edilmesi ve incelenen teknolojik tedbir ve uygulamalara özel çözümlerin üretilmesi ile mümkün olacaktır. Tüm teknolojik uygulamalarla gerçekleştirilen veri işleme faaliyetlerinde ise temel veri koruma prensiplerinden mümkün olduğunca uzaklaşmadan, örneğin verilerin şeffaf kullanımı, mahremiyetin korunması, gönüllülük esası korunarak, ilgili kişinin aydınlatılması gözetilerek hareket edilmesi yerinde olacaktır.

KAYNAKÇA

Adam J. Sulkowski, COVID-19 – What's Next, Future of Work, Business, and Law: Automation, Transparency, Blockchain, Education, and Inspiration (April 19, 2020).

Alberto Alemanno, The European Response to COVID19: From Regulatory Emulation to Regulatory Coordination? (April 28, 2020). European Journal of Risk Regulation, Issue 2/2020; HEC Paris Research Paper No. Law-2020-1372, s. 5, <https://ssrn.com/abstract=3587709> (erişim tarihi: 11.05.2020).

Alessandra Pierucci & Jean-Philippe Walter, Joint Statement on the Right to Data Protection in the Context of the COVID-19 Pandemic, <https://www.coe.int/en/web/data-protection/statement-by-alessandra-pierucci-and-jean-philippe-walter> (erişim tarihi: 15.04.2020).

Aida Ponce, COVID-19 Contact-Tracing Apps: How to Prevent Privacy from Becoming the Next Victim (May 5, 2020). ETUI Research Paper - Policy Brief 5/2020. (<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3593405>, erişim tarihi: 26.05.2020).

Annie Thomas, Download This MIT App to Join Efforts to Trace the Coronavirus Route Map in Your Area, Deccan Chronicle, 23.04.2020.

Aurelio Gurrea-Martínez, Insolvency Law in Times of COVID-19 (April 17, 2020). Ibero-American Institute for Law and Finance, Working Paper 2/2020.

An Australian Woman Breached Coronavirus Quarantine in Beijing to Go for a Jog - And Lost Her Job, <https://edition.cnn.com/2020/03/20/asia/beijing-coronavirus-woman-fired-intl-hnk/index.html> (erişim tarihi: 22.06.2020).

Arden Pabuççıyan, Ses Analizi ile Corona Virüs Testi: COVID Voice Detector, <https://webrazzi.com/2020/04/01/ses-analizi-ile-corona-virus-testi-covid-voice-detector/> (erişim tarihi: 05.05.2020).

Arden Rowell, COVID-19 and Environmental Law (April 22, 2020). University of Illinois College of Law Legal Studies Research Paper No. 20-19, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3582879> (erişim tarihi: 05.06.2020).

Carrie DeCell, Can Governments Track the Pandemic and Still Protect Privacy? <https://www.justsecurity.org/69549/can-governments-track-the-pandemic-and-still-protect-privacy/> (erişim tarihi: 08.04.2020).

Carrie DeCell, Can Governments Track the Pandemic and Still Protect Privacy? <https://www.justsecurity.org/69549/can-governments-track-the-pandemic-and-still-protect-privacy/> (erişim tarihi: 08.04.2020).

Data Protection Act 2018 (Section 36(2)) (Health Research) Regulations 2018 (SI 314/2018) <http://www.irishstatutebook.ie/eli/2018/si/314/made/en/pdf>

(erişim tarihi: 24.05.2020).

Dara Hallinan, Broad Consent under the GDPR: An Optimistic Perspective on a Bright Future. *Life Sciences, Society and Policy* 16, no. 1 (January 6, 2020): 1. <https://doi.org/10.1186/s40504-019-0096-3>. (erişim tarihi: 17.05.2020)).

David Watts, COVIDSafe, Australia's Digital Contact Tracing App: The Legal Issues (May 2, 2020), <https://ssrn.com/abstract=3591622> (erişim tarihi: 25.05.2020).

Dean R. Knight, COVID 19 and States of Emergency: Lockdown Bubbles through Layers of Law, Discretion and Nudges – New Zealand (April 7, 2020), *Verfassungsblog*, 2020. <https://ssrn.com/abstract=3566873> (erişim tarihi: 22.05.2020).

Ebru Armağan Bozkurt Yüksel, *Bulut Bilişimde Kişisel Verilerin Korunması*, Ankara 2016.

Elif Küzeci, *Kişisel Verilerin Korunması*, Ankara 2019.

European Commission, Governmental Measure Data Base, <https://webcritech.jrc.ec.europa.eu/covidSt> (erişim tarihi: 20.05.2020).

European Data Protection Board Statement on the Processing of Personal Data in the Context of the COVID-19 Outbreak, https://edpb.europa.eu/sites/edpb/files/files/file1/edpb_statement_2020_processingpersonaldataandcovid-19_en.pdf (erişim 25.03.2020).

European Data Protection Supervisor, Preliminary Opinion on Data Protection and Scientific Research, https://edps.europa.eu/data-protection/our-work/publications/opinions/preliminary-opinion-data-protectionand-scientific_en (erişim tarihi: 15.05.2020).

Federico Lo Bianco, Comparative Patent Compulsory Licensing Under COVID-19 (April 19, 2020), (<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3580407> (erişim tarihi: 19.06.2020)).

Francisco Costa-Cabral, Future-Mapping the Three Dimensions of EU Competition Law: Modernisation Now and After COVID-19 (April 21, 2020). TILEC Discussion Paper No. DP 2020-011, s. 15, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3581535> (erişim: 18.06.2020).

Haim Ravia/Dotan Hammer/Adi Shoval, Hungary Suspends Data Subjects' Rights under the GDPR Due to the Coronavirus Pandemic, <https://www.pearl-cohen.com/hungary-suspends-data-subjects-rights-under-the-gdpr-due-to-the-coronavirus-pandemic/> (erişim tarihi: 22.05.2020).

Hatice Tuba Tosun, Kovid-19 Takibine Mahremiyet Engeli, <https://www.gelecek.org.tr/post/kovid-19-takibine-mahremiyet-engeli> (erişim tarihi: 20.06.2020).

Heath Kelly, The Classical Definition of a Pandemic is Not Elusive, Bulletin of the World Health Organization 2011; 89:540-541, 10.2471/BLT.11.088815 (erişim tarihi: 13.05.2020).

Information Commissioner's Office (ICO) [UK], Guide to the General Data Protection Regulation, Lawful Basis for Processing, 24 April 2020.

Jack Ma Foundation and Alibaba Foundation Host 11th Global MediXchange for Combating COVID-19 (GMCC) Webinar in Africa in Collaboration with the United Nations.

James J James, COVID-19: From Epidemic to Pandemic, <https://doi.org/10.1017/dmp.2020.84> (erişim tarihi: 12.05.2020).

Jie (Jeanne) Huang, COVID-19 and Applicable Law to Transnational Personal Data: Trends and Dynamics (April 6, 2020). Sydney Law School Research Paper No. 20/23, (<https://ssrn.com/abstract=3570178> erişim tarihi: 26.05.2020).

Jilan Liu, Deployment of Health IT in China's Fight Against the COVID-19 Pandemic, <https://www.itnonline.com/article/deployment-health-it-china%E2%80%99s-fight-against-covid-19-pandemic> (erişim tarihi: 22.06.2020).

Join the AI-ROBOTICS vs COVID-19 initiative of the European AI Alliance, <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/join-ai-robotics-vs-covid-19-initiative-european-ai-alliance> (erişim tarihi: 22.06.2020).

Jonathan G. Odom, COVID-19 and the Law: A Compilation of Legal Resources (April 27, 2020), <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3588225> (erişim tarihi: 05.05.2020).

Joseph Bullock /Alexandra Luccioni/ Katherine Hoffmann Pham/Cynthia Sin Nga Lam/Miguel Luengo-Oroz/Mapping the Landscape of Artificial Intelligence Applications Against COVID-19, <https://arxiv.org/pdf/2003.11336.pdf> (erişim tarihi: 25.06.2020).

Knight, Dean R., COVID 19 and States of Emergency: Lockdown Bubbles through Layers of Law, Discretion and Nudges – New Zealand (April 7, 2020). Verfassungsblog, 2020.

KVK Kurumu Açık Rıza, <https://www.kvkk.gov.tr/SharedFolderServer/CMSFiles/66b2e9c4-223a-4230-b745-568f096fd7de.pdf> (erişim: 15.05.2020).

KVK Kurumu Kişisel Verilerin İşlenmesine İlişkin Temel İlkeler, <https://www.kvkk.gov.tr/SharedFolderServer/CMSFiles/d0fbca08-30af-41fe-a7c9-65663b9c5231.pdf> (erişim: 17.06.2020).

KVK Kurumu, Özel Nitelikli Kişisel Verilerin İşlenmesi Şartları, <https://kvkk.gov.tr/SharedFolderServer/CMSFiles/fae2e7c8-f24f-457f-a71d-2d5ed599cf15.pdf> (erişim tarihi: 17.05.2020).

KVKK Genel Gerekçesi, <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss117.pdf> (erişim tarihi: 22.05.2020).

KVK Kurumu Kişisel Verilerin Korunması Hakkındaki Ulusal ve Uluslararası Düzenlemeler, <https://www.kvkk.gov.tr/SharedFolderServer/CMSFiles/ead8e671-e01e-4ca7-a6a3-bc3c6f79f7c7.pdf> (erişim tarihi: 22.05.2020).

KVK Kurumu Kişisel Verilerin Korunmasına Duyulan İhtiyaç, KVK Kurumu, Kamuoyu Duyurusu, Covid-19 ile Mücadele Sürecinde Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Kapsamında Bilinmesi Gerekenler,

<https://www.kvkk.gov.tr/SharedFolderServer/CMSFiles/8e39e0a1-6ec4-4179-a5d3-bbd8e78dce31.pdf> (erişim tarihi: 24.04.2020).

Loi du 1er août 2018, Art. 65. <http://legilux.public.lu/eli/etat/leg/loi/2018/08/01/a686/jo> (erişim tarihi: 24.05.2020).

Ludmila Georgieva and Christopher Kuner, Article 9. Processing of Special Categories of Data, Kuner C, Bygrave L, Docksey C, eds. The EU General Data Protection Regulation (GDPR): A Commentary, New York, Oxford: Oxford University Press; 2020.

Mason Marks, Emergent Medical Data: Health Information Inferred by Artificial Intelligence (March 14, 2020). U.C. Irvine Law Review (2021, Forthcoming), <https://ssrn.com/abstract=3554118> (erişim tarihi: 22.05.2020).

Maximillian Schrems v Data Protection Commissioner (Case C-362/14), [https://www.europeansources.info/record/judgment-in-case-c-362-14-maximillian-schrems-v-data-protection-commissioner/#:~:text=Case%20C%2D362%2F14%20%7C%20Maximillian%20Schrems%20v%20Data%20Protection%20Commissioner,-Author%20\(Corporate\)&text=Summary%3A,Unit%20States%20to%20be%20invalid](https://www.europeansources.info/record/judgment-in-case-c-362-14-maximillian-schrems-v-data-protection-commissioner/#:~:text=Case%20C%2D362%2F14%20%7C%20Maximillian%20Schrems%20v%20Data%20Protection%20Commissioner,-Author%20(Corporate)&text=Summary%3A,Unit%20States%20to%20be%20invalid). (erişim tarihi: 18.05.2020).

Mireille Paquet & Robert Schertzer, COVID-19 as a Complex Intergovernmental Problem, Canadian Journal of Political Science (2020), 1–5 <https://www.cambridge.org/core/journals/canadian-journal-of-political-science-revue-canadienne-de-science-politique/article/covid19-as-a-complex-intergovernmental-problem/8F1CB8217949E5BCE0DC075A6B5DEAC3> (erişim tarihi: 18.05.2020).

Murat Volkan Dülger, Kişisel Verilerin Korunması Hukuku, İstanbul 2019.

Nitya Singhal & A. S. Prakash, Fight Against COVID-19: Major IT Trends (May 15, 2020) doi.org/10.2139/ssrn.3601504 (erişim tarihi: 14.05.2020).

Özel Nitelikli Kişisel Verilerin İşlenmesinde Veri Sorumlularınca Alınması Gereken Yeterli Önlemler ile İlgili Kişisel Verileri Koruma Kurulunun 31/01/2018 Tarihli ve 2018/10 Sayılı Kararı (<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2018/03/20180307-7.pdf> erişim tarihi: 15.05.2020).

Patrick Howell O'Neill, India is Forcing People to Use its Covid App, Unlike Any Other Democracy, https://www.technologyreview.com/2020/05/07/1001360/india-aarogya-setu-covid-app-mandatory/amp/?__twitter_impression=true (erişim tarihi: 22.05.2020).

Paul Mozur/Raymond Zhong/Aaron Krolik, In Coronavirus Fight, China Gives Citizens a Color Code, With Red Flags, <https://www.nytimes.com/2020/03/01/business/china-coronavirus-surveillance.html> (erişim tarihi: 22.04.2020).

Philippe Mesmer, Endiguer le Coronavirus: Singapour et la Corée du Sud, des exemples à suivre, L'Express, 18 March 2020, https://www.lexpress.fr/actualite/monde/asie/endiguer-lecoronavirus-singapour-et-la-coree-du-sud-des-exemples-asuivre_2121024.html (erişim tarihi: 20.04.2020).

Ping An's COVID-19 Smart Audio Screening System Identified More Than 1,600 Suspected Cases to Date, <https://www.prnewswire.com/news-releases/ping-ans-covid-19-smart-audio-screening-system-identified-more-than-1-600-suspected-cases-to-date-301028742.html> (erişim tarihi: 20.05.2020).

Regina Becker & Adrian Thorogood & Johan Ordish & Michael J.S. Beauvais, COVID-19 Research: Navigating the European General Data Protection Regulation, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3593579> (erişim tarihi: 22.05.2020).

Robert Chesney, COVID-19 Contact Tracing We Can Live With: A Roadmap and Recommendations, <https://www.lawfareblog.com/covid-19-contact-tracing-we-can-live-roadmap-and-recommendations> (erişim tarihi: 16.04.2020).

Sara Jordan, Artificial Intelligence and the COVID-19 Pandemic, <https://fpf.org/2020/05/07/artificial-intelligence-and-the-covid-19-pandemic/> (erişim: 10.05.2020).

Sarah Dai, AI Applications Surge as China Battles to Contain New Coronavirus Epidemic, <https://www.techinasia.com/ai-surge-china-coronavirus> (erişim tarihi: 23.06.2020).

Seth Oranburg, Distance Education in the Time of Coronavirus: Quick and Easy Strategies for Professors (March 13, 2020). Duquesne University School of Law Research Paper No. 2020-02.

Susan Ariel Aaronson & Patrick Leblond, Another Digital Divide: The Rise of Data Realms and its Implications for the WTO, 21 J. Int. Econ. Law 245–272, 245–272 (2018).

Stewart Baker, The Problem With Google and Apple's COVID-19-Tracking Plan, <https://www.lawfareblog.com/problem-google-and-apples-covid-19-tracking-plan> (erişim tarihi: 22.05.2020).

Thanh Thi Nguyen, Artificial Intelligence in the Battle against Coronavirus (COVID-19): A Survey and Future Research Directions, DOI: 10.13140/RG.2.2.36491.23846 (erişim tarihi: 20.06.2020).

Ulrich Worm/Ana Elisa Bruder, Germany: COVID-19-App Released In Germany, <https://www.mondaq.com/germany/reporting-and-compliance/931666/covid-19-app-released-in-germany> (erişim tarihi: 18.05.2020).

Wellcome Trust, Sharing Research Data and Findings Relevant to the Novel Coronavirus (COVID-19) Outbreak, <https://wellcome.ac.uk/coronavirus-covid-19/open-data> erişim tarihi: 21.05.2020).

Will Douglas Heaven, A New App Would Say if You've Crossed Paths with Someone Who is Infected, MIT Technology Review, <https://www.technologyreview.com/2020/03/17/905257/coronavirus-infection-tests-app-pandemic-location-privacy/> (erişim: 20.04.2020).

Wim Naudé, Artificial Intelligence Against Covid-19: An Early Review, IZA Discussion Paper No. 13110, s. 2-3, <https://ssrn.com/abstract=3568314> (erişim tarihi: 15.06.2020).

Wojciech Wiewiórowski, The European Data Protection Supervisor, Entitled EU Digital Solidarity: A Call for a Pan-European Approach Against the Pandemic, 6 April 2020, https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/2020-04-06_eu_digital_solidarity_covid19_en.pdf (erişim: 25.06.2020).

World Health Organization Emergency Committee, Statement on the Second Meeting of the International Health Regulations (2005) Emergency Committee Regarding the Outbreak of Novel Coronavirus (2019-nCoV). Geneva, WHO; 30 January 2020, [https://www.who.int/news-room/detail/30-01-2020-statement-on-the-second-meeting-of-the-international-health-regulations-\(2005\)-emergency-committee-regarding-the-outbreak-of-novel-coronavirus-\(2019-ncov\)](https://www.who.int/news-room/detail/30-01-2020-statement-on-the-second-meeting-of-the-international-health-regulations-(2005)-emergency-committee-regarding-the-outbreak-of-novel-coronavirus-(2019-ncov)) (erişim tarihi: 10.06.2020).

Yeni Nesil Teknolojilerin COVID-19 Mücadelesindeki Önemi - Ülke Örnekleri, Deloitte, <https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/tr/Documents/consulting/yeni-nesil-teknolojilerin-covid-19-mucadelesindeki-onemi.pdf>,

(Kısaca: "Deloitte Rapor") (erişim tarihi: 20.05.2020).

100 Soruda Kişisel Verilerin Korunması, Kişisel Verileri Koruma Kurumu, Ankara 2018, <https://www.kvkk.gov.tr/SharedFolderServer/CMSFiles/7d5b0a2f-e0ea-41e0-bf0b-bc9e43dfb57a.pdf> (erişim tarihi: 20.05.2020).

6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanununun Amacı ve Kapsamı, (Kısaca: Amaç-Kapsam Rehberi), <https://www.kvkk.gov.tr/SharedFolderServer/CMSFiles/205d46d4-39e6-48ae-ad2a-5efa8954d42f.pdf> (erişim tarihi: 11.05.2020).

<https://apps.apple.com/tr/app/hayat-eve-s%C4%B1%C4%9Far/id1505756398?l=tr> (erişim tarihi: 25.05.2020).

<https://covid19bilgi.saglik.gov.tr/depo/Sunumlar/COVID-19-Epidemiyoloji-Tani-Tedavi.pdf> (erişim tarihi: 16.04.2020).

<https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/6721/KAMUOYU-DUYURUSU-Covid-19-ile-Mucadele-Surecinde-Kisisel-Verilerin-Korunmasi-Kanunu-Kapsaminda-Bilinmesi-Gerekenler-> (erişim tarihi: 28.03.2020).

<https://www.cnbcafrica.com/africa-press-office/2020/05/27/media-alert-jack-ma-foundation-and-alibaba-foundation-host-11th-global-medixchange-for-combating-covid-19-gmcc-webinar-in-africa-in-collaboration-with-the-united-nations/>

(erişim tarihi: 21.06.2020).

<https://cvd.lti.cmu.edu/> (erişim: 22.05.2020).

<https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/human-brain-projects-research-capacity-fight-against-covid-19> (erişim tarihi: 13.05.2020).

https://edpb.europa.eu/sites/edpb/files/files/file1/edpb_guidelines_202003_healthdatascientificresearchcovid19_en.pdf (erişim tarihi: 20.06.2020).

<https://gdpr-info.eu/> (erişim tarihi: 20.05.2020).

<https://gdpr-pl.cdn.ampproject.org/c/s/gdpr.pl/erod-krytykuje-wegierski-dekret/amp> (erişim: 2.05.2020).

https://gmcc.alibabadoctor.com/?locale=en-us&entry=aliyungmcc_re_20200420__ (erişim tarihi: 20.06.2020).

<https://hsys.saglik.gov.tr/mobil/gizlilik> (erişim tarihi: 25.05.2020).

<https://net.jogtar.hu/jogszabaly?docid=a2000179.kor> (erişim tarihi: 05.06.2020).

<https://news.un.org/en/story/2020/04/1061622> (erişim tarihi: 12.05.2020).

<https://rombit.be/smart-braceletto-prevent-coronavirus-infections-in-the-workplace/> (erişim tarihi: 20.04.2020).

<https://www.asiablockchainreview.com/china-tackles-covid-19-with-blockchain/> (erişim tarihi: 20.06.2020).

<https://www.boniglobal.com/tr/solutions/corona-tracer-app/>

(erişim tarihi: 25.05.2020).

<https://www.cnil.fr/en/publication-cnils-opinion-stopcovid-mobile-application-project> (erişim tarihi: 22.06.2020).

<https://www.conseil-etat.fr/actualites/actualites/le-conseil-d-etat-ordonne-a-l-etat-de-cesser-immediatement-la-surveillance-par-drone-du-respect-des-regles-sanitaires> (erişim tarihi 30.05.2020).

<https://www.egm.gov.tr/ozelguvenlik/ozel-guvenlik-gorevilerinin-ates-olcer-cihaz-kullanimi-hk> (erişim tarihi: 22.05.2020).

https://www.francetvinfo.fr/sante/maladie/coronavirus/le-conseil-detat-suspend-lutilisation-des-drones-pour-controler-le-deconfinement-a-paris_3969795.html (erişim tarihi: 30.05.2020).

<https://www.healthxl.com/covid19> (erişim tarihi: 24.06.2020).

<https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/4110/2018-10> (erişim tarihi: 20.05.2020).

<https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/6705/Kamuoyu-Duyurusu> (erişim tarihi: 25.06.2020).

<https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/6706/KAMUOYU-DUYURUSU-COVID-19-> (erişim tarihi: 25.03.2020).

<https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/6706/KAMUOYU-DUYURUSU-COVID-19-> (erişim tarihi: 22.04.2020).

<https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/6721/KAMUOYU-DUYURUSU-Covid-19-ile-Mucadele-Surecinde-Kisisel-Verilerin-Korunmasi-Kanunu-Kapsaminda-Bilinmesi-Gerekenler-> (erişim tarihi: 28.05.2020).

<https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/6723/Uzaktan-Egitim-Platformlari-Hakkinda-Kamuoyu-Duyurusu> (erişim tarihi: 10.04.2020).

<https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/6726/COVID-19-ILE-MUCADELEDE-KONUM-VERISININ-ISLENMESI-VE-KISILERIN-HAREKETLILIKLERININ-IZLENMESI-HAKKINDA-BILINMESI-GEREKENLER-2->

(erişim tarihi: 11.04.2020).

<https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/6726/COVID-19-ILE-MUCADELEDE-KONUM-VERISININ-ISLENMESI-VE-KISILERIN-HAREKETLILIKLERININ-IZLENMESI-HAKKINDA-BILINMESI-GEREKENLER-2->

(erişim tarihi: 15.05.2020).

<https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/6728/YURT-DISINA-KISISEL-VERI-AKTARIMINDA-BAGLAYICI-SIRKET-KURALLARI-HAKKINDA-DUYURU> (erişim tarihi: 15.05.2020).

<https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/6750/VERBIS-E-KAYIT-SURELERININ-UZATILMASI-HAKKINDA-DUYURU> (erişim tarihi: 28.06.2020).

<https://www.kvkk.gov.tr/SharedFolderServer/CMSFiles/8e39e0a1-6ec4-4179-a5d3-bbd8e78dce31.pdf> (erişim tarihi: 24.04.2020).

<https://www.onadozo.hu/hirek/a-gdpr-tol-eltero-adatvedelmi-szabalyokat-allapitott-meg-a-1792020-korm-rendelet-9759?fbclid=IwAR39CFIK4UrQ5du9M26QQMtq79RaSdsfXQgF6g3XLK9ToxvJ9VxGLE5Tp20> (erişim tarihi: 24.06.2020).

<https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss117.pdf>

(erişim tarihi: 22.05.2020).

<https://www.turkishairlines.com/tr-tr/duyurular/coronavirus-salgini/hayat-eve-sigar/> (erişim tarihi: 25.05.2020).

<https://www.who.int/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020> (erişim tarihi: 22.05.2020).

<https://www.who.int/news-room/detail/27-04-2020-who-timeline---covid-19>

(erişim tarihi: 15.04.2020).

II. BÖLÜM

KORONAVİRÜS DÖNEMİNDE KAMU HUKUKUNA İLİŞKİN GÜNCEL HUKUKİ MESELELER

7242 SAYILI CEZA VE GÜVENLİK TEDBİRLERİNİN İNFAZI HAKKINDA KANUN İLE BAZI KANUNLARDA DEĞİŞİKLİK YAPILMASINA DAİR KANUNUN GENEL DEĞERLENDİRİLMESİ

Dr. Öğr.Üyesi Esra ALAN AKCAN*

Özet

Nefaz (nüfuz) kökünden türeyen infaz kelimesi, yerine getirme, uygulama, bir hükmün gereğini yerine getirme anlamlarında kullanılmaktadır. İnfaz hukuku ise, ceza mahkemeleri tarafından verilen mahkumiyet kararlarından hapis, adli para cezası veya güvenlik tedbirlerinin nasıl yerine getirileceğini veya nasıl infaz edileceğini gösteren hukuk dalıdır. İnfaz kanunları infaza ilişkin temel nitelikleri ortaya koymaktadır. Kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesi gibi, kanunsuz infaz da olmaz. İnfaz yapılırken hükümlüler arasında ayrımcılığa sebebiyet verecek davranışlardan kaçınarak, insan haklarına, insan onuruna saygılı, eşit, adil, hakkaniyete uygun davranılmalıdır. Burada en önemli amacın hükümlünün topluma yeniden kazandırılması olduğu göz ardı edilmemelidir.

15 Nisan 2020 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 7242 sayılı Kanun, 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun başta olmak üzere, TCK, CMK, İnfaz Hakimliği Kanunu gibi kanunların da içinde olduğu toplam on bir kanunda değişiklik öngörmektedir. 7242 sayılı Kanun’un yürürlüğe girmesiyle birlikte meşruiyetine yönelik tartışmalar da gündeme gelmiştir. Bu kanunun çıkma sebebi, Covid-19 olarak adlandırılan korona virüs sebebiyle cezaevlerindeki mahkum ve tutukluları korumak mı, mevcut cezaevlerinin kapasitelerinin üstündeki hükümlü ve tutuklu sayısındaki yığılmayı azaltmak mı, yoksa cezaların sürelerini kısaltmak mı hedeflenmektedir? Öncelikli

* Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku ABD Öğretim Üyesi.

olarak cezaevinde kalan hükümlü ve tutukluların bu virüs salgınından zarar görmemesinin amaçlandığını belirtebiliriz ancak tutukluların durumundan hiç söz edilmemesi bu sonuca varılmasını güçleştirmektedir. Yine normal cezaevi standartının üstündeki yoğunluktan dolayı iyileştirme yapılması ihtiyacı olduğu da açıktır.

Cezaevlerindeki yoğunluğun sebepleri arasında koşullu salıverme oranı ilk akla gelendir. Zira 1 Haziran 2005'ten önceki İnfaz Yasası olan 647 sayılı Yasa uyarınca; hükümlüler 1/2 koşullu salıverme ve ayda 6 gün indiriminden yararlandırılarak cezalarının %40'ı infaz edilmekte idi. 1 Haziran 2005'te yürürlüğe giren 5275 sayılı CGTİHK ile 2/3 oranı getirilmiş ve bununla birlikte artık hükümlülerin cezalarının %66'nı cezaevlerinde geçirme durumu ortaya çıkmıştır. Yine mükerrirler açısından 3/4 oranı getirilmiştir. Buna göre hükümlü mükerrir ise, mükerrirler hakkında hükmedilen cezaların %75'inin infaz edilmesi gerekmektedir ve bu da mükerrirlerin yarattığı bir yoğunluğa sebep olmaktaydı. Bu bağlamda 7242 Sayılı Kanun'a baktığımızda;

Şartla salıverme oranlarında değişiklik yapıldığını görmekteyiz. İstisnai suçlar ayrı tutulmak üzere, 2/3 oranı yine 1/2'ye indirilmiştir. Buna göre, yukarıda belirttiğimiz 5275 sayılı yasaya göre, %66 oranını cezaevinde geçirmesi gereken hükümlüler için bu oran tekrar %50'ye inmiş olmaktadır. Yine, 1 yıl denetimli serbestlik süresi getirilmiştir. 1 yıllık denetimli serbestlik süresi gereğince de; örneğin, 10 yıl hapis cezası olan bir hükümlü eğer istisna suçlardan değilse; 1/2 koşullu salıverme uygulanarak cezasının yarısı indirilecektir. Buna göre 5 yıl hapis cezası söz konusu olacaktır. 1 yıl denetimli serbestlikten yararlandığında da 4 yıl cezası kalacaktır. Yani bu durumda %66 olan oran tekrar %40 olmuştur. Mükerrir ve örgütlü suçlar açısından cezalarının %75'i infaz edilmekte iken, yeni 7242 sayılı Yasa ile artık 2/3 oranına indirilmiştir. Yani 3/4 oranından, 2/3 oranına geri indirilmiştir. İstisna suçlarda değişiklik yapılmamıştır. İstisna suçlardan olan örneğin, 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu kapsamında bir suç işlenmişse, önceki oran olan 3/4 oranı aynen devam edecektir. Yine, uyuşturucu ticareti suçu (TCK m. 188) bakımından oranlarda herhangi bir değişiklik yapılmamıştır.

Suçlar arasında bu kadar farklı oranlara gidilmesi ve bu kadar çok istisnaya yer verilmesi eleştiriye açık bir durum yaratmaktadır. Tüm suçlar için tek oran belirlenmeli veya belki bir iki istisna ile sınırlı tutulmalıydı. Bu haliyle uygulanması çok zor bir kanun halini almıştır. Yine Taslak metnin TBMM'ye giden halinde denetimli serbestlikte ceza miktarına göre oransal bir sisteme geçiliyordu. Bu yeni sistemde herkesin bir miktar içinde kalması sağlanarak cezasızlık algısı giderilmiş olacaktı. Bundan neden vazgeçildiğini anlamak mümkün değildir. Diyebiliriz ki, infaz hukukuna ilişkin ilkeler ışığında, eşitlik ilkesine uygun bir düzenleme meşruiyet tartışmalarını ortadan kaldıracak nitelikte olacaktır.

Abstract

The term of execution (infaz) which is derived from the root of nefaz (nüfuz) means to carry out, implement and fulfil the requirements of a decision. Law of execution is the branch of law indicating how the imprisonment sentences, judicial fines or security measures imposed by the criminal courts shall be executed or enforced. The laws on execution provide for the fundamental qualifications concerning the execution. Just as the principle of *nullum crimen, nulla poena sine lege*, no execution is possible without a law. During the execution, behaviours which might cause discrimination among the convicts should be avoided, and the treatment should be in compliance with human rights and equity, respectful to human dignity, and equal and fair. It should not be ignored that the most important purpose of the execution is the reintegration of the offender with the society.

The Law No. 7242 which entered into force upon publication on the Official Gazette dated 15 April 2020 provides for amendment in eleven laws including laws such as the Turkish Criminal Code, Criminal Procedure Code and Law on the Office of the Execution Judge, and primarily the Law No. 5275 on the Execution of the Sentences and Security Measures. Upon entry into force of the Law No. 7242, discussions concerning its legitimacy has come up. Is the reason of enacting this Law, protecting the convicts and detainees in the prisons because of the coronavirus known as Covid-19, or decreasing the accumulated number of

the convicts and detainees which is over the current capacity of the prisons, or just shortening the duration of the sentences? First of all, it can be stated that it is aimed to prevent the suffering of the convicts and detainees in prisons from this pandemic, however the fact that the condition of the detainees is not considered makes it harder to reach this conclusion. Also, it is clear that improvement is necessary, as the population is over the normal standards of prisons.

Among the reasons of overpopulation of the prisons, the first thing coming to mind is the ratio of the conditional release. Under the Law No. 647 which was the Law on Execution before 1 June 2005, the convicts were granted to conditional release by $\frac{1}{2}$ and mitigation of 6 days for a month, and 40% of their sentences was executed. Under the Law No. 5275 on the Execution of Sentences and Security Measures which entered into force on 1 June 2005, the ratio of $\frac{2}{3}$ was provided and thus, it caused the convicts to serve 66% of their sentences in the prisons. Besides, the ratio of $\frac{3}{4}$ was provided in relation to the repeat offenders. Accordingly, in the event that the convict was a repeat offender, 75% of the sentence imposed was to be executed and this has resulted in an overpopulation caused by the repeat offenders. In this context, when the Law No. 7242 is examined;

It can be observed that an amendment has been conducted on the ratio of conditional release. Other than the exceptional offences, the ratio of $\frac{2}{3}$ has been decreased to $\frac{1}{2}$. Accordingly, under the mentioned Law No. 5275, this ratio for the convicts who are to serve 66% of their sentences in the prison has decreased again to 50%. Also, a probation for a period of 1 year has been stipulated. In accordance with the probation period of 1 year, the penalty of a convict sentenced to imprisonment for a period of 10 years shall be decreased by one half implementing the conditional release by $\frac{1}{2}$ if the offence is not one of the exceptional offences. Accordingly, the period of imprisonment shall be 5 years. And when the convict avails of the probation, the remaining sentence shall be 4 years. In other words, the ratio of 66% has become 40% again. While 75% of the sentence was executed with regard to the repeat offences and organized crimes, the new Law No. 7242 has decreased this ratio to $\frac{2}{3}$. In other words, the ratio of $\frac{3}{4}$ has decreased

to 2/3 again. No amendment has been made concerning the exceptional offences. For example, if an offence within the scope of the Counter Terrorism Law No. 3713 which is one the exceptional offences is committed, the previous ratio of ¾ continues to be implemented. Also, no amendment on the ratio has been set out in relation to the drug trafficking (article 188 of Turkish Criminal Code).

The fact that there are such different ratios among the offences and so many exceptions is an issue that is open to criticism. A single ratio should have been specified for all offences or it should have been limited with one or maybe two exceptions. In the current case, it has become a law which is hard to implement. Yet the draft law submitted to the Grand National Assembly of Turkey provided a proportional system for probation according to the amount of the sentence, and thus in this new system, everyone would be ensured to stay in prison for a while and the perception of impunity would be eliminated. It is not possible to understand why this system was abandoned. It could be stated that in line with the principles concerning the law of execution that a regulation in compliance with the principle of equality would eliminate discussions of legitimacy.

GİRİŞ

İnfaz hukuku, ceza hukukunun bir dalıdır ve çok önemlidir. Nefaz (nûfuz) kökünden türeyen infaz kelimesi, yerine getirme, uygulama, bir hükmün gereğini yerine getirme anlamlarında kullanılmaktadır. İnfaz hukuku ise, ceza mahkemeleri tarafından verilen mahkumiyet kararlarından hapis, adli para cezası veya güvenlik tedbirlerinin nasıl yerine getirileceğini veya nasıl infaz edileceğini gösteren hukuk dalıdır. Görüldüğü üzere, infaz sadece cezanın değil, güvenlik tedbirlerinin de infazını kapsar¹. Bu nedenle 2005 tarihinde yürürlüğe giren, 5275 sayılı İnfaz Kanununun adı “*Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun*” olarak değiştirilmiştir. İnfaz kanunları infaza ilişkin temel nitelikleri ortaya koymaktadır. Kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesi gibi, kanunsuz infaz da olmaz. İnfaz yapılırken

1 Osman Atalay, İnfaz Hukuku ve İlamların İnfazı (1th edn, Türkiye Adalet Akademisi 2015) 1.

hükümlüler arasında ayrımcılığa sebebiyet verecek davranışlardan kaçınarak, insan haklarına, insan onuruna saygılı, eşit, adil, hakkaniyete uygun davranılmalıdır. Burada en önemli amacın hükümlünün topluma yeniden kazandırılması olduğu göz ardı edilmemelidir.

15 Nisan 2020 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 7242 sayılı Kanun, 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun başta olmak üzere, TCK, CMK, İnfaz Hakimliği Kanunu, Denetimli Serbestlik Hizmetleri Kanunu gibi kanunların da içinde olduğu toplam onbir kanunda değişiklik öngörmektedir. 7242 sayılı Kanun’un yürürlüğe girmesiyle birlikte meşruiyetine yönelik tartışmalar da gündeme gelmiştir. Bu kanunun çıkma sebebi, Covid- 19 olarak adlandırılan koronavirüs sebebiyle cezaevlerindeki mahkumları korumak mı? Mevcut cezaevlerinin kapasitelerinin üstündeki yığılmayı azaltmak mı? Yoksa cezaların sürelerinin kısaltılması mıdır? Cezaevinde olan hükümlülerin virüs salgısından zarar görmemesinin önüne geçilmek istendiği ifade edilmiş olsa da asıl amacın normal cezaevi standartının üstündeki yoğunluktan dolayı iyileştirme yapılması ihtiyacı olduğu açıktır.

Cezaevlerindeki yoğunluğun sebepleri arasında koşullu salıverme oranı ilk akla gelendir. Koşullu salıverme, cezanın çektirilmesinin kişiselleştirilmesi, cezaevindeki tutum ve davranışlarıyla topluma uyum sağlayabileceği izlenimi veren hükümlünün ödüllendirilmesidir². Başka bir ifadeyle, koşullu salıverme, hükümlülerin ceza infaz kurumunda cezalarının kanunda belirtilen oranlarda iyi halli olarak geçirdikleri takdirde³, belirli yükümlülükler ve koşullar dahilinde salıverilerek geri kalan cezalarını kurum dışında çekmeleridir⁴. 1 Haziran 2005’ten önce yürürlükte olan 647 sayılı İnfaz Kanunu uyarınca; hükümlülerin 1/2 oranında koşullu salıvermeden

2 Atalay 27.

3 5275 sayılı CGTİHK’ nın 89. maddesine göre, iyi halli olabilmek için, “Hükümlünün, Kanunun 107. maddesinde öngörülen süreleri, ceza infaz kurumlarının düzen ve güvenliği amacıyla konulmuş kurallara itenlikle uyarak, haklarını iyi niyetle kullanarak, yükümlülüklerini eksiksiz yerine getirerek geçirmiş ve uygulanan iyileştirme programlarına göre de toplumla bütünleşmeye hazır olduğunun disiplin kurulunun görüşü alınarak idare kuruluca saptanmış olması gerekir.”

4 Atalay 27.

ve ayda 6 gün indiriminden yararlandırılarak cezalarının %40'ı infaz edilmekte idi. 1 Haziran 2005'te yürürlüğe giren 5275 sayılı CGTİHK ile 2/3 oranı getirilmiş ve bununla birlikte artık hükümlülerin cezalarının %66'sını cezaevlerinde geçirme durumu ortaya çıkmıştır. Yine mükerrerler açısından 3/4 oranı getirilmiştir. Buna göre hükümlü mükerrir ise, mükerrerler hakkında hükmedilen cezaların % 75'inin infaz edilmesi gerekmektedir ve bu da mükerrerlerin yarattığı bir yoğunluğa sebep olmaktadır.

Bu çalışmada, genel olarak, 7242 sayılı Kanun'un İnfaz Hakimliği Kanunu, TCK, CMK ve en çok değişikliğin yapıldığı 5275 sayılı CGTİHK'da meydana getirdiği değişiklikler üzerinde durulacaktır.

I. 4675 Sayılı İnfaz Hakimliği Kanunu'na İlişkin Değerlendirme

4675 sayılı İnfaz Hakimliği Kanunu'nda önemli değişiklikler yapılmıştır. 16.05.2001 kabul tarihli bu Kanun'un 1 inci ve 2 nci maddeleri ile 4 üncü maddenin 4 ve 5 inci fıkraları başta olmak üzere değişiklikler yapıldığını görmekteyiz. Yapılan değişikliklere bakıldığında, infaz hakimliğinin daha etkili hale getirildiği görülmektedir. İnfazla bilindiği üzere, 7242 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önce, cumhuriyet savcıları ilgilenmekteydi. İnfazla Cumhuriyet savcıları yine ilgilenmeye devam edecektir. Bu yetkinin savcılardan alınıp infaz hakimlerine verildiğine ilişkin iddialar yerinde değildir. Zira böyle bir değişiklik yapılmamıştır. TCK m.50, 51 ile İnfaz Kanunu 89, 98, 99, 100, 101, 105/A, 107, 108, 110 maddelerinin önceki ve yeni halleri incelendiğinde hangi yetkilerin mahkemelerden infaz hakimliklerine verileceği anlaşılabacaktır.

Kısaca diyebiliriz ki, infaz hakimliği ön plana çıkarılmış; yetki ve görevleri genişletilmiştir. İnfaz hakimliği kanununda ve infaz hakimliğini ilgilendiren diğer kanunlarda yapılan değişiklikler infaz hakimliğini güçlendirmek amacıyla yapılmış olup, mahkemelerin görev alanına giren hususların infaz hakimliğine verilmesi şeklinde gerçekleşmiştir.

İnfaz hakimliği kurumunun kapasitesi güçlendirilerek uzmanlaşmalarının sağlanması ve infaza ilişkin tüm kararların bu hakimlikler tarafından verilmesi amaçlanmaktadır.

Cumhuriyet savcısının infaza ilişkin verdiği kararlara karşı infaz hakimliğine şikâyet başvurusunda bulunulabilmesine imkan tanınmaktadır.

İnfaz Hakimliği Kanununda yapılan değişikliklerle infaz hakimlerine verilen yeni görevlere ilişkin hükümler 1/9/2020 tarihinden itibaren uygulanmaya başlayacaktır. Bu tarihe kadar ceza mahkemelerinin mevcut görev ve yetkileri aynen devam edecektir.

II. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'na İlişkin Değerlendirme

TCK m. 50'de düzenlenen kısa süreli hapis cezalarına seçenek yaptırımlar ve madde 51'deki cezanın ertelenmesine ilişkin olmak üzere, bu kararları vermek üzere veya bunların infazı aşamasında ortaya çıkacak sorunlarla ilgili olarak artık mahkemenin değil infaz hakimliğinin karar vereceğine ilişkin düzenleme yer almaktadır. Yani, TCK m. 50 ve 51'deki "*hükümü veren mahkeme*" ibaresi "*infaz hâkimliği*" ve "*hükümü veren mahkemeye*" ibaresi "*infaz hâkimliğince*" şeklinde değiştirilmiştir. Yine maddede geçen "*hakim*" ibaresi "*infaz hâkimi*", "*hakime*" ibaresi "*infaz hâkimine*" şeklinde değiştirilmiştir. TCK'da değişiklik yapılmasına gerek kalmaksızın, infaz hakimliği kanununa bir hüküm eklenerek, TCK m. 50 ve 51 bağlamında verilecek kararları artık infaz hakimlerinin vereceği ifade edilebilirdi.

TCK 53'de düzenlenen belli hakları kullanmaktan yoksunluk maddesine ilişkin de bir değişiklik söz konusudur. Bu maddede özellikle cezası ertelenen kişiye ve koşullu salıverilen hükümlüye tanınan kendi alt soyu üzerindeki velayet, vesayet ve kayımlık yetkilerinin denetimli serbestlik şeklinde cezası infaz edilen kişilere de tanınacağı hüküm altına alınmaktadır. Denetimli serbestlikten yararlanan kişi de koşullu salıverilen ve cezası ertelenen hükümlünün sahip olduğu bu üç hakkı kullanabilecektir. Yine 53 üncü maddede cezası ertelenen kişiye bir kamu kurumunun veya kamu kurumu

niteliğindeki meslek kuruluşunun iznine tabi bir meslek veya sanatı, kendi sorumluluğu altında serbest meslek erbabı veya tacir olarak icra etmesi konusundaki yasağın uygulanmamasına mahkemenin karar verebileceği belirtilmektedir. Başka bir ifadeyle, meslek veya sanatın icrasına mahkeme tarafından karar verilebileceği hükme bağlanmıştır. Örneğin bir doktorun, rüşvet suçu işlediğinden bahisle hakkında hapis cezasına hükmedildiğini ve denetimli serbestlik veya koşullu salıverme yoluyla serbest bırakıldığını düşünelim. Bu düzenleme karşısında, serbest kalan bu doktor mesleğini icra edebilecektir. Oysaki bu kişinin gözetim altında tutulması gerekmektedir. Aynı maddenin 5 inci fıkrasında; *“...sayılan hak ve yetkilerden birinin kötüye kullanılması suretiyle işlenen suçlar dolayısıyla hapis cezasına mahkûmiyet halinde, ayrıca, cezanın infazından sonra işlemek üzere, hükmolunan cezanın yarısından bir katına kadar bu hak ve yetkinin kullanılmasının yasaklanmasına karar verilir. Bu hak ve yetkilerden birinin kötüye kullanılması suretiyle işlenen suçlar dolayısıyla sadece adli para cezasına mahkûmiyet halinde, hükümdede belirtilen gün sayısının yarısından bir katına kadar bu hak ve yetkinin kullanılmasının yasaklanmasına karar verilir...”* yer alan bu düzenleme ile bu durum çelişebilir gözükmektedir. Çünkü söz konusu fıkra, bu tür hak ve yetkilerin kötüye kullanılması suretiyle bir suçun işlenmesi durumunda, cezanın infazından sonra dahi belli bir süre yasağın devam edeceği belirtilmiştir. TCK m. 53’te düzenlenen belli hakları kullanmaktan yoksun kalma, güvenlik tedbiridir ve düzenlemenin amacı suç işleyen kişiye duyulan güveninin kaybolmasından dolayı yasağın uygulanmasıdır. Ama burada daha cezası tamamlanmamış kişiye hâkim kararı ile mesleğini icra imkanının verilmesi kurumun amacıyla çok bağdaşmadığı ileri sürülebilir. Ancak söz konusu 53 üncü maddeye ilişkin değişiklik, denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak cezası infaz edilenlerin kendi altsoyu üzerindeki velayet, vesayet ve kayyım-lık yetkilerini kullanabilmelerine imkan tanınmaktadır. Ayrıca, denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak cezası infaz edilenler ile koşullu salıverilenlerin bir kamu kurumunun veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşunun iznine tabi bir meslek veya sanatı, kendi sorumluluğu altında serbest meslek erbabı veya tacir olarak icra edebilmesine de imkan tanınmaktadır. Böylelikle, hükümlülerin denetimli serbestlik tedbiri uygulanmak suretiyle ceza infaz kurumlarından salıverilmesinden sonra hızlı bir şekilde sosyal hayat ile aile ve iş hayatına uyum sağlayabilmeleri amaçlanmaktadır.

Hükmün bu haliyle infazın ıslah ve topluma kazandırma amacına hizmet ettiği söylenebilir.

7242 sayılı Kanun ile TCK özel hükümler içerisinde yer alan bazı suçlara ilişkin değişiklikler de söz konusu olmuştur. Kasten yaralama suçuna ilişkin 86 ncı maddeye, “*canavarca hisle*” yaralama suçunun işlenmesi ceza-yı ağırlaştıran nitelikli hal olarak eklenmiştir. Bu tabi kamuoyuna yansıyan kezzap atma olayından sonra gündeme gelen ve maddeye eklenen bir nitelikli hal olmuştur. Kamuya yansayan bir olayın yasama organını nasıl etkilediğini görmekteyiz. Bu düzenleme ile bu tür fiillerin daha etkin bir şekilde cezalandırılması ve caydırıcılık oluşturmaya amaçlanmıştır. Yeni bir nitelikli hal tesis edilmeden, somut olayı yargılayan hakim fiilin ağırlığı, failin kastının yoğunluğu, fiilin işlenmesindeki kötülüğü dikkate alarak alt sınırdan uzaklaşarak, adil bir şekilde uygun hüküm tesis edebilirdi. Aksi halde kamuoyunda ses getiren her olaya ilişkin veya belli meslek gruplarına⁵ yönelik şiddet fiillerinin daha etkin cezalandırılması için nitelikli hal tesis edilmeye kalkılırsa bunun sonu gelmeyecektir. Yine belirtebiliriz ki, gerekçedeki örnek, fiilin işlenişi ile ilgilidir. Oysaki canavarca hisle hareket etmek suçun manevi unsuru ile ilgili bir konudur.

Ayrıca bu durum, mevzuat dağınıklığını önlemek ve tüm ülkede tüm olaylara uygulanabilecek genel hükümler sistematüğını kurmaya çalışan TCK m. 5’de belirtilen, “*Bu Kanunun genel hükümleri, özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanır.*” hükmüne de aykırılık oluşturur. Bunun yerine, bu tür suçların etkin cezalandırılması isteniyor ise, alt ve üst sınırlar üzerinde değişikliğe gidilerek makasın geniş tutulması yoluna gidilebilirdi.

TCK m. 220’de de değişiklik yapılmıştır. Bu değişiklik uyarınca örgütü kuran, yöneten ve üye olanların cezası artırılmaktadır. Yine, TCK m. 241’de düzenlenen tefecilik suçu bakımından bir değişiklik yapılmaktadır. Örgütün faaliyeti çerçevesinde tefecilik suçunun işlenmesi hali cezanın artırılmasını gerektiren nitelikli hal olarak düzenlenmiştir. TCK’nın 86, 220, 241

5 Benzer teklif sağlık çalışanlarına yönelik yaralama, tehdit fiilleri bakımından da gündeme gelmiştir.

inci maddelerinde de cezaların arttırıldığını görmekteyiz. Ama bu durum, 7242 sayılı Kanun ile getirilen infaz kanunundaki indirimlerle birlikte değerlendirildiğinde bir tutarsızlık oluşturmaktadır. Zira, söz konusu kanunun meşruiyetine yönelik yukarıda da izah etmeye çalıştığımız gibi, mevcut ceza infaz kurumlarında kapasitelerinin üzerine hükümlü ve tutuklu bulunmaktadır. Dolayısıyla insani şartların sağlanabilmesi için o yığılmanın azaltılması gerekmektedir. Söz konusu düzenleme, infaz kurumlarındaki doluluk nedeniyle suç işlemek amacıyla örgüt kuranların örgüt faaliyeti çerçevesinde suç işlemleri halinde infaz kurumunda kalmaları gereken süreyi 3/4'ten 2/3'e indirirken, bu sefer ceza kanununda aynı suçu işleyenlerin cezasının artırılması tutarlı olmamıştır.

III. 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'na İlişkin Değerlendirme

CMK'daki değişikliklere baktığımızda ise, değişikliklerin daha çok adli kontrol tedbirine hükmedilmeye alakalı olduğunu görmekteyiz. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun adli kontrol başlıklı 109 uncu maddesinin mülga dördüncü fıkrası şu şekilde yeniden düzenlenmiştir; *"..Maruz kaldığı ağır bir hastalık veya engellilik nedeniyle ceza infaz kurumu koşullarında hayatını yalnız idame ettiremediği 13/12/2004 tarihli ve 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunun 16 ncı maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca tespit edilen şüpheli ile gebe olan veya doğurduğu tarihten itibaren altı ay geçmemiş bulunan kadın şüphelinin tutuklanması yerine adli kontrol altına alınmasına karar verilebilir. Hakkında mahkûmiyet hükmü verilmiş ve bu hükümle ilgili olarak istinaf veya temyiz kanun yoluna başvurulmuş olması hâlinde, UYAP kayıtlarını incelemek suretiyle hükmü veren ilk derece mahkemesi de adli kontrol kararı verebilir."* Mevcut CMK sistemimizde tutuklama zorunlu değil, ihtiyaridir. Adli kontrol, ağır veya ölçüsüz olacak tutuklama yerine kabul edilen bir tedbirdir. Uygulamada zaten hâkim gerekli görürse tutuklama yerine adli kontrole karar verebilmektedir.

109 uncu maddenin 4 üncü fıkrasına eklenen yeni düzenlemenin son cümlesi aynı şekilde CMK 112'ye de eklenmiştir. Buna göre, hüküm verildikten sonra dahi, verilen hüküm aleyhine istinaf veya temyiz kanun yoluna

gidildiğinde, hükmü veren ilk derece mahkemesinin de adli kontrol veya tutuklama kararı verebileceği belirtilmektedir. Maddenin kaleme alınışında “de” bağlacı kullanıldığına göre, dosyadan el çeken ilk derece mahkemesinin UYAP sistemi üzeninden adli kontrole karar vermesi veya adli kontrol kararına uyulmaması halinde tutuklama kararı vermesinin uygulama birliğini sağlamak amacıyla yapılan bir değişiklik olduğu söylenebilir. Söz konusu maddenin mevcut birinci fıkrasına göre, adli kontrol hükümlerini isteyerek yerine getirmeyen şüpheli veya sanık hakkında, hükmedilebilecek hapis cezasının süresi ne olursa olsun, yetkili yargı mercisinin hemen tutuklama kararı verebileceği düzenlenmektedir. Şüpheli veya sanık huzurda ise tutuklama kararı verilebilecek, huzurda değilse yakalama emri düzenlemek suretiyle yakalanması ve buna göre tutuklanması sağlanabilecektir.

Hakkında adli kontrol kararı verilmiş olup da dosyası istinaf ya da temyiz incelemesinde bulunan sanıkların adli kontrol tedbirine uymamaları halinde hangi yargı mercii tarafından değerlendirme yapılarak, tutuklama kararı verileceği veya yakalama emri düzenleneceği hususunda uygulamada tereddütler yaşanabilmektedir. Düzenlemeyle, hakkında mahkûmiyet hükmü verilmiş ve bu hükümle ilgili olarak istinaf veya temyiz kanun yoluna başvurmuş sanıkların adli kontrol tedbirine uymamaları hâlinde, hükmü veren ilk derece mahkemesi tarafından da UYAP kayıtları üzerinden durumlarının değerlendirilebileceği ve tutuklama kararı verilebileceği veya yakalama emri düzenlenebileceği hüküm altına alınmaktadır. Esasen ilk derece mahkemelerinin bu konuda var olan yetkisi belirgin hale getirilmek suretiyle Ülke genelinde uygulama birliğinin sağlanması amaçlanmaktadır. Sonuç olarak uygulamada yaşanan bu sorunun giderilmesi amacıyla bu düzenlemenin yapıldığı kanaatindeyiz.

Yine CMK’da yapılan önemli bir değişiklikle, 272 nci maddenin 3 üncü fıkrasına “*Bu suretle verilen hükümler tekerrüre esas olmaz.*” cümlesi eklenmiştir. Hapis cezasından çevrilen adli para cezaları hariç olmak üzere, sonuç olarak belirlenen üçbin Türk Lirası dâhil adli para cezasına mahkûmiyet hükümleri tekerrüre esas alınmayacaktır. Düzenlemenin CMK’nın 272 inci maddesinde yer alması hatalı olmuştur. Tekerrür hükümlerinin

düzenlendiği TCK m. 58'e ek getirilmesinin sistematik olarak daha doğru olacağı kanaatindeyiz.

IV. 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'a İlişkin Değerlendirme

7242 sayılı Kanun ile, koşullu salıverme oranlarında değişiklik yapıldığını görmekteyiz. Ancak koşullu salıvermede suç ayrımı yapılmaksızın suçlunun ceza infaz kurumundaki iyi halinin esas alındığı bir sistemin daha iyi sonuç vereceği kanaatindeyiz. 7242 sayılı Kanun'da bazı suçların istisna tutulduğunu⁶, diğer suçlar bakımından ise 2/3 koşullu salıverme oranı-

-
- 6 1-Kasten Öldürme suçları,
 1.(TCK 81, 82, 83.maddeleri) (Yetişkin ve Çocuk)----- (2/3)
 2.(TCK 83.maddesi) (01.07.2016 tarihinden önce ise)(Yetişkin ve Çocuk)----- (1/2)
 2- Neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçu,
 1.(TCK 87/2-d.maddesi) (Yetişkin ve Çocuk)----- (2/3)
 2.(TCK 87/2-d.maddesi) (01.07.2016 tarihinden önce ise)(Yetişkin ve Çocuk)----- (1/2)
 3- İşkence suçu,
 1.(TCK 94 ve 95 maddeleri) (Yetişkin ve Çocuk)----- (2/3)
 2.(TCK 94 ve 95 maddeleri) (01.07.2016 tarihinden önce ise)(Yetişkin ve Çocuk)----- (1/2)
 4- Eziyet suçu,
 1.(TCK 96. maddesi) (Yetişkin ve Çocuk)----- (2/3)
 2.(TCK 96. maddesi) (01.07.2016 tarihinden önce ise)(Yetişkin ve Çocuk)----- (1/2)
 5-a) Cinsel suçlar (Yetişkinler) 1.Nitelikli cinsel suçlar (TCK 102/2,103,104/2-3. maddeleri)----- (3/4)
 2.Niteliksiz cinsel suçlar (TCK 102/1,104/1,105. maddeleri)----- (2/3)
 b)Cinsel suçlar (28.06. 2014 tarihinden önce ise)(Yetişkin ve Çocuk)----- (2/3)
 c)Cinsel suçlar (Çocuklar)(TCK 102, 103, 104, 105. maddeleri)----- (2/3)
 6-Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti,
 1.(TCK madde 188) (Yetişkin ve Çocuk)----- (3/4)
 2.(TCK188 md.) (28.06.2014 tarihinden önce ise)(Yetişkin ve

nın yine 1/2 'ye indirildiğini görmekteyiz. Buna göre, yukarda belirttiğimiz 5275 sayılı yasaya göre, %66 oranını cezaevinde geçirmesi gereken hükümlüler için bu oran tekrar %50'ye inmiş olmaktadır. Yine, bir yıl denetimli serbestlik süresi getirilmiştir. Bir yıllık denetimli serbestlik süresi gereğince de örneğin, on yıl hapis cezası olan bir hükümlü eğer istisna suçlardan değilse; 1/2 koşullu salıverme uygulanarak cezasının yarısı indirilecektir. Buna göre beş yıl hapis cezası söz konusu olacaktır. Bir yıl da denetimli serbestlikten yararlandığında da dört yıl cezası kalacaktır. Yani bu durumda %66 olan oran tekrar %40 olmuştur. Mükerrir ve örgütlü suçlar açısından cezalarının %75'infaz edilmekte iken, yeni 7242 sayılı kanun ile artık 2/3 oranına indirilmiştir. Yani 3/4 oranından, 2/3 oranına geri indirilmiştir. İstisna suçlarda değişiklik yapılmamıştır. İstisna suçlardan olan örneğin, 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanun'u kapsamında bir suç işlenmişse, önceki oran olan 3/4 oranı aynen devam edecektir. Yine, uyuşturucu ticareti suçu (TCK m. 188) bakımından oranlarda herhangi bir değişiklik yapılmamıştır.

7242 sayılı Kanun'un 18 inci maddesi ile 5275 sayılı CGTİHK' nun 14 üncü maddesinde önemli bir değişiklik öngörülmektedir. Bu değişiklik ile doğrudan açık ceza infaz kurumuna gönderilebilecekler belirtilmekte ve istisnaları gösterilmektedir. Değişikliğe bakıldığında, kasten ve taksirle işlenen suç ayrımı yapıldığını görmekteyiz. Taksirli suçlardan toplam beş yıl

-
- Çocuk)------(2/3)
 7-Özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçlar (TCK 132 ila 138. maddeleri)
 (Yetişkin ve Çocuk)------(2/3)
 8-Devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk suçlarından (TCK 326 ila 339.maddeleri)
 (Yetişkin ve Çocuk)------(2/3)
 9-Suç işlemek için örgüt kurmak veya yönetmek ya da örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlar (Yetişkin ve Çocuk)------(2/3)
 10-1/1/1983 tarihli ve 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunu kapsamına giren suçlardan mahkûm olanlar,
 1.(Yetişkin ve Çocuk)------(2/3)
 2.Mit suçları, suç tarihi 01.07.2016 tarihinden önce ise (Yetişkin ve Çocuk)------(1/2)
 11-Terör suçları,(3713 TMK uygulanan)Devletin güvenliğine karşı suçlar(TCK 302 ila 339md.ler)
 1.(Yetişkinler)------(3/4)
 2.(Çocuklar)------(2/3)
 Yukarıdaki metin Sayın Osman Atalay'ın hazırladığı tablodan alıntıdır.

veya daha az süreyle hapis cezasına mahkûm olanların bu kapsamda olacağı belirtilmektedir. Ancak taksirli suçlarda kişilerin cezalarının açık infaz kurumunda geçirebilmeleri bakımından üst sınır belirtilmeyebilirdi. Kaç yıla mahkûm olunursa olsun, bilinçli taksir hariç tutulmak üzere, cezalarını açık cezaevinde geçirmelerini sağlayacak bir düzenlemenin daha isabetli olacağı kanaatindeyiz. Tabi şöyle bir tablo ile karşılaşılabilecektir; işlediği hırsızlık suçu nedeniyle üç yıl hapis cezasına mahkûm olan kişi açık cezavine gidebilecekken; bir kadına söz atma şeklinde cinsel taciz suçunu işleyen ve üç ay hapis cezası alanlar gidemeyecektir. Yine madde metninde; “...doğrudan açık ceza infaz kurumuna alınanlar dahil olmak üzere bu kurumlarda bulunan hükümlülerden; a) Fırar edenler veya başka bir fiilden dolayı haklarında tutuklama kararı verilenler idare ve gözlem kurulu kararıyla, b) Kınamadan başka bir disiplin cezası alıp, bu cezası kesinleşmiş olanlar veya asayiş ve düzenin sağlanması amacıyla disiplin cezası kesinleşmemiş olsa bile eylemi kurum düzeni ya da kişi güvenliği bakımından tehlike oluşturanlar idare ve gözlem kurulu kararıyla, c) Açık ceza infaz kurumu şartlarına veya çalışma koşullarına uyum sağlayamayacakları saptananlar idare ve gözlem kurulunun kararı ve infaz hâkiminin onayıyla...” kapalı ceza infaz kurumlarına gönderilebileceği belirtilmektedir. Yine, 18 inci maddenin son fıkrasında; “Hükümlülerin, suç ve ceza türlerine göre, açık ceza infaz kurumlarına ayrılıp ayrılmamalarına, açık ceza infaz kurumlarında geçirecekleri sürelerle, kapalı ceza infaz kurumlarına gönderilmelerine, doğrudan açık ceza infaz kurumlarına alınmalarına, doğrudan açık ceza infaz kurumlarına alınanların kapalı ceza infaz kurumlarına gönderilmelerine ve diğer hususlara ilişkin usul ve esaslar yönetmelikte gösterilir.” şeklinde bir düzenleme yer almaktadır. Ancak mahkûmun hürriyeti ile ilgili konulardan olan, açık infaz kurumuna ne şekilde ayrılacağı, ne kadar kalacağı gibi konuların yönetmelikle değil de kanunla düzenlenmesi daha isabetli olurdu.

7242 Sayılı kanun İnfaz Kanunu’nun 105/A maddesinde değişiklik yapılmaktadır. Süre sabit olmaktan çıkarılmaktadır.

105/A maddesinde değişiklikten önce yer alan 1 yıllık süre 7242 sayılı Kanunla da korunmuştur.

Koşullu salıvermeye kadar infaz kurumunda geçmesi gereken süre belirtilmekte ve görülmektedir ki 2005 öncesi duruma geri dönülmektedir. Buna göre 30.03.2020 tarihinden önce işlenen suçlarda, istisna suçlar hariç, 5275 sayılı CGTİHK m. 107/2'deki koşullu salıverme oranı 2/3'den, 1/2'ye indirilmiştir; aynı kanunun geçici 6/1 maddesi gereği denetimli serbestlik süresi de bir yıldan üç yıla çıkarılmıştır. Buna göre;

30 Mart 2020 tarihinden önce işlenen suçlar bakımından, hükümlü hakkında altı yıl hapis cezası öngörülmüş ise; altı yıl hapis cezası alan hükümlü (1/2) koşullu salıverme indirimden yararlanacak ve cezası altı yıl (1/2'si) üç yıl hapis cezasına indirilmiş olacaktır. Daha sonra üç yıla çıkarılan denetimli serbestlikten yararlandırılacaktır ve infaz hakiminin vereceği denetimli serbestlik kararı ile cezaevinden çıkacaktır. Kısacası, koşullu salıverme oranındaki değişiklik ile birlikte altı yıl üç yıla inecektir ve denetimli serbestlik oranı da bir yıldan üç yıla çıkartıldığı için, bu hükümlünün hiç cezaevinde kalmayacağı sonucunu doğuracaktır⁷. Geçici 6 ncı maddenin 3 üncü fıkrası uyarınca da bu durum iyi hâlli olmak koşuluyla kapalı ceza infaz kurumlarında bulunan hükümlüler hakkında da uygulanacaktır. Bu durumda, açık infaz kurumunda olan veya açığa ayrılmaya hak kazanan veya kapalı infaz kurumlarında yer alan tüm hükümlüler bakımından geçerli olacaktır. Yine 0-6 yaş grubunda çocuğu bulunan kadın hükümlüler ve 70 yaşını tamamlayan hükümlüler bakımından denetim süresinin üç yıl değil dört yıl olarak uygulanacağı belirtilmektedir. Yine çocuklar açısından onların lehine düzenlemeler getirilmiştir. Covid-19 nedeniyle açık cezaevinde bulunan hükümlüler, 31 Mayıs 2020 tarihine kadar mazeret izinli kabul edilerek infaz kurumundan ayrılımları sağlanmıştır.

30 Mart 2020 tarihinden sonra işlenen suçlarda; istisna suçlar hariç, denetim süresi bir yıldır. Koşullu salıverme oranı 1/2'dir. Denetimli serbestlik süresi de bir yıl olarak uygulanacaktır.

7 Açık Ceza İnfaz Kurumlarına Ayrılma Yönetmeliği'nin Geçici 1. maddesi uyarınca sadece 3 gün kalacaklardır. İnfaz Kanunu m. 105/A maddesi gereğince 3 yıl denetimli serbestlik uygulanarak serbest kalacaklardır.

Geçici 6 ncı maddenin istisnaları maddede sayılmıştır. İstisnalar belirlenirken hangi kriterlere göre hareket edildiği, neye göre istisna tutulduğu belli değildir. Örneğin, özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçlara sokabileceğimiz, bir başkasının yaptığı telefon görüşmesini muhatabın iradesi dışında açıklayan yararlanamayacaktır. Kadına söz atan yararlanamayacak ama aynı kadını yaralayan, gasp eden yararlanabilecektir. Kasten yaralamanın sadece maddede sayılan halleri yararlanabilecektir.

5275 sayılı Kanunun 107 nci maddesinin ikinci fıkrasında yer alan “üçte ikisini” ibaresi “yarısını” şeklinde değiştirilmiş ve dördüncü fıkrasında yer alan “dörtte üçünü” ibaresi “üçte ikisini” şeklinde değiştirilmiştir. Buna göre; süreli hapislerde infaz kurumunda geçirilmesi gereken süre olan 3/2 oranı, yarıya indirilmektedir ve bazı suçlar belirtilerek önemli istisnalar getirilmektedir⁸. Bu suçların hangi ölçülere göre buraya alındığı belli değildir. Suçun niteliği mi, korunan hukuki yarar mı, suçun konusu mu bu belli değildir. Haksızlık içeriği bakımından da birbirine yakın suçlar değildir.

8 Türk Ceza Kanununun;

- a) Kasten öldürme suçlarından (madde 81, 82 ve 83) süreli hapis cezasına mahkûm olanlar,
 - b) Neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçundan (madde 87, fıkra iki, bent d) süreli hapis cezasına mahkûm olanlar,
 - c) İşkence suçundan (madde 94 ve 95) ve eziyet suçundan (madde 96) süreli hapis cezasına mahkûm olanlar,
 - d) Cinsel saldırı (madde 102, ikinci fıkra hariç), reşit olmayanla cinsel ilişki (madde 104, ikinci ve üçüncü fıkra hariç) ve cinsel taciz (madde 105) suçlarından süreli hapis cezasına mahkûm olanlar,
 - e) Cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlardan (madde 102, 103, 104 ve 105) hapis cezasına mahkûm olan çocuklar,
 - f) Özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçlardan (madde 132, 133, 134, 135, 136, 137 ve 138) süreli hapis cezasına mahkûm olanlar,
 - g) Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçundan (madde 188) hapis cezasına mahkûm olan çocuklar,
 - h) Devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk suçlarından (madde 326 ilâ 339) süreli hapis cezasına mahkûm olanlar,
- cezalarının üçte ikisini infaz kurumunda çektikleri takdirde, koşullu salıverilmeden yararlanabilirler. Ayrıca, suç işlemek için örgüt kurmak veya yönetmek ya da örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlar ile Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlardan mahkûm olan çocuklar ile 1/1/1983 tarihli ve 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunu kapsamına giren suçlardan mahkûm olanlar hakkında koşullu salıverilme oranı üçte ikiden fazla olan suçlar bakımından ise tabi oldukları koşullu salıverilme oranı uygulanır.”
- “Koşullu salıverilme oranı üçte ikiden fazla olan suçlar bakımından ise tabi oldukları koşullu salıverilme oranı uygulanır.”

Bu durum uygulamada adaletsizlikler ortaya çıkarabilir. Bu istisna suçlar bakımından, tekerrür söz konusu olduğunda da aynı oranda kişi yine infaz kurumunda kalacaktır⁹ (107/2). Bu durum tekerrür hükümlerinin uygulanmasını daraltacak ve hatta neredeyse etkisiz hale getirecektir. İkinci defa tekerrür hükümlerinin uygulanması durumunda, hükümlü koşullu salıverilme hükümlerinden yararlanamaz. Hükümlü hakkında ikinci defa tekerrür hükümlerinin uygulanacağı hükümde belirtilir.

5275 sayılı kanun 108 inci maddede; koşullu salıverme kararının geri alınması kararını infaz hakimine bırakmaktadır. Maddenin ikinci fıkrasında mükerrrile özgü düzenleme söz konusudur. Tekerrür nedeniyle koşullu salıverme süresine eklenecek miktarın, tekerrüre esas alınan cezanın en ağırından fazla olamayacağı belirtilmektedir. İşlediği suçun cezası bakımından koşullu salıverme süresinin uzaması, tekerrüre bağlanan en önemli sonuçtur. Yeni düzenlemeyle bu yumuşatılmıştır. İstisnalarda 3/2 olan oran tekerrür bakımından da kabul edilmiştir. Yani tekerrür durumunda da oran 3/2'dir.

5275 sayılı Kanunun 110 uncu maddesinde düzenlenen **özel infaz usullerinin** geliştirildiğini görmekteyiz. Bunun olumlu yönde bir düzenleme olduğunu belirtebiliriz. Maddede özel infaz usulleri olarak *hafta sonu infaz, gece infaz ve konutta infaza* ilişkin yeni esaslar belirlenmiştir. Yapılan yeni düzenleme ile hepsinin kapsamını genişletilmiştir. Cezanın özel infaz usulüne göre çektirilmesine karar verilenler hakkında tabi oldukları infaz rejimine göre koşullu salıverilme hükümleri uygulanacaktır. Yine cezanın özel infaz usulüne göre çektirilmesi kararı, infaza başlandıktan sonra da verilebilir.

İnfaz hâkimi, hükümlünün talebi üzerine kasten işlenen suçlarda toplam bir yıl altı ay, taksirle öldürme suçu hariç olmak üzere taksirle işlenen suçlarda ise toplam üç yıl veya daha az süreli hapis cezasının;

9 “...Sonraki suçu işlediği tarihten itibaren başlamak ve hak ederek tahliye tarihini geçmemek koşuluyla sonraki işlediği her bir suç için verilen hapis cezasının iki katı sürenin... hak ederek salıverilme tarihi arasındaki süreyi geçmemek koşuluyla ihlalin niteliğine göre ceza infaz kurumunda aynen çektirilmesine karar verilir.”

a) Her hafta cuma günleri saat 19.00'da girmek ve pazar günleri aynı saatte çıkmak suretiyle hafta sonları,

b) Hafta sonları hariç, her gün saat 19.00'da girmek ve ertesi gün saat 07.00'de çıkmak suretiyle geceleri,

Ceza infaz kurumlarında çektirilmesine karar verebilir.

Mahkûmiyete konu suç nedeniyle doğmuş zararın aynen iade, suçtan önceki hâle getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesine dair hukukî sorumlulukları saklı kalmak üzere;

a) Kadın, çocuk veya altmışbeş yaşını bitirmiş kişilerin mahkûm oldukları toplam bir yıl,

b) Yetmiş yaşını bitirmiş kişilerin mahkûm oldukları toplam iki yıl,

c) Yetmiş beş yaşını bitirmiş kişilerin mahkûm oldukları toplam dört yılveya daha az süreli hapis cezasının konutunda çektirilmesine infaz hâkimi tarafından karar verilebilir.

Toplam beş yıl veya daha az süreli hapis cezasına mahkûm olan veya adli para cezası infaz sürecinde hapis cezasına çevrilen hükümlülerden Adli Tıp Kurumunca düzenlenen ya da Adalet Bakanlığınca belirlenen tam teşekküllü hastanelerin sağlık kurullarınca düzenlenip Adli Tıp Kurumunca onaylanan rapor üzerine maruz kaldığı ağır bir hastalık veya engellilik nedeniyle ceza infaz kurumu koşullarında hayatını yalnız idame ettiremeyeceği tespit edilenlerin cezasının konutunda çektirilmesine infaz hâkimi tarafından karar verilebilir. Burada belirlenen şartları sağlayan hükümlüler bakımından, toplam beş yıl ve daha az hapis cezasına mahkûm olanların hastalık, engellilik gibi durumları raporla belirlenirse işlenen suç ne olursa olsun, konutta infazın mümkün olduğu görülmektedir. Yine doğurduktan sonra üç yıl geçmeyen kadınların da konutta infazı mümkün olmaktadır ve suç istisnası yer almamaktadır. Buna göre, doğurduğu tarihten itibaren altı ay geçen ve toplam üç yıl veya daha az süreli hapis cezasına mahkûm olan ya da adli para cezası infaz sürecinde hapis

cezasına çevrilen hükümlü kadınların cezasının konutunda çektirilmesine infaz hâkimi tarafından karar verilebilir. Burada dikkat edilecek husus, talepte bulunulabilmesi için kadının doğurduğu tarihten itibaren bir yıl altı ay geçmemiş olması gerektiğidir. Konutta infaza karar verdikten sonra çocuk ölmüş veya anasından başka birine verilmiş olursa infaz hâkimi konutta infaz uygulamasına ilişkin kararını kaldıracaktır.

Infaz hâkimi talep üzerine, cezanın özel infaz usulüne göre çektirilmesi sırasında bu usulün uygulanmasına son verebilir. Özel infaz usulünün gereklerine geçerli bir mazeret olmaksızın uyulmaması hâlinde ise bu usulün uygulanmasına son verilir ve bu hâlde infaza açık ceza infaz kurumunda devam edilir. Özel infaz usulüne göre geçirilen süre, infaz aşamasında mahsup edilir.

Hamile hükümlülere tanınan infazın ertelenmesi düzenlemesinde süre uzatılmıştır. Otomatik iyi hal değiştirilerek, altı ayda bir iyi hallilik denetiminin yapılması öngörülmüştür. Yine on yılın üzerinde suçlarda kurul oluşturulma imkanı getirilmiştir. Cezaevi idaresi, Cumhuriyet Başsavcısının başkanlığında, ihtiyaca göre Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı ve Sağlık Bakanlığı temsilcilerinin de katılacağı idare ve gözlem kurulu raporlarına göre bu iyi halin değerlendirileceği belirtilmiştir.

Gecici madde 6/2 kapsamı genişletmektedir. 30/3/2020 tarihine kadar işlenen suçlar bakımından, Türk Ceza Kanunu'nun kasten öldürme suçları (madde 81, 82 ve 83), cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlar (madde 102, 103, 104 ve 105), özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçlar (madde 132, 133, 134, 135, 136, 137 ve 138) ve İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar ile Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlar hariç tutulmaktadır. Buna göre; 0-6 yaş grubu çocuğu bulunan kadın hükümlüler ile 70 yaşını bitirmiş hükümlüler hakkında 105/A maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan “iki yıl”lık sürenin, “dört yıl” olarak uygulanacağı belirtilmektedir. Maruz kaldığı ağır bir hastalık, engellilik veya kocama nedeniyle hayatını yalnız idame ettiremeyen 65 yaşını bitirmiş hükümlülerin koşullu salıverilmeleri için ceza infaz kurumlarında geçirmeleri gereken süreler, azami süre

sınırına bakılmaksızın 105/A maddesinde düzenlenen denetimli serbestlik tedbiri uygulanmak suretiyle infaz edilebilir. Ağır hastalık, engellilik veya kocama hâli, Adalet Bakanlığınca belirlenen tam teşekküllü hastanelerin sağlık kurullarınca veya Adli Tıp Kurumunca düzenlenen bir raporla belgelendirilir. Burada bir kısım suçlular bakımından altı yıl; bir kısım sekiz yıl; bir kısım bakımından hiç sınır koyulmadan denetimli serbestlik tedbirine geçirilme durumu söz konusu olacaktır. Bazı suçlar yine bu fıkra bakımından da kapsam dışı bırakılmıştır.

Geçici 6 ncı maddenin 4 üncü fıkrasında çocuklar için önemli bir düzenleme vardır: *“30/3/2020 tarihine kadar işlenen suçlar bakımından, tabi olduğu infaz rejimine göre belirlenen koşullu salıverilme süresinin hesaplanmasında, hükümlünün onbeş yaşını dolduruncaya kadar ceza infaz kurumunda geçirdiği bir gün, üç gün; onsekiz yaşını dolduruncaya kadar ceza infaz kurumunda geçirdiği bir gün, iki gün olarak dikkate alınır.”*

7242 sayılı Kanun’un Geçici 9 uncu maddesinin 5 ve 6 ncı fıkraları ile İnfaz Kanununda yapılan değişiklikler doğrudan covid-19 salgınına konu alan düzenlemelerdir. Geçici madde 9’a göre; Covid-19 salgın hastalığının ülkemizde görülmüş olması sebebiyle, açık ceza infaz kurumlarında bulunanlar ile kapalı ceza infaz kurumunda bulunup da açık ceza infaz kurumlarına ayrılmaya hak kazanan hükümlüler, 105/A maddesi kapsamında denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak cezasının infazına karar verilen hükümlüler ve 106 ncı madde veya diğer kanunlar uyarınca denetimli serbestlik tedbirinden yararlanan hükümlüler 31/5/2020 tarihine kadar izinli sayılır. Salgının devam etmesi hâlinde bu süre, Sağlık Bakanlığının önerisi üzerine Adalet Bakanlığı tarafından her defasında iki ayı geçmemek üzere üç kez uzatılabilir. Yani uzatmanın söz konusu olması halinde Kasım ayı sonuna kadar izinli sayılabileceklerdir. İzinden dönmeyen veya iki günden fazla bir süre geçtikten sonra dönen hükümlüler hakkında Türk Ceza Kanunu’nun 292 nci ve izleyen maddelerinde yazılı hükümler uygulanacaktır. Salgın hastalık, doğal afet, savaş veya seferberlik durumunda bu sebeplerden dolayı izinden dönmeyen veya geç dönen hükümlülere ceza verilmeyecektir. İzin süresini iki gün veya daha az bir süre geçiren hükümlüler hakkında disiplin işlemi yapılacaktır.

Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğünün verilerine göre, 7242 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği 15 Nisan 2020 tarihinden-26 Mayıs 2020 tarihine kadar ki zaman zarfında, bu kanun kapsamında toplam 109 bin kişinin infaz kurumundan çıktığı görülmektedir. Bunların yaklaşık 70 bini covid-19 nedeni ile (Geçici madde 9/5 uyarınca) infaz kurumundan izinli ayrılan kişilerdir. Bu geçici bir çıkarmadır. İzinli çıkarılmışlardır. Adalet Bakanlığı tarafından uzatma olmaması halinde, bu kişiler 31 Mayıs 2020 tarihine kadar izinli sayılacaklardır. Tekrar dönmeleri halinde (Bu esnada koşullu salıvermeye bir yılı kalanlar dönmeyecektir. Kanuna göre; *"hükümlülerin dış dünyaya uyumlarını sağlamak, aileleriyle bağlarını sürdürmelerini ve güçlendirmelerini temin etmek amacıyla, açık ceza infaz kurumunda veya çocuk eğitimevinde bulunan ve koşullu salıverilmesine bir yıl veya daha az süre kalan iyi hâlli hükümlülerin talebi hâlinde, cezalarının koşullu salıverilme tarihine kadar olan kısmının denetimli serbestlik tedbiri uygulanmak suretiyle infazına, ceza infaz kurumu idaresince hazırlanan değerlendirme raporu dikkate alınarak, hükmün infazına ilişkin işlemleri yapan Cumhuriyet başsavcılığının bulunduğu yer infaz hâkimi tarafından karar verilebilir."* 7242 sayılı Kanundan yararlanıp dışarı çıkanların sayısı 40 bin civarı olacaktır. İnfaz kurumundaki rahatlamanın nispeten gerçekleştiğini görmekteyiz. 27 Mayıs 2020 tarihinde infaz kurumlarında fiilen 184 bin civarında kişi vardır. Dolayısıyla tüm bu düzenlemelere rağmen infaz kapasitesinin %107 oranında dolu olduğu görülmektedir.

SONUÇ

Cezaevlerinin doluluğu genel nüfusa oranlandığında, ülkemizde bu oranın çok fazla olduğunu görmekteyiz. Kapasitenin çok üstündeki mahkum sayılarına ilişkin çözüm bulmak gerekmektedir. Bu doluluğu ortaya çıkaran sebepler nelerdir? Ceza kanunundaki suçların cezalarının yüksekliği mi, uygulamadaki sorunlar mı, infaz kurumunda kalınması gereken sürenin çokluğundan mı kaynaklanıyor. Tüm bunlar birlikte değerlendirilerek belli bir suç ve ceza sisteminden hareketle kalıcı çözüm bulmak gerekmektedir.

Ceza infaz kurumundaki oranlara baktığımızda; şu anki cezaevi nüfusunun %92'ni belli birkaç suç tipinden mahkum kişilerin oluşturduğunu tespit etmekteyiz. Bu suçların büyük bölümü de 7242 sayılı Kanun ile getirilen lehe düzenlemelerden istisnadır. Uyuşturucu ve uyarıcı madde suçları ve cinsel suçlardaki ceza artırımını ve bunların cezaevlerinde kalma süreleri doluluğa sebep olan suçlara örnek teşkil etmektedir.

Cezaevlerinde doluluk arttıkça cezaevlerindeki yaşam şartları da kötüleşmektedir. Cezanın her ne olursa olsun insan onuruna uygun bir şekilde infaz edilmesi gerekir. Ancak bunun önüne geçmek için düşünülecek tek çare af veya af sonucu yaratacak infaz hafifletmeleri olmamalıdır. Suç öncesi ve sonrası için politika geliştirilmezse, yapılanlar o günü kurtarmaya yönelik çözümler olarak kalacaktır. Sürekli çıkan aklar veya infaz hafifletmeleri toplumun adalet duygusunu sarsar. *"Nasıl olsa af çıkar, suç işleyeyim"* düşüncesi oluşur. Ülkemizde af ve benzeri birçok düzenleme yapıldı. Af nedeniyle cezaevinden çıkan hükümlülerinin çoğunun yeniden suç işlediği de görülmektedir. Bir de adını af olarak koymadığımız ama dolaylı olarak af sağlayan koşullu salıverme ve denetimli serbestlik gibi kurumlar vardır. Suçla etkili mücadele için toplumun suça karşı bilinçlendirilmesini de sağlayacak suç politikasının olması ve topyekün bir mücadele içine girilmesi gerekmektedir. Ceza hukuku son çare olarak görülmelidir. Suç öncesi aşamanın önemi çok büyüktür. Bunun ortaya konulabilmesi için, kişileri suça iten nedenlerin neler olduğu, neden suç işlendiğine yönelik çalışmalar olmalıdır. Tabir yerindeyse bataklıktaki sivrisineklerle uğraşmak yerine; bataklık kurutulmalıdır. Ancak o zaman etkili ve kalıcı bir sonuca ulaşılabilir.

Yine, cezanın infazından sonra da hükümlüyü rehabilite etmeye yönelik adımlar atılmalıdır. Hükümlünün yeniden topluma kazandırılması için tretman uygulamalarına önem verilmelidir.

İnfaz kanunda değişiklik tartışmaları esasında uzun zamandır üzerinde çalışılan bir konuydu. Değişiklik yapılmasının esas sebebi, cezaevlerindeki yoğunluktur. Suçlar arasında bu kadar farklı oranlara gidilmesi ve bu kadar çok istisnaya yer verilmesi eleştiriye açık bir durum yaratmaktadır. Tüm suçlar için tek oran belirlenmeli veya belki bir iki istisna ile sınırlı tutulmalıydı. Bu haliyle uygulanması çok zor bir kanun halini almıştır. Yine Taslak metnin TBMM'ne giden halinde denetimli serbestlikte ceza miktarına göre oransal bir sisteme geçiliyordu ki bu haliyle herkesin bir miktar içerde kalması sağlanarak cezasızlık algısı giderilmiş olacaktı. Bundan neden vazgeçildiğini anlamak mümkün değil. İnfaz kanunlarının temelinde, suçlu yer almalıdır. Hükümlü esas alınmalıdır. Kanun kapsamında yer alan kurumların uygulanması açısından, hükümlülerin tehlike hali veya iyi halleri, topluma yeniden kazandırılmaları (resosyalize durumu) son derece titizlikle üzerinde durulması gereken, incelenmesi gereken konulardır. Hükümlünün tehlike hali veya infaz kurumundaki iyileştirme programlarındaki olumlu hali dikkate alınmadan yapılacak değerlendirmeler sağlıklı sonuçlar vermeyecektir. Diyebiliriz ki, infaz hukukuna ilişkin ilkeler ışığında, eşitlik ilkesine uygun bir düzenleme meşruiyet tartışmalarını ortadan kaldıracak nitelikte olacaktır.

KİŞİ ÖZGÜRLÜĞÜ VE GÜVENLİĞİ HAKKINA MÜDAHALE OLUŞTURAN TUTUKLAMANIN ÖLÇÜLÜ OLMASI VE 7242 SAYILI KANUN’UN 15. MADDESİNİN BU KAPSAMDA DEĞERLENDİRİLMESİ

Doç. Dr. Hüseyin TURAN*

Özet

Bu çalışmada, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 109. maddesinin mülga 4. fıkrasını yeniden düzenleyen 7242 sayılı Kanun’un 15. maddesi, tutuklamanın ölçülülüğü kapsamında ele alınmıştır. Bundan önce, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı üzerinde durulmuş, tutuklamayla bağlantılı olarak bu hak incelenmiştir. Kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının bir istisnasını oluşturan bir hükme bağlı tutma ile bir suç isnadına bağlı tutma, kısmen karşılaştırmalı olarak ele alınmıştır. Çalışmada, tutuklamanın koşulları ve bu koşullardan biri olan tutuklamanın ölçülülüğü ilkesine de yer verilmiştir. Tutuklamanın ölçülülüğünde kişisel nedenler üzerinde özellikle durulmuştur. Bu inceleme sırasında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve onun bir yorum organı olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kararlarına ve Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuruda verdiği kararlara da değinilmiştir. Çalışmada, ayrıca hastalık hali nedeniyle tahliye üzerinde durulmuş, hastalık halinin tek başına tutuklunun tahliyesini gerektiren bir unsur olarak görülmediği değerlendirilmiştir. Tedavi yardımıyla yararlanma hakkı bakımından tutuklular ile hükümlüler arasında bir farkın bulunmadığı gözlemlenmiştir. Son olarak tutuklama koruma tedbirinin istisnai bir tedbir olduğu dikkate alındığında, tutuklama tedbirine başvurulması için zorunlu unsurların belirli olmasının yeterli olduğu, buna karşılık bu tedbire son verilmesi için özel durumların ayrıntılı olarak düzenlenmesine gerek bulunmadığı üzerinde durulmuştur.

* Anayasa Mahkemesi Raportörü

Anahtar Kelimeler: kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı, tutuklama, tutuklamanın koşulları, adli kontrol, ölçülülük ilkesi, ceza muhakemesi hukuku, sağlık nedeniyle tahliye, bir hükme bağlı tutma.

Evaluation of Article 15 of Law No. 7242 In the Context of Proportionality of Detention on Remand Which Interferes with The Right to Liberty and Security

Abstract: In this study, article 15 of the Law No. 7242, which rearranged the 4th paragraph of Article 109 of the Criminal Procedure Code No. 5271, has been handled within the scope of proportionality of detention on remand. Prior to that, the right to liberty and security has been examined in connection with detention on remand. Detention after conviction and detention on remand, which is an exception to the right to liberty and security, has been handled partially comparatively. The study also included the conditions of detention on remand and the principle of proportionality of detention, one of these conditions. In the context of the proportionality of the detention, personal reasons are particularly emphasized. The European Convention on Human Rights and its interpretation body, the European Court of Human Rights' judgements and the judgements of the Constitutional Court in individual application are also mentioned. The study also focused on release due to illness and it has been evaluated that the illness is not seen as an element requiring the release of the detainee alone. It has been observed that there is no difference between detainees and convicts in terms of the right to benefit from medical treatment. Finally, considering that the detention on remand is an exceptional measure, it has been emphasized that it is sufficient to determine the mandatory elements for the application of this measure, however, there is no need to elaborate the special circumstances in order to end this measure.

Keywords: Right to liberty and security, detention on remand, conditions of detention on remand, judicial control, principle of proportionality, criminal procedure law, release due to illness, detention after conviction

Giriş

Koronavirüs (Covid-19) hastalığının Dünya Sağlık Örgütü'nce (DSÖ) pandemi ilan edilmesi¹ nedeniyle özgürlük ve güvenlik hakkı, kendisinin ne kadar değerli ve önemli olduğunu; hafta sonları ve 4 günlük süreler şeklinde, bazen de kısmen uygulanan sokağa çıkma yasakları ve bazı yerlerde uygulanan 14 günlük karantina günleri ile bir kez daha göstermiş oldu. Temel hak ve özgürlüklerden biri olan bu hak, öneminden dolayı başta bölgesel düzlemde yapılmış olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (Sözleşme) olmak üzere diğer bölgesel ve uluslararası belgelerde ve Anayasada düzenlenmiş ve hukuksal bir güvenceye kavuşturulmuştur.

Herkesin kural olarak özgürlük ve güvenlik hakkına sahip olduğu bu belgelerde ortaya konulduktan sonra, kamu düzeninin korunması ve suçlulukla mücadele gibi nedenlerle bu hakka bazı istisnalarının getirilebileceği de belirtilmiştir. Bunlardan en başta olanı, bir hükme bağlı olarak kişilerin tutulması hali ile bir suç isnadına bağlı olarak tutulma halidir. Bir hükme bağlı tutmanın koşulları ile bir suç isnadın bağlı tutmanın koşulları, Sözleşme ve Anayasada farklı olduğu gibi, atıf yapılan kanunlarda da farklılık göstermektedir.

Sözleşme ve Anayasada, kişi özgürlüğüne müdahaleye izin verilen durumlardan biri olan tutuklama tedbirine başvurabilmek için suçun işlendiğine dair kuvvetli belirti ve bununla birlikte en az bir tutuklama nedeni bulunmalıdır. Bununla birlikte bu tedbirin ölçülü olması da gereklidir. Ceza muhakemesi sürecinin başlangıcında veya devamında tutuklamaya sevk edilen yahut tutuklu olan kişinin özel durumu ya da ceza muhakemesi açısından tutuklamadan beklenen amacın gerçekleşmesi nedenleriyle kişilerin daha fazla özgürlüklerinden yoksun bırakılması anlamsız hale gelebilir. Tutuklamanın bir amaç olmadığı, sadece bir tedbir olduğu da

1 * Sunumun yapıldığı tarihte Dr. iken, sunum yapıldıktan sonra ve tam netin hazırlık sürecinde doçentlik başvurusu sonuçlandı ve başarılı bulunduğu için Doç. sıfatı kullanılmıştır.

<https://www.bbc.com/turkce/haberler-dunya-51614548>
14/6/2020)

(Erişim Tarihi:

dikkate alındığında bu sonuca kolaylıkla ulaşılır. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda² (CMK) buna ilişkin ayrıntılı hükümler bulunmaktadır.

Ölçülülük, somut olayda tutuklamaya sevk edilen yahut tutuklu bulunan kişinin kişisel durumlarının da karar verme sürecinde dikkate alınmasını gerekli kılmaktadır. Bunlar; yaşlılık, hastalık, hamilelik, küçük çocuk sahibi olma, çocuk yaşta olma, sabit ikametgâh sahibi olma, sabit bir iş ve düzeninin olması şeklinde olabilir. Hâkim veya mahkeme, CMK'daki tutuklamanın ölçülülüğü ilkesinden hareketle, bir tutuklama nedeni bulunmasına karşılık, kişinin tutuklanması veya bunun devamının gerekli ya da zorunlu olup olmadığını pekâlâ değerlendirebilir. Hâkim veya mahkemenin şüpheli ya da sanığın kişisel nedenlerini de tutuklamanın ölçülülüğü ilkesi kapsamında, daha tutuklamanın başında ve tutukluluğun devam ettiği her aşamada dikkate alması gerekmektedir. Bu çerçevede her bir somut olayda, tutuklamaya göre temel hak ve özgürlüklere daha hafif etkiye bulunan adli kontrol yükümlülüklerinin ulaşılmak istenen meşru amaç bakımından yeterli olup olmadığı dikkate alınması gerekmektedir. Eğer, adli kontrol tedbirinin yeterli olduğu kanaatine varılır ise soruşturma veya kovuşturma aşamasında tutuklama tedbirine başvurulmaya gerek olmayacaktır.

CMK'nın 109. maddesinin mülga 4. fıkrası, 15/4/2020 tarihinde yürürlüğe giren 7242 sayılı Kanun'un 15. maddesiyle yeniden düzenlenmiştir. CMK'da yapılan bu düzenleme ile ağır hastalık olarak değerlendirilecek olan Koronavirüs hastalığına yakalanmış tutuklu olan şüpheli ya da sanıkların adli kontrol tedbiriyle serbest bırakılmasına kolaylık sağlanmıştır. Şüpheli ya da sanığın tutukluluk sürecinde hasta olması halinde tedaviden yararlanma hakkı her zaman bulunmaktadır. Tedavi sağlama görevi, devlet için pozitif bir yükümlülüktür. CMK'da yer alan tutuklamanın ölçülü olması ilkesi gereği, anılan düzenleme yapılmadığı durumda dahi gebelik, küçük çocuk sahibi olma ve ağır hastalık durumunda bu kişilerin tutuklanması yerine haklarında adli kontrol kararı verilmemesini engelleyen kanuni bir hüküm bulunmamaktadır.

2 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu, Kabul Tarihi: 4/12/2004, R.G: 17/12/2004, Sayı: 25673.

Bu çalışmada; 15/4/2020 tarihinde yürürlüğe giren 7242 sayılı Kanun'un 15. maddesiyle yeniden düzenlenen CMK'nın 109. maddesinin mülga 4. fıkrası, CMK'nın 100. maddesinin birinci fıkrası ve 101. maddenin 2. fıkrasının (c) bendinde belirtilen tutuklamanın ölçülülük ilkesi bağlamında değerlendirilmiş, tutuklamanın, CMK'nın konusu olmasının yansırı AYM ve AİHM'nin de konusu olması nedeniyle anılan mahkeme kararlarına da bu çerçevede yer verilmiştir.

1- Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı

Bir temel hak ve özgürlük olarak kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı, ulusal düzeyde 1982 Anayasasının 19. maddesi ile uluslararası metinler arasında önemli bir yer sözleşmenin 5. maddesinde hüküm altına alınmıştır. Bununla birlikte hakkın, insanlığın ortak evrensel değerleri içerisindeki önemi nedeniyle birçok bölgesel ve uluslararası insan hakları belgelerinde de kendisine yer bulmuştur.³

Anayasanın 19. ve Sözleşmenin 5. maddesine birlikte bakıldığında, her iki maddede de özgürlük ve güvenlik hakkına ilişkin bazı açıklamaların bulunduğu görülmektedir.⁴ Bu iki maddede “kişi özgürlüğü” ve “kişi güvenliği” kavramları öne çıkarılmıştır.⁵ İlk bakışta iki düzenleme arasında ifade edilen biçimleri bakımından birtakım farklılıklar bulunduğu gözükmemekte ise de genel olarak aralarında bir uyuşmanın bulunduğu söz edilebilir.⁶ Zira Anayasa da, özgürlük ve güvenlik hakkını, Sözleşme gibi ayrıntılı bir şekilde ve benzer sistematik içerisinde düzenlemiştir. Gerek hakkın

3 Bu sözleşmeler için bkz. Enver Bozkurt; İnsan Haklarının Korunmasında Uluslararası Hukukun Rolü, 1. Bası Nobel, Ankara, 2003.

4 Ali Tanju Sarıgül; İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinde Kişiyi Tanınan Özgürlük ve Güvenlik Hakkı, Seçkin, Birinci Baskı, Ankara, 2013, s.30.

5 Abdülkadir Kaya; “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve İçtihatlarında Özgürlük ve Güvenlik Hakkı”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı, *Tutuklama*, Yıl:2014, Cilt:9, Sayı: 123-124, s.56.

6 Tolga Şirin; Özgürlük ve Güvenlik Hakkı, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi -1, Avrupa Konseyi, 2018, s.6.

sınırlanmasına getirilen istisnalar gerekse hakkın öngördüğü bazı yükümlülükler açısından da maddeler arasında bir uyumun bulunduğu ifade edilebilir.⁷

Anayasa Mahkemesi (AYM) bireysel başvuruda verdiği kararlarda kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkını, devletin bireylerin özgürlüğüne keyfi olarak müdahale etmemesini güvence altına alan temel bir hak olarak tanımlamıştır.⁸ Bu tanıma göre hakkın amacının, kişinin özgürlüğünden resmi makamlar tarafından keyfi bir biçimde yoksun bırakılmaması olduğu anlaşılmaktadır. Bu hak aslında devletin negatif yükümlülüğünü ortaya koymaktadır. O da kural olarak özgürlüğe keyfi olarak müdahale etmeme, özgürlüğü keyfi olarak kısıtlamama yükümlülüğüdür. Bu negatif yükümlülüğün dayanağını bizatihi Anayasanın 19. maddesinin kendisi oluşturmaktadır.⁹ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) de kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkını, demokratik toplum düzeninde en önemli haklardan birisi olarak görmektedir.¹⁰ Kişinin fiziksel özgürlüğünü koruma altına alan bu hak, demokratik toplumun en yüksek değerlerini oluşturan unsurlardandır.¹¹ Her iki maddede koruma altına alınmış olan kişinin fiziksel özgürlüğüne bir müdahale söz konusu olduğunda kişi güvenliği devreye girmektedir. Kişi güvenliği, bu şekilde kişi özgürlüğünün hukuki koruması ve güvencesi altındadır.¹² Güvenlik hakkı, mutlaktır. Özgürlük hakkı ise, Anayasanın 19. maddesinin 2. ve 3. fıkralarında gösterilen durumlardan birinin varlığı halinde kısıtlanabilmektedir. Sözleşmede ise 5. maddenin 1. fıkrasının (a) ve (f) bentleri arasında

7 Ulaş Karan; “Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı”, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme, (Editör: Sibel İnceoğlu), Avrupa Konseyi, 2013 1.Baskı, s.207.

8 *Erdem Gül ve Can Dundar* [GK], B.No: 2015/18567, 25/2/2016, § 62. Bu karar ve diğer Anayasa Mahkemesi kararları için bkz. <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>.

9 Karan, s. 186.

10 *Medvedyev ve diğerleri/Fransa*, B. No: 3394/03, 29/03/2010, §§ 76-79; *Lütfiye Zengin ve diğerleri/Türkiye*, B. No: 36443/06, 14/4/2015, § 74. David Harris/Michael O’Boyle/Ed Bates/Carla Buckley; *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*, Avrupa Konseyi, Birinci Baskı, Ankara 2013, s.124.

11 Juan Antonio Hernandez, Corchete; “The Role of Constitutional Courts in the Balance between Liberty and Security”, Anayasa Yargısı, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Yıl:2017, Sayı:34, Basım Yılı 2018, s.45.

12 Kaya; s.56.

sayılan altı durumdan birinin bulunması halinde özgürlük hakkının kısıtlanabileceği öngörülmüştür. Sözleşme ve Anayasa böylelikle kişilerin keyfi olarak özgürlüğünden yoksun bırakılmamaları için bazı önleyici kurallar ve önlemler getirmiş olmaktadır.¹³ Dolayısıyla kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının kısıtlanması, ancak belirlenen bu durumlardan herhangi birinin varlığı hâlinde söz konusu olabilir. Genel bir kural olarak sınırlama sebepleri daima dar yorumlanır, özgürlüğün kısıtlanmasına izin verilen istisnai durumların da bu çerçevede dar yorumlanacağı kuşkusuzdur.¹⁴

Özgürlükten bir şekilde yoksun bırakılan kişinin, bu yoksunluk ister tutuklama yoluyla isterse de bir başka biçimde -yakalama veya gözaltına alınma şeklinde gerçekleşmiş olsun- tekrar özgürlüğüne kavuşabilmesi için bu hak yoksunluğunun bir mahkeme huzurunda denetlenmesini isteme hakkı, özgürlük ve güvenlik hakkı içinde yer alan önemli bir haktır.¹⁵ Gerek Anayasada ve gerekse Sözleşmede özgürlüğünden yoksun bırakılan kişilere belli bazı haklar da tanınmıştır. Bu kapsamda bir ceza soruşturması kapsamında tutuklanan kişilerin, yargılamanın makul sürede bitirilmesini isteme ve soruşturma veya kovuşturma evresinde serbest bırakılmayı talep etme hakları bulunmaktadır. Bu hak Sözleşmenin 5. maddesinin 3. fıkrasında ve Anayasanın 19. maddesinin 7. fıkrasında düzenlenmiştir. Bu maddelerde belirtilen hakkın konusu sadece bir suç işlediği şüphesiyle, yani Sözleşmenin 5. maddesinin 1.fıkrasının (c) bendir kapsamında yakalanan, yakalandıktan sonra tutuklanan kişilere getirilen bir teminattır.¹⁶ Diğer bir hak ise yalnız bir suç isnadı kapsamında değil, her türlü tutma durumunda, bu tutmaya karşı etkili bir şekilde itiraz edebilme hakkıdır. Bu hak ise Anayasanın 19. maddesinin 8. fıkrasında ve Sözleşmenin 5. maddesinin 4. fıkrasında düzenlenmiş olan özgürlüğünden yoksun bırakılan kişinin bir mahkemeye başvurma hakkıdır.¹⁷

13 Kaya, s.56.

14 *Ciulla/İtalya*, B. No: 11152/84, 22/2/1989, § 74; *Kurt/Türkiye*, B.No:15/1997/799/1002, 25/5/1988,§ 122.

15 Şirin, s.204.

16 Kaya, s.75.

17 Kaya, s. 78.

Suç işlediği iddiasıyla tutuklanan kişilere Sözleşmede ve Anayasada tanınan bu hak *Habeas Corpus* güvencesi olarak anılmakta¹⁸ ve buna bağlı olarak, ceza muhakemesinin soruşturma ve kovuşturma evresinin her aşamasında tutuklu kimselerin serbest bırakılmayı talep etme hakları bulunmaktadır. Zira muhakeme sürecinde, tutuklanan kişinin özel durumu ya da ceza muhakemesi açısından tutuklamadan beklenen amacın gerçekleşmesi nedenleriyle kişilerin daha fazla özgürlüklerinden yoksun bırakılmasının anlamsız hale gelme durumu söz konusu olabilmektedir.

2- Özgürlük ve Güvenlik Hakkının İstisnaları Olarak Bir Hükme Bağlı Tutma ve Suç İsnadına Bağlı Olarak Tutma

Herkesin özgürlük ve güvenlik hakkına sahip olduğu Sözleşmede ve Anayasada temel bir ilke olarak ortaya konulduktan sonra, bazı durumlarda bu hakka istisnaların getirilebileceği de belirtilmiştir. Bunlardan en başta olanı, bir hükme bağlı olarak kişilerin tutulması halidir. Sözleşmenin 5.maddesinin 1. fıkrasının (a) bendine ve Anayasanın 19. maddesinin 2. fıkrasına göre, bir kimsenin hükme bağlı tutuma kapsamında özgürlüğünden yoksun bırakıldığının söylenebilmesi için ilk önce, hürriyeti bağlayıcı ceza veya güvenlik tedbirinin yetkili bir mahkeme tarafından verilmiş olması, ikinci olarak ise yerine getirilecek bu kararın hürriyeti bağlayıcı ceza veya güvenlik tedbirini içermesi gerekmektedir.

Yetili bir mahkemenin verdiği, kesin hüküm otoritesi nedeniyle de üzerinde kural olarak tartışmanın bittiği kabul edilen hürriyeti bağlayıcı cezaların veya güvenlik tedbirlerinin yerine getirilmesi, kişi özgürlüğüne yönelik müdahaleye izin verilen durumlardan birisini oluşturmaktadır. Böyle bir durumda kural olarak infaz edilmekte olan hürriyeti bağlayıcı cezanın özgürlüğe müdahale oluşturduğu ileri sürülemeyecektir. Ancak bu durumda ifa edilen özgürlükten mahrumiyet hali, mahkeme tarafından verilen ceza veya güvenlik tedbirinin kapsamını aşmamalı ve mahkeme kararına

18 Sarıgül, s.108; Kaya, s.78; Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (Gerekçeli); Anayasa Mahkemesi Yayınları, Birinci Baskı, 2018, Ankara, s.106.

uygun olmalıdır.¹⁹ Dolayısıyla, hükümlülerin infaz edilecekleri sürenin ceza mahkemesi kararına ve ilgili yasal mevzuata uygun olarak gerçekleştirilmesi, Anayasanın 19. maddesinin 2. fıkrasının ve Sözleşmenin 5.maddesinin 1. fıkrasının (a) bendinin koruması altındadır.

Anayasada ve Sözleşmede, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına müdahaleye izin verilen durumlardan birisi de bir suç isnadına bağlı olarak uygulanabilen tutuklama tedbidir.²⁰ Tutuklama, en çok uygulanan özgürlükten yoksun bırakma hallerinden biridir. Özgürlüğe müdahaleye izin verilen durumlardan birisi olarak tutuklamanın kabul edilmiş olmasının temelinde devletlerin görevleri arasında, güvenliğin sağlanması ve kamu düzenini temini için suçla etkin bir şekilde mücadele etmesi görevinin de bulunduğu düşüncesi yatmaktadır.²¹ Hiçbir devlet, bu görevden kendini bağışık tutamaz. Şüphesiz, suçun önlenmesi ve suçluların yakalanıp mahkeme önüne çıkarılması ve bunların cezalandırılması hukuk devletinin, hukuka bağlı olan herkesin ortak arzusudur. Kamu düzeni ancak bu şekilde sağlanabilmekte, adalet bu şekilde gerçekleştirilebilmektedir.

Sözleşmenin 5. maddesinin 1.fıkrasının (c) bendinde ve Anayasanın 19. maddesinin 3. fıkrasında, suçluluğu hakkında bir şüphe bulunan kişilerin belli amaçların gerçekleştirilebilmesi amacıyla tutuklanabileceği öngörülmüştür. Bu amaç, ceza muhakemesinin gerçekleştirilmesi veya muhtemel bir mahkûmiyetin ileride yerine getirilebilmesidir.²² Sözleşmeye göre bir kişinin tutuklanabilmesi için öncelikle suçun işlendiğine dair makul şüphe ve Anayasaya göre ise kuvvetli belirtinin olması ve bununla birlikte en az bir tutuklama nedeninin bulunması gereklidir.²³ AİHM içtihatların-

19 Şaban Dal, B.No: 2014/2891, 16/2/2017, § 32.

20 “Tutuklama, suçlu olduğu konusunda henüz kesin hüküm bulunmayan, ancak suç işlediği şüphesi kuvvetli olan kişinin özgürlüğünün hâkim kararıyla geçici olarak kaldırılmasıdır.” Bkz. Nur Centel/Hamide Zafer; *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 16.Bası, Beta, Eylül, 2019, s.393.

21 Bahri Öztürk/Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/Özge Sırma Gezer/F. Saygılar Kınt/Esra Alan Akcan/ Özlem Özaydın/Efser Eser Tütüncü/Derya Altınok Willem/Mehmet Can Tok; *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, (Editör: Bahri Öztürk), Seçkin, 12. Bası, Ankara, 2018, s.459.

22 Centel/Zafer, s. 393.

23 *Buzadji/Moldova*[BD], B.No: 23755/07, 5/7/2016, § 102.

da makul şüphe, bir kişinin suçu işlemiş olabileceği konusunda objektif bir gözlemciyi iknaya yeterli olgu ve bilgilerin mevcut olması olarak tanımlanmıştır.²⁴ Kuvvetli belirti, ya da kuvvetli suç şüphesi, Anayasada ve CMK’da tanımlanmış değildir. Öğretide, kuvvetli şüphe genel itibarıyla, eldeki deliller ışığında yapılacak bir yargılamada sanığın mahkûm olma ihtimalinin kuvvetle muhtemel olması olarak ifade edilmiştir.²⁵ Buradaki şüphe, tutuklamanın talep edildiği ya da tutuklamaya karar verildiği andaki ve kişinin tutuklu kaldığı süre boyunca devam eden bir şüphedir.²⁶ Gerekliliği olan bu şüphenin var olup olmadığı, somut olayın özelliğine göre karar vermeye yetkili makamlarca takdir edilecektir.

Anayasanın 19. maddesinin 3. fıkrasında tutuklama nedenleri de gösterilmiştir. Buna göre suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunan bir kimse, ancak kaçmasının önlenmesi ya da delillerin yok edilmesinin veya değiştirilmesinin önlenmesi amacıyla tutuklanabilecektir. Buna ilaveten ayrıca bunlar gibi tutuklamayı zorunlu kılan ve Kanunda gösterilen diğer hallerde de tutuklamanın mümkün olabileceği Anayasada belirtilmiştir. Anayasada geçen Kanundan anlaşılması gereken ise temel olarak CMK’dır.

CMK’nın 100. maddesinin 2.fıkrasında tutuklama nedenleri; şüpheli veya sanığın kaçması, saklanması veya kaçacağı şüphesini uyandıran somut olguların bulunması, şüpheli veya sanığın davranışlarının delilleri yok etme, gizleme veya değiştirme, tanık, mağdur veya başkaları üzerinde baskı yapılması girişiminde bulunulması halleri olarak belirtilmiştir. Maddede, ayrıca tutuklama nedeninin varsayılabilirliği suçlara ilişkin bir liste, katalog suçlar listesi de düzenlenmiştir. Buna göre katalogta belirtilen suçlardan birinin işlenmesi halinde CMK’nın 100. maddesinin 3. fıkrası gereğince bir tutuklama nedeni CMK açısından var sayılacaktır. AİHM kararlarında yer verilen suçun işlenmesinin önlenmesi ve kamu

24 *Labita/İtalya*[BD], B. No: 26722/95, 6/4/2000, § 102.

25 Öztürk/Tezcan/Erdem/Gezer/Kırıt/Akcan/ Özaydın/Tütüncü/Willemin/Tok, s.437; Cumhuriyet Şahin; *Ceza Muhakemesi Hukuku -I-*, Seçkin, 9.Bası, Ankara 2018, s.296.

26 Şahin, s.297; Centel/Zafer, s.394.

düzenin korunması nedenleri²⁷ ise, CMK'da belirtilen tutuklama nedenleri arasında yer almamaktadır.

3- Tutuklamanın Koşulları

CMK'da, ceza muhakemesinin yapılmasını veya yapılan muhakemenin sonunda verilecek kararların etkili bir şekilde uygulanabilmesini sağlamak amacıyla, karar verme yetkisini haiz olan yetkililer tarafından, geçici olarak başvurulmuş ve nihai hükümden önce bazı temel hak ve hürriyetlere müdahaleyi gerektiren bazı koruma tedbirlerine yer verilmiştir.²⁸ CMK'da öngörülen bu koruma tedbirlerinden birisi ve belki de en önemlisi tutuklama tedbidir. Zira tutuklama, nihai hükümden önce uygulanabilen, kişi özgürlüğü ve güvenliğine yönelik müdahale oluşturan, en ağır bir koruma tedbidir. Bu yüzden CMK'nın 100. maddesinde, tutuklama tedbirine başvurulabilmesi için ön koşul olarak şüphenin en yoğunluğunu oluşturan kuvvetli suç şüphesini gösteren somut delillerin varlığı kabul edilmiştir.²⁹

Tutuklama, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına yönelik açık bir müdahaledir.³⁰ Anayasanın 19. maddesinin 3. fıkrasında, ancak suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunan kişilerin tutuklanabileceği belirtilmiştir. Dolayısıyla kuvvetli belirti olmayan durumlarda kişinin tutuklanması karar verilemeyecektir. Bu durumda kuvvetli belirti, tutuklamanın ön koşulunu oluşturmaktadır. Bunun için suçlamanın kuvvetli sayılabilecek inandırıcı delillerle destelenmesi gerekmektedir. İnandırıcı delil sayılabilecek olguların niteliği ise büyük ölçüde somut olayın kendine özgü şartlarına bağlı bulunmaktadır.³¹

27 Kaya s.70.

28 Bahri Öztürk/ Behiye Eker Kazancı/Sesim Soyer Güleç; *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri*, Seçkin, Ankara, 2013, s. 19.

29 Centel/Zafer, s.395; Feridun Yenisey/Ayşe Nuhoğlu; *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 4.Bası, Seçkin, 2016, s. 353.

30 Erdem Gül ve Can Dünder, § 92.

31 Mustafa Ali Balbay, B. No: 2012/1272, 4/12/2013, § 72.

Anayasada tutuklama için suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunan kişilerin tutuklanabileceği belirtilmişken CMK'da kuvvetli suç şüphesinin varlığı halinde tutuklama kararı verilebileceği ifade edilmiştir. O halde, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına müdahale oluşturan bir tutuklama kararı için olmazsa olmaz ilk şart kuvvetli suç şüphesinin bulunmasıdır. Ancak bundan da evvel Anayasanın 13³² ve 19. maddeleri birlikte okunduğunda, tutuklamanın kanuni bir dayanağının bulunması gerektiği açık olduğundan ilk önce bunun somut olayda bulunup bulunmadığına bakılması gerekmektedir.

Kanuni dayanaktan kasıt, kanun tarafından bir tutuklama yasağının bulunmamasıdır. Örneğin Çocuk Koruma Kanun'un³³ 21. maddesinde 15 yaşından küçüklerin bazı suçlar yönünden tutuklanamayacağı açık bir biçimde hüküm altına alınmıştır. Keza CMK'da da belli bir sürenin altında olan hapis cezalarında tutuklama kararı verilemeyeceği düzenlenmiştir.³⁴ Diğer bir önemli yasak ise Anayasada milletvekilleri için öngörölmüş istisnai düzenlemelerdir. Dolayısıyla Kanun ya da Anayasa tarafından bir tutuklama yasağı bulunmadığı hallerde kural olarak tutuklama kararı verilebilecektir. Anayasanın 13. maddesinde, kısıtlamanın ancak bir Kanunla yapılabileceği düzenlenmiş olduğundan örneğin idari bir kararla ya da yönetmelik ve tüzük gibi düzenlemelere dayalı olarak kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına müdahale edilemeyecek ve tutuklama kararı verilemeyecektir. Yine Anayasanın 19. maddesinin 3. fıkrasında “suçluluğu hakkında” ibaresi geçtiğinden kabahat olarak nitelendirilen eylemler nedeniyle de tutuklama kararı verilemeyecektir.

Bir kimsenin tutuklanabilmesi için, o kişinin suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunması yeterli olmayıp, buna ilaveten tutuklama

32 “Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak **kanunla** sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.” Bkz. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (Gerekçeli).

33 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu, Kabul Tarihi: 3/7/2005, R.G:15/7/2005, Sayı: 25876.

34 Bkz. CMK'nun 100/4. Maddesi.

nedenlerinden en az birisinin de bulunması gerekmektedir. CMK’da tutuklama bir amaç olarak öngörülmemiştir, sadece bir araç olarak düşünülmüş, bu nedenle de bu koruma tedbirinin süreli olduğu ifade edilmiştir.³⁵ Bu amaçla, CMK’da bir hüküm verinceye kadar olan azami tutukluluk süreleri kabul edilmiştir. CMK’nın 102. maddesine göre, uzamış sürelerle birlikte ağır ceza mahkemesinin görevine girmeyen işlerde azami tutukluluk süresi 1 yıl 6 ay iken, ağır ceza mahkemesinin görevine giren işlerde tutukluluk süresi 5 yıl, devlet aleyhine işlenen bazı suçlarda ise 7 yıldır.³⁶ Yine hakkın öneminden dolayı 7188 sayılı Kanun ile ceza muhakemesinin yalnızca soruşturma evresinde geçebilecek azami tutukluluk süreleri belirlenmiştir.³⁷

CMK’nın 101. maddesinin 2. fıkrasında “*tutuklamaya, tutukluluğun devamına veya bu husustaki bir tahliye isteminin reddine ilişkin kararlarda*” diğer koşulların yanında tutuklamanın ölçülü olması gerektiği de belirtilmiştir. Anayasa Mahkemesi *Halas Aslan*³⁸ kararında, bir tutuklamanın hukuki olup olmadığının ne şekilde incelenmesi gerektiğini CMK’daki bu hükümleri birlikte ele alarak belirlemiştir. Buna göre ön koşul olarak kuvvetli suç şüphesinin var olup olmadığına bakılmaktadır. Eğer bu koşul gerçekleşmiş ise ikinci olarak bir tutuklama nedeninin bulunup bulunmadığına bakılmaktadır. Söz konusu başvuruda bir tutuklama nedeninin varlığı da tespit edilirse son olarak bu tutuklamanın ölçülü olup olmadığı üzerinde durulmaktadır. Bu üç şartı karşılayan ve kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına yönelik bir müdahale oluşturan tutuklama, hukuka uygun bir müdahale olarak kabul edilmektedir.³⁹

35 Hüsni Aldemir; *Yakalama Gözaltına Alma Tutuklama Adli Kontrol Hürriyeti Kısıtlayan Koruma Tedbirleri*, 1.Baskı, 2012, s.140.

36 5237 sayılı Türk Ceza Kanun’un İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar ile 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu kapsamında giren suçlarda azami tutukluluk süresi 7 yıldır. CMK 102/2.

37 7188 Sayılı Kanun, Kabul Tarihi: 17/10/2019, R.G: 24/10/2019, Sayısı: 30928. Bkz. CMK102/4. Madde.

38 B. No:2014/4994, 16/2/2017.

39 Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Yusuf Enes Kaya; *Bireysel Başvuru Yolunda Tutuklamanın Hukukiliğinin İncelenmesi*, Onikilevha, 1.Baskı, İstanbul, Aralık, 2019, s.33.v.d.

4- Tutuklamanın Ölçülülüğü

AYM, birçok kararında, kanun koyucunun bir düzenleme yaparken hukuk devleti ilkesinin bir gereği ve ceza hukukunun temel prensiplerinden olan ölçülülük ilkesiyle bağlı olduğunu belirtmiştir. Bu ilke ise *elverişlilik*, *gereklilik* ve *orantılılık* olmak üzere üç alt ilkeden oluşmaktadır. *Elverişlilik*, başvuru önlemin ulaşılacak istenen amaç için elverişli olmasını, *gereklilik*, başvuru önlemin ulaşılacak istenen amaç bakımından gerekli olmasını, *orantılılık* ise başvuru önlem ile ulaşılacak istenen amaç arasında olması gereken ölçüyü ifade etmektedir.⁴⁰

Temel hak ve özgürlüklere getirilen kısıtlamalarda da ölçülülük ilkesinin bir unsuru olan orantılılık ilkesi daima göz önünde bulundurulmalıdır. Hukuk devletinde ve ceza yargılamasında bir kural, bir kısıtlama, bir uygulama elverişli olabilir, hatta gerekli olabilir, ancak bu elverişlilik ve gereklilik, bir hakkın kısıtlanması için yeterli olmamaktadır. Bunlara ilaveten getirilen kısıtlama aynı zamanda orantılı da olmak zorundadır. Getirilen bir düzenlemede, uygulanan bir kısıtlamada, kamu yararı ile bireyin hak ve özgürlükleri arasında adil bir denge oluşturulması gerekmektedir. Bu denge- nin sağlanmadığı durumlarda ölçülülük ilkesine ve dolayısıyla hukuk devleti ilkesine aykırı davranılmış olacaktır. Ceza yargılamasında, kişi temel hak ve özgürlüklerine müdahale eden tedbirlere en son çare olarak ve özgürlüğü en az kısıtlayarak başvurulması, insan hak ve özgürlüklerini vurgulayan adil yargılanma hakkına uyulması da gerekmektedir.

Tutuklama tedbiri, isnat edilen suçun önemi ve uygulanacak olan yaptırımın ağırlığı karşısında ölçülü de olmalıdır. Bu husus CMK'nın 100. maddesinin 1.cümlesinde açık bir biçimde ifade edilmiştir. Bu hükme göre işin önemi, verilmesi beklenen ceza veya güvenlik tedbiriyle ölçülü olmaması halinde tutuklama kararı verilememelidir.⁴¹ Kuvvetli belirtinin ve bir tutuklama nedeninin bulunması halinde dahi, tutuklama tedbiri yerine kişi özgürlüğüne daha az müdahaleyi gerektiren başka

40 Bkz. Anayasa Mahkemesi Genel Kurul Kararı, Esas Sayısı: 2012/149, Karar Sayısı: 2013/63; Karar Günü: 22.5.2013, R.G. Tarih-Sayı: 28.12.2013-28865.

41 Yenisey/Nuhoglu, s.354.

araçların düşünülmesi gerekmektedir. Başka bir ifadeyle, kişi özgürlüğüne daha az bir müdahale oluşturan bir tedbirle tutuklamadan beklenen amaç sağlanacak ise bu tedbirle yetinilmeli ve daha ağır bir tedbire başvurulmaktan sakınılmalıdır.⁴² İşte, tam da bu durum ölçülülük ilkesinin bir gereğidir⁴³. Dolayısıyla, bir tutuklama tedbirinin ölçülü olduğunun söylenebilmesi için tutuklamaya alternatif diğer koruma tedbirlerinin somut olay bakımından yeterli olmaması gerekir.⁴⁴ Zira tutuklama tedbiri bir amaç değil, bir araç olması hasebiyle son çare olarak düşünülmelidir. Bu çerçevede tutuklamaya göre temel hak ve özgürlüklere daha hafif etkiye bulunan adli kontrol yükümlülüklerinin, ulaşılmak istenen meşru amaç bakımından yeterli olup olmadığı her somut olayda dikkate alınması gereken bir husustur. Adli kontrol tedbiri, ölçülülük ilkesinin bir yansımasıdır. Yine, yargılama sonucunda verilecek cezanın miktarına göre tutuklama kararının verilmesi şüpheli veya sanık aleyhine sonuçlar doğurma ihtimali varsa bu durumda da tutuklama kararı verilmemeli ya da tutuklamaya son verilmelidir. Eğer, adli kontrol tedbirinin yeterli olduğu anlaşılırsa, tutuklama tedbirine başvurulmamalıdır. CMK sisteminde bütün suçlar bakımından adli kontrol yükümlülüklerinin uygulanması mümkündür.⁴⁵

Bunun temelinde tutuklamanın istisnai ve nihai bir koruma tedbiri olduğu yatmaktadır. Hukuk sistemimizde tutuklama, ihtiyari bir koruma tedbiri olduğundan tutuklama zorunluluğu bulunmamaktadır. Bu yüzden hâkim, tutuklama kararı vermekte tamamen serbesttir. Dolayısıyla hâkim ya da mahkeme, hem ilk defa tutuklama kararı verirken hem de tutukluluğun devamına ilişkin karar verirken tutuklamanın orantılı ya da ölçülü olup olmadığını daima göz önünde bulundurması gerekmektedir.⁴⁶

6352 sayılı Yargı Hizmetlerinin Etkinleştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması ve Basın Yayın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin

42 Aldemir, s.161.

43 Yenisey/Nuhoğlu, s. 337.

44 Centel/Zafer, s.399; Yenisey/Nuhoğlu, s. 354.

45 Yenisey/Nuhoğlu, s.337.

46 Aldemir, s.182. Öztürk/Tezcan/Erdem/Gezer/Kırıt/Akcan/Özaydn/Tütüncü/Willemin/Tok, s.468; Yenisey/Nuhoğlu, s.355.

Dava ve Cezaların Ertelenmesi Hakkında Kanunla⁴⁷, 5271 sayılı Kanun'un 109. maddesinin (3) numaralı fıkrasında yapılan değişiklikle birlikte tüm suçlar açısından tutuklama yerine adli kontrol hükümlerinin uygulanabileceği öngörülmüştür.⁴⁸ AYM, *Engin Demir* başvurusunda⁴⁹, anılan düzenlemenin başvuru lehine de uygulanma imkânı ortaya çıktığını, ancak tutukluluğun devamına ilişkin olarak verilen kararlarda hedeflenen meşru amaçla yapılan müdahale arasında gözetilmesi gereken denge açısından mevcut adli kontrol tedbirlerinin yeterince dikkate alınmadığını ve bu tedbirlerin neden yetersiz kalacağı hususunun tutukluluğun devamına ilişkin kararlarda gerekçelendirilmediğini belirtmiş ve yargılamanın tutuklu sürdürülmesinden beklenen kamu yararı ile başvuru kişinin hürriyeti ve güvenliği hakkı arasında ölçülü bir denge kurulmadığını ve bu nedenle tutuklu kalınan sürenin makul olmadığı sonucuna vararak kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.

Adli kontrol tedbiri yanında CMK'da ve diğer kanunlarda öngörülmüş olan yukarıda değinilen tutuklama yasakları da ölçülülük ilkesinin bir yansımasıdır. Tutuklamanın oranlılığı açısından tutuklama kararının somut olay göz önünde bulundurulduğunda ölçülü olması gerekir. Bunun için de bir tarafa şüpheli ya da sanığın kişi özgürlüğü, diğer taraftan olayın önemi ve beklenen ceza karşılıklı olarak daima tartılması gerekmektedir. Bu kapsamda şüpheli veya sanığın yaşam ilişkileri, mesleki ve ailevi bağları, sağlık durumu gibi hususlar göz önünde bulundurulmalıdır.⁵⁰ Ölçülülükten ne anlaşılması gerektiği ile ilgili olarak derece mahkemeleri, tutuklamanın ölçülülüğünü, sadece kişinin tutuklu kaldığı sürenin, yargılama sonucunda verilecek muhtemel ceza miktarını aşp aşmadığı şeklinde ele almaktadırlar. Oysa tutukluluk bir ceza olmadığı gibi gayesi de ceza değildir. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 63. maddesinde öngörülmüş olan hükmedilen cezadan mahsup işlemi, hakkaniyet gereği ile kabul edilmiştir.⁵¹

47 Kabul Tarihi: 2/7/2012, R.G: 5/7/2012, Sayısı:

48 Yenisey/Nuhoğlu, s.347.

49 *Engin Demir* [GK], B. No: 2013/2947, 17/12/2015, § 69.

50 Öztürk/Tezcan/Erdem/Gezer/Kırıt/Akcan/Özaydın/Tütüncü/Willemin/Tok, s.469.

51 Yenisey/Nuhoğlu, s.348.

Ölçülülük, aynı zamanda somut olayda tutuklu kişinin kişisel durumlarının da dikkate alınmasını gerekli kılar. Bunlar; yaşlılık, hastalık, hamilelik, küçük çocuk sahibi olma, çocuk yaşta olma, sabit ikametgâh sahibi olma, sabit bir iş ve düzeninin olması, milletvekili olması şeklinde olabilir. Hâkim veya mahkeme, CMK'daki tutuklamanın ölçülülüğü ilkesinden hareketle, bir tutuklama nedeni bulunmasına karşılık, kişinin tutuklanmasının veya bunun devamının gerekli ya da zorunlu olup olmadığını pekâlâ değerlendirebilir. Hâkim veya mahkeme, şüpheli ya da sanığın kişisel nedenlerini de tutuklamanın ölçülülüğü ilkesi kapsamında dikkate alması gerekir.

Tutuklu olan sanık ya da şüpheli bir çocuk ise tutuklama ve tutukluluğun devamı kararlarında çocuk olduğunun mutlaka değerlendirilmiş olması, ölçülülük açısından büyük önem taşımaktadır. AYM *Furkan Omurtag*⁵² başvurusunda, tutukluluk kararlarında sanığın çocuk olduğunun hiç değerlendirilmediği gerekçesiyle kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir. Kararda, çocuklar bakımından tutuklama söz konusu olduğunda en son çare olarak bu tedbirin akla gelmesi ve tutuklamanın zorunlu görülmesi halinde ise bunun kısa bir sürede sonlandırılması gerektiği de belirtilmiştir. Ancak bu durum, çocuklar hakkında hiçbir şekilde tutuklama tedbirinin uygulanamayacağı şeklinde anlaşılmamalıdır. Çok ciddi suçlarda pekâlâ tutuklama tedbirine başvurulması bir zorunluluk olabilir. Somut olayda çocuk olan başvuru, hırsızlığa teşebbüs suçundan tutuklanmış, mahkemece neticede kendisine adli para cezası verilmiştir. 5275 sayılı Kanun'un⁵³ 106. maddesinde yer alan, çocuklar hakkında hükmedilen adli para cezasının ödenmemesi hâlinde bu cezanın hapse çevrilemeyeceği şeklindeki hüküm de dikkate alındığında suçun önemi ve uygulanacak olan yaptırımın ağırlığı açısından da tutuklama kararı verilmesinin ölçülü olmadığı sonucuna varılmıştır.

52 B. No: 2014/18179, 25/10/2017.

53 Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun, Kabul Tarihi: 13/12/2014, R.G: 29/12/2004, Sayı:25685.

Tutuklu kişinin sağlık nedeniyle tahliye edilip edilemeyeceği konusu da AYM önüne gelmiş ve ilk kez bu husus *Fatih Hilmioglu*⁵⁴ başvurusunda incelenmiştir. Mahkeme, başvurucunun hastalık durumu ve sağlık nedeniyle tahliye edilmemesi şikâyetini yaşam hakkı bağlamında ele almıştır. Adli tıp kurumu raporunda “Başvurucunun kronik sistemik ciddi hastalıkları olduğunun anlaşıldığı, mevcut karaciğer sirozu nedeniyle hayat kalitesinde düşme, enfeksiyonlara eğilim ve üst gastrointestinal sistem kanaması geçirme riski olduğu, kronik B hepatiti tedavisine ek olarak portal hipertansiyon tedavisinin başlanması uygun olacağı, başvurucunun sağlığı açısından, cezaevi koşulları yerine fiziksel, psikososyal şartların daha sağlıklı olduğu ve her türlü tıbbi imkâna kolayca ulaşabileceği bir ortamda izlenmesinin uygun olacağı” şeklindeki değerlendirmeyi dikkate alan AYM, başvurunun esasını incelenmeden ara kararla tedbiren sağlık nedeniyle başvurucunun tahliyesine karar vermiştir. Bununla birlikte AYM, esas incelemesinde; suç isnadına veya mahkûmiyet kararına bağlı olarak özgürlüğünden yoksun bırakılan bir kimsenin sağlık gerekçesiyle serbest bırakılması için hiçbir genel zorunluluk bulunmadığını, hasta bir kişinin cezaevinde tutulmasının, ancak cezaevi şartları veya uygulanan tedbirlerin kişiyi olağanın üzerinde sıkıntıya sokacak nitelikte olması halinde, insanlık dışı veya aşağılayıcı bir muamele (kötü muamele) olarak nitelendirilebileceğini ve bu kapsamda da somut bir delil olmadığı dikkate alındığında, kronik hastalığı olan başvurucunun cezaevinde tutulmasına ilişkin şikâyetlerinin somut bir olguya dayanmadığını belirterek yaşam hakkının ihlal edilmediğine karar vermiştir.

5-7242 Sayılı Kanunun 15. Maddesiyle Getirilen Düzenleme

15/4/2020 tarihinde yürürlüğe giren 7242 sayılı Kanun’un⁵⁵ 15. maddesiyle CMK’nun 109.maddesinin mülga 4. fıkrası yeniden düzenlenmiştir. Bu yeni düzenlemeye göre; ağır bir hastalık veya engellilik nedeniyle hayatını cezaevi koşullarında tek başına idame ettiremeyenler ile gebe ve 6 aydan küçük çocuğu olanların tutuklanması yerine adli kontrol altına

54 B. No: 2014/648, 18/9/2014.

55 Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Kabul Tarihi: 14/4/2020, R.G: 15/5/2020, Sayı: 31100.

alınmasına karar verilebilecektir. Bu düzenlemenin de içinde yer aldığı infaz düzenlemesinin hızlı bir biçimde kanunlaşmasında 11 Mart 2020 tarihinde DSÖ'nün Koronavirüs hastalığını pandemi ilan etmesinin de etkili olduğu söylenebilir, zira 5275 sayılı Kanun'un pek çok maddesinde yapılan düzenlemede “*salgın hastalık*” ibaresinin bulunduğu bunu açıkça göstermektedir. CMK'da yapılan bu düzenleme ile ağır bir hastalık olarak değerlendirilecek olan Koronavirüs hastalığına yakalanmış kişilerin, özellikle de kronik rahatsızlığı (şeker, yüksek tansiyon ve kalp rahatsızlığı) olanların tutukluluğunun devam ettirilmesi yerine, adli kontrol altına alınabilmesine kolaylık sağlanmıştır. Bunun sonucu olarak tahdidi şekilde belirtilen bu kişilerin tutuklanmaları yerine adli kontrol hükümlerinin uygulanması yoluyla serbest bırakılmasına karar verilebilecektir.⁵⁶

CMK'nın 100/1 ve 101/2. maddenin (c) fıkrasında yer alan tutuklamanın ölçülülüğü ilkesi gereği, anılan düzenleme yapılmamış olsaydı dahi gebelik, küçük çocuk sahibi olma, engellik ve ağır hastalık durumunda kişisel nedenler dikkate alınarak bu kişilerin tutuklanması, tutukluluğunun devam ettirilmesi yerine haklarında adli kontrol kararı verilmesinin önünde herhangi bir yasal engel bulunmamaktaydı.⁵⁷ Tutuklama ve tutukluluğun devamı konuları Yargıtay gündemine taşınmadığı için, içtihatlarla bu konuda hukuki belirlilik sağlanamamış ise de AİHM ve AYM'nin örnek kararlarıyla, herhangi bir kazuistik düzenleme yapılmasına gerek kalmadan sorunun aşılabilmesi pekâlâ mümkün idi.

7242 sayılı Kanun'un 15. maddesi ile CMK'da yapılan bu düzenlemenin neden kabul edildiğini anlamak için anılan maddenin gerekçesine bakmak gerekir. Gerekçede, özetle bir suç isnadına bağlı tutma, tutukluluk hali, ile bir hükme bağlı tutmanın, hükümlülüğün, eşdeğerde görüldüğü

56 Şen, Ersan/Başer Berkün, Beyza; “Adli Kontrole Eklenen Yeni Kriterler” <https://www.hukukihaber.net/adli-kontrole-eklenen-yeni-kriterler-makale,7763.html> (Erişim Tarihi: 25/5/2020)

57 Özgenç, İzzet/Sözüer, Adem/Koca, Mahmut; “Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi'nin Değerlendirilmesi” [https://cdn.istanbul.edu.tr/FileHandler2.ashx?f=i%CC%87nfaz-kanunu-deg%CC%86is%CC%A7iklik-teklifi-deg%CC%86e rlendirmesi-\(2020.04.06\).pdf](https://cdn.istanbul.edu.tr/FileHandler2.ashx?f=i%CC%87nfaz-kanunu-deg%CC%86is%CC%A7iklik-teklifi-deg%CC%86e rlendirmesi-(2020.04.06).pdf) (Erişim Tarihi: 25/5/2020)

göze çarpmaktadır. Birazdan da değinileceği üzere tutuklama ve tutukluluğun devam etmesinin koşulları ile kesinleşmiş bir hürriyeti bağlayıcı cezanın ne şekilde infaz edileceği, buna hangi hallerde son verileceği hususları iki ayrı kurumun konusunu oluşturur. Aynı zamanda bu iki kurumun Kanunları da ayrıdır. Tutuklama, CMK'nın konusu iken, infazın ertelenmesi, buna ara verilmesi, infazın yerine getiriliş şekli ise infaz hukukunun konusunu oluşturmaktadır.

7242 sayılı Kanun'un 15. maddesinin gerekçesinde⁵⁸; tutuklama koşullarının bulunmasına rağmen, maruz kaldığı ağır bir hastalık veya engellilik nedeniyle ceza infaz kurumu koşullarında hayatını yalnız idame ettiremediği 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 16. maddesinin 3. fıkrası uyarınca tespit edilen şüpheliler ile gebe olan veya doğurduğu tarihten itibaren 6 ayı geçmemiş bulunan kadın şüphelilerin tutuklanması yerine adli kontrol altına alınmasına karar verilebilmesine imkân getirildiği belirtilmiştir. Gerekçede ek olarak, 5275 sayılı Kanun'un 4. ve 6. fıkralarında hükümlüler bakımından bu hususların düzenlendiği ve aynı Kanun'un 116. maddesinde tutukluluk haliyle uzlaşı nitelikte olması durumlarında 16. madde⁵⁹ hükümlerinin uygulanabile-

58 <http://bigm-uyap.adalet.gov.tr/portal/duyuru/2020/nisan/pdf/> (Erişim Tarihi: 25/5/2020)

59 (1) Akıl hastalığına tutulan hükümlünün cezasının infazı geriye bırakılır ve hükümlü, iyileşinceye kadar Türk Ceza Kanunu'nun 57 nci maddesinde belirtilen sağlık kurumunda koruma ve tedavi altına alınır. Sağlık kurumunda geçen süreler cezaevinde geçmiş sayılır.

(2) Diğer hastalıklarda cezanın infazına, resmi sağlık kuruluşlarının mahkûmlara ayrılan bölümlerinde devam olunur. Ancak bu durumda bile hapis cezasının infazı, mahkûmun hayatı için kesin bir tehlike teşkil ediyorsa mahkûmun cezasının infazı iyileşinceye kadar geri bırakılır.

(3) Yukarıdaki fıkralarda belirtilen geri bırakma kararı, Adli Tıp Kurumunca düzenlenen ya da Adalet Bakanlığınca belirlenen tam teşekküllü hastanelerin sağlık kurullarınca düzenlenip Adli Tıp Kurumunca onaylanan rapor üzerine, infazın yapıldığı yer Cumhuriyet Başsavcılığınca verilir. Geri bırakma kararı, mahkûmun tâbi olacağı yükümlülükler belirtilmek suretiyle kendisine ve yasal temsilcisine tebliğ edilir. Mahkûmun geri bırakma süresi içinde bulunacağı yer, kendisi veya yasal temsilcisi tarafından ilgili Cumhuriyet Başsavcılığına bildirilir. Mahkûmun sağlık durumu, geri bırakma kararını veren Cumhuriyet Başsavcılığınca veya onun istemi üzerine, bulunduğu veya tedavisinin yapıldığı yer Cumhuriyet Başsavcılığınca, sağlık raporunda belirtilen süreler, bir süre bulunmadığı takdirde birer yıllık dönemlere göre bu fıkra yazılı usule uygun olarak incelettirilir. İnceleme sonuçlarına göre geri bırakma kara-

ceğinin belirtilmesine karşılık uygulamada bu hükme rağmen tutuklu şüpheliler hakkında farklı uygulamaların gerçekleştirildiği ve mağduriyetlerin ortaya çıkmasına sebep olunduğu belirtilmiştir. Son olarak gerekçede, getirilen düzenlemeyle uygulamadaki tereddütlerin giderilmesi ve yaşanabilecek mağduriyetlerin önüne geçilebilmesinin amaçlandığı ifade edilmiştir.

5275 Sayılı Kanun'un 16. maddesinde; yaşlılık, engellilik, ağır hastalık, gebelik, doğum gibi durumlarda kesinleşmiş hürriyeti bağlayıcı cezanın infazının ertelenebileceği öngörülmüştür. Sözü edilen haller geçici olduğundan bu durumların sona ermesi halinde hapis cezası kaldığı yerden infaz edilebilecektir. Görüleceği üzere gebeliğin doğumla sona ermesi, bebeğin belirli bir yaşa gelmesi, hastalığın iyileşmesi sonrasında, kesinleşmiş hükümlerin infazı gerçekleştirilecektir. Hükümlüler bakımından benzer bir düzenleme aynı Kanun'un 105/A maddesinde denetimli serbestlik olarak ele alınmış ve son olarak Anayasanın 104. maddesinde Cumhurbaşkanı'nın affı bulunmaktadır. Bu üç kurum, hükümlüler bakımından yaşlılık veya sağlık nedeniyle geçici veya sürekli tahliyeyi sağlayan kurumlar olarak uygulanabilmektedir.

Hükümlüler bakımından sunulan imkanlar 5275 Sayılı Kanun'da böyle iken tutukluluk açısından bakıldığında ise şunlar ifade dileyebilir. Bir

rını veren Cumhuriyet Başsavcılığınca, geri bırakmanın devam edip etmeyeceğine karar verilir. Geri bırakma kararını veren Cumhuriyet Başsavcılığının istemi üzerine, mahkûmun izlenmesine yönelik tedbirler, bildirimin yapıldığı yerde bulunan kolluk makam ve memurlarınca yerine getirilir. Bu fıkra yazılı yükümlülükler aykırı hareket edilmesi hâlinde geri bırakma kararı, kararı veren Cumhuriyet Başsavcılığınca kaldırılır. Bu karara karşı infaz hâkimliğine başvurulabilir.

(4) Hapis cezasının infazı, gebe olan veya doğurduğu tarihten itibaren bir yıl altı ay geçmemiş bulunan kadınlar hakkında geri bırakılır. Çocuk ölmüş veya anasından başka birine verilmiş olursa, doğumdan itibaren iki ay geçince ceza infaz olunur.

(5) Kapalı ceza infaz kurumuna girdikten sonra gebe kalanlardan koşullu salıverilmesine altı yıldan fazla süre kalanlar ile eylem ve tutumları nedeniyle tehlikeli sayılanlar hakkında dördüncü fıkra hükümleri uygulanmaz. Bu kişilerin cezasının dördüncü fıkra öngörülen kısmı, ceza infaz kurumlarında kendileri için düzenlenen uygun yerlerde infaz olunur.

(6) Maruz kaldığı ağır bir hastalık veya engellilik nedeniyle ceza infaz kurumu koşullarında hayatını yalnız idame ettiremeyen ve toplum güvenliği bakımından ağır ve somut tehlike oluşturmayaacağı değerlendirilen mahkûmun cezasının infazı üçüncü fıkra belirlenen usule göre iyileşinceye kadar geri bırakılabilir.

defa CMK siteminde kural olarak tutuksuz yargılama yapmaktır. Tutuklama koşullarının tümü gerçekleşmiş olsa dahi hâkim şüpheliyi, sanığı tutuklamak zorunda değildir.⁶⁰ Zira CMK'nın 100. maddesinde “*tutuklanabilir*” ifadesi yer almaktadır. Her yargılamanın özellikleri, delil durumu birbirinden farklılık göstermektedir. Ceza yargılamasında maddi gerçeğe ve adalete ulaşılabilmesi için öngörülen koruma tedbirlerinden olan tutuklama tedbirinden beklenen amaç, aslında hangi nedenlerle tutuklama yapılabileceğini gösteren nedenlerdir. Bu nedenler, CMK’da sınırlı bir biçimde sayılmıştır. Yukarıda da ifade edildiği üzere tutuklama koruma tedbirine Kanun’da belirtilen şüpheli veya sanığın kaçması veya delillerin karartılmasının önlenmesi nedenleriyle başvurulabilir ve bunun devamına karar verilebilir. Söz konusu nedenler ortadan kaldırıldığında tedbire de son verilir ve yargılamaya tutuksuz olarak devam edilebilir. Hatta, tutuklama nedenleri bulunsa bile tutuklamanın ölçülülüğü ilkesi gereği tutuklama yerine adli kontrol tedbirine karar verilebilir.

6- Sağlık Nedeniyle Tahliye

Suçu işlediği hususunda hakkında kuvvetli belirti bulunan şüpheli veya sanık, tutuklama nedenlerinden birinin varlığı halinde, hasta olması onun tutuklanmasına engel oluşturmadığı gibi, tutuklandıktan sonra hastalığa yakalanmış olması halinde de hastalığı, onun otomatik olarak tahliyesini gerektirmemektedir. Ne Anayasada ne de Sözleşmede hastalık hali, tutuklamaya engel bir durum olarak belirtilmemiştir. CMK’da da buna ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Buna göre hastalık hali, her şart ve durumda salıverilmeyi ya da tutuklanmamayı gerektiren bir durum değildir. İnsan hakları bağlamında hasta tutuklu ya da hükümlünün cezaevinde tutulması, bazı koşullarda Sözleşmenin 3. maddesi ve Anayasanın 17. maddesindeki kötü muamele yasağını ihlal edebilir.

Devletlerin tutuklu ya da hükümlülerin sağlıklarını koruma yükümlülüğü bulunmaktadır. Ancak bu, kişilerin sağlık durumu gerekçesiyle serbest bırakılması zorunluluğunu içermemektedir. Anayasanın 56.

⁶⁰ Yenisey/Nuhoglu, s.349.

maddesine göre herkesin sağlıklı bir çevrede yaşama hakkı bulunmaktadır. Bu maddede Devlet, ayrıca herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamakla yükümlü tutulmuştur. Bu *herkes* içinde tutukluların da bulunduğu açıktır. Hasta tutuklu kişilerin cezaevinde tutulmalarının sorun oluşturmaması için yeterli tıbbi bakımın sunulması devletin pozitif yükümlüğü açısından büyük önem taşımaktadır. AİHM *Kudla/Polonya*⁶¹ kararında, hukuka uygun olarak özgürlüğü kısıtlanan herkesin, insan onuruna uygun tutukluluk koşullarına sahip olma hakkı bulunduğunu, alınan tedbirlerin uygulanma koşullarının kişiyi sıkıntıya ya da tutukluluğa bağlı kaçınılmaz üzüntü seviyesini aşacak yoğunlukta bir ümitsizliğe sokmaması gerektiğini belirtmiştir. *Mouisel/Fransa*⁶² kararında ise, Sözleşmenin tutuklu bir kimsenin sağlık gerekçesiyle serbest bırakılması için hiçbir genel zorunluluk getirmediğini, ancak doğal olarak ortaya çıkan fiziksel ya da ruhsal rahatsızlıklardan kaynaklanan acının, yetkililerin sorumlu tutulabileceği tutukluluk koşullarından dolayı artması ya da artma riski bulunması halinde bu durumun Sözleşmenin 3. maddesi kapsamına girebileceğini ifade etmiştir.

Görüleceği üzere, hasta kişinin tutuklanması ve tutukluluğunun devam ettirilmesi tek başına bir sorun oluşturmamaktadır. Tutuklunun hasta olduktan sonra sağlık yardımının kendisine devlet tarafından sağlanması ve tutulma koşullarının buna göre düzenlenmesi anayasal bir gerekliliktir. 7242 sayılı Kanun'un 15. maddesiyle CMK'nın 109. maddesinin 4. fıkrasında anılan düzenleme yapılmamış olsaydı dahi, ağır hasta olan bir tutuklunun tedavi edilmesi, sağlık koşullarının cezaevinde tutulmasına uygun olmadığı Adli Tıp Kurumu raporundan anlaşılması halinde, tahliyesine ya da adli kontrol altına alınmasına karar verilmesi söz konusu olabilecektir.

Tutuklular için olmasa da hasta hükümlüler ile 7242 sayılı Kanun'un 15. maddesinde belirtilen kimseler için 5275 sayılı Kanun'un 16. maddesinde belirtilen, akıl hastalığı, hayati tehlike oluşturan diğer hastalıklar, gebelik, doğum, ağır hastalık ya da engellilik nedeniyle hayatını tek başına idame ettiremeyen hükümlülerin infazının ertelenmesi düzenlenmiştir.

61 B. No: 30210/96, 26/10/2000.

62 B. No: 67263/01, 14/11/2002.

Gebelik ve yeni doğum yapma hallerinde süre sınırı konulmuşsa da diğer durumların varlığı halinde infazın, hastanın iyileşmesine kadar geri bırakılma imkânı bulunmaktadır.

Bir diğer düzenleme ise 5275 sayılı Kanun'un 105/A maddesinde kabul edilmiş olan denetimli serbestlik tedbiri kurumudur. Anılan maddede denetimli serbestliğe ilişkin ayrıntılı düzenlemeler getirilmiştir. 7242 sayılı Kanun'un 15. maddesiyle haklarında tutuklanmaları yerine adli kontrol tedbirine karar verilebilecek olan kimseler için denetimli serbestliğe karar verilebilmesi için aranan koşullu salıverilme tarihine bir yıl kalması gerektiği kuralına küçük yaşta çocuğu olan kadınlar ile hasta, engelli veya yaşlı kişiler lehine düzenlemeler getirilmiştir. Bu düzenlemeye göre, sıfır-altı yaş grubunda çocuğu bulunan kadın hükümlülerin denetimli serbestliğine karar vermek için diğer şartlarla birlikte koşullu salıverilmesine iki yıl veya daha az süre kalmış olması aranacaktır. Keza, maruz kaldıkları ağır bir hastalık, engellilik veya kocama nedeniyle hayatlarını yalnız idame ettiremeyen hükümlüler için ise koşullu salıverilmesine üç yıl veya daha az süre kalan ağır bir hastalık, engellilik veya yaşlılık nedeniyle hayatlarını yalnız idame ettiremeyen hükümlülerin, iyi halli olmaları ve açık ceza infaz kurumunda bulunması veya açık ceza infaz kurumuna ayrılma şartları oluşmasına karşın, iradesi dışındaki bir nedenle açık ceza infaz kurumuna ayrılamamaları veya bu nedenle kapalı ceza infaz kurumuna geri gönderilmeleri hâlinde denetimli serbestlikten yararlanabileceklerdir.⁶³

Hükümlüler bakımından son düzenleme ise Anayasanın 104. maddesindeki Cumhurbaşkanının af yetkisidir. Cumhurbaşkanı, Anayasanın 104. maddesinin 16. fıkrasındaki yetkisine dayanarak, sağlık durumu sürekli hastalık, sakatlık ve yaşlılık sebebiyle cezanın infazını imkânsız kılacak dereceye varan hükümlünün cezalarını hafifletebileceği gibi tamamen de kaldırabilecektir.⁶⁴

63 7242 sayılı Kanun'un 46. Maddesiyle 5275 sayılı Kanun'un 105/A maddesinin 2.fıkrasında yapılan düzenleme.

64 "Cumhurbaşkanı ... Sürekli hastalık, sakatlık ve kocama sebebiyle kişilerin cezalarını hafifletir veya kaldırır." T.C. 1982 Anayasası 104/16.Mad.

Hükümlüler için kabul edilmiş bu düzenlemelerin 5275 sayılı Kanun'un 116. maddesi gereğince aynı Kanun'un 16. maddesinin tutuklular hakkında da uyuşması halinde uygulanabileceği belirtilmiştir. Özellikle sağlık hakkı bakımından bu düzenleme büyük önem taşımaktadır. Her ne kadar hasta tutuklu bir kimsenin, hükümlü gibi, iyileşinceye kadar infazın ertelenmesi gibi bir müesseseden yararlanamamakta ise de tedavi edilmesini isteme hakkı bulunmaktadır. Bu açıdan hasta tutuklular ile hasta hükümlüler arasında bir fark bulunmamakta olup, hasta hükümlülerin yararlandığı sağlık imkânlarından tutuklu olan hastaların da yararlanması eşitlik ilkesinin doğal bir sonucudur. Bu kapsamda AİHM'nin *Gülay Çetin*⁶⁵ başvurusunu zikretmek gerekmektedir.

Gülay Çetin başvurusunda AİHM yargı makamlarının, mevzuatta hüküm olmadığı gerekçesine dayanarak ağır hastalığı (ileri derecede kanser) olan tutuklunun tahliye talebinin sağlık durumunun ciddiye alınmayarak reddine karar vermelerini kötü muamele yasağının ihlali sonucunu doğurduğuna karar vermiştir. Buna ilaveten AİHM, başvurusunun yalnızca tutuklu olması nedeniyle hükümlüler için öngörülen düzenlemelerden, sağlık hakkından, yararlandırılmamasını, Sözleşmenin 14. maddesinde belirtilen ayrımcılık yasağını ihlal ettiği sonucuna varmıştır. AİHM, ek olarak başvurusunun talebine rağmen ilk derece mahkemesi ve Yargıtay'ın, 5275 sayılı Kanun'un 116/1. maddesini kullanarak, aynı Kanun'un 16/2. maddesinde yer alan hükmü kıyasen tutuklu olan başvurucu hakkında uygulamaktan kaçınmış olmalarını da kararında dile getirmiştir.

Gülay Çetin başvurusunda da görüldüğü üzere mevzuatta bir hüküm bulunup bulunmaması önemli olmakla birlikte tek başına bu her zaman sorun olmamaktadır. Ceza muhakemesinde, somut olaya uygulanacak özel bir düzenleme bulunmadığı durumlarda benzer hükümlerden faydalanılması pekâlâ mümkündür. Bir başka ifadeyle CMK'da kıyas, kural olarak yasaklanmamıştır. Sanığın lehine olduğu gibi aleyhine de kıyas yapılabilmektedir, ancak istisnai hükümlerin kıyasa konu olamayacağı kabul edilmektedir.⁶⁶ Bu çerçevede CMK'da bir hüküm bulunmadığı durumda

65 *Gülay Çetin/Türkiye*, B. No: 44084/10, 5/3/2013.

66 Şahin, s.44, Öztürk/Tezcan/Erdem/Gezer/Kırıt/Akcan/Özaydın/Tütüncü/Willemin/Tok, s.35.

5275 sayılı Kanun hükümlerinden yararlanılabilecektir. Aynı zamanda bu hâkime verilen takdir hakkının bir gereği olmaktadır.

Değerlendirme

Tutuklama, ceza muhakemesinde sıklıkla başvurulmuş bir koruma tedbiridir. Tutuklama hakkında en çok şikâyet edilen konuların başında ise tutuklama kararlarının gerekçesiz olduğu gelmektedir.⁶⁷ Tutuklama, kesin hükümden önce uygulanan ve kişinin hareket özgürlüğüne müdahale oluşturan en ağır koruma tedbirini oluşturmaktadır. Bu açıdan kişi özgürlüğünün asıl olduğu dikkate alındığında tutuklamaya ancak zorunlu olduğu durumlarda başvurulmalıdır. Bir başka ifadeyle öncelikle diğer koruma tedbirleri düşünülmeli, tutuklamanın ölçülülüğü ilkesi gereği bu kapsamda ilk akla adli kontrol gelmelidir. Zira tutuklamadan daha hafif bir tedbir alarak ceza muhakemesinde belirtilen amaca ulaşmak imkân dâhilinde ise öncelikle bunun uygulanması ölçülülük ilkesinin bir gereğidir.

7242 sayılı Kanun'un 15. maddesiyle getirilen düzenleme ile bazı özellikli kimseler için tutuklanmaları yerine adli kontrol tedbiri kararı verilmesi öngörülmüştür. Bu düzenleme, insan hakları bağlamında bakıldığında özellikle hasta tutuklular için olumlu bir gelişme olarak değerlendirilebilir ise de ağır hastalık, engellilik, gebe ve 6 aydan küçük çocuğu olanların işlediği suçlarda tutuklama yasağının bulunduğu şeklinde değerlendirilmesi de pekâlâ mümkündür. Bu kapsamda olmayan kimselerin aynı suçu işlemele-ri halinde tutuklanabilecek olması, eşitlik ilkesinin ihlali sonucunu doğurabileceği ihtimal dâhilindedir.

Kanunlar, genel ve soyut düzenlemelerdir. Bu özellik onları, her somut olayın koşullarında yorumlanarak farklı durumlara çözüm getirebilmeleri imkânını sağlayan bir araç haline getirir. Dolayısıyla güncel nedenlerle somut ve yoruma kapalı ayrıntılı düzenlemeler yapılması, hukuksal gelişim açısından ciddi sakıncalar doğurabilecektir. Bu doğrultuda özellikle, tutuklama koruma tedbirinin istisnai bir tedbir olduğu dikkate alındığında,

67 Köksal Bayraktar, "Ceza Yargılamasının Bitmeyen Derdi: Tutuklama", Güncel Hukuk, Ocak 2014/1 121 Aylık Hukuk Dergisi, s.7.

tutuklama tedbirine başvurulması için zorunlu unsurların belirli olması yeterli olup, buna karşılık bu tedbire son verilmesi için özel durumların ayrıntılı olarak öngörülmesine gerek bulunmamaktadır. Aksi takdirde kapsam ve sınırları her olay koşullarında yargısal içtihatlarla çözümlenebilecek bir kurala getirilen ayrıntılı istisnalar, kuralın uygulanmasında yorumla istisna kapsamında değerlendirilebilecek durumlar için dışlayıcı bir etki meydana getirecektir. Bunun da birçok belirsizliğe yol açabileceği muhakkaktır. Örneğin 6 aydan bir gün fazla çocuğu olanın durumu ne olacaktır? Görüleceği üzere bu ve buna benzer durumlar, ayrıntılı bir yasal düzenlemenin konusu olmaktan ziyade her bir somut olayın koşullarında hâkim tarafından değerlendirilebilecek hususlar olmalıdır. Hâkime verilen takdir yetkisi de bu durumlar için öngörülmüştür.

Sonuç olarak, 7242 sayılı Kanun'un 15. maddesi ile CMK'nun 109. maddesinin 4.fıkrasında yapılan bu yeni düzenlemenin bir sorunu, bir tereddüdü gidermek için yapıldığı, maddenin kabul ediliş gerekçesinde ifade edilmiş ve ilk bakışta insancıl bir düzenleme olduğu gözükmekte ise de bu kez de başka bir yanlış uygulamaya yol açabilecek düzenleme hüviyetini kazanacağı söylenebilir. Elbette bunu zaman içinde göreceğiz. Bir yerde meşru müdafaa kapsamında kasten adam öldürme suçunu işleyen gebe bir kadının durumu ile canavarca hisle ya da başka bir saikle kasten adam öldürme suçunu işleyen gebe bir kadının durumu, tutuklanması bakımından farklılık oluşturacak mıdır? Bunlardan hangisi tutuklanacak, hangisi adli kontrol altına alınacaktır. Burada asıl mesele somut olayın koşullarında hâkim tarafından yapılacak olan bir değerlendirmedir. Hâkim, tutuklamanın bir ceza olmayıp, koruma tedbiri olduğunu dikkate alarak CMK hükümlerini, Anayasa mahkemesinin bireysel başvuruda verdiği kararlar ile AİHM'in kararları çerçevesinde uyguladığı durumda, bu tür düzenlemelere de gerek kalmayacaktır.

KAYNAKÇA

Aldemir, Hüsnü; Yakalama Gözaltına Alma Tutuklama Adli Kontrol, Hürriyeti Kısıtlayan Koruma Tedbirleri, Seçkin, Birinci Baskı, Ankara, Kasım 2012

Bayraktar, Köksal; “Ceza Yargılamasının Bitmeyen Derdi Tutuklama”, Güncel Hukuk, Aylık Hukuk Dergisi, Ocak 2014/1-121

Bozkurt, Enver; İnsan Haklarının Korunmasında Uluslararası Hukukun Rolü, 1. Bası Nobel, Ankara, 2003

Centel, Nur/Zafer, Hamide; Ceza Muhakemesi Hukuku, 16. Bası, Beta, İstanbul, 2019

Corchete, Juan Antonio Hernandez; “The Role of Constitutional Courts in the Balance between Liberty and Security”, Anayasa Yargısı, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Yıl:2017, Sayı:34, Basım Yılı, 2018

Feridun, Yenisey/Nuhoğlu, Ayşe; Ceza Muhakemesi Hukuku, 4.Bası, Seçkin, 2016

Harris, David/ O’Boyle, Michael/ Warbric, Colin; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku, Avrupa Konseyi, Birinci Baskı, Ankara 2013

<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>

<http://bigm-uyap.adalet.gov.tr/portal/duyuru/2020/nisan/pdf/>

<https://www.bbc.com/turkce/haberler-dunya-51614548>

Karan, Ulaş; “Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı”, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme (Editör: Sibel İnceoğlu), Avrupa Konseyi Yayınları, Ankara, 1.Baskı, 2013

Kaya, Abdülkadir; “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve İçtihatlarında Özgürlük ve Güvenlik Hakkı”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı, *Tutuklama*, Yıl:2014, Cilt:9, Sayı:123-124

Kaya, Yusuf Enes; Bireysel Başvuru Yolunda Tutuklamanın Hukukiliğinin İncelenmesi, On iki levha Yayınları, Birinci Bası, 2019.

Özgenç, İzzet/Sözüer, Adem/Koca, Mahmut; “Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi”nin Değerlendirilmesi”, [https://cdn.istanbul.edu.tr/FileHandler2.ashx?f=i%CC%87nfaz-kanunu-deg%CC%86is%CC%A7iklik-teklifi-deg%CC%86erlendirmesi-\(2020.04.06\).pdf](https://cdn.istanbul.edu.tr/FileHandler2.ashx?f=i%CC%87nfaz-kanunu-deg%CC%86is%CC%A7iklik-teklifi-deg%CC%86erlendirmesi-(2020.04.06).pdf)

Öztürk, Bahri/Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan/Gezer, Özge Sırma/ Kırıt, F. Saygılar/Akcan, Esra Alan/Özaydın, Özlem/Tütüncü, Efser Eser/Willemin,

KAYNAKÇA

Derya Altınok/Tok, Mehmet Can; Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, (Editör: Bahri Öztürk), Seçkin, 12. Bası, Ankara, 2018.

Öztürk, Bahri/Kazancı, Behiye Eker/Güleç, Sesim Soyer; Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri, Seçkin, Ankara, 2013.

Sarıgül, Ali Tanju; İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinde Kişiyi Tanınan Özgürlük ve Güvenlik Hakkı, Seçkin, Birinci Baskı, Ankara, 2013.

Şahin, Cumhur; Ceza Muhakemesi Hukuku -1-, Seçkin, 9.Bası, Ankara 2018.

Şen, Ersan/Başer Berkün, Beyza; “Adli Kontrole Eklenen Yeni Kriterler” <https://www.hukukihaber.net/adli-kontrole-eklenen-yeni-kriterler-makale,7763.html>

Şirin, Tolga; Özgürlük ve Güvenli Hakkı, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi- 1, Avrupa Konseyi, 2018.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (Gerekçeli); Anayasa Mahkemesi Yayınları, Birinci Baskı, 2018, Ankara.

PANDEMİ TEDBİRLERİ KAPSAMINDA “KAMUDA ESNEK ÇALIŞMA” ÜZERİNE BİR DEĞERLENDİRME

Dr. Melike Özge Çebi Buğdaycı*

Özet

Klasik çalışma sistemlerinden ayrı ve bağımsız çalışma modeli olarak tanımlanabilen esnek çalışma, dünyayı etkisi altına alan Covid-19 pandemisi ile, devletlerin almış olduğu tedbirler kapsamında önemli bir yer işgal etmiştir. Türkiye’de de pandemi tedbirleri kapsamında kamu personelinin çalışma esaslarında acil bir düzenleme yapılması ihtiyacı ortaya çıkmıştır. Konunun aciliyeti ve önemi nedeni ile ülkemizde kamu personelinin çalışma yöntemlerinde ve saatlerinde esnekliğe gidilmesi gündeme gelmiş ve 22 Mart 2020 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanan 2020/4 sayılı Cumhurbaşkanlığı Genelgesi ile kamu kurumlarında esnek çalışmaya ilişkin düzenlemeler getirilmiştir.

Anayasa’nın 128/2 hükmü uyarınca kamu personel hukukumuz bakımından aslolan kanunilik ilkesidir. Bu anlamda Türk kamu personeli bakımından çalışma usul ve esaslarının kanunla düzenlenmesi gerekir. 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu da, devlet memurlarının çalışma süreleri bakımından belirlilik ilkesinden hareket etmiş; ancak esnek çalışma için de 100. maddesinin üçüncü fıkrasında açık kapı bırakmıştır. Bu maddeyi dayanak alarak çıkarılan 2020/4 sayılı Genelge ile getirilen esnek çalışma, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’na uygun olacak şekilde kamu personel rejimi bakımından bir esnekliği değil, yalnızca çalışma süre ve mekanları bakımından bir esnekliği uygulamaya koymaktadır. Buna göre uzaktan çalışma, dönüşümlü çalışma gibi esnek çalışma yöntemlerinin uygulanacağı ifade edilmiştir. 2020/4 sayılı Genelge’nin akabinde pek çok kurum ve kuruluş kendi bünyesinde esnek çalışma uygulamalarını başlatmış, devlet

* Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi, E-mail: mocebi@ybu.edu.tr, melikeozgecebi@gmail.com

memuru sayılmayan kamu personeli bakımından da esnek çalışma yöntemleri kabul edilmiştir. Ancak sonraki bir tarihte Cumhurbaşkanlığı tarafından yayımlanan 2020/8 sayılı Genelge ile, normalleşme süreci kapsamında kamuda esnek çalışma yöntemlerine son verilmiştir.

Türk kamu personel hukuku bakımından, mevcut yasal düzenlemeler kapsamında istisnai bir uygulama olarak nitelendirilmesi gereken esnek çalışma yöntemleri, Covid-19 pandemisi akabinde değişen ve çeşitlenen kamu hizmet sunumu yöntemlerine uygun olarak uzun vadede istisnai bir uygulama olmaktan çıkabilir. Ayrıca küresel ölçekte salgının etkilerinin uzama ihtimali de göz önünde bulundurulduğunda, Türkiye’de ilk kez pandemi sürecinde geniş uygulama alanı bulan kamuda esnek çalışma yöntemlerinin olağanlaşması söz konusu olabilir. Ancak, kamu kurum ve kuruluşlarının esnek çalışma yöntemleri konusunda yeterli tecrübesinin bulunmaması, kamu hizmetlerine hakim olan süreklilik ve düzenlilik ilkeleri, hangi kamu hizmetlerin esnek çalışmaya uygun olup olmadığı konusunda net bir belirleme yapmanın güçlüğü, kamu personelinin denetiminde yaşanan güçlükler gibi pek çok nedenle ve en önemlisi de kamu personel hukukuna egemen olan kanunilik ilkesi kapsamında esnek çalışma yöntemlerinin uzun vadede yasal bir zemine kavuşturulması gerekmektedir.

Anahtar Kelimeler: Covid-19 Pandemi, Esnek Çalışma, Kamu Personeli, Kamu Hizmeti, Kanunilik İlkesi, Süreklilik ve Düzenlilik İlkeleri

Abstract

In general, flexible working methods, which can be expressed as separate and more independent working models than classical working systems, have occupied an important place within the scope of the measures taken by the States within the Covid-19 pandemic, which influenced the world. Turkey also made an urgent regulation of working conditions for civil servants within the scope of the pandemic. Due to the urgency and importance of the issue, flexibility has been brought to the agenda in the working methods and hours of public personnel in our country, and regulations regarding flexible working in public institutions have been introduced

with the Presidential Circular No. 2020/4 published in the Official Gazette dated March 22, 2020.

In accordance with the 128/2 of the Constitution, the principle of legality is essential for Turkish public personnel law. In this context, the working procedures and principles for Turkish public personnel should be regulated by law. The Civil Servants Law No. 657 acted on the principle of definiteness in terms of working time of civil servants; however, for flexible working, it left an open door in the third paragraph of Article 100. The flexible working brought by the Circular No. 2020/4, which is based on this article, implements flexibility in terms of working time and place, in accordance with the Law No. 657 on Civil Servants. It was stated that flexible working methods such as remote work and alternating work would be applied. Following the Circular No. 2020/4, many institutions and organizations have initiated flexible working practices within their own bodies, and flexible working methods have been adopted for public personnel who are not considered as civil servants. However, with the Circular No. 2020/8 published by the Presidency at a later date, flexible working methods in the public were terminated within the scope of the normalization process.

In terms of Turkish public personnel law, flexible working methods, which should be considered as an exceptional practice within the scope of existing legal regulations, may not be an exceptional practice in the long term in accordance with the changing public service methods following the Covid-19 pandemic. When also considering the possibility of prolongation of the epidemic effect on a global scale, it can be said that flexible working methods will adopted as the usual method in public. However, for many reasons such as the lack of sufficient experience of public institutions and organizations in flexible working methods, the principles of continuity and regularity in public services, the difficulties of making a clear determination about which public services are suitable for flexible working and supervision of public personnel and the principle of legality, flexible working methods should be brought to a legal basis in the long term.

Keywords: Covid-19 Pandemic, Flexible Working, Civil Servants, Public Service, Principle of Legality, Principles of Continuity and Regularity

I. GİRİŞ

Anayasa'nın 128. maddesinin ilk fıkrasına göre; *“Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür.”* Bu kapsamda memur ve diğer kamu görevlilerin varlık nedeni aslında devlet tarafından yürütülen kamu hizmetleridir¹. Kamu hizmetlerinin de belirli bir düzen içinde ve sürekli olarak yürütülmesi gerektiğinden, kamu hizmetlerinin yürütülmesinde ajan olarak görev yapan kamu personelinin de bu sürekli ve düzenli rejime ayak uydurmasını sağlamak gerekmektedir.

Bu nedenle Türk kamu personel hukukunda, kamu personelinin çalışma esasları sıkı ve detaylı olarak düzenlenmiştir. Personelin mesai saatleri, izinleri ve istisnai uygulamalar mevzuatla açıkça belirlenmiştir. Ancak salgın gibi olağanüstü durumlar söz konusu olduğunda farklı uygulamaların benimsenmesi mümkündür. Bu bildiri kapsamında, öncelikle Türk kamu personel hukukunda çalışma sürelerinin ne şekilde düzenlendiğinden, ardından da kamu personel hukukumuz bakımından istisnai bir durum olarak nitelendirebileceğimiz esnek çalışma kavramından bahsetmeye çalışacağız. Ardından da Covid-19 küresel salgını kapsamında kamu personelinin ilgilendiren bir tedbir olarak esnek çalışma düzenine geçilmesi meselesini, konuya ilişkin hukuki dayanakları ile birlikte irdeleyerek, bazı değerlendirmelerde bulunmaya çalışacağız.

1 Kamu hizmet ve faaliyetlerinin yürütülmesinde insan unsuru olarak kamu görevlilerinin önemini aktaran bir Danıştay kararında; *“Sağlık hizmetlerinin ülke genelinde dengeli dağılımın ve yaygınlaştırılmasının sağlanmasında, en önemli unsurlardan birisinin, sağlık kuru ve kuruluşlarının, ara-gereç, fiziki ve teknik altyapının yanı sıra insan unsuru olduğu yadsınamaz bir gerçektir.”* Danıştay 5 D, E 1997/1129, K 1998/1411, 13.05.1998, Aktaran; Yıldızhan Yayla, İdare Hukuku (Beta 2010) 271-272.

II. TÜRK KAMU PERSONEL HUKUKUNDA ÇALIŞMA SÜRELERİ

Bir kamu personeli olarak devlet memurlarının içinde bulundukları statüden doğan birtakım hak ve yükümlülükleri bulunmaktadır. İçinde bulunduğu statüden doğan aylık hakkı, izin hakkı gibi haklardan yararlanan memurların, Anayasal ve yasal olarak öngörülmüş olan yükümlülüklerle de uygun hareket etmesi beklenmektedir. Bu bağlamda Türk hukukunda devlet memurları bakımından bazı yükümlülükler getirilmiştir.

Anayasa'nın 128. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca; *"Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir."* Buna göre kamu personel hukuku bakımından aslolan kanunilik ilkesidir ve kamu personelinin hak ve yükümlülüklerinin kanunla düzenlenmesi anayasal bir zorunluluktur. Bu nedenle kamu personeline ilişkin yapılacak değerlendirmelerin bu eksenle ele alınması gerekmektedir.

Kamu personelinin kuşkusuz en önemli ve asli yükümlülüğü, Anayasa ve kanunlara sadakat yükümlülüğüdür. Zira bu yükümlülüğe riayet edilmemesi halinde, aslında diğer pek çok yükümlülük de yerine getirilmemiş sayılacaktır. Hem Anayasal hem de yasal dayanağı bulunan Anayasa ve kanunlara sadakat yükümlülüğü², Anayasa ve kanunları sadakatle uygulamayı zorunlu kılmaktadır³. Kamu personelinin çalışma süreleri ve koşulları da hukukumuzda 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu ile sıkı şartlara ve koşullara bağlandığından, kamu personelinin kanunla belirlenen çalışma süre ve şartlarına sadakatle uyması bir zorunluluk arz etmektedir.

2 TC Anayasası, Kanun Numarası: 2709, Kabul Tarihi: 18.10.1982, RG 09.11.1982/17863 (Mükerrer), 129(1): *"Memurlar ve diğer kamu görevlileri Anayasa ve kanunlara sadık kalarak faaliyette bulunmakla yükümlüdürler."*; Devlet Memurları Kanunu, Kanun Numarası: 657, Kabul Tarihi: 14.07.1965, RG 23.07.1965/12056, 6(1): *"Devlet memurları, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasına ve kanunlarına sadakatle bağlı kalmak ve milletin hizmetinde Türkiye Cumhuriyeti kanunlarını sadakatle uygulamak zorundadırlar."*

3 Çınar Can Evren ve İsmail Uçar, Kamu Görevlileri Hukuku (Seçkin 2019) 98.

Kamu personel hukukumuzda kamu personeli bakımından getirilen bir diğer önemli yükümlülük ise, bizzat işbaşında olma yükümlülüğüdür. Buna göre kamu görevlilerinin hizmeti kişisel olarak ve kesintisiz bir biçimde yürütmesi, günlük çalışma saatlerinde görevleri başında bizzat bulunmaları gerekir⁴ ve kanunun açıkça izin verdiği durumlar dışında görevini bırakıp başkasına devretmesi mümkün değildir⁵. Bu zorunluluk aslında kamu hizmetlerinin sürekliliği ve düzenliliği ilkelerinin doğal bir sonucu olarak değerlendirilmelidir⁶.

Çalışma saatleri süresince bizzat işbaşında bulunma yükümlülüğü bulunan kamu personelinin çalışma saatleri ise hukukumuzda 657 sayılı DMK kapsamında düzenlenmiştir. Kanun, çalışma gün ve süreleri bakımından belirlilik esasını benimsemiş gözükmektedir⁷. Zira Kanun'un "Çalışma Saatleri, İzinler" başlıklı 5. Bölümü'nde, çalışma süreleri ve bu sürelerin ne şekilde belirleneceği detaylı olarak düzenlenmiştir.

Kanun'un "Çalışma Saatleri" başlıklı 99. maddesi uyarınca;

"Memurların haftalık çalışma süresi genel olarak 40 saattir.

Bu süre Cumartesi ve Pazar günleri tatil olmak üzere düzenlenir.

-
- 4 Tayfun Akgüner, Kamu Personel Yönetimi (7th edn, Der Yayıncılık 2016) 139.
- 5 M Gözde Atasayan, Kamu Hizmetlerinin Süreklilik ve Düzenlilik İlkesi, (On İki Levha 2012) 162. Gözler de memurun, kanunun öngördüğü haller ve mücbir sebepler dışında kamu hizmetini şahsen ve kesintisiz olarak yürütme ödevi olduğunu vurgulamaktadır. Kemal Gözler, İdare Hukuku C II (Ekin 2009) 729.
- 6 Evren ve Uçar, Kamu Görevlileri Hukuku, 113; Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer and Cemil Kaya, Türk İdare Hukuku (2nd edn, Savaş 2019), 692; Atasayan, (n 5) 163. Ayrıca "*kamu hizmetinin süreklilik özelliği, kamu hizmetini yürüten personele de yansımaktadır.*" Bu kapsamda Türk hukukunda kamu personelinin grev yapamaması, iş bırakamamasına ilişkin yasal düzenlemeler dikkat çekmektedir. Yayla, İdare Hukuku, 74. Kamu hizmetlerinin sürekliliği ile kamu görevlisi arasında bulunan sıkı ilişkiye dair detaylı bilgi için bakınız Onur Karahanoğulları, Kamu Hizmeti- Kavramsal ve Hukuksal Rejim (3rd edn, Turhan 2015), 195-200.
- 7 Türkiye'nin istihdam bakımından G-20 ülkeleri arasında en katı mevzuata sahip ülke olduğu ifade edilmektedir. Hamza Ateş and Mustafa Çöpöğlu, "Kamu Yönetimi ve Çalışma Hayatında Esneklik" (2015) X (1) Bilgi Ekonomisi ve Yönetimi Dergisi 97, 107, <<http://www.beykon.org/dergi/2015/SPRING/2015X.I.8.H.Ates.pdf>> erişim tarihi 20 Mayıs 2020.

Ancak bu kanuna, özel kanunlara, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine veya bunlara dayanılarak çıkarılacak yönetmeliklerle, kurumların ve hizmetlerin özellikleri dikkate alınmak suretiyle farklı çalışma süreleri tespit olunabilir.

Cumhurbaşkanı, yurt dışı kuruluşlarda hizmetin gerektirdiği hallerde, hafta tatilini Cumartesi ve Pazardan başka günler olarak tespit edebilir.”

657 sayılı Kanun’un 100. maddesi ise “Günlük Çalışma Saatlerinin Tesbiti”ni düzenlemektedir. Buna göre;

“Günlük çalışmanın başlama ve bitme saatleri ile öğle dinlenme süresi, bölgelerin ve hizmetin özelliklerine göre merkezde Cumhurbaşkanınca, illerde valiler tarafından tesbit olunur.

Ancak engelliler için; engel durumu, hizmet gerekleri, iklim ve ulaşım şartları göz önünde bulundurulmak suretiyle günlük çalışmanın başlama ve bitiş saatleri ile öğle dinlenme süreleri merkezde üst yönetici, taşrada mülki amirlerce farklı belirlenebilir.

Memurların yürüttükleri hizmetin özelliklerine göre, bu madde uyarınca tespit edilen çalışma saat ve süreleri ile görev yerlerine bağlı olmaksızın çalışabilmeleri mümkündür. Bu hususa ilişkin usûl ve esaslar, Cumhurbaşkanınca belirlenir.”

Niteliği gereği ara vermeksizin sürdürülmesi gereken sağlık, su, elektrik, ulaşım gibi kamu hizmetleri bakımından çalışma sürelerinin tespitinde ise 657 sayılı Kanun özel bir düzenleme getirmiştir. “Günün 24 saatinde devamlılık gösteren hizmetlerde çalışma saat ve usulünün tesbiti” başlıklı 101. madde uyarınca;

“Günün yirmidört saatinde devamlılık gösteren hizmetlerde çalışan Devlet memurlarının çalışma saat ve şekilleri kurumlarınca düzenlenir. Ancak, kadın memurlara; tabip raporunda belirtilmesi hâlinde hamileliğin

yirmidördüncü haftasından önce ve herhâlde hamileliğin yirmidördüncü haftasından itibaren ve doğumdan sonraki iki yıl süreyle gece nöbeti ve gece vardiyası görevi verilemez. Engelli memurlara da isteği dışında gece nöbeti ve gece vardiyası görevi verilemez.”

Kamu personelinin kanunlara sadakat yükümlülüğü uyarınca, 657 sayılı Kanun ile belirlenen çalışma sürelerine riayet etmesi bir zorunluluktur. 657 sayılı Kanun bu zorunluluğu pekiştirecek nitelikte, memurların çalışma sürelerine uymaması halinde bazı disiplin cezaları ile cezalandırılmasını öngörmüştür. Örneğin; 657 sayılı Kanun’un 125. maddesi kapsamında, özürsüz veya izinsiz olarak göreve geç gelmek, erken ayrılmak, görev mahallini terketmek, uyarma cezasını⁸; özürsüz olarak bir veya iki gün göreve gelmemek aylıktan kesme cezasını⁹; özürsüz ve kesintisiz 3 - 9 gün göreve gelmemek, kademe ilerlemesinin durdurulması cezasını¹⁰; özürsüz olarak bir yılda toplam 20 gün göreve gelmemek, ise devlet memurluğundan çıkarma cezasını¹¹ gerektiren disiplin suçları olarak öngörülmüştür. Bu bağlamda, mevzuatla öngörülen çalışma sürelerine riayet edilmemesi, memurun disiplin hukuku bakımından sorumluluğunu doğurmaktadır. Bunun da altında yatan neden, kamu hizmetlerinin sürekli ve düzenli bir şekilde yürütülebilmesi için hizmeti yürüten kamu personelinin denetlenmesi ihtiyacıdır¹².

III. ESNEK ÇALIŞMA KAVRAMI

Teknoloji ve bilişim alanında dünya çapında yaşanan hızlı ilerleme; üretim, eğitim, eğlence gibi pek çok alanda klasik algıları değiştirerek, toplumların günlük yaşam biçimlerinde gözle görülür farklar yaratmaktadır. Bu değişim ve ilerleme pek tabii olarak çalışma hayatında da etkisini

8 Devlet Memurları Kanunu, 125/A-(b).

9 Devlet Memurları Kanunu, 125/C-(b).

10 Devlet Memurları Kanunu, 125/D-(b).

11 Devlet Memurları Kanunu, 125/E-(d).

12 Danıştay da bir kararında, “Kamu hizmetlerinin sürekli ve düzenli yürütülmesi asıldır. Bu nedenle kamu görevlilerinin denetlenmesi ve çalışma düzeninin sürekliliğini bozan davranışların önlenmesi hizmet gereğidir.” diyerek, bu hususu vurgulamaktadır. Danıştay 8 D, 1998/920, 1998/1846, 22.5.1998 (Kazancı).

göstermiştir. Hem özel sektörde hem de kamuda, personelden beklenen performans ölçütlerinden biri haline gelen teknolojik hakimiyet, çalışma koşullarında ve sürelerinde esneklik uygulamasını özellikle özel sektör bakımından olağanlaştırmıştır. Öyle ki esnek çalışma kavramı Türk hukukunda özel hukuka tabi çalışma ilişkileri bakımından açıkça yasal zemine de sahiptir¹³.

Peki esnek çalışma dediğimizde ne anlamak gerekir? En yalın ifade ile esnek çalışma, “*geleneksel çalışma düzeninden ayrılmayı*”¹⁴ ifade etmekte ve klasik üretim ve istihdam biçiminin esnetilmiş bir uygulaması olarak karşımıza çıkmaktadır. Esneklik uygulamaları, bir çalışanın klasik anlamda her iş günü bir işyerinde çalışmaya başlaması ve işten çıkması yerine; çalışma şartlarını ihtiyaçlara göre değişik şekilde düzenleyebilmek¹⁵ anlamına gelmektedir. Esnek çalışma düzeninde, çalışma koşulları, mekânlar ve süreler konusunda klasik sistemden ayrılınmakta ve yürütülen hizmetin özelliklerine göre farklı uygulamalar benimsenebilmektedir.

“*Daha verimli, etkin, aktif ve esnek bir idari yapı elde etme*”¹⁶’nin amaçlandığı esnek çalışmayı kamu hukuku bağlamında iki farklı düzlemde yorumlamak mümkündür. Bunlardan ilki geniş anlamda esnek çalışma olarak adlandırabileceğimiz, kamu personel rejiminde esnekliktir. Kamu personel rejiminde esneklik, yalnızca çalışma süre ve koşulları bakımından değil; aynı zamanda personelin bağlı olduğu statü, maaş gibi idareyle arasındakı bulunan hukuki bağa da etki eden bir esnekliktir. Bu esneklik türünde,

13 4852 sayılı İş Kanunu’nun 14. maddesi; “Çağrı üzerine çalışma ve uzaktan çalışma” başlığını taşımaktadır. Maddenin ilk fıkrasına göre; “*Yazılı sözleşme ile işçinin yapmayı üstlendiği işle ilgili olarak kendisine ihtiyaç duyulması halinde iş görme ediminin yerine getirileceğinin kararlaştırıldığı iş ilişkisi, çağrı üzerine çalışmaya dayalı kısmi süreli bir iş sözleşmesidir.*” Aynı maddenin 4. fıkrasında ise uzaktan çalışma tanımlanmıştır. Buna göre; “*Uzaktan çalışma; işçinin, işveren tarafından oluşturulan iş organizasyonu kapsamında iş görme edimini evinde ya da teknolojik iletişim araçları ile işyeri dışında yerine getirmesi esasına dayalı ve yazılı olarak kurulan iş ilişkisidir.*”

14 Mustafa Avcı and Seçkin Yavuzdoğan, “Avrupa Birliği’ne Üye Ülkelerde Esnek Personel Rejimi ve Türkiye Uygulamalarının Kısmi Bir Analizi” (7) 28 TAAD 29, 31; Ateş and Çöpoğlu (n 7) 101.

15 Avcı and Yavuzdoğan (n 14) 31.

16 ibid 32.

personel ile idare arasındaki statüer ilişki yerini genellikle sözleşme ilişkisine bırakmakta, performansa dayalı ücretlendirme esasını benimsenmektedir. Bu anlamda kamu personel rejiminde esneklik devlet tarafından yürütülen kamu hizmetlerinin statü hukukuna tabi olmayan personele yaptırılarak, hem kadrolarda hem de ücretlerde esnek uygulamaları da kapsamaktadır¹⁷. Türk kamu personel hukukuna ilişkin Anayasa'nın 128/2 hükmü gereği, kamu personel rejimimiz bakımından geniş anlamda esnek çalışmanın mümkün olamayacağını, böyle bir esneklik tercihi söz konusu olacaksa da anayasal bir değişikliğin gerektiğini ifade etmek gerekir¹⁸.

Dar anlamda esnek çalışma ise, kamu personel rejiminde bir esneklik olarak anlaşılmamalıdır. Çalışmamızın da konusunu oluşturan bu esneklik modelinde, personel ile idare arasında statüer ilişki varlığını korumakta, personel ile idare arasındaki hukuki bağın niteliğinde bir değişiklik yaşanmamaktadır. Buna karşın bu modelde, esnek zamanlı çalışma, değişken zamanlı çalışma, uzaktan çalışma, evden çalışma, kısmi zamanlı çalışma gibi, klasik çalışma süreleri ve işyerinden bağımsız, gönüllülük esasına dayanan, personelin de çalışma sürelerini belirlerken söz sahibi olabileceği, personelin ihtiyaçlarına daha duyarlı çalışma modelleri gündeme gelmektedir. Bu anlamda dar anlamda esnekliğin, kamu personel rejiminde esneklik olarak anlaşılmaması icap eder. Bu çalışma kapsamında esnek çalışma ile kastımız, yalnızca çalışma süre ve mekânları kapsamında esnek uygulamaların kabul edilmesi ile sınırlı anlaşılmalıdır.

Esnek çalışma, çalışma süreleri ve mekânlarında klasik sistemden ayrılığı ifade etse de; 657 sayılı Kanun tarafından sıkı şekilde belirlenen çalışma sürelerinin, memurların yürüttükleri kamu hizmetinin özelliğine göre farklı olarak tespit edilebildiği her durumun esnek çalışma teşkil etmediğinin altı çizilmelidir. Zira bazen hizmetin sürekliliğine göre, mesai sürelerinin kanuni sürelerden daha fazla olacak şekilde belirlenmesi de mümkündür¹⁹. Ay-

17 ibid 51-52.

18 Benzer yönde ibid 51.

19 Bu farklılık bazen daha az süre ile çalıştırmak olabileceği gibi, Kanun'da belirtilen süreden daha uzun süreler de çalışma süresi olarak belirlenebilir. Örneğin 657 sayılı Kanun'un 178. maddesi uyarınca; "A) 99 ve 100 üncü maddeler hükümleri uyarınca tespit olunan günlük çalışma saatleri dışında; a) Salgın hastalık ve tabii afetler gibi

rica röntgen teknisyeni gibi riskli meslek gruplarında çalışan personel için daha az çalışma sürelerinin belirlenmesi hali de esnek çalışma olarak değerlendirilmemelidir²⁰. Zira bu gibi riskli meslek grupları için belirlenen sınırlı mesai saatleri, hizmetin niteliği ve tehlikeliliği gereği öngörülmüş olup, esnek çalışmanın mantığı ile örtüşmemektedir.

Kamu personeli bakımından esnek çalışmanın mümkün olup olmadığı, esasında yürütülen kamu hizmetinin niteliğine göre şekillenecektir. Örneğin sağlık gibi yirmi dört saat kesintisiz ve doğrudan hizmet binasında görülmesi gereken hizmetlerde, çalışma süreleri bakımından esnek çalışma imkânı neredeyse bulunmamaktadır. Özellikle kanunla kesintisiz olarak yürütüleceği belirtilen hizmetlerde durum böyledir²¹. Danıştay da, Aile He-

olağanüstü hallerin olması (Bu hallerin devamı süresince), b) Fabrika, atelye, şantiye, işletme gibi yerlerde İş Kanununa tabi olarak işçi çalıştıran kurumlarca hizmetin gereği olarak işçi ile birlikte çalışma saatleri ve günü dışında çalışmanın zorunlu bulunması, hallerine münhasır olmak üzere, yapılan fazla çalışmalar ücretle karşılır. Yukarıda sayılan hallerde yaptırılacak fazla çalışmanın süresi ve saat başına ödenecek ücret Cumhurbaşkanlığı kararı ile belirlenir. B) Kurumlar gerektiği takdirde personeli günlük çalışma saatleri dışında fazla çalışma ücreti vermeksizin çalıştırabilirler. Bu durumda personele yaptırılacak fazla çalışmanın her sekiz saati için bir gün hesabı ile izin verilir. Ancak, bu suretle verilecek iznin en çok on günlük kısmı yıllık izinle birleştirilerek yılı içinde kullanılabilir. Fazla çalışmanın uygulama esas ve usulleri Devlet Personel Başkanlığı ile Maliye Bakanlığınca müştereken belirlenir...”

- 20 Örneğin Danıştay; “2368, 657 sayılı Kanunların ve 3153 sayılı Kanun uyarınca çıkarılan Tüzüğün ilgili hükümleri göz önünde bulundurulduğunda; hekim sağlığının korunması amacıyla part-time veya full-time çalışma koşulları göz önünde bulundurulmaksızın diğer hekim ve sağlık çalışanlarından farklı olarak röntgen ve radyumla çalışan personelin, doğrudan günde 5 saat çalıştırılmalarının mevzuatın gereği olduğu, röntgen ve radyumla çalışan personelin full-time veya part-time statüde çalıştırılmalarına bakılmaksızın günlük çalışma sürelerinin 5 saat olduğu, dolayısıyla radyoloji uzmanlarının günlük 5 saat çalışma sürelerinin diğer çalışanların full-time çalışma süresine eşit olduğunun kabulü gerekmektedir.

Bu durumda, davacının günde beş saat çalışmasının, anılan Yasa ve tüzük hükümleri gereği tam gün çalışma niteliğinde olması nedeniyle, Sağlık Hizmetleri Bölümünün 6/a maddesinde hastanelerde full-time görev yapan uzman tabiplere yapılan ek ödeme oranı olan %180 oranından yararlandırılması gerekirken, part-time görev yapanlara uygulanan %90 ek ödeme oranından yararlandırılmasında hukuka uyarlık bulunmamıştır.” Demek suretiyle, günlük beş saatlik çalışmanın, tam gün çalışma niteliğinde olduğunu ifade etmiştir. Danıştay 11D, 2002/398, 2005/470, 08.02.2005 (Kazancı).

- 21 Örneğin zabıta ve itfaiye hizmetleri bakımından durum böyledir. Belediye Kanunu, 51/son: “Zabıta hizmetleri kesintisiz olarak yürütülür. Zabıta personelinin çalışma süresi ve saatleri 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nda belirtilen çalışma süre ve saatlerine bağlı olmaksızın, hizmetin aksatılmadan yürütülmesini sağlayacak şekilde düzenlenir. Be-

kimliği Uygulama Yönetmeliği'nde yer alan aile hekimlerinin esnek çalışma saatlerine yönelik düzenlemenin iptali talebine ilişkin olarak; “*Esnek mesai saati uygulamasında, aile hekiminin eksik ya da daha fazla saat çalışması söz konusu değildir. Anılan kişiler haftalık belirlenen süre kadar genellikle 40 saat görev yapmakla birlikte mesai saatlerini belli bir süreyle sınırlı olmak üzere belirlemektedirler...Öte yandan... bu hükümle aile sağlığı merkezinin daha uzun süreler açık kalmasının sağlanmasının amaçlandığı anlaşıldığından kamu yararı ve hizmet gerekleri ile hukuka uygun düzenlemenin...*” iptal talebini reddetmiştir²². Bu bağlamda aslında sağlık hizmeti gibi hizmetlerde esnek çalışma olarak adlandırılan uygulamalar da Danıştay tarafından daha az veya daha fazla çalışma olarak kabul edilmemektedir.

Oysa teknolojik gelişmeler sayesinde eğitim, kütüphane gibi kesintisiz yürütülmesine gerek olmayan ve olağan olarak yürütüldüğü hizmet binaları dışında da yürütülme imkânı olan kamu hizmetleri bakımından, personelin esnek çalışma imkânlarından faydalanması günümüzde mümkün hale gelmiştir. Mutlaka Kanun'da belirtilen 40 saati doldurmadan, gelişen teknolojinin de desteğiyle kamu hizmetlerinin daha kısa sürede ve daha çok insana ulaşması artık mümkündür. Kaldı ki bu durum kamu hizmetlerinde süreklilik ilkesini de zedelememektedir. Zira kamu hizmetlerinde süreklilikten kastedilen o hizmetin 7/24 yürütülmesi değil, o hizmete ihtiyaç duyulan zamanlarda ihtiyacın tam olarak karşılanabilmesidir. Bu nedenle kamu

lediye zabıta ve özel güvenlik hizmetlerinde fiilen çalışanlara, fazla mesai ücreti olarak yılı bütçe kanununda belirlenen üst sınırı aşmamak kaydıyla belediye meclisi kararı ile tespit edilen maktu tutar ödenir.”; Belediye Kanunu, 52/son: “İtfaiye hizmetleri kesintisiz olarak yürütülür. İtfaiye personelinin çalışma süresi ve saatleri 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nda belirtilen çalışma süre ve saatlerine bağlı olmaksızın, hizmetin aksatılmadan yürütülmesini sağlayacak şekilde düzenlenir. Belediye itfaiye teşkilâtında fiilen çalışanlara fazla mesai ücreti olarak yılı bütçe kanununda belirlenen üst sınırı aşmamak kaydıyla belediye meclisi kararı ile tespit edilen maktu tutar ödenir.”

22. İptali istenen hüküm, “Aile Sağlığı Merkezi Gideri Olarak Yapılacak Katkıların Tespitinde Kullanılmak Üzere Aile Hekimliği Birimi Gruplandırması”nı düzenleyen EK 1’in “13 numaralı” bölümünde yer alan “Birden fazla aile hekiminin görev yaptığı aile sağlığı merkezlerinde gruplandırılan her aile hekimliği birimi tarafından haftada asgari 3 saat esnek mesai uygulaması yapılmaktadır. (gruplandırılmış 5 birime kadar aile hekimliği biriminin bulunduğu aile sağlığı merkezlerinde esnek mesai saatleri farklı zamanlarda planlanır ancak gruplandırılmış birim sayısının 5 ve üzerinde olması halinde ise aile sağlığı merkezi haftalık en az 55 saat açık kalacak şekilde planlama yapılır)” ibaresidir. Danıştay 2 D, 2016/8684, 2019/6432, 20.11.2019 (Yayımlanmamış).

hizmetini yürüten kamu personelinin de haftalık çalışma sürelerini doldurma şartı aranmaksızın, hizmetin sürdürülebilirliğini zedelemeyeceği oranda, esnek çalışma imkânlarından yararlanması gerekebilir. Şüphesiz bu gibi hizmetlerde etkinlik ve verimliliğin sağlanması ayrı bir tartışma ve çalışma konusunu oluşturmaktadır.

IV. TÜRK KAMU PERSONEL HUKUKUNDA ESNEK ÇALIŞMANIN YASAL ZEMİNİ

Başlarda özel sektör bakımından uygulanmakla birlikte, kamu personel rejiminde de tartışılmaya başlanan ve hatta bazı ülkelerde artık kabul gören esnek çalışma anlayışının Türk kamu personel rejimi bakımından uygulanabilirliği üzerinde durmak gerekir.

Bir önceki başlıkta incelendiği üzere, kamu personel rejimimizde kanunilik ilkesine uygun olarak çalışma süre ve koşulları yasal olarak açıkça düzenlenmiş ve sınırları belirlenmiştir. Ancak 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu, çalışma süre ve koşullarını düzenleyen maddelerinde esnek çalışma için açık bir kapı da bırakmıştır.

657 sayılı Kanun'un 99. maddesinde haftalık çalışma süresi 40 saat olarak belirtilmiş olmakla birlikte, Kanun gündelik çalışma süresini saptamak yerine haftalık çalışma saatini belirlemeyi tercih etmiş²³ ve çalışma saatlerinin idare tarafından belirlenmesini öngörmüştür²⁴. Buna göre hafta sonu dışında kamu personelinin haftalık 40 saat çalışması, her kurum ve hizmetin niteliğine göre farklı günlük çalışma saatlerinin belirlenebilmesi mümkündür²⁵. Burada aslında 40 saatlik sürenin doldurulmasını Kanun aramakla birlikte, bu 40 saatin cumartesi ve pazar günleri dışındaki günlerde farklı şekilde bölüştürülmesine, başka bir ifadeyle günlük çalışma sürelerinin belirlenmesinde esnekliğe imkân tanımıştır.

23 A Şeref Gözübüyük and Turgut Tan, *İdare Hukuku C I-Genel Esaslar* (10th edn, Turhan 2014), 859; Oğuz Sancakdar, *İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı*, (4. Baskı Seçkin 2014), 459.

24 Akgüner (n 4) 139.

25 ibid 140.

Danıştay da bir kararında; “... yasa koyucu, Devlet memurlarının haftalık çalışma sürelerini tüm kamu personeli yönünden mutlak ve ortak bir esasa bağlamamış, kurumların ve hizmetlerin özelliklerine göre genel esastan ayrılmasına ve farklı çalışma süreleri saptanmasına izin vermiştir.”²⁶ diyerek bazı kamu hizmetleri bakımından esnek çalışmanın önünün açık olduğuna işaret etmiştir.

Esnek çalışmanın esas dayanağı ise 657 sayılı Kanun’un “Günlük çalışma saatlerinin tesbiti” başlıklı 100. maddesinin üçüncü fıkrasıdır. Bu hüküm uyarınca; “Memurların yürüttükleri hizmetin özelliklerine göre, bu madde uyarınca tespit edilen çalışma saat ve süreleri ile görev yerlerine bağlı olmaksızın çalışabilmeleri mümkündür. Bu hususa ilişkin usûl ve esaslar, Cumhurbaşkanınca belirlenir.”

Bu düzenleme, dar anlamda esnek çalışmaya, başka bir ifadeyle hem çalışma saatlerinde hem de görev yerinde esnekliğe yasal zemin teşkil etmektedir. Düzenleme ile memurların çalışma saatlerine ve görev yerlerine bağlı olmaksızın çalışabilecekleri kabul edilmiştir. Başka bir deyişle esnek çalışmanın bir türü olarak uzaktan çalışma modelinin de önü yasal olarak açılmış bulunmaktadır. Bu durum, memurun bizzat iş başında bulunma yükümlülüğünün de bir istisnasını oluşturmaktadır.

Görülüyor ki 657 sayılı Kanun, hem çalışma süreleri hem de görev yeri bakımından esnekliğe açık kapı bırakmaktadır. Hem çalışma sürelerinde hem de çalışma yerlerinde esneklik konusuna ilişkin usul ve esaslar ise, Kanun’a göre Cumhurbaşkanlığı tarafından belirlenecektir.

Ayrıca basında; “Devlet Memurlarının Esnek Çalışma Esasları Hakkında Yönetmelik Taslağı” hazırlandığı yönünde haberler bulunmaktadır²⁷.

26 Danıştay 5 D, 1987/2818, 1987/2113, 30.12.1987, Aktaran; Akyılmaz, Sezginer and Kaya (n 6) 692.

27 Haber kaynağı için; <<https://www.memurlar.net/haber/891616/kamu-calisanlarina-uzaktan-calisma-yonetmeligi-hala-cikmadi.html>> erişim 28.05. 2020; <<https://www.sabah.com.tr/memurlar/haberler/2020/03/19/coronavirus-nedeniyle-milyonlari-ilgilendiren-esnek-calisma-taslagi-ilk-kez-sabah-memurlarda>> erişim 28.05.2020.

Bu taslakta esnek çalışma şekilleri ve bu çalışma şekillerine ilişkin usul ve esasların detaylarının yer aldığı, memurlar bakımından çekirdek zaman ve esnek zaman olmak üzere iki tür çalışma süresi öngörüldüğü, memurun çekirdek zaman süresi içerisinde çalışma ortamında bulunması zorunlu iken, esnek zaman dilimi içerisinde böyle bir zorunluluğunun bulunmadığı, esnek çalışma sürelerinin çekirdek zamanı aşmamak kaydıyla kurumlar tarafından belirlenebileceği, günlük çalışma başlangıç ve bitiş saatlerinin belirlenmesinde memurlara serbestlik tanınabileceği gibi pek çok detaya yer verilmiştir. Taslağa göre esnek çalışma şekilleri ise; esnek zamanlı çalışma, değişken zamanlı çalışma, yoğunlaştırılmış çalışma, uzaktan çalışma, kısmi zamanlı çalışma ve akademik eğitim amaçlı çalışma olarak belirlenmiştir. Henüz Resmi Gazete’de yayımlanmış bir yönetmelik olmadığı için konu ile ilgili detaylı bir açıklama yapmak henüz mümkün gözükmemektedir.

V. COVID-19 PANDEMİSİ KAPSAMINDA ALINAN TEDBİRLERDEN BİRİ OLARAK ESNEK ÇALIŞMA

Dünyayı etkisi altına alan Covid-19 pandemisi nedeni ile devletler daha önce karşılaşmadıkları pek çok sıkıntıyla yüzleşmek durumunda kalmıştır. Salgını en az hasarla atlattırmaya çalışmak adına pek çok alanda farklı tedbir alınmış ve kamu personelinin çalışma esaslarında da acil bir düzenleme yapılması ihtiyacı ortaya çıkmıştır. Bir yandan kamu hizmetlerinin kesintisiz ve sürekli bir şekilde devam etmesi gerekmişse de hizmetlerin yeni ve olağanüstü koşullara uyarlanması gerekmiştir.

Kamu hizmetlerine hâkim olan uyarlama ilkesi kapsamında, hizmetlerin yürütülmesinin ve bunun doğal bir sonucu olarak da çalışma koşullarının olağanüstü şartlara uyarlanması gerekir. Uyarlama ilkesine göre gelişen teknoloji, nüfus artışı gibi değişen faktörlere bağlı olarak, hizmetin daha iyi bir şekilde sunulabilmesi için idarenin gelişen verilere uygun olarak hizmeti güncellemesi, idare bakımından bir zorunluluk teşkil eder. Kanaatimizce uyarlama ilkesini daha geniş yorumlayarak, hizmetlerin ihtiyaca ve o günün yalnızca olağan koşullarına göre değil, olağanüstü koşullarına göre de gözden geçirilmesini kapsayacak şekilde yorumlamak gerekir. Bu bağlamda

uyarlama ilkesinin bir sonucu olarak salgın hastalık gibi olağanüstü durumlarda hizmetlerin ve buna bağlı olarak da hizmetin sunulmasında insan unsuru olan kamu personelinin durumunun güncellenmesi şarttır. Covid-19 pandemisi kapsamında Türkiye’de kamu personelinin esnek çalışma düzeyine geçirilmesine ilişkin alınan tedbirlerin çoğu da özünde uyarlama ilkesi ile ilişkilidir.

Pandemi tedbirleri kapsamında yapılan düzenlemelerin en dikkat çekenlerinden biri, kamuda esnek çalışma saatleri ve koşullarının kabul edilmesidir. Konunun aciliyeti ve önemi nedeni ile ülkemizde kamu personelinin çalışma yöntemlerinde ve saatlerinde esnekliğe gidilmesi gündeme gelmiş ve 22 Mart 2020 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanan 2020/4 sayılı “Koronavirüsle Mücadele Kapsamında Kamu Çalışanlarına Yönelik İlave Tedbirler” konulu Cumhurbaşkanlığı Genelgesi ile kamu kurumlarında esnek çalışmaya ilişkin düzenlemeler getirilmiştir. Buna göre;

“COVID-19 salgınının ülkemizde yayılımının en aza indirilmesi amacıyla, bu salgınla mücadeleyi ve salgının etkilerinin azaltılmasına yönelik faaliyetleri zafiyete uğratmayacak ve kamu hizmetlerini aksatmayacak şekilde, ihtiyacı karşılayacak kadar asgari sayıda personelin bulundurulması şartıyla;

Çalıştırılma biçimine bakılmaksızın kamu kurum ve kuruluşlarında çalışanlara uzaktan çalışma, dönüşümlü çalışma gibi esnek çalışma yöntemleri uygulanabilir...”

Genelgeye göre, kamu kurum ve kuruluşlarında çalışanların uzaktan veya dönüşümlü çalışma gibi esnek çalışma yöntemlerinden yararlanabilmeleri için, söz konusu esnekliğin salgınla mücadele faaliyetlerini zafiyete uğratmaması, kamu hizmetlerinde aksamaya neden olmaması ve kamu kurumlarında ihtiyacı karşılamaya yetecek asgari personelin bulundurulması şartlarını karşılaması gerekmektedir. Genelge, esnek çalışma modelleri konusunda bir sınırlamaya gitmemiş, bu konudaki usul ve esasların belirlenmesi konusunda idareye takdir yetkisi bırakmıştır. Buna göre esnek çalışmaya ilişkin usul ve esaslar “Cumhurbaşkanlığı, bağlı, ilgili ve ilişkili kurum ve

kuruluşları için üst yönetici; bakanlıklar, bağlı, ilgili ve ilişkili kurum ve kuruluşları için bakan; taşra teşkilatları (bakanlıklarca belirlenmemiş ise) ile mahalli idareler, bağlı kuruluşları ile mahalli idare birlikleri için ilgisine göre vali veya belediye başkanı; diğer kamu kurum ve kuruluşları için üst yönetici tarafından belirlenir. Bu belirleme yetkisi devredilebilir.”

Genelge dönüşümlü çalışma boyunca göreve fiilen gelmeyenlerin, bu süre zarfında *idari izinli* sayılacağını, Genelge kapsamında esnek çalışma yöntemlerinden faydalanan çalışanlar ile idari izinli sayılanların ise bu sürede istihdamlarına esas görevlerini fiilen yerine getirmiş sayılacağını düzenlemiştir. Bu kapsamda esnek çalışma yöntemleri ile görevlerini yürüten, yani uzaktan veya dönüşümlü çalışanlar ile idari izinli sayılanların mali ve sosyal hak ve yardımları ile diğer özlük haklarından mahrum kalması engellenmiş, bu husus da açıkça Genelge’de yer almıştır.

Genelgeye göre; *“Uzaktan veya dönüşümlü çalışanlar ile görev yerinde çalışanlar hizmetin yürütülmesi sorumluluğu açısından eşittir.”* Buna göre; esnek çalışma koşullarında çalışan personel ile görev yerinde fiilen personel arasında, sorumluluk bakımından bir ayrım yapılmamıştır. Zira esnek çalışmanın amacı, yürütülen kamu hizmetinin değiştirilmesi veya hafifletilmesi değil, *“salgının yayılımının en aza indirilmesi”*dir. Kaldı ki yürütülen hizmetlerin niteliği veya personelin hak ve yükümlülükleri bakımından bir farklılık olmaması, esnek çalışma koşullarının personelde rahavet oluşturmaması bakımından önem arz etmektedir.

Genelge ile son olarak salgınla mücadele kapsamında idari izinliler, uzaktan veya dönüşümlü olarak esnek çalışan kamu personelinin amirlerinin izni dışında görev mahallerinden ayrılamayacakları ve hizmetine ihtiyaç duyulan personelin, çağrıldıkları anda görevine dönmek zorunda oldukları kabul edilerek, esnek çalışmanın kamu hizmetlerinde aksamaya neden olmasının önüne geçilmeye çalışılmıştır.

Anılan Cumhurbaşkanlığı Genelgesi’nin akabinde, devlet memurları dışındaki kamu görevlileri bakımından da pek çok tedbir uygulanmaya başlamıştır. Örneğin Hakimler ve Savcılar Kurulu, 23/03/2020 tarih

ve “COVID-19 Kapsamında İlave Tedbirler” konulu kararı ile COVID-19 Kapsamında Kamu Çalışanlarına Yönelik İlave Tedbirler ile ilgili 2020/4 sayılı Cumhurbaşkanlığı Genelgesi gereğince; *“Acil ve tutuklu işler ile yürütmenin durdurulması istemlerinin yerine getirilmesi için yeteri kadar hâkimin komisyon başkanınca, yeteri kadar Cumhuriyet savcısının ise başsavcı tarafından belirlenerek, (her birimden yeterince nöbetçi mahkeme ve Cumhuriyet savcısı uygulaması yapılmak suretiyle) geri kalan hâkim ve Cumhuriyet savcılarının UYAP imkânlarından faydalanarak evden çalışmalarının temini”* konusunda gerekenlerin yapılması yönünde karar almıştır²⁸.

Benzer şekilde Cumhurbaşkanlığı Genelgesi üzerine, üniversitelerde görev yapan personel bakımından da, mekânsal ve kişisel esnek çalışma modellerine geçilmesi esası benimsenmiştir. Buna göre her üniversite kendi bünyesinde personelin esnek mesaisine ilişkin düzenleme yapmıştır.

29 Mayıs 2020 Tarih ve 31139 (Mükerrer) sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan «COVID-19 Kapsamında Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Normalleşme ve Alınacak Tedbirler» konulu ve 2020/8 sayılı Cumhurbaşkanlığı Genelgesi ile 2020/4 sayılı Genelge yürürlükten kaldırılmıştır. Yayımlanan yeni genelge uyarınca 1 Haziran 2020 tarihi itibarıyla normalleşme yönünde bir adım atılarak, kamuda benimsenen esnek çalışma modellerine son verilmiştir²⁹. Bu kapsamda, kamu personeli bakımından

28 Bunun akabinde 30/03/2020 tarih ve 2020/51 sayılı kararı ile Hakimler ve Savcılar Kurulu; “Erteleme süresince hâkim ve Cumhuriyet savcılarının uhdelelerinde bulunan iş ve işlemleri mümkün olduğunca uzaktan çalışma, dönüşümlü çalışma gibi esnek çalışma yöntemleri kapsamında takip etmeleri, bu kapsamda dava dosyalarının incelenmesi, kararların süresi içerisinde yazılması ve diğer zorunlu adli hizmetlere ilişkin yükümlülüklerini imkan dahilinde evden yerine getirmeleri gerektiğinin bilinmesine” karar verilmiştir. Son olarak HSK, 30/04/2020 tarihli COVID-19 Kapsamında Alınan Tedbirlerin Uzatılması konulu kararında; “COVID-19 salgınının yayılmasını önlemek amacıyla alınan zorunlu tedbirler nedeniyle geçilen esnek çalışma yönteminin hiçbir şekilde bir tatil veya işlerin durdurulmasını gerektirecek bir dönem olmadığının bilinmesine ve çalışmaların bu bilinçle yürütülmesi” gerektiğini vurgulamıştır. Ayrıntılar için <<https://www.hsk.gov.tr/DuyuruArsivi.aspx>> erişim 20.05.2020.

29 Yayımlanan yeni genelge uyarınca; “Çalıştırılma biçimlerine bakılmaksızın kamu kurum ve kuruluşlarında (Sağlık Bakanlığı ve MİT’te çalışanlar hariç) çalışan yönetici kadro ve pozisyonlarında bulunanlar hariç 60 yaş ve üzerinde olanlar ile Sağlık Bakanlığı’nı belirlediği kronik hastalığı olanlar idari izinli sayılacaktır. İdari izinli sayılanlar bu süreçte görevlerini fiilen yerine getirmiş sayılacak; bunların mali ve sosyal

esnek çalışma modelleri iki ay gibi sınırlı bir süre ile uygulanma imkânı bulmuştur. Genelgenin yayımlanmasını takiben devlet memuru sayılma-
yan diğer kamu görevlileri bakımından da yeniden normalleşme yönünde
adımlar atılmıştır.

VI. KAMUDA ESNEK ÇALIŞMA UYGULAMASINA İLİŞKİN BAZI DEĞERLENDİRMELER- SONUÇ YERİNE

Covid-19 küresel salgını nedeniyle alınan ve salgının yayılımını en aza
indirmeyi hedefleyen kamuda esnek çalışma yönteminin, en azından şimdi-
lik kamu personel rejimimiz bakımından istisnai ve geçici bir uygulama ola-
rak kabul edilmesi gerekir. Zira Anayasa'nın 128/2 hükmü gereğince, Türk
kamu personel rejimi bakımından aslolan kanunilik ilkesidir ve benimse-
nen çalışma düzeni ve süreleri, 657 sayılı Kanun ile sıkı bir biçimde, ayrıntı-
lı olarak düzenlenmiştir. Her ne kadar 657 sayılı Kanun esnek çalışma mo-
delleri bakımından belli bir esneklik payı bırakmışsa da, bu pay, *“yürütülen
hizmetin özelliğine göre”* genişleyip daralabilmektedir. Dolayısıyla genel ola-
rak Türk kamu personel hukukunda çalışma süre ve koşulları bakımından
esnekliğin bir kural haline geldiğinden söz etmek mümkün değildir.

Kamu hizmetlerinin sürekliliği ve düzenliliği ilkeleri uyarınca da, es-
neklik bir kural olarak benimsenemeyecektir. Kamu hizmetinin yürütülme-
sinde görev alan kamu personelinin, görevinin başında fiilen bulunma yü-
kümlülüğü olması bunun çok açık bir yansımasıdır. Öyleyse, esnek çalışma
yöntemlerinin şimdilik Türk kamu personel rejimi bakımından istisnai uy-
gulamalar olarak değerlendirilmesi gerekir.

Burada esnek çalışmanın, kamu hizmetinin süreklilik ve düzenlilik il-
kelerini zedeleyecek şekilde yorumlanmaması gerektiğinin de altını çizmek
gerekir. Esnek çalışma modelleri aslında hizmetlerin sürekliliğine veya dü-
zenliliğine ters uygulamalar değildir; aksine hizmetlerin gereklerine uygun

hak ve yardımları ile diğer özlük hakları saklı kalacaktır. Bu personel amirinin izni
dışında görev mahallinden ayrılamayacak ve hizmetine ihtiyaç duyulanlar çağrıl-
dıkları anda göreve döneceklerdir.”

bir şekilde yürütülmesi için personelin uzaktan da olsa görevini yürütmesine imkân tanıyan uygulamalardır³⁰. Ancak Türkiye gibi, esnek çalışma uygulamaları konusunda yeterli deneyimi bulunmayan ülkeler bakımından, uzaktan veya dönüşümlü çalışma yöntemleri uzun vadede farklı sorunlara yol açabilir.

657 sayılı Kanun'da yer alan “yürütülen hizmetin özelliğine göre” ibaresinden, her kamu hizmeti bakımından esnek çalışmanın mümkün olmadığı sonucu çıkmaktadır. Sağlık, güvenlik gibi yirmi dört saat kesintisiz yürütülmesi gereken hizmetler için esnek çalışmanın söz konusu olamayacağı aşıkârsa da, 7/24 yürütülmesi gerekmeyen kamu hizmetleri bakımından esnek çalışma modelleri benimsenebilir. Zira bu hizmetlerde süreklilik ilkesi, hizmetin bir fiil kesintisiz yürütülmesi değil, o hizmete ihtiyaç duyulan zamanda ihtiyacın karşılanması biçiminde anlaşılmalıdır. Bu bağlamda esnek çalışma modelleri benimsenmesi bazen daha etkili sonuç da doğurabilir. Ancak hangi hizmetlerin esnek çalışmaya uygun olup olmadığı bakımından net bir belirleme yapmak da her zaman mümkün değildir. Başka bir ifadeyle hangi kamu kurum ve kuruluşlarında esnek çalışmanın uygulanacağı konusu belirsizdir. 2020/4 sayılı Genelge ile de bu konuda tam bir belirleme yapılmamış idi.

657 sayılı Kanun, konunun düzenlenmesinde usul ve esasları belirleme yetkisini Cumhurbaşkanına vermektedir. Bu kapsamda 2020/4 sayılı Cumhurbaşkanlığı Genelgesi de konuya ilişkin usul ve esasları belirleme yetkisini her kamu kurumu için, devredilebilmekle birlikte, üst yetkiliye bırakmıştı. Bunun nedeni yürütülen kamu hizmetlerinin niteliklerinin farklılaşması nedeniyle her kamu kurum ve kuruluşunun kendi içinde esnekliğin

30 Danıştay, kararlarında “hizmet gerekleri” ifadesini kullanırken kamu görevinin gereği gibi, yani kamu hizmeti ilkelerinden süreklilik ve düzenlilik ilkelerine de uygun olarak yerine getirilmesi anlamında kullanmaktadır. Atasayan (n 5) 149. Danıştay bir kararında, kamu hizmetinin güvenli, sağlıklı, etkin ve verimli şekilde yürütülebilmesi, kamusal görevlerin aksamaması, hizmeti gören kişilerden kaynaklanabilecek olumsuzlukların ve aksamaların önüne geçebilmek amacıyla idarenin rotasyon uygulamasına yönelik düzenleme yapabileceğini kabul etmiştir. Danıştay 5 D, 2000/6870, 2004/482, 17.02.2004, Aktaran; ibid 150. Bu bağlamda idarenin esnek çalışmaya ilişkin de düzenleme yapabileceği, bunun kamu hizmetinin gereklerini yerine getirmek amacına yönelik olabileceğini ifade etmek gerekir.

şartlarını belirleyerek sınırlarını çizmek olsa da, esnek çalışma konusunda neredeyse hiç tecrübesi olmayan kamu kurum ve kuruluşları bakımından bunun kolay olmadığı açıktır. Esnek mesai uygulamasının şeklini ve süresini tamamen idarenin takdirine bırakmak, her kamu kurum ve kuruluşu bakımından bambaşka uygulamalarla karşılaşmak anlamına gelebilecektir. Bu durum da hem bazı kamu kurum ve kuruluşlarında çalışan kamu personeli bakımından eşitlik ilkesine aykırı uygulamalara hem de belirlilik ilkesinin ihlaline yol açabilecektir.

Esnek çalışma düzeni, hem kamu hizmetlerinin yürütülmesinde hem de kamu düzeninin bir unsuru olan genel sağlığın korunması noktasında önem arz etmekle birlikte, kamu hizmetlerinin yürütülmesinde belli standardın korunması ve hizmetten beklenen faydanın tam olarak sağlanabilmesi için, esnek çalışma yöntemlerinin çok iyi belirlenmesi gerekir. Verimlilik ve etkililiği arttırdığı ifade edilen esnek çalışmanın, kamuda verimsizliğe dönüşmemesi için personelin tabi olacağı çalışma usullerinin ve sürelerinin asgari bir standart belirlenerek ortaya konmuş olması önemlidir. Kamu personelinin, kamu kurum ve kuruluşlarında çalışma koşul ve süreleri ile ilgili asgari standartların olduğunu bilmesi, kamu hizmetlerinin daha verimli yürütülmesine de hizmet edecektir.

2020/4 sayılı Genelge ile getirilen “kamuda esnek mesai” düzeni, “geçici” olarak öngörülmüştü. Akabinde 2020/8 sayılı Genelge ile iki ayı biraz geçkin bir süre zarfında bu uygulamadan vazgeçilmiş ve normalleşme yönünde adımlar atılmıştır. Her ne kadar normalleşme planları uygulanmaya başlanıyorsa da, bu geçici esneklik uygulamasına geri dönüş yaşanması ihtimali bulunmaktadır. Zira salgının etkilerinin ne kadar süreceği, geri dönülmeye çalışılan normal koşulların salgına ne gibi bir etkisi olacağı konusunda net bir çıkarım yapmak güç gözükmektedir. Hatta uzun vadede, şu an için istisnai olarak öngördüğümüz esnek çalışma düzeni, salgından sonra değişen kamu hizmeti anlayışı ve kamu personel rejimi kapsamında istisna olmaktan çıkıp, genel uygulama olarak dahi kabul görebilecektir. Bu nedenle kamuda esnek çalışma düzenine ilişkin olarak, en azından kurumlar arasında farklı uygulamaları azaltmak adına, daha kapsayıcı ve detaylı bir düzenleme yapılması yerinde olacaktır.

Pandemi nedeniyle durumun aciliyeti gereği, kamu personelinin çalışma süre ve koşullarının detayları konusunda düzenleme yetkisinin idarenin takdirine bırakılması, olağanüstü bir dönemde makul kabul edilir. Kaldı ki yasa ile de bu konuda Cumhurbaşkanıya düzenleme yapma yetkisi açıkça verilmiştir. Ancak kamu personel hukuku gibi kanunilik ilkesinin hâkim olduğu bir alanda, genelge ile düzenleme yetkisinin her kamu kurum ve kuruluşunun uhdesinde bırakılması, uzun vadede eşitlik, kanunilik, belirlilik, hakkaniyet ve hukuk devleti ilkeleri bakımından sakıncalıdır. Bu bağlamda yapılacak daha kapsayıcı ve belirleyici düzenlemenin bu ilkeler ışığında ele alınması da bir gerekliliktir.

Sonuç olarak, Covid-19 pandemisi nedeniyle ülkemizde ilk defa ihtiyaç duyduğumuz esnek çalışma modeline ilişkin olarak, mevzuatımızın alt yapı sunmasına karşın yetersiz olduğunu görmüş bulunmaktayız. Özellikle benzer kamu hizmetlerinin sunulmasında yeknesaklığın sağlanması adına bu konunun gelecek zamanlar için detaylı bir biçimde düzenlenmesi gerekir. Bu durum kamu hizmetlerinde süreklilik ve düzenlilik ilkesi ile de bağlantılıdır. Halihazırda Genelge ile takdir yetkisinin üst yöneticilere bırakılması, hazırlıksız yakalandığımız Covid-19 pandemisi sürecindeki acil ihtiyaçları gidermek için olağan kabul edilebilirse de, kamu personel hukukuna hakim olan kanunilik ilkesi bakımından kanun ile detaylı düzenleme yapılması gerekmektedir.

KAYNAKÇA

- Akgüner T, Kamu Personel Yönetimi (7th, Der Yayıncılık 2016).
- Akyılmaz B, Sezginer M and Kaya C, Türk İdare Hukuku (2nd, Savaş 2019).
- Atasayan M, Kamu Hizmetlerinin Süreklilik ve Düzenlilik İlkesi, (On İki Levha 2012).
- Ateş H and Çöpoğlu M, “Kamu Yönetimi ve Çalışma Hayatında Esneklik” (2015) X(1) Bilgi Ekonomisi ve Yönetimi Dergisi 97-113.
- Avcı M and Yavuzdoğan C, “Avrupa Birliği’ne Üye Ülkelerde Esnek Personel Rejimi ve Türkiye Uygulamalarının Kısmi Bir Analizi” (2016) (7)28 TAAD 29-56.
- Evren Ç and Uçar İ, Kamu Görevlileri Hukuku (Seçkin 2019).
- Gözler K, İdare Hukuku C II (2nd Ekin Yayınevi 2009).
- Gözübüyük A and Tan T, İdare Hukuku C I-Genel Esaslar (10th Turhan Kitabevi 2014).
- Karahanoğulları O, Kamu Hizmeti-Kavramsal ve Hukuksal Rejim (3rd Turhan Kitabevi 2015).
- Okay Tekinsoy Ö, İdare Hukukunda Kamu Düzeni Kavramı (On İki Levha Yayıncılık 2011).
- Sancakdar O, İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı (4th Seçkin 2014).
- Yayla Y, İdare Hukuku, (2nd Beta 2010).
- www.hsk.gov.tr
- www.kazancı.com
- www.mevzuat.gov.tr

KAMU HUKUKU İLKELERİNİN OLASI DÖNÜŞÜMÜ: YENİ NORMAL'DE HUKUK

Dr. Öğr. Üyesi Ural AKÜZÜM*

Av. Alinur DENGİZ, LL.M**

Özet:

Pandemiyle birlikte Yeni Normal düzenine girdiğimiz bugünlerde yalnızca sosyal hayat değil ekonomik anlayışlar ve siyasi sistemler de değişecektir. Yeni dönemin gerektirdiği yönlerde değişim gerçekleşmezse ülkelerin büyük ekonomik ve sosyal çalkantılarla karşılaşması olasıdır. Bireyin piyasaya karşı korunduğu anayasalar düzenlenirken ayrıca bireyin hakları, özgürlükleri ve mahremiyeti de koruma altına alınmalıdır. Zira bireyler devlet tarafından, pandemi sebebiyle bile olsa bugüne kadar hiç görülmeyen bir boyutta izlenmektedir. Bu durumun devamı ve devletlerin bireysel kaygıları istismar ederek sağlığı bahane etmesi ise bildiğimiz özgürlükçü ve açık dünyanın sonu anlamında gelecektir. Küreselleşme hareketi de bu süreçten etkilenmektedir, küreselleşme sona ermemiş olsa bile artık bu akım genel geçer bir kabul görmemektedir. Bunun başlıca sebebi ise küreselleşmenin devlet müdahalesine soğuk bakması, mümkün olduğunca az düzenleme ile küresel sermayenin hareket etmesini hedeflemesi ancak günümüz koşullarında bireylerin ekonomik krizden korunabilmesi için bunların aksi yönünde gelişmelere ihtiyaç duymasıdır.

Anahtar Kelimeler: Yeni normal, pandemi, kamu hukuku, anayasa, devlet, otokrasi, demokrasi, hak, özgürlük, küreselleşme.

* İstanbul Gedik Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku ABD Öğretim Üyesi, <https://orcid.org/0000-0001-5484-037X> Sempozyum tebliğ sunumu birinci yazar tarafından tek başına gerçekleştirilmiştir.

** Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Özel Hukuk Yüksek Lisans, <https://orcid.org/0000-0002-5781-369X>.

Abstract:

After the Covid-19 outbreak, we are entering a New Normal. Not only social life will change, but also economic and political systems. States will face economic and social upheavals unless they implement changes required by the New Normal. In this context, new constitutions will be established. These constitutions should protect individuals, not only against free market but also against state itself as nowadays, fundamental rights and freedoms, along with privacy of people are under a threat. In case states persist to exploit personal concerns of health and continue to survey people as closely as today, then the free World that we know today will cease to exist. Globalisation, along with others, is also affected by the New Normal. Even though globalisation has not ended, this process isn't welcomed as warmly as before. Main reason behind this is that globalisation, as an understanding, is promoting uninterrupted global trade and transactions but cool towards state interventions and regulations of economy. On contrary, people in New Normal require state interventions and a more regulated market in order to survive pandemics and economic crisis arising out of it.

Keywords: New normal, pandemic, public law, constitution, state, autocracy, democracy, rights, freedom, globalisation.

Giriş

İçinden geçmekte olduğumuz bu zaman tüneline insanlığın geleceğine ilişkin tartışmaların arttığı gözlemlenmektedir. En önemli tartışmalardan biri ise, iş hayatında yaşanacak köklü değişimlerin pandemi sonrasında ne yöne evrileceğidir. Ayrıca oluşan ekonomik olumsuzlukların giderilmesi için, yaşadığımız sağlık krizi süresince ve bu kriz bittikten sonra, devletlerin ekonomik yaşamda daha etken rol oynaması gerekmektedir. Bunun sonucunda da Yeni Normal Düzeninde her alanda daha düzenleyici hukuk anlayışlarının ve buna dayanan yeni anayasaların ortaya çıkabileceği, hukuk alanında önemli değişikliklerin yaşanabileceği öngörülmektedir.

Makalemizde inceleneceği üzere günümüzde yaşadığımız kriz bizleri iki önemli konuda, totaliter bir gözetim ya da yurttaşların güçlendirilmesi ile milliyetçi bir izolasyon ya da küresel dayanışma seçenekleri ile baş başa bırakmaktadır¹. Pandemiyle mücadelede alınan kararların yanında aslında bu iki temel soruya vereceğimiz cevap da yeni dönem anayasalarını, ekonomi anlayışlarını, yönetim biçimlerini ve devletle vatandaş arasındaki mesafeyi ve bu ilişkinin niteliğini şekillendirecektir. Tüm bunların incelenbilmesi için, makalemizde, öncelikle pandeminin gerektirdiği ekonomik düzenlemelerin niteliği ışığında yeni anayasa önerileri, içinde bulunduğumuz sağlık tehdidi karşısında temel hak ve özgürlükler ile mahremiyete karşı devlet ve özel sektör müdahaleleri ve son olarak küreselleşmenin bugün bile yaşadığı gerilemeler ve olası küreselleşme karşıtı düzenlemeler ile bunların uluslararası iş birliğine olası etkileri ele alınacaktır.

a) Yeni Anayasalar ve Ekonomik Modeller

Pandeminin temel ihtiyaç kalemleri ve sağlık sistemine verdiği zararlar karşısında devletlerin özellikle bu alanlarda daha müdahil bir politika izlediği görülmektedir. Dahası, halk sağlığını ve güvenliğini koruyamama ve dolayısıyla meşruiyetlerini kaybetme riskiyle karşı karşıya kalan devletler, yalnızca birkaç hafta içinde oldukça kritik önlemler almıştır. Kısa sürede bu boyutta önlemlerin alınabilmesi, devletlerin aslında ne kadar güçlü olduklarını ve hükümetlerin kısa sürede neler başarabileceklerini bizlere göstermektedir. Bu bakımdan devletin temel sorumluluğu olan vatandaşlarını koruma yükümlülüğünün hatırlanması için yaşadığımız krizin ortaya çıkması gerekmiştir. Yıllardır, sağlık ve konut tedariki gibi temel ihtiyaç kalemlerinin sağlanmasında geniş devlet müdahalesinin akla yatkın olmadığı, bu anlayışın kârı değil kamusal faydayı amaçladığı için verimli olmadığı söylenmekteydi. Bu görüş doğrultusunda bireylerin temel ihtiyaçlarının sağlanması kâr amacı taşıyan özel sektöre bırakılmıştı. Bugün ise ABD, vatandaşlarının emrine çek keşide edip yollamaktadır². Fransa'da kira, elektrik ve

1 Yuval Noah Harari, 'The World After Coronavirus' (Financial Times, 20 Mart 2020) <<https://www.ft.com/content/19d90308-6858-11ea-a3c9-1fe6fedcca75>> erişim tarihi 26 Mart 2020.

2 Peter C. Baker, 'We can't go back to normal: how will coronavirus change the world?'

su ücretlerinin devlet tarafından ödenmesi gündemdedir³. Böylece temel ihtiyaçları piyasaya bırakan görüş de bugün için terk edilmiş olmaktadır⁴.

Sosyal devlet olgusu, devlet müdahalesine en soğuk bakan ülkelerde dahi pandemi sebebiyle gündemdedir. Zira bireylerin devletten beklentileri en liberal toplumlarda bile üst seviyeye ulaşmıştır⁵. Özel sektörün, doğal olarak, kâr amaçlı yaklaşımlarının aksine, temel ihtiyaç maddelerinin devlet tarafından kâr amacı gütmeyen tedarik edilmesi gerektiği⁶, sağlık hizmetlerine erişimin temel bir insan hakkı olması sebebiyle bu sektörün serbest piyasaya bırakılamayacağı isabetle belirtilmektedir⁷. Bu doğrultuda devletlerin, özellikle belli başlı sektörlerde, en azından halkın temel ihtiyaçlarının sürekli olarak karşılanmasını temin etmek üzere, sınırlı da olsa müdahaleci olması gerektiği ortaya çıkmıştır. Başka bir deyişle, pandeminin bizlere gösterdiği üzere Yeni Normal Düzeninde her şeyi “piyasanın görünmez eline” bırakan anlayış terk edilmelidir⁸.

Bu gelişmeler bizlere Yeni Normal Düzeninde sosyal devlet ilkesinin ağır basması gerektiğini göstermektedir. Aksi halde, yani mevcut serbest piyasacı kapitalizmin sürdürülmesi halinde bir felaketin yaşanacağı belirtilmektedir⁹. Ayrıca gelecekte başka bir pandeminin ya da iklim değişikli-

(the Guardian, 31 Mart 2020) <<https://www.theguardian.com/world/2020/mar/31/how-will-the-world-emerge-from-the-coronavirus-crisis>> erişim tarihi 11 Nisan 2020.

3 Kübra Par, ‘Ayşe Buğra: Korona küresel piyasa ekonomisinin sonunu getirebilir’ (Habertürk, 25 Mart 2020) <<https://www.haberturk.com/ayse-bugra-korona-kuresel-piyasa-ekonomisinin-sonunu-getirebilir-2624362>> erişim tarihi 25 Mart 2020.

4 Baker (n 4); Kübra Par, ‘Deniz Ülke Arıboğan: Avrupa için yeni ortaçağ’ (Habertürk, 24 Mart 2020) <<https://www.haberturk.com/koronavirus-sonrasi-dunya-deniz-ulke-aribogan-yeni-ortacag-haberler-2623115>> erişim tarihi 24 Mart 2020.

5 Simon Mair, ‘Could the huge shifts in our way of life being introduced as part of the fight against Covid-19 pave the way for a more humane economy?’ (BBC, 31 Mart 2020) <<https://www.bbc.com/future/article/20200331-covid-19-how-will-the-coronavirus-change-the-world>> erişim tarihi 3 Nisan 2020; Par, Arıboğan (n 6)

6 Mair (n 7)

7 Mair (n 7); Par, Buğra (n 5)

8 Mair (n 7)

9 Par, Buğra (n 5); Kübra Par, ‘Zizek: İnsanlığın hayatta kalabilmesi için küresel komünist tedbirlere ihtiyaç var’ (Habertürk, 26 Mart 2020) <<https://www.haberturk.com>>

ğinin getirebileceği zararlardan korunmak için devletlerin, temel ihtiyaçların tedarikini tehlikeye atmadan, üretimi ve ekonomiyi asgari seviyeye indirmeye imkân sağlayacak bir model geliştirmesi gerekmektedir¹⁰. Zira üretim arttıkça toplumlardaki eşitsizlik daha da artmaktadır¹¹ ve bu bakımdan yalnızca pandemi sebebiyle değil “normal” zamanda da bu üretim ve tüketim düzeyinin devamı ekolojik, ekonomik ve sosyal anlamda dünyanın mahvına sebep olacaktır¹².

Bu durum ise Yeni Normal Düzeninde devletlerin ekonomiye daha müdahil olmasını sağlayacak yetkiler barındıran anayasaları gündeme getirmektedir. Bunun yanında yeni normal anayasalarının refah devletini ve sosyal devlet anlayışını hedeflemesi gerektiğini gözler önüne sermektedir. Şüphesiz, bugün için sosyal devlet ilkesinin anayasal dayanağının olduğu ülkelerde de pandemi sayesinde önemi bir kez daha anlaşılan bu ilkenin hayata geçirilebilmesi amacıyla devletlere daha somut ödevlerin yüklenmesi gündeme gelmelidir.

Konuya ilişkin dikkate değer bir nokta, hükümetlerin pandemiyle mücadele kapsamında, bireylerin iyiliği ve halk sağlığı için bile olsa, üzerlerine aldıkları olağanüstü yetkileri pandemi sonrasında bırakıp bırakmayacakları, bu gibi yetkilerin pandemi sonrası anayasalarında yer alıp almayacağıdır. Hükümetlerin bu yetkileri bırakmakta tereddüt edebilecekleri bir gerçektir. Bu durum ise devletlerin güçlendiği daha kapalı ve özgürlüklerin kısıtlandığı bir dünyaya bizleri götürebilir¹³. Hatta pandemiden ve pandemi son-

com/zizek-insanligin-hayatta-kalabilmesi-icin-kuresel-komunist-tedbirlere-ihtiyac-var-2625909> erişim tarihi 26 Mart 2020.

10 Mair (n 7)

11 James Traub, Paul Von Chamier, ‘Today’s Coronavirus Anger Can Revive Tomorrow’s Welfare State’ (Foreign Policy, 27 Mart 2020) <<https://foreignpolicy.com/2020/03/27/coronavirus-revive-west-welfare-states-solidarity/>> erişim tarihi 3 Nisan 2020.

12 Mair (n 7)

13 Harari (n 3); Shivshankar Menon, ‘How the World Will Look After the Coronavirus Pandemic’ içinde ‘This Pandemic Can Serve a Useful Purpose’ (Foreign Policy, 20 Mart 2020) <<https://foreignpolicy.com/2020/03/20/world-order-after-coronavirus-pandemic/>> erişim tarihi 26 Nisan 2020; Par, Arıboğan (n 6); Traub, von Chamier (n 13); Stephen M. Walt, ‘How the World Will Look After the Coronavirus Pandemic’ içinde ‘A World Less Open, Prosperous, and Free’ (Foreign Policy, 20

rası ekonomik krizden çıkış yolu olarak sosyal devlet ilkesinin güçlenmesi ve devletin ekonomiye müdahalesinin artması gerektiği belirtilmişken bugün için bir görüşe göre süreç boyunca devletler, meşru sebeplerle de olsa, güç kazanmakta ancak bu güç refah devletini değil güvenlik devletini sağlamak yönünde kullanılmaktadır. Bu doğrultuda devletçilik ve sosyal devlet ilkeleri adeta kafamıza kakılmakta, krizden çıkışın tek yolunun devletin güçlenmesi olduğu bilinçli şekilde savunulmaktadır. Daha açık ifadeyle bu durum istismar edilmektedir. Böylece geleceğin daha kapalı ve devlet-merkezli otoriter dünyasının hazırlığı yapılmaktadır. Bu bakımdan her ekonomik ve siyasi anlayışta olduğu gibi bazı olumsuz unsurlar barındıran liberal kapitalizm çökerken yanında sistemin olumlu yönü olan liberal demokrasi de büyük yara almakta ve “otoriter devletsiz olmuyor” görüşü insanlara us-taca ve yavaş yavaş aşılanmaktadır¹⁴.

Ekonomiye ve bireylerin temel hak ve özgürlüklerine pandemi sebebiyle devlet tarafından yapılan, şimdilik geçici olduğu açıklanan, müdahaleler bahsi geçen istismar tehlikesi karşısında uzun vadeli düşünülünce önem arz etmektedir. Ekonomi, hukuk ve siyasi rejimlerin birbirlerini etkiledikleri ve adeta iç içe geçtikleri göz önüne alınınca sosyal devlet ilkesinin nasıl bir siyasi rejimde şekillenmesi gerektiği hususunu ekonomik sistemler üzerinden incelemek yerinde olacaktır. Her biri eşit derecede cazip olmamakla birlikte ekonomik açıdan bakıldığında; devlet kapitalizmi, barbarlık, radikal sosyalizm ya da dünya olarak karşılıklı yardımlaşmaya dayanan büyük bir topluluğa dönüşmek ihtimallerinin hepsi bugün için mümkün gözükmektedir¹⁵.

Süreç sırasında pandeminin yarattığı krize verilen en yaygın yanıt Birleşik Krallık, Danimarka ve İspanya gibi ülkelerde görüldüğü üzere devlet kapitalizmidir¹⁶. Devlet kapitalizminin uygulandığı ekonomilerde yine kâr amacı güdülmemektedir ve serbest piyasa anlayışı mevcuttur. Bu doğrultuda

Mart 2020) <<https://foreignpolicy.com/2020/03/20/world-order-after-coronavirus-pandemic/>> erişim tarihi 26 Nisan 2020.

14 Par, Arıboğan (n 6)

15 Mair (n 7)

16 Baker (n 4); Mair (n 7)

serbest piyasaya devlet müdahalesi normal şartlarda öngörülmemektedir. Ancak liberal kapitalizmden farklı olarak kriz halinde, sistemin özüne aykırı olsa bile, piyasanın devlet müdahalesine ve yardımına ihtiyaç duyduğu kabul edilmektedir.

Yine de liberal kapitalizmde olduğu gibi devlet kapitalizminde de ekonominin temeli kâr etmek üzerine kuruludur. Bu doğrultuda kriz anında yapılacak devlet müdahalesiyle serbest piyasanın devamını sağlamak amaçlanmaktadır. Başka bir deyişle devlet müdahalesi sosyal eşitliği sağlamayı ya da insan hayatını korumayı hedeflememekte, kârın devamını temin etmeye yönelmektedir. Devlet kapitalizmiyle yönetilen ülkelerde, bu anlayış doğrultusunda, pandemi sürecinde birçok işçinin hastalık sebebiyle çalışamayacağı öngörülmekte ve sosyal yardımların artırılması ve devletin piyasaya müdahalesi gündeme gelmektedir.

Buradaki temel beklenti, devlet müdahalesi ve dolayısıyla yardımların kısa sürmesidir, müdahale ve yardımdaki temel amaç ise olabildiğince fazla ticari işletmenin faaliyetini devam ettirebilmesidir. İşçilerin doğrudan yardım aldığı hallerde ise amaçlanan, emek piyasasının en az zararla süreci atlatması ve serbest piyasada üstlendiği fonksiyonunu sürdürebilmesidir. Söz gelimi Birleşik Krallıkta aslında işçilere yönelecek maaş yardımları için işçi değil işveren başvuruda bulunmakta ve bu yardımlar devlet tarafından işverenlerin aracılığıyla işçilere dağıtılmakta, işçilere doğrudan yardım uygulanmamaktadır. Devlet yardımının miktarı ise işçinin yaptığı işin topluma faydasına göre değil iş ile piyasada yaratılan kâr gözetilerek belirlenmektedir¹⁷.

Pandemi kısa sürede kontrol altına alınabilirse devlet kapitalizminin de başarı göstereceği ve süreci en az zarar ve sistem değişikliğiyle atlatabileceği öne sürülmektedir. Ancak devlet kapitalizmini benimseyen ülkeler, piyasanın hayatta kalması kaygısıyla bütün bir ekonomik kapanmaya karar vermemekte, kamu sağlığı ön plana alınmadığı için hastalığın yayılımı devam etmekte, insan hayatı tehlikeye girmektedir. Hastalık ve ölümlerin artması halinde ise devlet yardımlarının sürdürülmesi zorlaşacaktır. Artan

17 Mair (n 7)

hastalık ve ölümler ayrıca toplumda kargaşayı arttırarak ekonominin daha da zarar görmesine yol açabilecek bu durum ise devletin daha da radikal önlemler almasını gerektirecektir¹⁸.

Bir görüşe göre değişikliklere açık ve dinamik bir sistem olan kapitalizm, özellikle büyük savaşlar sonrası yaşanan yoksulluklarla mücadele için gerektiğinde müdahaleci bir yapıya da bürünebilmektedir. Hatta kapitalizmin tarihine bakıldığında, 19. Yüzyılda uygulanan düzenlenmemiş ve dolaşısıyla devlet müdahalesi öngörmeyen liberal kapitalizmlerle, 20. Yüzyılda uygulanan düzenlenmiş kapitalizm sistemlerinin birbirlerini döngü olarak takip ettiği görülmektedir. Liberal kapitalizmin, pandemi öncesinde bile yarattığı eşitsizlik ve sosyal adaletsizlik sebebiyle sürdürülemez olduğu ve bugün için yeniden düzenlenmiş kapitalizm dönemine girilmiş olduğu belirtilmektedir¹⁹. Döngüdeki bu değişimin geçmişte olduğu gibi savaşlarla değil de her ülkenin ortak düşmanı olan hastalıkla gerçekleşmesi ise ayrıca olumlu bir olgu olarak değerlendirilmektedir²⁰. Yine bu doğrultuda pandemi öncesinde de dünyada askeri, ekonomik ve politik büyük bir sıkışmanın yaşandığı ve hatta dünya çapında olmasa bile bölgesel savaşların olası hale geldiği ancak pandemiyle birlikte bu riskin şimdilik bertaraf edildiği ifade edilmektedir. Bu sayede ise gerekli yapısal değişikliklerin artık pandemi kanalıyla gerçekleşeceği, ancak zaten 2008'den beri devlet kapitalizmi ivme kazanmış olduğu için pandemiyle birlikte devlet kapitalizminden de farklı bir sisteme geçileceği belirtilmektedir²¹. Sonuç olarak bu görüşler ışığında, belli değişiklikler yaşansa bile, özünde kapitalist olan sistemin devamının sağlanabileceği fikri göze çarpmaktadır.

Ancak bir başka görüşe göre kapitalizmin özünde devlet müdahalesi öngörülmemektedir ve sisteme serbest piyasacı anlayış hâkimdir, bu bakımdan devletçi bir anlayış gelse dahi sistemin özü değişmeyecektir. Bu görüşe göre insanı değil kâr etmeyi hedefleyen kapitalizmin, insani gösterilen ancak insanların sistemin devamı uğruna feda edildiği bir barbarlığa

18 ibid.

19 Par, Buğra (n 5)

20 ibid.

21 Par, Arıboğan (n 6)

dönüşeceği öne sürülmektedir. Hatta bugün için bakıldığında bu ihtimalin ağırlık kazandığı, sistem kapitalist kaldığı sürece gerekli değişikliklerin uygulanamayacağı, kapitalizmin alternatifinin barbarlık ya da komünizm olduğu belirtilmektedir²².

Gerçekten devletlerin kapitalist anlayışlarını devam ettirerek ekonomilerini kâr amacıyla yönetmeye devam etmeleri ve hastalık ya da işsizlik sebebiyle piyasa dışına itilen ihtiyaç sahiplerine gereken yardımı sağlamaları ya da bunu başaramamaları halinde ise en kasvetli senaryo olan barbarlık gündeme gelebilecektir. Bu ihtimalde piyasaların sert gerçeklerinden korunamayan işletmeler iflas edecek, işçiler açlık çekecektir. Sağlık sisteminin çökmesiyle ölüm oranları artacak ve böylece politik ve sosyal bir felaket yaşanacaktır. Bu durum sonuç olarak başlı başına devletin sonu anlamına gelebilecektir²³.

Komünizmi savunan bu görüşe göre, ABD Başkanı Trump'ın 22 Mart tarihli, tedavinin hastalığın kendisinden daha büyük bir problem yaratmaması gerektiğine yönelik beyanı, ABD Başkan Yardımcısı Pence'in daha yeni hastalanan kişilerin bir an önce işe dönmelerine imkân sağlayacak bir yönerge üzerinde çalışıldığını açıklaması, Teksas Vali Yardımcısı'nın, halk sağlığı önlemlerinin ekonomiye zarar vereceğini görmektense ölmeyi tercih edeceği ve birçok yaşlı Amerikalının da kendisiyle aynı fikirde olduğu yönündeki beyanı kapitalizmin barbarlık yoluna sapmış olduğunu gösteren emarelerdir²⁴. Ekleme gerekir ki 26.04.2020 tarihinde Trump, koronavirüs hastalığına getirilecek tedavinin, hastalığın kendisinden daha fazla sıkıntı yaratmaması gerektiğinin tekrar altını çizmiştir²⁵. Ayrıca Erdoğan'ın ekonomik kaygılar sebebiyle ülke geneline test uygulaması yapmadan ve bu sebeple pandemi riskini tamamen bertaraf etmeden bir an önce “normale” dönmek istemesi ve 27.04.2020'de bu yönde yaptığı konuşmayla yakın zamanda alışveriş merkezlerinin ve şehirlerarası ulaşımın açılacağıni belirtmesi ve bunun kısa sürede hayata geçirilmesi de kaygı yaratmıştır.

22 Par, Zizek (n 11).

23 Mair (n 7).

24 Par, Zizek (n 11).

25 <https://twitter.com/realDonaldTrump/status/1254172638307586049>

Bu gelişmeler sebebiyle ülkemizdeki yardım ve dayanışma kampanyasının “Biz Bizi Enfekte Ederiz” sloganıyla devam etmesinden ve pandemiyle mücadelenin başarısızlığı uğramasından korkulmaktadır²⁶.

Buraya kadar bahsi geçen olumsuz gelişmelerin ve salt kâr odaklı ekonomik bakış açılarının aksine, pandeminin gösterdiği dersle kültürel bir değişim yaşanır ve ekonominin temeline kâr amacı yerine insan hayatı konulursa bu varsayımında karşımıza iki ihtimal çıkmaktadır. Devlet tarafından pandemiye karşı alınan önlemler arttırılırsa ve hastanelerin kamulaştırılması ve sosyal yardım gibi önlemlerle piyasanın devamını sağlamak değil de doğrudan insan hayatının korunması amaçlanırsa bu halde devletin yine etken bir güç olduğu devlet sosyalizmiyle karşılaşılacağı söylenmektedir. Pandemi sürecinde ve gelecekteki tehditler açısından devlet sosyalizminin en verimli rejim olacağı ileri sürülmektedir zira bu sistemde gıda ve temel ihtiyaçlar devlet tarafından karşılanacak, böylelikle işçiler bu ihtiyaçlarının karşılanması için işverenlerin aracılığına ihtiyaç duymayacaktır. Devlet sosyalizminde kural olarak işçiler eşit şekilde ücret alacaktır. İstisnai olarak işçi maaşlarında bir farklılık olması halinde ise bu farklılık, işçinin ürettiği ürünün piyasadaki değişim değerine göre değil, yaptığı işin toplumda yarattığı faydaya göre şekillenecektir. Pandemi sürecinin uzaması, resesyonun ciddi boyuta ulaşması ve tedarik zincirinin bozulmasıyla talebin serbest piyasa tarafından karşılanamaması halinde devletin üretimi üstlenmesi ihtimalinde devlet sosyalizmi gündeme gelecektir. Ancak her sistemin olumsuz unsurlarının olması karşısında devlet sosyalizminin olumsuz tarafı da bu sistemin otoriterlik riskini barındırmasıdır²⁷.

İnsan hayatını temel alan ve ekonominin bu temelle yönetildiği ikinci senaryoda ise devlet daha edilgen bir roledir. Devletin, insan hayatını ilk sıraya koymuş olmasına ve ekonomiyi kâr etme amacından çıkarmış olmasına rağmen pandemiye müdahalede ve gereken yardım ve desteklerin ulaştırılmasında yetersiz kalması halinde karşılıklı yardımlaşmaya dayanan

26 Atilla Yeşilada, ‘FÖŞ yazdı: Türkiye’de salgın bitti mi yani şimdi?’ (Para Analiz, 28 Nisan 2020) <<https://www.paraanaliz.com/2020/ekonomi/fos-yazdi-turkiyede-salgin-bitti-mi-yani-simdi-46422/>> erişim tarihi 29 Nisan 2020.

27 Mair (n 7)

büyük toplulukların ortaya çıkması olasıdır. Bu sistemde Devlet yerine bireyler ve küçük zümreler organize olarak toplulukları oluşturacak ve bu topluluklar kendi üyelerine gereken yardım ve desteği sağlayabilecektir. Ancak bu senaryodaki risk, bireylerin ve zümrelerin, sağlık altyapısı gibi fazla kaynak gerektiren alanlarda yeterince hızlı hareket edememeleridir. Buna rağmen, yoksunları koruyabilecek ve izolasyon kurallarının uygulanmasını sağlayabilecek destek ağlarının kurulmasının hastalığın yayılmasını engellemede daha etkin bir yöntem olabileceği söylenmektedir. Bu senaryoda bölgesel çözümler üretebilecek yeni demokratik kurumların da ortaya çıkması öngörülmektedir. Karşılıklı yardımlaşmaya dayalı bu sistemin önceden bahsedilen diğer üç senaryonun her birinden doğabileceği ve aslında bu sistemin görülmemiş bir sistem olmadığı da belirtilmektedir. Söz gelimi Ebola salgınında bölgesel halkların organize olmasıyla devletin güçlü olmadığı coğrafyalarda bile bu tip toplulukların salgınla mücadelede etkin bir rol oynadığı ifade edilmektedir²⁸.

Önemle belirtmek gerekir ki, 20. Yüzyılda komünizm ve komünizmin yarattığı tehdit “sayesinde” kapitalist ülkelerde sosyal yardım uygulamaları artmış ve sosyal devlet ilkesi ve günümüzdeki anlamıyla sosyal demokrasi anlayışı güç kazanmıştır²⁹. Başka bir deyişle bugün için dünyadaki baskın sistem kapitalizm olmakla birlikte komünizm sayesinde kapitalist sistemde önemli sosyal ilerlemeler sağlanırken komünizm, kapitalizmi bir nebze de olsa sosyalist olmaya zorlamıştır. Geçmişteki bu örnekten de görüldüğü üzere aslında Yeni Normal Düzeninde bahsi geçen senaryoların bir karışımıyla karşılaşmamız oldukça olasıdır³⁰.

Bir görüşe göre, devletlerin pandemiyle mücadelesi, iş hayatını ve ekonomiyi bilinen normale döndürme amacı taşımamalıdır. Zira normal dönem ekonomisinin başlı başına bir felaket olduğu ve pandemiye karşı alınan önlemlerin ekonomiyi ve rejimi de dönüştürerek daha insancıl ve güvenli bir sistemin kurulması gerektiği belirtilmektedir³¹. Bu amaca, yani

28 ibid.

29 Par, Buğra (n 5); Traub, von Chamier (n 13)

30 Mair (n 7); Par, Arıboğan (n 6).

31 Baker (n 4)

daha müreffeh ve insancıl bir dünyaya ulaşmak ve pandemi ya da başka bir küresel tehdidin bertaraf edilebilmesi için devlet sosyalizmi ile karşılıklı yardım anlayışının harmanlanması gerektiği belirtilmektedir. Güçlü bir demokratik devlet bu harman sayesinde kaynaklarını doğru kullanarak daha güçlü bir sağlık sistemi kurabilir, güçsüzleri serbest piyasanın olumsuzluklarından koruyabilir ve vatandaşlarına, bugün piyasa ve tüketim için gerekli görülen ancak aslında toplum için gereksiz olan işlerde çalışmak yerine, karşılıklı yardım grupları kurmasına olanak sağlayabilir³². Bu nitelikteki devletlerin de aynı zamanda birbirleriyle uyum ve iş birliği içinde çalışarak dünyada sosyal eşitliği ve evrensel dayanışmayı tesis etmeye imkân tanıyacağı söylenmektedir³³.

Tayvan ve Güney Kore gibi demokratik ve kapitalist ülkelerin pandemiyle başarılı mücadelesine³⁴ ve hatta Almanya'nın mücadelede mucize yaratmasına rağmen³⁵ bazı yazarlar ise Yeni Normal Düzenine en uygun yönetim biçiminin ve ekonomik anlayışın küresel komünizm olacağını ve yeni anayasaların buna göre şekillenmesi gerektiğini belirtmektedir³⁶. Küresel komünizm sayesinde merkezi koordinasyonla yürütülen bir uluslararası iş birliği kurularak kaynakların üretimi ve paylaşımında adalet sağlanacağı ileri sürülmektedir. Devletin serbest piyasa kurallarına bağlı olmaksızın piyasaya doğrudan müdahil olduğu bu sistemde halkların temel ihtiyaç kalemleri ve dolayısıyla küresel refah temin edilebilecek, kurulacak küresel sağlık sistemi sayesinde pandemi gibi tehditlerle daha etkin ve küresel çapta mücadele yürütülebilecektir. Yine bu görüşe göre mevcut kapitalist sistemin devamının barbarlığa yol açacağı bu konuda başka alternatif olmadığı ve bu sebeple küresel komünizm sisteminin yerleşmesi gerektiği belirtilmektedir.

32 Mair (n 7)

33 Nicholas Burns, 'How the World Will Look After the Coronavirus Pandemic' içinde 'In Every Country, We See the Power of the Human Spirit' (Foreign Policy, 20 Mart 2020) <<https://foreignpolicy.com/2020/03/20/world-order-after-coronavirus-pandemic/>> erişim tarihi 26 Nisan 2020; Thomas L. Friedman, 'Our New Historical Divide: B.C. and A.C. — the World Before Corona and the World After' (the New York Times, 17 Mart 2020) <<https://www.nytimes.com/2020/03/17/opinion/coronavirus-trends.html>> erişim tarihi 14 Nisan 2020; Harari (n 3); Mair (n 7) .

34 Harari (n 3).

35 Par, Buğra (n 5).

36 Par, Zizek (n 11).

Ayrıca bugünlerde gördüğümüz, tıbbi malzeme üretiminin kamulaştırılması, hastalara ve işsizlere ayni ve nakdi yardımların yapılması gibi tedbirlerin doğası itibarıyla zaten komünist tedbirler olduğu eklenmektedir³⁷.

Küresel komünizm önerisine karşılık, kapitalizmin pandeminin yarattığı krizi felaket kaldıracı olarak kullanarak daha da güçleneceği, tıbbi gereklilik sebebiyle insanların kapitalist devletin tüm kontrol aygıtlarını ses çıkarmadan kabul edeceği, yaşanan paniğin apolitik bir panik olduğu, bireylerin birbirlerini yoldaş değil tehdit olarak görmelerinden dolayı küresel komünizmin gerçekleşemeyeceği görüşü öne sürülmektedir³⁸.

Ancak sistem önerileri ve ideolojik farklılıklar bir yana ortak kabul gören bir nokta, toplum içinde ve ülkeler arasında dayanışmanın artması gerektiğidir. Pandemi sayesinde insanların birlikte olmalarının en önemli sebebinin yardımlaşma ve dayanışma olduğu zor yoldan da olsa hatırlanmıştır. Bu bakımdan Yeni Normal Düzeninin yardımlaşmaya dayalı olması, yeni dönemin insan varlığını korumayı ve geliştirmeye hedefleyen “makul adalet temelli” bir toplum sözleşmesiyle kurulması gerekmektedir³⁹. Bu doğrultuda, bazı bireylerin fakirleşmesi pahasına bir bölüm bireyin hak ettiğinden fazlasını elde ettiği günümüz sistemi devam edemeyecektir. Ancak dayanışma ve yardımlaşmanın ön plana çıkarılmasına rağmen eşit paylaşma vaadiyle rekabeti öldüren, verimliliği kısıtlayan bir sistemden de kaçınmak gerekmektedir. Bunun yerine daha dengeli, yardımlaşma ve iş birliğine dayanan yeni bir model geliştirilmelidir⁴⁰.

Buraya kadar zikredilen görüşlerde ortaya çıktığı üzere, ideolojik bazda farklılıklar olmakla birlikte, bu süreçte devletlerin serbest piyasaya karşı vatandaşlarını koruması gerektiği kabul edilmektedir. Ayrıca gerek bireyler gerekse devletler arasında yardımlaşma ve dayanışmanın artırılması

37 ibid.

38 İbid.

39 Sedat Pişirici, Mehmet Gün, ‘Refah İçin Hukuk (3): Koronavirüs hukuku alışıya eder mi?’ (Medyascope, 21 Nisan 2020) <<https://medyascope.tv/2020/04/21/refah-icin-hukuk-3-koronavirus-hukuku-alasagi-eder-mi/>> erişim tarihi 26 Nisan 2020.

40 ibid.

zaruridir, olası başka küresel tehditlere karşı da bu anlayışla hareket edilmelidir. Yeni Normal Düzeni anayasaları da bu anlayışla şekillenmelidir.

Ancak, makalemizde pandeminin küreselleşmeye etkilerinin inceleneceği bölümde görüleceği üzere burada zikredilen ve küresel yardımlaşmayı savunan görüşlerin aksine fiiliyatta küreselleşme karşıtı içe kapanma yanlısı hareketlere rastlanırken bu süreçte şimdiden uluslararası yardımlaşma temelli geleceğin şüphe yarattığı görülmektedir. Hatta yardımlaşmaya dayanan uluslararası dayanışma sistemi yerine ülkelerin içe kapandığı ve otoriter hale geldiği yeni bir dünya düzeninin daha olası gözüktüğü söylenmektedir⁴¹. Bu bakımdan Yeni Normal Düzeni anayasalarının da, bir sonraki kısımda inceleneceği üzere, otoriter eğilimler sergileme riski bulunmaktadır.

b) Sağlık, Mahremiyet, Temel Hak ve Özgürlükler

Pandeminin yarattığı sağlık tehdidiyle birlikte, geçici olduğu söylenen birtakım önlemler hayatımıza hızla yerleşmiştir. Bu önlemlerden dikkati çeken gelişen teknolojinin verdiği imkânla bireylerin izlenme ve gözlenme faaliyetlerindeki artıştır⁴². Teknolojinin getirdiği yeniliklerin pandemiyle mücadelede etkili olabileceği ve izleme faaliyetlerinin hepsinin kötücül olmadığı kabul edilmektedir⁴³. Ancak pandemiyle mücadele amacıyla geçici olduğu söylenen izleme gibi önlemlerin kalıcı olma riski de bulunmaktadır⁴⁴. Söz gelimi İsrail'in 1948 yılında vermiş olduğu bağımsızlık savaşı sırasında hükümetin geçici olarak aldığı birçok önlem günümüzde halen yürürlükteyken halkın, savaş sırasında evlerinde puding yapmasına ilişkin kısıtlama kuralları ise ancak 2011 yılında kaldırılabilmiştir⁴⁵. Yaşanan örneklerden de görüldüğü üzere geçici olduğu söylenen önlemlerin kalıcı niteliğe bürünme riski bulunmaktadır. Yeni bir pandemi riski olması varsayımında ya da hiçbir risk olmasa bile “veriye aç” bir devletin arzusuyla yeni

41 Par, Arıboğan (n 6)

42 Baker (n 4); Harari (n 3).

43 Baker (n 4).

44 Baker (n 4); Harari (n 3).

45 Harari (n 3).

acil durum tehditleri yaratılarak bu tür korkutucu düzenlemelerin süreklilik kazanabileceği ifade edilmektedir⁴⁶.

Toplum hayatında kuralcılığıyla tanınan ve kuralların harfiyen uygulandığı ve uygulatıldığı Çin, Singapur ve Avusturya gibi ülkelerin, ABD, İtalya ve Brezilya gibi daha serbest toplumlara nazaran pandemiyle daha etkili şekilde mücadele etmiş olduğu söylenmektedir⁴⁷. Bu bakımdan daha sıkı ve kuralcı olan toplumların, tesadüfen değil, bu özellikleri sayesinde pandemiyle mücadelede daha başarılı olduğu belirtilerek diğer ülkelerin de kurallarını sıkılaştırması gerektiği ileri sürülmektedir⁴⁸. Ayrıca geniş hak ve özgürlüklere sahip ve bireylerin mahremiyetinin saygı gördüğü ve korunduğu toplumların pandemiyle mücadelede ilk havlu atan toplumlar olduğu da ifade edilmektedir⁴⁹. Bu gibi görüşler ise temel hak ve özgürlüklere pandemi sebebiyle ya da bahanesiyle daha çok müdahalenin olabileceğini işaret etmektedir zira kuralcılığın, temel hak ve özgürlüklerin bir bölümünün bazen feda edilmesi pahasına arttırılması gerektiği, yalnızca düşünürler tarafından değil, bazı devletler tarafından da kabul görmektedir. Gözlemlenen bu durum yine temel hak ve özgürlüklerin yara almasına ve pandeminin devletlerce kötüye kullanılmasına yol açabilecektir.

Sağlık ve mahremiyet arasında bir seçime itilen bireylerin sağlığı seçmeleri olasıdır⁵⁰. Yine bu doğrultuda en azından pandemi süresince bireylerin temel hak ve özgürlüklerine yapılan müdahalelere sessiz kalmaları ihtimal dahilindedir. Ancak önemle belirtmek gerekir ki Almanya örneğinde gördüğümüz gibi pandemiyle mücadele açısından da güçlü devlet, otoriter devlet demek değildir. Bürokrasisini liyakate göre oluşturmuş adil vergilendirmelerle vatandaşlarına kapsayıcı ve iyi hizmet verebilen devlet güçlü

46 ibid.

47 Michele Gelfand, 'To survive the coronavirus, the United States must tighten up' (the Boston Globe, 13 Mart 2020) <<https://www.bostonglobe.com/2020/03/13/opinion/survive-coronavirus-united-states-must-tighten-up/>> erişim tarihi 19 Nisan 2020.

48 ibid.

49 Par, Arıboğan (n 6).

50 Baker (n 4); Harari (n 3).

devlettir⁵¹. Çin'in sıkı toplumu sayesinde pandemiyle mücadelede başarılı olduğu kabul edilmelidir, ancak Almanya'nın demokratik olmayan yöntemlere kaymadan şeffaf şekilde halkını bilinçlendirerek pandemiye karşı yürüttüğü mücadelenin mucize yarattığı da unutulmamalıdır⁵².

Önemle belirtmek gerekir ki pandeminin zorunlu kıldığı sosyal izolasyon neticesinde bireyler, mahremiyetlerine yönelmiş müdahalelere daha da açık ve savunmasız hale gelmiştir. Pandemi sürecinde bireyler, evlerinde kalarak büyük teknoloji şirketlerinin ürettiği ürünlere daha da sıkı bağlanmıştır ve dolayısıyla bu teknolojilerin hem bireysel hem iş amacıyla kullanımı oldukça artmış durumdadır. Bireylerin dışarıyla iletişimini sağlayan başlıca iki araç olan telefon ve internete erişimin devletler tarafından kısıtlanması, hatta bunların bir anda kesilmesi, dahası bu iki mecrada kullanıcıların mahremiyetini ihlâl edici düzenlemelerin getirilmesi imkân dahilindedir⁵³. Ayrıca aynı teknoloji şirketleri, hükümetleri, ürettikleri teknolojilerin pandemiyle mücadelede hayati öneme sahip olduğunu ikna etmekle uğraşmaktadır⁵⁴. Bu durum ise teknolojinin kötüye kullanılması riskini barındırmaktadır. Zira teknoloji şirketlerinin, çoğu zaman hizmetlerini bilâ ücret sunarak almadıkları kullanım ücreti yerine günümüzde çok daha değerli olan kişisel veri toplama amacı güttükleri bilinmektedir. Sosyal izolasyon sebebiyle teknolojiyle iyice bütünleşen bireylerin mahremiyetleri bu yünden de tehdit altındadır. Bunun yanında demokrasi ve açık toplumun temel niteliklerine getirilen eleştiriler de bireyleri mahremiyetin olmadığı devlet tarafından sürekli gözetilen daha kapalı toplumlara itebilecektir.

Demokrasiyle yönetilen ülkelerin önemli kararları hızlıca veremediği hatta gerekli adımları bazen yönetim biçimi sebebiyle hiç atamadığı algısı, pandemi sırasında bazı demokrasilerin aldığı hızlı, cesur ve kararlı önlemlere rağmen, hala yaygın olarak mevcuttur⁵⁵. Bu algıya ek olarak, sağlık ve ekonomi alanında önemli bir kriz yaratan pandemiye karşı

51 Par, Buğra (n 5).

52 ibid.

53 Par, Zizek (n 11).

54 Baker (n 4).

55 ibid.

mücadelede, mahremiyeti tehdit eden teknolojilerin ve izlemelerin faydalı olması da önemli bir tehlike yaratmaktadır. Söz gelimi Çin'deki otoriter rejim “sayesinde” halkın devlet tarafından teknoloji yardımıyla daha yakından izlenebilmesi, kişisel veri ve özellikle sağlığa ilişkin hassas kişisel verilerin de devlet elinde bulunması pandeminin bastırılabilmesi açısından faydalı olmuştur. Çin, yüz tanıma kameraları, vatandaşlarının akıllı telefonlarını yakından izlemesi ve vatandaşlarına vücut ısısı ve sağlık durumlarını bildirme zorunluluğu getirmesiyle virüs taşıma riski olan kişileri ve bu kişilerin hareketlerini hızla tespit ederken ayrıca bu kişilerin kimlerle temas kurduğunu saptayabilmiştir⁵⁶. Bu sebeplerle bugün için bakıldığında mahremiyeti ve temel hak ve özgürlükleri ihlâl eden ancak pandemiyle mücadelede, kabul etmek gerekir ki, fayda da getiren uygulamaların meşru görülmesi tehlikesi mevcuttur⁵⁷.

Gerçekten, yaşadığımız pandemi süreci gibi krizlerin bazen devletleri daha karanlık yollara çektiği gözlemlenmektedir. Söz gelimi 11 Eylül terör saldırıları sonrasında ABD'nin, vatandaşlarını izleme ve fişleme faaliyetleri oldukça artmıştır. Üstelik daha saldırıdan birkaç gün öncesine kadar ABD hükümeti, gayet özgürlükçü ve mahremiyete saygılı bir yaklaşımla, internet kullanıcılarına ait kişisel verilerin korunmasına ilişkin düzenlemeler tasarlamakta ve internet kullanıcılarına kişisel verilerinin kullanılıp kullanılmamasına ilişkin gerçek anlamda bir seçenek sunmayı planlamaktaydı. Ancak saldırılardan sonra bu yaklaşıma ve o güne kadar hazırlanan tasarıların aksine ABD hükümeti, kişisel verileri nasıl kendi yararına kullanılabileceği üzerinde durmuştur. Kişisel veri toplayan şirketlerin faaliyetleri, temel hak ve özgürlükleri ihlâl etmeleri sebebiyle sınırlandırılacakken saldırılar sonrasında aksi bir tutum gösterilmiş ve aynı şirketler, devlet tarafından, devlet için veri toplamaları amacıyla beslenip koruma altına alınmıştır⁵⁸. Dolayısıyla ABD, terör saldırıları sonrasında mahremiyeti bir kenara bırakarak krizin yarattığı korkudan da faydalanıp vatandaşlarını daha yakından izlemeye başlamıştır.

56 Harari (n 3).

57 ibid.

58 Baker (n 4).

11 Eylül Saldırıları gibi pandemi süreci de bireyleri daha yakından izlemek isteyen devletler ve bu yolla para kazanmak isteyen şirketler açısından eşi bulunmaz bir fırsat yaratmaktadır⁵⁹. Çin, dronelarla maske takmadığını tespit ettiği vatandaşlarını, dronelara ekledikleri hoparlörlerde bulunan polis ses kayıtlarıyla azarlamaktadır⁶⁰. Almanya, Avusturya, İtalya ve Belçika, ülkedeki önemli telekomünikasyon firmalarından müşterilerine ait kişisel verileri, şimdilik anonim olarak, almakta ve bu kişisel verileri bireylerin hareketlerini takip etmek için kullanmaktadır⁶¹. İsrail’de Başbakan Netanyahu, sınırlı hallerde ve özellikle teröristlerin yakalanması amacıyla kullanılan izleme teknolojilerinin pandemiyle mücadele için toplumun geneli üzerinde kullanılması önerisini getirmiş ancak parlamento öneriyi reddetmiştir. Bunun üzerine Netanyahu, parlamentoyu es geçip bu hususta acil durum kararnamesi çıkararak uygulamayı başlatmıştır⁶².

Şirketlerin ve devletlerin pandemi öncesinde de insanları takip ettikleri, izledikleri ve manipüle ettikleri ve bunun için kullanılan teknolojilerin şaşırtıcı derecede hızla geliştiği gerçektir. Ancak pandemi sırasında ortaya çıkan izlemenin niteliğinde önemli ve korkutucu değişiklikler gerçekleşmiştir. İnsanlar, şimdiye kadar dışsal bir izlemeye tabiyken artık insanların derilerinin altında olan biten de izlenmektedir. Başka bir deyişle hükümetler yalnızca insanların bilgisayar başındayken hangi linke tıkladıklarını değil o linke tıklayan kişinin vücut ısını ve tansiyonunu da öğrenmek istemektedir. Bu tür teknolojilerin sürekli kullanımda olduğu ve devletin, bireylerin nabız ve vücut ısılarını izleyebileceği biyometrik aygıtların takılmasını zorunlu kıldığı bir varsayımda, devlet biz daha hastalanmadan, hastalandığımızı fark etmeden bile hastalanacağımızı öngörebilecektir. Böylece belki de bugün yaşadığımız pandemi gibi tehditler birkaç gün içinde bertaraf edilebilecektir⁶³.

59 ibid.

60 ibid.

61 ibid.

62 Harari (n 3).

63 ibid.

Ancak devletin vücut ısını ve nabzı takip edebildiği bu varsayımda yine devlet, insanların neye güldüğünü, neye ağladığını ve neye kızdığını da doğru şekilde saptayabilecektir zira aynı öksürük ya da ateş gibi sevgi, sıkınlık ya da aşk da biyolojik olaylardır. Bu halde devlet bizi bizden daha iyi tanıyacak, duygularımızı istediği gibi yönlendirebilecek ve bize istediği ürünü ya da politikacıyı kabul ettirebilecektir. Pandemi ise temel hak ve özgürlüklerin olabildiğine kısıtlanabildiği bu olumsuz durumun meşru görülmesi tehlikesini barındırmaktadır. Başka bir deyişle bu tür kitle izlemelerinin ve teknolojilerinin kabul görmediği ülkelerde bile, yaşanan sağlık krizi karşısında, bunların normal görülmesi riski bulunmaktadır⁶⁴.

Açıklanan tehdit göz önüne alındığında bireylerin sağlık ve mahremiyet arasında bir seçime mecbur bırakılmaması önemlidir zira bireylerin mahremiyetlerini koruyarak da sağlıklı yaşamaları mümkündür ve olması gereken budur⁶⁵. Güney Kore, Singapur ve Tayvan gibi ülkelerin de izleme cihazı ve çeşitli teknolojiler kullandığı bilinmektedir ancak bu ülkelelerin virüsle başarılı mücadelelerini daha çok kamuyu şeffaf biçimde aydınlatmalarına, bireylerin dürüst bildirimlerine ve bireylerin kendi istekleriyle oluşan yardımlaşmaya borçlu oldukları söylenmektedir. Sayılan ülkelerin vatandaşları, bilime saygı duydukları ve bilimsel gerçeklerin devlet tarafından şeffaf şekilde kendileriyle paylaşıldığına güvendikleri için kendi hür iradeleriyle, merkezi izlemeye ya da sert cezalara gerek kalmadan, pandeminin önlenmesi için devletin duyurduğu tedbirlere harfiyen uymaktadır. Bu durum ise sağlık için totaliter rejimlere ya da mahremiyeti yok eden kitle izleme teknolojilerine ihtiyaç duymadığımızı göstermektedir⁶⁶.

Bu bakımdan temel hak ve özgürlüklere ve genel olarak mahremiyete devlet aygıtıyla yapılan müdahalelerin, pandemi tehdidiyle bile olsa, müdahalenin sürekliliğine yol açacak derecede meşru görülmemesi gerekmektedir. Aksi halde otoriter rejimlerin hızla artması ve bundan daha beter olarak bu rejimlerin halklar tarafından kabullenilmesi sonucu ortaya çıkabilecektir. Bu sebeple pandemiyle mücadele sırasında devletin üzerine aldığı

64 ibid.

65 ibid.

66 ibid.

yetkileri “istismar etmemesi”⁶⁷ ve pandemi sonrasında bu yetkilerden vazgeçmesi demokratik ve açık dünyanın sürdürülebilmesi için zorunluluk teşkil etmektedir.

c) Olası Küreselleşme Karşısı Yasama Faaliyetleri

Facebook ve Twitter’ın yeni yayına girdiği, Skype’ın bir yazım hatası sanıldığı, iPhone’un ise Steve Jobs’ın gizli projesi olarak görüldüğü, bulutun hala yalnızca gökte olduğu 21. Yüzyılın başında, kitle iletişimini sağlayan bu teknolojilerin gelişmesi sayesinde ve küresel ticaret ve turizmin patlamasıyla dünya bugün baktığımızda birbirine bağlı ve hatta bağımlı hale gelmiştir. Bu denli küreselleşmenin ekonomik büyümeyi sağladığı gerçektir, ancak yine küreselleşme sebebiyle dünyanın bir yerinde işlerin kötüye gitmesi sonucunda oluşan olumsuzluk dünyanın öteki ucuna daha hızlı sirayet edebilmekte ve bir yerdeki olumsuzluk dünyanın geri kalanını daha kolay ve derinden etkileyebilmektedir⁶⁸. Aynı sebeple bugün için virüs taşıyan bir yarasanın pangolini ısırması, o pangolinin Çin’deki bir pazaryerinde satılması sonucunda birini enfekte etmesi sebebiyle yalnızca birkaç hafta içinde dünyanın öteki ucundaki okullar kapanırken dünyanın hemen hemen her ülkesinde insanlar birbirlerinden en az iki metre uzakta durmaya çalışmaktadır⁶⁹. Küreselleşmenin de etkisiyle koronavirüsün dünya geneline bu denli hızla yayılması küreselleşme hareketinin de sorgulanmasına yol açmaktadır.

Tamamen rasyonel yönetilen bir dünyada küresel boyuttaki pandeminin küresel boyutta bir mücadeleyi gerektirdiği görülebilecek ve küreselleşme hareketinin ivme kazanması beklenecektir. Bu bakımdan küresel boyuttaki ortak savaşta; test kitleri, solunum cihazları, tıbbi malzemeler gibi pandemi sürecinde daha da önem kazanan temel ihtiyaç kalemlerinin üreticiler tarafından yalnızca kendileri için değil ekonomisi daha küçük ölçekli ülkelere de tedarik edilmek üzere üretilmesi gerektiği düşünülebilecektir⁷⁰.

67 Harari (n 3); Par, Arıboğan (n 6); Par, Zizek (n 11).

68 Friedman (n 35).

69 ibid.

70 Baker (n 4); Harari (n 3).

Küreselleşme sayesinde İtalya’da sabah bulunacak bir tıbbi gelişme aynı günün akşamında İran’a büyük bir fayda sağlayabilecek ya da Birleşik Krallığın pandemiyle mücadele planında yaşadığı bir tereddüt aynı sorunu önceden yaşayan Güney Kore’deki yetkililere danışılarak giderilebilecektir⁷¹.

Açıklanan sebeplerle doğrudan koordine edilen verimli bir uluslararası iş birliğine, pandemi sürecinde ve genel olarak Yeni Normal Düzeninde ihtiyaç duyulmaktadır⁷². Ayrıca pandemi ve pandemi sonrası dönemde uluslararası kuruluşların yoksulluk ve hak ihlallerine karşı yine önemli görev alması gerektiği belirtilmektedir⁷³. Ancak olayları salt kâr odaklı gören kapitalist bakış açısı, küresel pandeminin küresel kapitalizme yarattığı tehdidi dâhi fark edememektedir. Böylece tamamen rasyonel yönetilmeyen dünya devletlerinin de sosyal izolasyonun yanında politik izolasyona yönelebileceği ve küresellik karşıtı yasama faaliyetlerine girişebileceği öngörülmektedir. Bunun sonucunda ise pandeminin insan sağlığı ve ekonomiye etkilerinin artacağı gözükmemektedir⁷⁴.

Nitekim pandemi sırasında tıbbi malzemelerin tedariki, devletler arasında yarışa, hatta ABD’nin Almanya’ya giden maskelere el koyması üzerine Almanya’nın tabiriyle modern korsanlığa, yol açmıştır⁷⁵. ABD Başkanı Trump’ın Covid-19 virüsünü ısrarla Çin virüsü olarak adlandırmaya çalışması⁷⁶ ve pandemiye bahane ederek sınırlarını kapatıp mülteciler kabulünü azaltması, Çin ve ABD hükümetlerinin pandeminin çıkışında birbirlerini komplo teorilerine dayanarak suçlaması⁷⁷, ülkelerin merkezi kararlarla sınırlarını kapaması ve komşu ülkelerde pandemi devam etse bile içe kapanma sayesinde korunacakları yönündeki yanılgı⁷⁸, dünyanın rasyonel yönetilmediğini ve küreselleşme hareketinin ivme kaybedeceğini göstermektedir.

71 Harari (n 3).

72 Par, Zizek (n 11).

73 Par, Buğra (n 5).

74 Baker (n 4).

75 ‘Coronavirus: US accused of ‘piracy’ over mask ‘confiscation’ (BBC, 04 Nisan 2020) <<https://www.bbc.com/news/world-52161995>> erişim tarihi 11 Nisan 2020.

76 Baker (n 4); Par, Arıboğan (n 6).

77 Baker (n 4).

78 Par, Arıboğan (n 6).

Bu doğrultuda, pandemi süreciyle birlikte ulus devletlerin güç kazanacağı belirtilmektedir⁷⁹. Nitekim önceden de açıklandığı üzere en liberal toplumlarda bile devlet yardımı ve müdahalesi beklentisinin artmasıyla devletlerde “önce ben” algısı oluşmuştur. Bunun yanında şirketler de küreselleşme sebebiyle bu denli hızla ve geniş coğrafyaya yayılan pandeminin verdiği dersle olası risklerden korunmak isteyecek ve içe kapanacaktır⁸⁰. Sosyal izolasyonun uygulandığı bu günlerde devletler, şirketler ve toplumlar yalnızca sağlık sebebiyle değil ekonomik sıkıntılarla başa çıkabilmek adına da içe dönmektedirler. Özellikle dünyaya yayılmış büyük şirketlerin, üretim ve tedarik zincirlerinin çok uluslu yapısında yerleşme ve merkezileşmeye gitmesi ihtimal dahilindedir⁸¹. Devletlerin de bu yönde bir değişimi teşvik ederek stratejik öneme sahip endüstrilerin yerel üretimini desteklemesi mümkün gözükmektedir. Bu görüşe göre tedarik zincirinin, kârlılığın azalması pahasına merkezileştirilmesiyle istikrarın kazanılabileceği öne sürülmektedir⁸². Devletlerin yerelleşmeyi teşviki ihtimali ise küreselleşme karşıtı yasama faaliyetlerine örnek teşkil edebilecektir.

İçe kapanmanın ise milliyetçiliği aşan ve yabancı düşmanlığı ile faşizme varan akımları ortaya çıkarabileceği öne sürülmektedir⁸³. Ayrıca halihazırda zaten şüphe duyulan uluslararası kurumların işlevsellik konusunda

79 G. John Ikenberry, ‘How the World Will Look After the Coronavirus Pandemic’ içinde ‘Democracies Will Come Out Of Their Shell’ (Foreign Policy, 20 Mart 2020) <<https://foreignpolicy.com/2020/03/20/world-order-after-coronavirus-pandemic/>> erişim tarihi 26 Nisan 2020; Par, Arıboğan (n 6); Walt (n15).

80 Walt (n 15).

81 Laurie Garrett, ‘How the World Will Look After the Coronavirus Pandemic’ içinde ‘A Dramatic New Stage in Global Capitalism’ (Foreign Policy, 20 Mart 2020) <<https://foreignpolicy.com/2020/03/20/world-order-after-coronavirus-pandemic/>> erişim tarihi 26 Nisan 2020; Richard N. Haass, ‘How the World Will Look After the Coronavirus Pandemic’ içinde ‘More Failed States’ (Foreign Policy, 20 Mart 2020) <<https://foreignpolicy.com/2020/03/20/world-order-after-coronavirus-pandemic/>> erişim tarihi 26 Nisan 2020.

82 Shannon K. O’Neil, ‘How the World Will Look After the Coronavirus Pandemic’ içinde ‘Lower Profits But More Stability’ (Foreign Policy, 20 Mart 2020) <<https://foreignpolicy.com/2020/03/20/world-order-after-coronavirus-pandemic/>> erişim tarihi 26 Nisan 2020.

83 Harari (n 3); Par, Arıboğan (n 6); Walt (n 15).

daha da tereddüt yaratacağı⁸⁴, küreselleşme hareketinin sekteye uğrayacağı belirtilmektedir⁸⁵. ABD'nin, müttefikleri AB'ye önceden haber dahi vermeden sınırlarını üye ülkelere kapaması küreselleşmenin ivme kaybettiğini şimdiden göstermektedir⁸⁶. Bu bakımdan, 21. Yüzyılın başlarını şekillendiren ve o dönemde herkesin faydasına olduğuna inanılan küreselleşmenin bilindiği şekliyle, en azından bugünkü durumda, dünya tarafından kabul görmeyeceği söylenmektedir⁸⁷.

AB özelinde de entegrasyon sürecinin zayıflayacağı düşünülmektedir⁸⁸. Hatta bir görüş, AB idealinin manevi anlamda bugün itibarıyla sona erdiğini öne sürmektedir⁸⁹. Bu doğrultuda, AB'nin gereken ekonomik ve tıbbi yardımları doğru muhataplara iletememesi ve üye ülke vatandaşlarına ulaştıramaması halinde, ulusal hükümetlerin belli yetkilerini AB merkezinden çekerek kendi üzerlerinde toplayabileceği de ifade edilmektedir⁹⁰. Bugün için bakıldığında somut veriler de bu duruma işaret etmektedir. Örneğin, pandemiden en çok etkilenen AB ülkelerinden İtalya'da pandemiyle mücadele sürecinde ulus bilinci güçlenirken aynı hızla da AB'den uzaklaşmaktadır. İtalya'da 05.09.2019 tarihine kadar başbakanlık yapan, halen senatörlük görevini sürdüren Salvini, ülkeye gereken tıbbi malzeme yardımının gönderilmemesi sebebiyle önce Almanya ve Fransa'yı, sonrasında ise genel olarak AB'yi suçlamıştır. Görülen o ki bu suçlamayı halk da meşru görmekte ve eski başbakanın görüşlerini benimsemektedir zira 13.03.2020'de yayınlanan ankete göre İtalyanların %88'si AB'nin pandemi sürecinde gerekli yardımı yapmadığını, %64'ü ise artık AB'ye üye olmanın, yalnızca pandemi süreci için değil, genel olarak ülke için olumsuz olduğunu düşünmektedir⁹¹.

84 Par, Arıboğan (n 6).

85 Haass (n 83); Par, Buğra (n 5); Walt (n 15).

86 Harari (n 3).

87 Robin Niblett, 'How the World Will Look After the Coronavirus Pandemic' içinde 'The End Of Globalization As We Know It' (Foreign Policy, 20 Mart 2020) <<https://foreignpolicy.com/2020/03/20/world-order-after-coronavirus-pandemic/>> erişim tarihi 26 Nisan 2020.

88 Haass (n 83).

89 Par-Arıboğan (n 6).

90 Burns (n 35).

91 Marc Lazar, 'L'Italie, le coronavirus et l'Union européenne' (Institut Montaigne, 18

Nitekim mevcut İtalya Başbakanı Conte de 09.04.2020'de yaptığı açıklamalarda pandemi sürecinde AB'nin gerekli mali yardımları yapmaması halinde birliğin dağılma tehlikesiyle karşı karşıya olduğunu ifade etmiştir⁹².

Konuya ilişkin bir başka görüş ise küreselleşme hareketinin devam edeceğini ancak küreselleşmenin oturduğu merkezin değişeceğini öne sürmektedir. Buna göre pandemi öncesinde dahi bu eksen kayması başlamıştır⁹³. Pandemi sırasında ve sonrasında da bu eğilim devam ederek ABD merkezli küreselleşmenin yerini Çin merkezli küreselleşme alacaktır. Bu görüşe dayanak olarak ABD toplumunun küreselleşmeye duyduğu inancı kaybetmesi, serbest ticaret antlaşmalarını mevcut Trump yönetiminin öncesinde dahi olumsuz görmesi, buna karşılık Çin toplumunun 19. Yüzyılın ortalarından 1949 yılına kadar geçirdiği buhranlı dönemin sebebini içe kapanma olarak görmesi, günümüzde dünyanın her yerinde rekabete girebileceğine ilişkin özgüvene sahip olması ve bu bakımdan küreselleşmeye hala inanması gösterilmiştir⁹⁴. Bu görüşe benzer olarak, küreselleşmenin Çin merkezli olacağı yönünde bir yorum barındırmamakla birlikte pandemi sırasında ABD'nin liderlik testinde sınıfta kaldığı ve ABD'nin, kendi çıkarlarını düşünen dar görüşü ve mevcut yönetiminin yetersizliği sebebiyle artık dünya lideri olarak görülemeyeceği de belirtilmektedir⁹⁵.

Küreselleşmeye ekonomik perspektiften bakan bir başka görüşe göre ise, küreselleşme, ulus devletlere kendi ekonomi politikalarını belirleme, piyasaya müdahale etme imkânı vermeyen bir sistem ve anlayıştır.

Mart 2020) <<https://www.institutmontaigne.org/blog/litalie-le-coronavirus-et-lunion-europeenne>> erişim tarihi 20 Nisan 2020.

92 Mark Lowen, 'Coronavirus: EU could fail over outbreak, warns Italy's Giuseppe Conte' (BBC, 09 Nisan 2020) <<https://www.bbc.com/news/world-europe-52224838>> erişim tarihi 11 Nisan 2020.

93 Kishore Mahbubani, 'How the World Will Look After the Coronavirus Pandemic' içinde 'A More China-Centric Globalization' (Foreign Policy, 20 Mart 2020) <<https://foreignpolicy.com/2020/03/20/world-order-after-coronavirus-pandemic/>> erişim tarihi 26 Nisan 2020; Par-Anboğan (n 6).

94 Mahbubani (n 95).

95 Harari (n 3); Kori Schake, 'How the World Will Look After the Coronavirus Pandemic' içinde 'The United States Has Failed the Leadership Test' (Foreign Policy, 20 Mart 2020) <<https://foreignpolicy.com/2020/03/20/world-order-after-coronavirus-pandemic/>> erişim tarihi 26 Nisan 2020.

Küreselleşmeyle birlikte ülke ekonomilerinin tek tip kurumsal bir çerçeveye sığdırıldığı, ulus devletlerin kendi ülke ekonomilerini ve vatandaşlarını küresel finansal sermaye hareketlerinin sonuçlarından koruyamaz hale geldiği ve hatta küresel piyasanın hakimiyetindeki dünya düzeninde, ulus devletlerin yalnız ekonomiye müdahalesinin değil, ulus devletin kendisinin dahi sorgulandığı belirtilmektedir. Bu bakımdan küreselleşmenin gerilemesinin her zaman olumsuzluk teşkil etmediği ve bu gerilemenin uluslararası ilişkiler ve dayanışmaya zarar vermek zorunda olmadığı ifade edilmektedir. Ayrıca, pandeminin gerektirdiği gibi, ülke ve dünya ekonomilerinin siyaset tarafından müdahale edilerek düzenleneceği bir sistemin geliştireceği ülkeler arası koordinasyon ve dayanışma biçimlerinin de uluslararası dayanışmayı ve kurumları yine güçlendireceğinin altı çizilmektedir. Bu görüşe göre yeni sistemin getireceği kurumsal çeşitlilik ülkelere kendi ekonomilerine daha çok müdahale etme imkânı sunacaktır. Ayrıca küreselleşmenin yavaşlamasıyla içe kapanma ve milliyetçiliğin tetikleneceği de kesin değildir, hatta küreselleşme yavaşlamaz ve bireyler yine serbest piyasanın insafına bırakılırsa bu senaryoda milliyetçi ve faşist akımların güçlenmesi ihtimalinin daha da artacağı ve bunlarla baş etmenin daha da zorlaşacağı ifade edilmektedir⁹⁶.

Küreselleşmenin uluslararası ticareti, seyahati ve iletişimi arttırarak yüz milyonlarca insanı fakirlikten kurtardığı ve bu bakımdan her ülkenin menfaatine olduğu varsayımından yola çıkan bir düşünceye göre ise ülkeler küreselleşmeden vazgeçmeyecektir. Ancak Birleşmiş Milletler gibi kurumların yetkileri, küreselleşme akımı devam ederken zaman içinde artacak ve üye ülkelere belki de doğrudan yaptırım yetkisine kavuşacaktır. Böylece Yeni Normal Düzeninde küreselleşme devam edecek ancak daha sıkı düzenlenecektir⁹⁷. Ancak hemen belirtmek gerekir ki küreselleşmenin, küresel boyutta, bireyleri ne derece fakirlikten kurtardığı tereddüt yaratmaktadır. Piyasanın görünmez elinin her sorunu çözdüğü varsayımıyla hiçbir düzenlemeye hatta devletlerin kendisine sıcak bakmayan liberal kapitalizm yanlısı küreselleşmenin nasıl ve kim tarafından dizginlenebileceği, uluslararası kurumların bireylerin lehine ama küresel ekonominin aleyhine bir karar

96 Par, Buğra (n 5).

97 Pişirici, Gün (n 41).

verip veremeyeceği, dahası küreselleşmenin dizginlenebilmesi ihtimalinde bu sistemin bugünkü mevcut küresel kapitalist sistem olarak devam edip edemeyeceği merak uyandırmaktadır.

Tüm bu açıklanan sebepler ve görüşler doğrultusunda Yeni Normal Düzeninde, en azından bazı ülkelerin meclislerinde özellikle pandemi döneminde ve dönemin hemen sonunda küreselleşme karşıtı yasama faaliyetlerinin görüşülmesi mümkün gözükmemektedir. Ancak konuya ilişkin bütün görüşlerde öne sürüldüğü üzere küreselleşmenin gerilemesi halinde dahi uluslararası dayanışmanın arttırılması önemlidir, aksi halde daha kapalı ve fakir bir dünya karşılaştığımız olasıdır.

Sonuç

Pandemi, sağlık tehdidinin yanında ciddi ekonomik zorluklara da yol açmaktadır. Yaşanan ekonomik zorlukları en az hasarla atlattırmak isteyen ülkeler ise, vatandaşlarını serbest piyasanın sert koşullarından korumak için, geçici de olsa, liberal kapitalizmin özünde bulunmayan tedbirlere yönelmektedir. Bunun sonucunda sosyal devlet kavramı günümüzde parlamaktadır. Ancak ekonomik zorlukların pandemi tehdidi bitse dahi devam edebileceği göz önüne alındığında, devlet müdahalelerinin süreklilik kazanması olasıdır. Yeni Normal Düzeninin getirdiği ekonomik koşullar karşısında sosyal devlet ilkesinin vurgulandığı, hatta bazı görüşlere göre sosyalist unsurlar barındırması gereken ve bireylerin sert piyasa koşulları karşısında ekonomik amaçlarla değil insani sebeplerle korunduğu yeni anayasalar gündeme gelmelidir.

Yaşadığımız süreçte, ekonomik ve tıbbi zorlukların yanında bunlar kadar önemli bir başka tehdit ise, devletlerin ve teknoloji şirketlerinin bireylerin temel hak ve özgürlükleri ile mahremiyetine yaptıkları müdahalelerdir. Esasen, bu hususta daha da kaygı uyandıran mesele, bu müdahalenin sağlık tehdidi sebebiyle bireyler tarafından meşru görülmeyle başlamasıdır. Bu tür müdahaleler süreklilik yaratmamalıdır zira tarihte de görülen birçok örnekte, kriz sırasında geçici olduğu söylenen önlemler kalıcı niteliği bürünmekte devletler birçok halde “krizi fırsata çevirmektedir”. Bu bakımdan

yaşanan sağlık tehdidi bahane edilmemeli ve bireylerin duyduğu kaygı istismar edilmemelidir. Böylece Yeni Normal Düzeninde yine bireyin öne çıktığı, temel hak ve özgürlükler ile mahremiyete dayalı ancak bireyi ekonomik zorluklarla yalnız bırakmayan ve bunu yaparken bireysel haklara da dokunmayan ilerici anayasalar ile karşılaşabiliriz. Aksi halde dünya daha kapalı ve antidemokratik bir düzene dönecektir.

Son olarak bildiğimiz anlamda küreselleşmenin de bu süreçle birlikte yara alacağı hatta akımın şimdiden gerileme yaşadığı gözükmemektedir. Ancak küreselleşmenin ulus devleti hiçe sayan, devletlerin kendi ekonomilerine bile müdahale etmesini öngörmeyen ve bu bakımdan krizlerde bireyleri yalnız bırakan görüşleri göz önüne alınınca bu durum olumsuz karşılanmamalıdır. Zira Yeni Normal Düzeninin gerektirdiği devletçi yaklaşımların gerçekleştirilebilmesi için, küreselleşmenin gerilemesi gerekmektedir. Ayrıca küreselleşme gerilese dahi uluslararası iş birliğinin, yeni oluşacak kurumlarla geliştirilmesi mümkündür. Nitekim, küreselleşmenin en ivme kazandığı dönemlerde dahi, mevcut uluslararası kurumlar şüphe yaratmaktaydı. Yeni Normal Düzeninde ise tek merkezden yönetilen daha verimli uluslararası kurumların oluşturulmasıyla gerek pandemi tehdidine karşı gerekse çeşitli iklimsel krizlere ve ekonomik zorluklara karşı daha verimli bir iş birliği gerçekleştirilebilecektir.

KAYNAKÇA

Baker PC, 'We can't go back to normal: how will coronavirus change the world?' (the Guardian, 31 Mart 2020) <<https://www.theguardian.com/world/2020/mar/31/how-will-the-world-emerge-from-the-coronavirus-crisis>> erişim tarihi 11 Nisan 2020.

Burns N, 'How the World Will Look After the Coronavirus Pandemic' içinde 'In Every Country, We See the Power of the Human Spirit' (Foreign Policy, 20 Mart 2020) <<https://foreignpolicy.com/2020/03/20/world-order-after-coronavirus-pandemic/>> erişim tarihi 26 Nisan 2020.

'Coronavirus: US accused of 'piracy' over mask 'confiscation' (BBC, 04 Nisan 2020) <<https://www.bbc.com/news/world-52161995>> erişim tarihi 11 Nisan 2020.

Friedman TL, 'Our New Historical Divide: B.C. and A.C. — the World Before Corona and the World After' (the New York Times, 17 Mart 2020) <<https://www.nytimes.com/2020/03/17/opinion/coronavirus-trends.html>> erişim tarihi 14 Nisan 2020.

Garrett L, 'How the World Will Look After the Coronavirus Pandemic' içinde 'A Dramatic New Stage in Global Capitalism' (Foreign Policy, 20 Mart 2020) <<https://foreignpolicy.com/2020/03/20/world-order-after-coronavirus-pandemic/>> erişim tarihi 26 Nisan 2020.

Gelfand M, 'To survive the coronavirus, the United States must tighten up' (the Boston Globe, 13 Mart 2020) <<https://www.bostonglobe.com/2020/03/13/opinion/survive-coronavirus-united-states-must-tighten-up/>> erişim tarihi 19 Nisan 2020.

Harari YN, 'The World After Coronavirus' (Financial Times, 20 Mart 2020) <<https://www.ft.com/content/19d90308-6858-11ea-a3c9-1fe6fedcca75>> erişim tarihi 26 Mart 2020.

Haass RN, 'How the World Will Look After the Coronavirus Pandemic' içinde 'More Failed States' (Foreign Policy, 20 Mart 2020) <<https://foreignpolicy.com/2020/03/20/world-order-after-coronavirus-pandemic/>> erişim tarihi 26 Nisan 2020.

Ikenberry GJ, 'How the World Will Look After the Coronavirus Pandemic' içinde 'Democracies Will Come Out Of Their Shell' (Foreign Policy, 20 Mart 2020) <<https://foreignpolicy.com/2020/03/20/world-order-after-coronavirus-pandemic/>> erişim tarihi 26 Nisan 2020.

Lazar M, 'L'Italie, le coronavirus et l'Union européenne' (Institut Montaigne, 18 Mart 2020) <<https://www.institutmontaigne.org/blog/litalie-le-coronavirus-et-lunion-europeenne>> erişim tarihi 20 Nisan 2020.

Lowen M, 'Coronavirus: EU could fail over outbreak, warns Italy's Giuseppe Conte' (BBC, 09 Nisan 2020) <<https://www.bbc.com/news/world-europe-52224838>> erişim tarihi 11 Nisan 2020.

Mair S, 'Could the huge shifts in our way of life being introduced as part of the fight against Covid-19 pave the way for a more humane economy?' (BBC, 31 Mart 2020) <<https://www.bbc.com/future/article/20200331-covid-19-how-will-the-coronavirus-change-the-world>> erişim tarihi 3 Nisan 2020.

Traub J, Von Chamier P, 'Today's Coronavirus Anger Can Revive Tomorrow's Welfare State' (Foreign Policy, 27 Mart 2020) <<https://foreignpolicy.com/2020/03/27/coronavirus-revive-west-welfare-states-solidarity/>> erişim tarihi 3 Nisan 2020.

Yeşilada A, 'FÖŞ yazdı: Türkiye'de salgın bitti mi yani şimdi?' (Para Analiz, 28 Nisan 2020) <<https://www.paraanaliz.com/2020/ekonomi/fos-yazdi-turkiyede-salgin-bitti-mi-yani-simdi-46422/>> erişim tarihi 29 Nisan 2020.

Mahbubani K, 'How the World Will Look After the Coronavirus Pandemic' içinde 'A More China-Centric Globalization' (Foreign Policy, 20 Mart 2020) <<https://foreignpolicy.com/2020/03/20/world-order-after-coronavirus-pandemic/>> erişim tarihi 26 Nisan 2020.

Menon S, 'How the World Will Look After the Coronavirus Pandemic' içinde 'This Pandemic Can Serve a Useful Purpose' (Foreign Policy, 20 Mart 2020) <<https://foreignpolicy.com/2020/03/20/world-order-after-coronavirus-pandemic/>> erişim tarihi 26 Nisan 2020.

Niblett R, 'How the World Will Look After the Coronavirus Pandemic' içinde 'The End Of Globalization As We Know It' (Foreign Policy, 20 Mart 2020) <<https://foreignpolicy.com/2020/03/20/world-order-after-coronavirus-pandemic/>> erişim tarihi 26 Nisan 2020.

O'Neil SK, 'How the World Will Look After the Coronavirus Pandemic' içinde 'Lower Profits But More Stability' (Foreign Policy, 20 Mart 2020) <<https://foreignpolicy.com/2020/03/20/world-order-after-coronavirus-pandemic/>> erişim tarihi 26 Nisan 2020.

Par K, 'Deniz Ülke Arıboğan: Avrupa için yeni ortaçağ' (Habertürk, 24 Mart 2020) <<https://www.haberturk.com/koronavirus-sonrasi-dunya-deniz-ulke-aribogan-yeni-ortacag-haberler-2623115>> erişim tarihi 24 Mart 2020.

Par K, 'Ayşe Buğra: Korona küresel piyasa ekonomisinin sonunu getirebilir' (Habertürk, 25 Mart 2020) <<https://www.haberturk.com/ayse-bugra-korona-kuresel-piyasa-ekonomisinin-sonunu-getirebilir-2624362>> erişim tarihi 25 Mart 2020.

Par K, 'Zizek: İnsanın hayatta kalabilmesi için küresel komünist tedbirlerle ihtiyaç var' (Habertürk, 26 Mart 2020) <<https://www.haberturk.com/>>

zizek-insanligin-hayatta-kalabilmesi-icin-kuresel-komunist-tedbirlere-ihitiyac-var-2625909> erişim tarihi 26 Mart 2020.

Pişirici S, Gün M, ‘Refah İçin Hukuk (3): Koronavirüs hukuku alaşağı eder mi?’ (Medyascope, 21 Nisan 2020) <<https://medyascope.tv/2020/04/21/refah-icin-hukuk-3-koronavirus-hukuku-alasagi-eder-mi/>> erişim tarihi 26 Nisan 2020.

Schake K, ‘How the World Will Look After the Coronavirus Pandemic’ içinde ‘The United States Has Failed the Leadership Test’ (Foreign Policy, 20 Mart 2020) <<https://foreignpolicy.com/2020/03/20/world-order-after-coronavirus-pandemic/>> erişim tarihi 26 Nisan 2020.

Walt SM, ‘How the World Will Look After the Coronavirus Pandemic’ içinde ‘A World Less Open, Prosperous, and Free’ (Foreign Policy, 20 Mart 2020) <<https://foreignpolicy.com/2020/03/20/world-order-after-coronavirus-pandemic/>> erişim tarihi 26 Nisan 2020.

QUESTIONING THE EFFECTIVENESS OF THE DATA PROTECTION IMPACT ASSESSMENT UNDER THE GDPR IN TIME OF COVID-19 CRISIS

Eyüp KUN*

Abstract

The Article 35 of the GDPR introduces data protection impact assessment (DPIA) as a new obligation for data controllers before the highly risky processing activities. This new obligation is expected to contribute to robust data protection under the GDPR. During the COVID-19 crisis, many countries has created the tracing applications to combat the spread of the virus in the European Union. The implementation of these applications requires the preparation of the DPIA. In this article, based on diverse theoretical research, it is suggested that data protection impact assessment in the time of crisis would not positively contribute to the current data protection framework as much as expected since the preparation of the DPIA is envisaged as an internal mechanism. The highly qualified requirement for consultation with data subjects and the lack of broader mandatory stakeholder consultation prejudice the effectiveness of these assessments under the GDPR as these consultation mechanisms would play an external evaluative role in the preparation of these assessments. The disclosure of the DPIA is regarded as a good practice only. This article argues that the disclosure of the assessment would have brought a variety of benefits, including *ex-ante* transparency, effective use of individual data subject rights and potential improvement of the competition with respect to the data protection policies. In the absence of disclosure, data protection impact would not attain its objective, strengthening data protection framework. While discussing the weaknesses and potential benefits of necessary stakeholder consultation and disclosure, the examples related to the tracing applications will be given to justify these arguments.

* LL.M. (London School of Economics and Political Science)

Keywords: COVID-19, data protection impact assessments, obligatory consultation, mandatory disclosure, *ex-ante* transparency.

Özet

GDPR'ın 35. maddesi, yüksek risk barındıran veri işleme faaliyetlerinden önce veri sorumluları açısından yeni bir yükümlülük olmak üzere veri koruma etki analizini (DPIA) getirmiştir. Bu yeni yükümlülüğün GDPR kapsamında daha güçlü bir veri korumasına katkı sağlaması beklenmektedir. COVID-19 krizi sırasında birçok ülke, virüsün Avrupa Birliği'nde yayılmasıyla mücadele etmek için izleme uygulamaları geliştirmiştir. Söz konusu bu uygulamaların yerine getirilebilmesi için DPIA'nın hazırlanması gerekmektedir. Bu makalede, çeşitli teorik araştırmalara dayanarak, kriz boyunca veri koruma etki analizinin, DPIA'nın hazırlanması bir iç mekanizma olarak tasarlandığından mevcut veri koruma çerçevesine beklenildiği kadar olumlu katkıda bulunmayacağı ileri sürülmektedir. Söz konusu istişare ve görüş alma mekanizmaları veri koruma etki analizlerinin hazırlanmasında harici bir değerlendirici rol oynayacağından, ilgili kişinin görüşlerini alma gerekliliği ve etkilenen kişilerle daha geniş zorunlu istişare eksikliği, GDPR kapsamında veri koruma etki analizinin etkililiğine zarar vermektedir. DPIA'nın açıklanması sadece iyi bir uygulama olarak görülmektedir. Bu makale, veri koruma etki analizinin açıklanmasının; *ex-ante* şeffaflık, ilgili kişinin bireysel haklarının etkin kullanımı ve veri koruma politikaları açısından rekabetin geliştirilmesi dahil olmak üzere çeşitli faydalar getireceğini savunmaktadır. DPIA sonrasında yayınlanmaz ise, veri koruma etki analizi, kişisel verilerin korunmasını güçlendirme amacına ulaşmayacaktır. Etkilenen kişilerin zorunlu olarak görüşlerini almanın potansiyel fayda ve zararlarını tartışırken, bu iddiaları gerekçelendirmek için virüs takip uygulamalarına ilişkin örnekler verilecektir.

Anahtar kelimeler: COVID-19, veri koruma etki analizi, zorunlu görüş alma/istişare, zorunlu açıklama, *ex-ante* şeffaflık

1. Introduction

During the COVID-19 crisis, it is widely accepted that combating the spread of the virus by tracing application should comply with data protection framework. While designing these applications, according to the GDPR, data controllers must draft the DPIA as controllers aim at vast amount of sensitive personal data processing through these applications.

Mandatory data protection impact assessment is a new mechanism under the European Union General Data Protection Regulation (GDPR). It is a part of the various regulatory approaches taken under the European Union data protection framework in the GDPR. The privacy impact assessment (PIA) can be considered a precursor of DPIAs.¹ However, DPIAs covers highly risky data processing activities rather than privacy-based analysis, which is a natural consequence of the difference between the right to privacy and data protection.² Thus, DPIAs are broader than PIAs due to the broader scope of data protection.

DPIA under the GDPR can be seen as an internal preparation of a company for highly risky data processing. It is aimed at framing and documenting existing obligations arising from the GDPR on the criterion of likely high risk to the rights and freedoms of a natural person.³ This documenting and framing is fully aligned with the principle of accountability,⁴

1 For the concept of the privacy impact assessments, see: D. Wright, R. Finn and R. Rodrigues, 'A comparative analysis of privacy impact assessment in six countries' (2013) 9 *Journal of Contemporary European Research* 160; David Wright, 'Should privacy impact assessments be mandatory?' (2011) 54 *Communications of the ACM* 121.

2 Orla Lynskey, *The foundations of EU data protection law* (First edition. edn, Oxford, United Kingdom : Oxford University Press 2015), 131.

3 Katerina Demetzou, 'Data Protection Impact Assessment: A tool for accountability and the unclarified concept of 'high risk' in the General Data Protection Regulation' (2019) 35 *Computer Law & Security Review: The International Journal of Technology Law and Practice* ,4.; Article 29 Data Protection Working Party (WP), 'Guidelines on Data Protection Impact Assessment (DPIA) and determining whether processing is "likely to result in a high risk" for the purposes of Regulation 2016/679' (2017) (Guidelines on DPIA), 17/EN WP 248 rev. 01., 3.

4 Article 5(2) of the GDPR.

as the principle is concerned with how a data controller has to prove compliance with the GDPR, taking into account the high risk of the processing. The rights and freedom of a natural person may involve other fundamental rights such as freedom of thought, freedom of information or freedom of expression, in addition to data protection rights according to the Guidelines on Data Protection Impact Assessment⁵. According to Article 35(7), This assessment shall include a description of the intended processing, purposes of the processing, risk assessment regarding fundamental rights and the measures taken to mitigate these risks. Thus, requiring a draft of DPIA is intended to promote well-prepared processing designs.

Setting forth mandatory DPIA is one of the new mechanisms to strengthen the personal data protection regime under the GDPR and is intended to ensure and document the data subjects' accountability *ex-ante* in the case of highly risky processing. In the second section of this essay, I will analyse how doing DPIA fits with the risk-based and meta-regulation approach and when preparing DPIA is mandatory for data controllers, with an example of the use of tracing applications in time of COVID-19. In the third section, I will argue that DPIA under the GDPR cannot attain the goal of *ex-ante* protection with regard to personal data due to lack of mandatory data subjects and more comprehensive stakeholder consultation and mandatory disclosure of DPIA. Considering the potential compelling effect of the consultation and disclosure, I will contend that DPIA in the current framework will not help to attain more robust data protection. The examples belong to the COVID-19 period will prove my arguments.

1.DPIA under GDPR

a. DPIA as Risk-based Model and Meta-Regulation

DPIA hinges on how risk is *ex-ante* managed during the process rather than focusing on harm or outcomes arising from the process. Considering the central point of likely high risk in DPIAs and data controllers' discretion in managing the risk, DPIA might be considered part of the risk-based

5 WP, Guidelines on DPIA, 5.

approach under the GDPR.⁶ The risk-based approach provides an *ex-ante* approach to the protection of personal data under the GDPR as a data controller starts with a DPIA even before the data processing occurs. Quelle points out that without the risk-based regulation, harm-based regulation would have been limited to the discretionary risk analysis conducted by a data controller.⁷ The mere harm-based approach would limit the data protection to the harm suffered by data subjects. However, in risk analysis, irrespective of the potential harm, mitigating the risk of prejudicing personal data is of utmost importance. Therefore, in taking the risk-based approach, the data protection framework has extended its scope to processing activities themselves.

The role of DPIAs in GDPR can be conceptualised by referring to the meta-regulatory approach in the regulation theory. There is no standard definition of the meta-regulation in the regulation literature.⁸ However, it refers to overseeing the targeted firms carrying out its risk management system by a regulatory authority. It is different from traditional command-control regulation by which regulators set clear standards within a rule, and impose sanctions if these are not followed.⁹ In meta-regulation, there is no specific command and how to actually comply with the pre-determined goals is left to the targeted firms. This approach is sometimes called the regulation of self-regulation¹⁰ since targeted enterprises decide on how to respond to the problems determined by regulators and are in

6 Raphaël Gellert, 'UNDERSTANDING DATA PROTECTION AS RISK REGULATION' (2015) 18 *Journal of Internet Law* 3, 8.

7 Claudia Quelle, 'The 'Risk Revolution' in EU Data Protection Law: We can't Have Our Cake and Eat it, Too' in Ronald Leenes and others (eds), *Data Protection and Privacy : The Age of Intelligent Machines* (Computers, Privacy and Data Protection, 1 edn, Hart Publishing 2017), 43.

8 C. Coglianese and E. Mendelson, 'Meta-Regulation and Self-Regulation' in Martin Cave, Robert Baldwin and Martin Lodge (eds), *The Oxford Handbook of Regulation* (Oxford University Press 2010), 147.; Robert Baldwin, *Understanding regulation : theory, strategy, and practice* (Second edition. edn, Oxford : Oxford University Press 2012), 148.

9 *ibid* 107.

10 Christine Parker, *The Open Corporation: Effective Self-regulation and Democracy* (Cambridge University Press 2002).

turn monitored by a regulatory authority. Thus, it is different from self-regulation. However, it must be noted that the way in which it complies with the principles is left to the enterprise itself. As distinct from meta-regulation, co-regulation is concerned with the codes of conduct established by industrial bodies or organisations.¹¹ In meta-regulation, the regulatory authority monitors whether the internal regulation by enterprises is compatible with the principles of the regulation. This type of regulation is feasible and desirable in the case of complex issues requiring a certain flexibility to overcome.¹² Additionally, this approach will lessen regulators' burden of controlling the targeted enterprises. However, it must be borne in mind that targeted enterprises might find ways to avoid regulation as they decide independently on how to reach the goals of the regulations. Thus, external pressure is required to ensure effective meta-regulation to attain public interest in the regulation¹³ as this pressure, as applied by regulators or stakeholders, may persuade companies to comply with the regulation.

When it comes to DPIA, in Article 35 of the GDPR, even though the preparation of the DPIA is mandatory in the case of likely high risk to the rights and freedoms of a natural person, this provision does not specifically dictate how to act before the intended data processing. It sets the boundaries of the impact assessment without commanding any specific measures that must be taken to protect data processing. It envisages how this assessment must be prepared and elements of the assessment. This means the data controller will design its compliance regime adaptively and have operational discretion for highly risky data processing in terms of protecting personal data. Thus, this can be regarded as meta-regulation.¹⁴ The GDPR

11 Ian Ayres and John Braithwaite, *Responsive regulation : transcending the deregulation debate* (New York : Oxford University Press 1992), 102; Christopher T. Marsden, *Internet co-regulation : European law, regulatory governance and legitimacy in cyberspace* (Cambridge : Cambridge University Press 2011), 58.

12 Coglianesi and Mendelson, 'Meta-Regulation and Self-Regulation', 163.

13 Reuben Binns, 'Data protection impact assessments: a meta-regulatory approach' (2017) 7 *International Data Privacy Law* 22–Data protection impact assessments: a meta-regulatory approach– (2017, 34.

14 [ibid](#)[Reuben](#)[/author></authors></contributors><added-date format="utc">1586636712</added-date><ref-type name="Journal Article">17</ref-type><dates><year>2017</year></dates><rec-number>62</rec-number><last-updated-date format="utc">](#)

stipulates that the data controller shall take code of conduct into account under Art. 35(8). As code of conduct is not authoritative, this provision would not be sufficient to qualify for the DPIA as an illustration of co-regulation. Meta-regulation offers flexibility to data controllers in terms of adapting their measures to the level of the risk to the fundamental right of a natural person. The data controller shall ensure prior consultation with the data protection authority where the data protection impact assessment indicates high risk in the absence of measures taken by the controller to mitigate such risk.¹⁵ This provision is compatible with meta-regulation as the data protection authority retains a supervisory capacity over the data controller. However, this external pressure is applied solely by the data protection authority under the GDPR. There are no explicit mechanisms by which to apply pressure other than administrative sanctions by the data protection authority in the case of the lack of a DPIA. Possible repercussions of this preference by the GDPR will be discussed further below.

b. When DPIA is mandatory under the GDPR?

DPIA is mandatory if the intended processing is likely to pose considerable risk to the fundamental rights of a natural person. “High risk” is an ambiguous term used to determine whether the DPIA is required. Thus, Article 29 Working Party determines the criteria by which data controllers can decide whether DPIA preparation is necessary.¹⁶ Despite the non-binding nature of the guidelines¹⁷, this guideline creates a roadmap for data controllers to draft a DPIA when necessary. This guideline counts nine different processing operation risking the fundamental rights of a natural person, taking Art. 35(3) and use of new technologies¹⁸ into account. These criteria include evaluation, scoring, automated decision making, systematic

>1586641329</last-updated-date><electronic-resource-num>10.1093/idpl/ipw027</electronic-resource-num><volume>7</volume></record></Cite></EndNote> 30.

15 Article 36 of GDPR.

16 WP, Guidelines on DPIA, 7.

17 According to Article 35(4), “The supervisory authority shall establish and make public a list of the kind of processing operations which are subject to the requirement for a data protection impact assessment pursuant to paragraph 1.”

18 Art. 35(1) of the GDPR.

monitoring, processing sensitive data, processing on a large scale, and applying new technologies. If two out of nine criteria are met, the data controller must consider carrying out the assessment.

c. Use of Tracing Applications in the Time of COVID 19: Is DPIA Mandatory?

For the sake of an example, I will analyse whether the use of tracing applications requires the preparation of DPIA. Health data and location data have been processed in the context of these applications. As these activities intend data processing on a large scale and risks the fundamental rights of a natural person, such as data protection rights or privacy, the data controller is required to draft a data protection impact assessment to see how to manage this processing without risking these fundamental rights. The Council of Europe announced that the impact assessment must be drafted prior to the deployment of tracing application technologies due to their potential impact on data subject's fundamental rights.¹⁹ Additionally, the Information Commissioner's Office states that the DPIA is required in the preparation of these applications since the implementation of these apps is more likely to constitute a high risk to the freedom of individuals.²⁰ These announcements confirm the necessity to draft a DPIA in the use of these applications to combat the spread of virus.

2. Potential Ineffectiveness of the DPIA under the GDPR

The preparation of a DPIA is regarded as an internal mechanism in the organisation of the data controller. The controller is considered the sole decision-maker in the drafting process of the DPIA. Since the controller is responsible and accountable for the data processing activities, imposing an

19 Council of Europe, 'Joint Statement on Digital Contact Tracing' (2020) <<https://rm.coe.int/covid19-joint-statement-28-april/16809e3fd7>> accessed May 1, 2020.

20 ICO, 'COVID-19 Contact tracing: data protection expectations on app development' (2020) <<https://ico.org.uk/media/for-organisations/documents/2617676/ico-contact-tracing-recommendations.pdf>> accessed June 24, 2020

obligation on a data controller to prepare a DPIA is in accord with the data protection framework. Seeking the opinion of data protection officer, if designated, on impact assessment is part of the internal mechanism. However, the concept of an internal mechanism may result in a self-centric perspective by data controllers, which prejudices the effectiveness of the DPIA mechanism. Puijenbroek and Hoepman observed that due to the internal nature of the privacy impact assessment, the data controllers put themselves, rather than data subjects, at the focal point of the assessment.²¹ It is remarked that data controllers merely look at the effect of the processing on their activities rather than in terms of a privacy risk because of the controller-centric assessment.²² In other words, as long as they avoid any adverse impact on their activities, protecting privacy as such is not entirely critical to them. Thus, external views in the preparation phase of the DPIA and disclosure after the preparation would render it a more effective tool to prevent highly risky processing *ex-ante*. The lack of robust mechanisms, including necessary consultation with data subjects and stakeholders and disclosing, would have saved the DPIA from the potential danger of being a checkbox step²³ in ensuring compliance with the GDPR.

a. Is Prior Consultation with the Data Protection Authority Sufficient as an External Mechanism?

Data controllers are required to consult with the data protection authority prior to the processing provided that the DPIA indicates that the intended processing activity would be of particular risk to fundamental rights in the absence of measures to mitigate it.²⁴ It would be contended that this mandatory consultation can be regarded as an appropriate external mechanism to oversee the processing, and there is thus no need to have a participative process for the DPIA as the data controller is solely

21 J. Van Puijenbroek and J. H. Hoepman, *Privacy impact assessment in practice: The results of a descriptive field study in the Netherlands* (2017), 1.

22 *ibid* 7.

23 Quelle, 'The 'Risk Revolution' in EU Data Protection Law: We can't Have Our Cake and Eat it, Too', 15.

24 Article 36 of the GDPR.

responsible for the data processing. However, this mechanism would be ineffective, as the financial resources of the data protection authorities may not be adequate to analyse and monitor the DPIA meticulously. Janssen contends that scarce financial resources may hinder data protection authorities from overseeing impact assessments effectively.²⁵ The Brave's report on the enforcement capacity of data protection authorities shows that most of the EU member states do not fund sufficiently data protection authorities.²⁶ Even though the data protection authorities are the gatekeepers of the data protection framework, the other participatory mechanisms, discussed below, might help them use their powers to prevent the risk intended processing *ex-ante* since data controllers are more likely to underestimate the risk inherent to the intended processing mechanism.²⁷ For instance, in the preparation of NHSX Contact Tracing App, it is stated that the ICO is "briefed" rather than "consulted".²⁸ The use of "briefing" instead of "consultation" would show that data controllers will not consult data protection authority properly to provide effective protection. This example from time of crisis shows that how the prior consultation with data protection authorities would not appropriate to secure effective data protection. Considering the financial resources of a data protection authority and the discretion used by data controllers, data controllers will not consult with the data protection authority when necessary. Thus, prior consultation with the data protection authority is not adequate to ensure effective protection.

25 Heleen L Janssen, 'An approach for a fundamental rights impact assessment to automated decision-making' International Data Privacy Law, 11-12; Same argument: Quelle and Claudia, *The Data Protection Impact Assessment, or: How the General Data Protection Regulation May Still Come to Foster Ethically Responsible Data Processing* (November 25, 2015) Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2695398>, 3.

26 Brave, *Europe's governments are failing the GDPR* (2020) Available at: <https://brave.com/wp-content/uploads/2020/04/Brave-2020-DPA-Report.pdf>

27 Janssen, 'An approach for a fundamental rights impact assessment to automated decision-making', 13.

28 Michael Veale 'Analysis of the NHSX Contact Tracing App 'isle of Wight' Data Protection Impact Assessment' (9 May 2020) <osf.io/preprints/lawarxiv/6fvgh>

b. Lack of Mandatory Stakeholder Consultation in the Preparation Phase of the DPIA

The lack of mandatory participation of data subjects is one of the weaknesses of the DPIA under the GDPR. As their rights are at stake in the intended processing, data subjects can be rightfully regarded as stakeholders. Compulsory consultation with data subjects was a prerequisite for the data impact assessment in the Commission's original proposal (Article 33(4)).²⁹ However, Parliament amended this text by stating that it represented a disproportionate burden on data controllers³⁰. Now, in the GDPR, seeking consultation with the data subject is a highly qualified requirement. According to Article 35(9), the controller shall obtain the view of data subjects on the intended processing where appropriate and without prejudice to ensure the protection of the public, commercial interest, and security of the processing. It is rightly contended that the final version of the GDPR weakened the role of data subjects' opinions on the intended data processing.³¹ Reuben reasonably argues that the GDPR does not guarantee the involvement of data subjects in the assessment process due to the highly qualified requirement for consultation.³² This article reflects the weakness

29 European Commission, 'Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the Protection of Individuals with regard to the Processing of Personal Data and on the Free Movement of such Data (General Data Protection Regulation)' (2012) 0011.

30 Committee on Civil Liberties, Justice and Home Affairs, European Parliament (rapporteur: Jan Philipp Albrecht), 'Report on the proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data (General Data Protection Regulation)' (2013), Amendment 262.

31 Michael Veale, Reuben Binns and Jef Ausloos, 'When data protection by design and data subject rights clash' (2018) 8 International Data Privacy Law 105, 118.

32 Binns, 'Data protection impact assessments: a meta-regulatory approach'
Data protection impact assessments: a meta-regulatory approach
DisplayText<record><keywords><keyword>Information Technology</keyword><keyword>Data Protection</keyword><keyword>Eu Law</keyword><keyword>Mandatory Requirements</keyword><keyword>Personal Data</keyword><keyword>Privacy Impact Assessments</keyword><keyword>Regulation</keyword><keyword>Law</keyword></keywords><isbn>2044-3994</isbn><titles><title>Data protection impact assessments: a meta-regulatory approach</title><secondary-title>International Data Privacy Law</secondary-title></titles><pages>22-35</pages><number>1</number><contributors><authors><

of the participation of data subjects in the DPIA preparation as the controller will decide on when it is proper to seek this consultation by taking its commercial interest, public interest, or security of the processing. A narrow interpretation of the exceptions under Art. 35(9) might be enforced by data protection authorities to ensure effective DPIA. The Article 29 Working Party (WP) tries to strengthen the data subject role by stating that if the data controller considered the consultation inappropriate, the controller must justify why the opinion of the data subjects were not sought³³. WP presumed the existence of view of the data subject as a rule in the case of data impact assessment. This approach, as taken by WP, shows the importance of the participatory process. Despite the efforts of WP, this does not solve the shortcomings of the GDPR in DPIAs since the recommendations of the WP are not legally binding.³⁴ Data controllers have broad discretion to decide on the consultation under the GDPR.

The lack of necessary broader stakeholder participation, including the general public and civil organisations, is another weakness of the participatory preparation phase of the DPIA. It is noted that many organisations in the Netherlands are not aware of the definition of a stakeholder in a privacy impact assessment.³⁵ This shows the absence of a stakeholder consultation culture in impact assessments. Without necessary stakeholder consultation, data controllers are less likely to take stakeholders' views into account. It is a missing point in the GDPR as this involvement would have strengthened the position of any stakeholders, especially data subjects, against the data

author>Binns, Reuben</author></authors></contributors><added-date format="utc">1586636712</added-date><ref-type name="Journal Article">17</ref-type><dates><year>2017</year></dates><rec-number>62</rec-number><last-updated-date format="utc">1586641329</last-updated-date><electronic-resource-num>10.1093/idpl/ipw027</electronic-resource-num><volume>7</volume></record></Cite></EndNote>, 34; SL Harris, 'Data Protection Impact Assessments as Rule of Law Governance Mechanisms' Data & Policy, 9.

33 WP, Guidelines on DPIA, 15.

34 Sandra Wachter, 'The GDPR and the Internet of Things: a three-step transparency model' (2018) 10 Law, Innovation and Technology 266, 278.

35 Van Puijenbroek and Hoepman, *Privacy impact assessment in practice: The results of a descriptive field study in the Netherlands*, 7.

controller, and make the assessment far more democratic.³⁶ The democratic involvement of stakeholders is quite prevalent in the impact assessments of other fields, such as environmental impact assessments.³⁷ This approach would have been adapted in DPIAs under the GDPR. Wright suggested public consultation in the context of privacy impact assessments.³⁸ Stakeholders may bring an external perspective to the intended process, which may have a positive impact on the intended process. Additionally, the external view of different stakeholders is considered an element of meta-regulation as stakeholders play a crucial “evaluative role” in overseeing the activities of the targeted firms in addition to supervision by the data protection authorities.³⁹ It seems that even though GDPR adopted the meta-regulatory approach to the preparation of a DPIA, it adopted the weaker version; consequently, the DPIA would not attain its goal, namely that of more robust data protection.

c. Lack of Disclosure of DPIA

Even though WP states that disclosing assessment would be deemed good practice, the mandatory disclosure requirement has not envisaged under the GDPR.⁴⁰ The lack of disclosure might be regarded as a natural consequence of constructing the DPIA as an internal mechanism under the GDPR. The GDPR aims at the practical implementation of its provision into reality by *ex-ante* mechanisms such as the DPIA by imposing *ex post* the high administrative fines.⁴¹ Due to the lack of exposure of the DPIA, the

36 The term of democratic is used as a synonym of participative decision-making.

37 Niels van Dijk, Raphaël Gellert and Kjetil Rommetveit, ‘A risk to a right? Beyond data protection risk assessments’ (2016) 32 Computer Law & Security Review: The International Journal of Technology Law and Practice 286, 300.

38 David Wright, ‘Making Privacy Impact Assessment More Effective’ (2013) 29 The Information Society 307, 315.

39 Sharon Gilad, ‘It runs in the family: Meta-regulation and its siblings’ (2010) 4 Regulation & Governance 485, 491; Parker, *The Open Corporation: Effective Self-regulation and Democracy*, 254.

40 WP, Guidelines on DPIA, 18.

41 N. N. Loideain and R. Adams, ‘From Alexa to Siri and the GDPR: The gendering of Virtual Personal Assistants and the role of Data Protection Impact Assessments’ (2019) Computer Law and Security Review, 10.

data controller would draft it carelessly as it will be not disclosed unless the data protection authority seeks to access it. The administrative fines would not act as a deterrent to the extent that might otherwise be expected. The publishing obligation would correct this failure as the data subjects, or their representatives, could scrutinise the assessment and lodge a complaint before the data protection authority in the case of non-compliance with the requirements of the GDPR. Furthermore, the reporting requirement is compatible with the meta-regulatory approach as the reporting brings corporate activities to light.⁴² This means that where the DPIA was disclosed at the end of the assessment, its activities related to the intended processing would be monitored not only by the data protection authorities but also by the stakeholders. Thus, the lack of mandatory disclosure could be considered a pitfall to the DPIA under the GDPR.

3. Strengthening DPIA with Stakeholder Consultation and Disclosure

After finding certain drawbacks to the DPIA under the GDPR, the potential benefits of the mandatory stakeholder consultation and the disclosure must be explored to demonstrate that the current DPIA's pitfalls would adversely impact the effectiveness of data protection.

a. Broader Mandatory Stakeholder Consultation: Participative Decision-Making

If mandatory data subject consultation in a broader sense in drafting the DPIA has been set out, this will render the DPIA more effective. It is a general principle under the GDPR that data subjects have control over their data. Consent is a crucial tool to provide data subjects with the ability to sustain control over their data. This consent mechanism is supported by different data subject rights, including the right to access, right to erasure, and the right to be informed. However, the data subjects do not have any say in the manner of processing except to prevent the process by

42 Parker, *The Open Corporation: Effective Self-regulation and Democracy*, 252.

withdrawing their consent. When a data subject gives free and informed consent or other legitimate grounds for data processing, the data controller gains control over personal data processing in compliance with the GDPR. Data subjects do not have any say about the data processing except in terms of the use of their data subject rights. The divided control between the data subject and data controller could result in the loss of trust in data controllers as the data subjects are not involved in the decision making concerning data processing after giving consent. The mandatory consultation with data subjects in the case of the DPIA may restore this trust because data subjects would feel part of the decision-making procedure of the DPIA, and data subjects' control over the personal data would be continued and manifested as participation in the decision making of the DPIA. Data subjects can express their concerns and see whether these concerns are taken into account by the data controller. If their concerns are not duly addressed by the data controller, then they can use their right to request the erasure of their data. This extended control in the manifestation of the mandatory consultation would build trust. Similarly, Yordanov supports consultation with data subjects, arguing that the data controller would build trust among the data subjects.⁴³ Thus, the mandatory data subject consultation would be a useful tool to extend individual control over the processing phase and build trust amongst data subjects.

Consulting with stakeholders such as civil society or the greater public can bring an external perspective to potential risky data processing. Especially when considering the use of new technology, Wright suggested public consultation in the context of privacy impact assessments as this would offer a 'beta test' for the use of new technologies.⁴⁴ For instance, symptom tracking and contact tracing apps are being developed to contain COVID-19 in the UK. In the bill proposing safeguards for these applications, mandatory consultation with the public for two weeks is stipulated.⁴⁵ This

43 Atanas Yordanov, 'Nature and Ideal Steps of the Data Protection Impact Assessment under the General Data Protection Regulation' *European Data Protection Law Review* (EDPL) 486, 494.

44 Wright, 'Making Privacy Impact Assessment More Effective', 315.

45 L. Edwards and others, *The Coronavirus (safeguards) Bill 2020: Proposed Protections*

draft bill shows the importance of public feedback. The feedback from the public on the intended data processing risks arising from the use of these applications may strengthen the data protection regime, bringing an externally public interest perspective and changing the data controllers' perspectives on fundamental rights. Veale's analysis on the DPIA of NHSX⁴⁶ is an illustrative example of the effect of stakeholder consultation during the preparation. He indicates possible shortcomings of this application with respect to data protection legislation. If the data controller takes Veale's view into considerations as an external view, the robust data protection would be maintained. This analysis shows how the external view contributes to the effective data protection framework in the preparation of DPIAs. However, However, the GDPR failed to adopt such a mandatory approach.

b. Mandatory Disclosure: Empowering the Data Subject

The mandatory disclosure requirement would bring a variety of benefits to make data protection more effective. When these assessments are disclosed to the public, data subjects, or the wider public, could trigger further debate about the measures taken to protect personal data. Parker points out that the disclosure of the reports in the context of meta-regulation provides an opportunity for stakeholders to criticise the actions of the managers.⁴⁷ Therefore, disclosure would allow for a more effective implementation of the data protection regime.

Disclosing DPIAs can facilitate the right to complaint against data controllers in instances of risky data-processing activities. Without knowing how the intended data process will be carried out, it is hard for data subjects to lodge any complaints about the intended processing or to start civil actions against the data controllers if their data protection rights are

for Digital Interventions and in Relation to Immunity Certificates (April 13, 2020) <osf.io/preprints/lawarxiv/yc6xu>

46 Veale, 'Analysis of the NHSX Contact Tracing App'.

47 Christine Parker, *Meta-regulation: The regulation of self-regulation* (2002) Parker, *The Open Corporation: Effective Self-regulation and Democracy*, 283.

neglected.⁴⁸ The disclosure is a way to see potential problems with the intended data processing. After looking at the content of the assessment, data subjects may not be satisfied with the measures taken by the data controller to protect personal data and decide to complain to the data protection authority. Thus, disclosure may facilitate and enhance the use of the right to complain under the GDPR. Additionally, this disclosure would facilitate the collective action led by non-profit organisations against data controllers. In some cases, where the content of the DPIA is so complex that the data subjects cannot understand the potential impacts of the intended processing on their data, non-profit organisations assist them in terms of clarifying the problematic aspects of the DPIA.⁴⁹ In return, data subjects can mandate, according to Article 80, a non-profit organisation to lodge a complaint or seek effective judicial remedies against both supervisory authorities or data controller or processor. There is a large privacy-defending community that engage in data protection activism on behalf of data subjects.⁵⁰ This advocacy community will help data subjects in the instance of the failure in the DPIA. Thus, reporting for the DPIA would strengthen data subjects' right to complaint under the GPDR in the case of serious problems arising from the preparation of the DPIA.

The disclosure of the DPIA will strengthen the data protection regime by providing *ex-ante* transparency in risky processing activities, which means how the processing activity is carried out can be understood by data subjects before the start of the data processing. This *ex-ante* transparency provided by disclosure of the DPIA would be a better way of informing the data subjects about the intended processing as the DPIA should assess the risk and include how the risk is mitigated rather than providing information about details of processing only. It could be argued that the privacy notice may be sufficient to inform data subjects about data processing.⁵¹

48 Quelle and Claudia, *The Data Protection Impact Assessment, or: How the General Data Protection Regulation May Still Come to Foster Ethically Responsible Data Processing*, 4.

49 Janssen, 'An approach for a fundamental rights impact assessment to automated decision-making', 12.

50 Binns, 'Data protection impact assessments: a meta-regulatory approach', 33.

51 For the criticism of privacy notice, see: Brendan Van Alsenoy, Eleni Kosta and Jos Dumortier, 'Privacy notices versus informational self-determination: Minding the gap'

Disclosing a privacy notice is a way of providing data subjects with information about data processing at the time when personal data is obtained by the controller.⁵² These privacy notices generally include general information about the scope of the processing, the period that data will be stored for, and the rights of the data subjects. However, these notices do not contain information related to how the data processing puts fundamental rights at risk or how these risks are mitigated, as opposed to the content of the DPIA. Thus, disclosing the DPIA *ex-ante* will be more effective than privacy notices to inform the data subjects about the risk of processing. Wachter considers that disclosing DPIAs would help data subjects to understand better the risks involved in using Internet of Things devices and consequently to make more informed decisions about their use.⁵³ Without the DPIA, the privacy notice would not inform how the risk is considered and mitigated by any necessary measures. Thus, *ex-ante* transparency complements the role of privacy notices to enhance data protection.

As the disclosure of the DPIA would attract public feedback on the intended risky processing, it can trigger market pressure on the data controller to proactively protect personal data in instances of risky processing. This means that if the consumer finds that their fundamental rights will not be duly protected, they can threaten the data controller with switching to a competitor if the quality of the data protection in the service⁵⁴ is low⁵⁵. Consumers can look at the impact assessment to determine whether the data protection policy of the company is of low quality. For instance, after the

(2014) 28 International Review of Law, Computers & Technology: The future of data protection: collapse or revival? 185, 189.

52 Article 12- 14 of the GDPR.

53 Wachter, 'The GDPR and the Internet of Things: a three-step transparency model', 278-279.

54 The data protection provided by service provider is considered as part of competition on quality, see: Francisco Costa-Cabral and Orla Lynskey, 'Family ties: the intersection between data protection and competition in EU Law' (2017)

55 Quelle and Claudia, *The Data Protection Impact Assessment, or: How the General Data Protection Regulation May Still Come to Foster Ethically Responsible Data Processing*, 4; Margot E. Kaminski and Gianclaudio Malgieri, 'Algorithmic Impact Assessments under the GDPR: Producing Multi-layered Explanations' U of Colorado Law Legal Studies Research Paper No 19-28, 19.

COVID-19 pandemic, the use of the Zoom video-conferencing platform has boomed.⁵⁶ The Zoom Privacy Policy has been scrutinised by privacy advocates.⁵⁷ This criticism about the privacy policies and other cybersecurity concerns induced Zoom to apologise for its failure to protect users' privacy and to commit to correcting such privacy failures.⁵⁸ This incident shows that market pressure can work to enhance data protection. Assume that Zoom is obliged to prepare a DPIA. If the DPIA were prepared and published by Zoom, the scrutiny and risks related to the personal data would be scrutinised more harshly than criticising privacy policies as assessment includes a broader scope of information on data protection risks. The greater public could use market pressure more effectively beforehand to induce Zoom to change its privacy policies and correct privacy failures at an earlier stage. This example shows how mandatory disclosure of the DPIA would trigger market pressure on data controllers to strengthen their data protection measures.

4. Conclusion

Data protection impact assessment (DPIA) is one of the new tools provided under the GDPR. DPIA is part of the new regulatory approaches to data protection. It is a part of the risk-based model under the GDPR since the preparation of the DPIA hinges on the existence of likely high risk rather than any harm or outcome. Moreover, it is concluded that while setting forth the DPIA, the meta-regulatory approach is used because, in the provision of DPIA, there is no direct command that has to be followed by data controllers. They can decide on how to comply with the DPIA to protect personal data, and data protection authorities will oversee their activities externally.

56 Jane Wakefield, 'Coronavirus: Zoom is in everyone's living room - how safe is it?' March 27, 2020) <<https://www.bbc.co.uk/news/technology-52033217>> accessed April 27, 2020.

57 Chris Stokel-Walker, 'Zoom is a big privacy headache. Here's how you can lock it down' March 31, 2020) <<https://www.wired.co.uk/article/zoom-privacy-settings>> accessed April 27, 2020.

58 Rishi Iyengar, 'Zoom CEO apologizes for having 'fallen short' on privacy and security' April 2, 2020) <<https://edition.cnn.com/2020/04/02/tech/zoom-ceo-apology-privacy/index.html>> accessed April 27, 2020.

The use of tracing applications to deal with the spread of COVID-19 requires the preparation of DPIA since these applications intend to process health data and location of huge number of people. Even though the DPIA is necessary for the implementation of these applications, this necessity might not provide effective data protection due to the weaknesses of the DPIA under the GDPR. As the preparation of the DPIA is considered as an internal mechanism. There is no role for the stakeholder consultation during the preparation of these impact assessments, which might show the pitfalls with respect to the data protection legislation. As the consultation with data subject is highly qualified requirement under Art. 35 of the GDPR, this engagement would not provide a strong external view on the DPIA. Additionally, the disclosure of the DPIA has not been stipulated under the GDPR. Considering the potential benefits, lack of the disclosure of the DPIA can prevent these assessment from being effective under the GDPR.

These pitfalls of DPIA under the GDPR deprive the current data protection framework of positive effects brought by the mandatory data subject and stakeholder consultation. It is concluded that the former convince data subjects to trust in data processing more and extends individual control over personal data through participation. The latter affords an opportunity to get public feedback on the intended processing. The draft bill purposed for COVID-19 tracking applications stipulates the necessity for public consultation. The proposed bill shows the importance of DPIA in the time of crisis. When it comes to the disclosure of the assessment, this provides *ex-ante* transparency which complements the right to be informed and enhances the right to the complaint as assessment gives detailed information relating to the processing activities. Furthermore, it may increase the market pressure on companies to cement their data protection policies since people would criticise their approach in the intended processing.

BIBLIOGRAPHY

Ayres I and Braithwaite J, *Responsive regulation : transcending the deregulation debate* (New York : Oxford University Press 1992).

Baldwin R, *Understanding regulation : theory, strategy, and practice* (Second edition. edn, Oxford : Oxford University Press 2012).

Binns R, 'Data protection impact assessments: a meta-regulatory approach' (2017) 7 International Data Privacy Law 22.

Brave, *Europe's governments are failing the GDPR* (2020).

Coglianesi C and Mendelson E, 'Meta-Regulation and Self-Regulation' in Cave M, Baldwin R and Lodge M (eds), *The Oxford Handbook of Regulation* (Oxford University Press 2010).

Costa-Cabral F and Lynskey O, 'Family ties: the intersection between data protection and competition in EU Law' (2017) .

Demetzou K, 'Data Protection Impact Assessment: A tool for accountability and the unclarified concept of 'high risk' in the General Data Protection Regulation' (2019) 35 Computer Law & Security Review: The International Journal of Technology Law and Practice.

Edwards L and others, *The Coronavirus (safeguards) Bill 2020: Proposed Protections for Digital Interventions and in Relation to Immunity Certificates* (April 13, 2020).

Council of Europe, 'Joint Statement on Digital Contact Tracing' (2020) <<https://rm.coe.int/covid19-joint-statement-28-april/16809e3fd7>> accessed May 1, 2020.

Gellert R, 'UNDERSTANDING DATA PROTECTION AS RISK REGULATION' (2015) 18 Journal of Internet Law 3.

Gilad S, 'It runs in the family: Meta-regulation and its siblings' (2010) 4 Regulation & Governance 485.

Harris S, 'Data Protection Impact Assessments as Rule of Law Governance Mechanisms' Data & Policy.

ICO, 'COVID-19 Contact tracing: data protection expectations on app development' (2020). <<https://ico.org.uk/media/for-organisations/documents/2617676/ico-contact-tracing-recommendations.pdf>> accessed June 24, 2020.

Iyengar R, 'Zoom CEO apologizes for having 'fallen short' on privacy and security' (April 2, 2020) <<https://edition.cnn.com/2020/04/02/tech/zoom-ceo-apology-privacy/index.html>> accessed April 27, 2020.

Janssen HL, 'An approach for a fundamental rights impact assessment to automated decision-making' *International Data Privacy Law*.

Kaminski ME and Malgieri G, 'Algorithmic Impact Assessments under the GDPR: Producing Multi-layered Explanations' *U of Colorado Law Legal Studies Research Paper No 19-28*.

Loideain NN and Adams R, 'From Alexa to Siri and the GDPR: The gendering of Virtual Personal Assistants and the role of Data Protection Impact Assessments' (2019) *Computer Law and Security Review*.

Lynskey O, *The foundations of EU data protection law* (First edition. edn, Oxford, United Kingdom : Oxford University Press 2015).

Marsden CT, *Internet co-regulation : European law, regulatory governance and legitimacy in cyberspace* (Cambridge : Cambridge University Press 2011).

Parker C, *Meta-regulation: The regulation of self-regulation* (2002).

Parker C, *The Open Corporation: Effective Self-regulation and Democracy* (Cambridge University Press 2002).

Quelle and Claudia, *The Data Protection Impact Assessment, or: How the General Data Protection Regulation May Still Come to Foster Ethically Responsible Data Processing* (November 25, 2015).

Quelle C, 'The 'Risk Revolution' in EU Data Protection Law: We can't Have Our Cake and Eat it, Too' in Leenes R and others (eds), *Data Protection and Privacy : The Age of Intelligent Machines* (Computers, Privacy and Data Protection, 1 edn, Hart Publishing 2017).

Stokel-Walker C, 'Zoom is a big privacy headache. Here's how you can lock it down' (March 31, 2020) <<https://www.wired.co.uk/article/zoom-privacy-settings>> accessed April 27, 2020.

Van Alsenoy B, Kosta E and Dumortier J, 'Privacy notices versus informational self-determination: Minding the gap' (2014) 28 *International Review of Law, Computers & Technology: The future of data protection: collapse or revival?* 185.

van Dijk N, Gellert R and Rommetveit K, 'A risk to a right? Beyond data protection risk assessments' (2016) 32 *Computer Law & Security Review: The International Journal of Technology Law and Practice* 286.

Van Puijenbroek J and Hoepman JH, *Privacy impact assessment in practice: The results of a descriptive field study in the Netherlands* (2017).

Veale M, 'Analysis of the NHSX Contact Tracing App 'isle of Wight' Data Protection Impact Assessment' (9 May 2020) <osf.io/preprints/lawarxiv/6fvgh>.

Veale M, Binns R and Ausloos J, 'When data protection by design and data subject rights clash' (2018) 8 International Data Privacy Law 105.

Wachter S, 'The GDPR and the Internet of Things: a three-step transparency model' (2018) 10 Law, Innovation and Technology 266.

Wakefield J, 'Coronavirus: Zoom is in everyone's living room - how safe is it?' (March 27, 2020) <<https://www.bbc.co.uk/news/technology-52033217>> accessed April 27, 2020.

Wright D, 'Should privacy impact assessments be mandatory?' (2011) 54 Communications of the ACM 121.

Wright D, 'Making Privacy Impact Assessment More Effective' (2013) 29 The Information Society 307.

Wright D, Finn R and Rodrigues R, 'A comparative analysis of privacy impact assessment in six countries' (2013) 9 Journal of Contemporary European Research 160.

Yordanov A, 'Nature and Ideal Steps of the Data Protection Impact Assessment under the General Data Protection Regulation' European Data Protection Law Review (EDPL).

KORONAVİRÜS DÖNEMİNDE GÜNCEL HUKUKİ MESELELER SEMPOZYUMU

BİLDİRİ TAM METİN KİTABI

29 - 30 Mayıs 2020

Covid-19 salgını sebebiyle dünya çapında ülkeler arası kara ve hava ulaşımının kesilmesi, ihracat yasakları, karantina kararları, ülke veya şehir bazında süreli veya süresiz sokağa çıkma yasağı kararları, seyahat yasakları, toplantı yasakları, işyeri faaliyet yasak ve sınırlamaları gibi devlet müdahalesi olarak nitelenebilecek birtakım önlemler alınmıştır. Alınan bu önlemlerin hukuki sonuçlarının incelenmesi amacı ile İbn Haldun Üniversitesi Hukuk Fakültesi tarafından 29-30 Mayıs 2020 tarihlerinde "Koronavirüs Döneminde Güncel Hukuki Meseleler" başlıklı Sempozyum düzenlenmiştir. Hukukun tüm alanlarında bildiri sunulan bu sempozyumda, özellikle pandemi döneminin ekonomik, sosyal ve teknolojik alanlarda ortaya çıkardığı değişimlerin ulusal ve uluslararası hukuk üzerindeki etkilerinin değerlendirilmesi amaçlanmıştır. Söz konusu etkiler, Türk Hukuku ve uluslararası hukuk açısından mukayeseli bir şekilde ele alınmış olup, sempozyumda sunulan bildiriler, Milletlerarası Özel Hukuk ve Milletlerarası Tahkim Hukuku, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, Medeni Hukuk, Ticaret Hukuku, Ceza Hukuku, Anayasa Hukuku, İnsan Hakları Hukuku ve İdare Hukuku alanlarında pandemi ekseninde ortaya çıkan hukuki meselelerin olan ve olması gereken hukuka ilişkin değerlendirmeleri içermektedir.



İBN HALDUN
ÜNİVERSİTESİ YAYINLARI

İbn Haldun Üniversitesi
HUKUK FAKÜLTESİ

