

**İstanbul
Hukuk
Mecmuası**

İstanbul Hukuk Mecmuası

Cilt/Volume: 78 • Sayı/Number: 2 • Haziran/June 2020
ISSN: 2636-7734 • E-ISSN: 2667-6974 • DOI: 10.26650/mecmuas

İstanbul Hukuk Mecmuası İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi yayını olup uluslararası indekslerde taranan ve hakemli bir dergidir. Yayımlanan makalelerin sorumluluğu yazarına/yazarlarına aittir.
Istanbul Law Review is the peer-reviewed, international journal of the Istanbul University Faculty of Law. Authors bear responsibility for the content of their published articles.

Dergi Hakkında/About the Journal

Eski Adı/Former Name

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası (1916-2017)
ISSN: 2636 – 7734 Son Sayı/Latest Issue Aralık 2017 - Sayı 75/2

Yeni Adı/New Name

İstanbul Hukuk Mecmuası (Haziran 2018 -)
ISSN: 2636-7734 İlk Sayı/First Issue: Cilt: 76 Sayı: 1

Yayın Sahibi/Owner

İstanbul Üniversitesi/Istanbul University

Yayın Sahibi Temsilcisi /Owner's Representative

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı
Prof. Dr. Ömer Ekmekçi

Sorumlu Müdür/Responsible Director

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi, Türk-Alman Üniversitesi Rektörü
Prof. Dr. Halil Akkanat

YAYIN KURULU/EDITORIAL MANAGEMENT

Baş Editörler/Editors-in-Chief

Prof. Dr. Abuzer Kendigelen
Prof. Dr. Ali Pahlı

Yardımcı Editörler/Co-Editors

Arş. Gör. Mustafa Ahioğlu, İstanbul Üniversitesi, İstanbul
Arş. Gör. Ahmet Özsoy, İstanbul Üniversitesi, İstanbul
Arş. Gör. Elif Beyza Akkanat Öztürk, İstanbul Üniversitesi, İstanbul

DANIŞMA KURULU/ADVISORY BOARD

Prof. Dr. Vedat Buz, Bilkent Üniversitesi, Ankara
Prof. Dr. Nuray Ekşi, Yeditepe Üniversitesi, İstanbul
Prof. Dr. Fethi Gedikli, İstanbul Üniversitesi, İstanbul
Prof. Dr. Serap Helvacı, Marmara Üniversitesi, İstanbul
Prof. Dr. İsmail Kırcı, TOBB Ekonomi Üniversitesi, Ankara
Prof. Dr. İzzet Özgenç, Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Ankara
Prof. Dr. Hakan Pekcanitez, Galatasaray Üniversitesi, İstanbul
Prof. Dr. M. Fatih Uşan, Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, Ankara
Prof. Dr. Carsten Gerner-Beuerle, University College London, United Kingdom
Doç. Dr. Ivana Bajakić, University of Zagreb, Croatia

Çeviri Editörleri/English Language Editors
Alan James Newson, İstanbul Üniversitesi, İstanbul
Elizabeth Mary Earl, İstanbul Üniversitesi, İstanbul

Yönetim Yeri/Head Office
İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yayın Türü/Type of Publication
Yaygın Süreli Yayın/International Periodical

Yayın Dili/Language
Türkçe, İngilizce/Turkish, English

Yayın Periyodu/Publishing Period
Yılda dört defa yayınlanır (Mart, Haziran, Eylül, Aralık)
Published four times a year (March, June, September, December)

Tarandığı Endeksler/Indexed by
Emerging Sources Citation Index (ESCI / Web of Science 'WOS')
ULAKBİM (Ulusal Akademik Ağ ve Bilgi Merkezi)
Ulusal Hukuk Veritabanı

Baskı ve Cilt/Printing Office
Birlik Fotokopi Baskı Ozalit Gıda San. Tic. Ltd. Şti.
Nispetiye Mah. Birlik Sokak No: 2 Nevin Arıcan Plaza 1. Levent/Beşiktaş/İstanbul
Tel: +90 (212) 269 30 00
Sertifika No: 20179

Basımı ve dağıtımı On İki Levha Yayıncılık A.Ş. tarafından yürütülmüştür.



İletişim/Correspondence
İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi 34116 Beyazıt/İstanbul e-posta: hukuk_dekan@istanbul.edu.tr
HYPERLINK "http://www.istanbul.edu.tr" www.istanbul.edu.tr/hukuk

Tel: +90 (212) 440 01 05
Fax: +90 (212) 512 41 35

Web: <http://mecmua.istanbul.edu.tr> / www.dergipark.gov.tr/iuhfm
Elektronik posta: ilr@istanbul.edu.tr / iuhfdergiler@istanbul.edu.tr

MAKALELER ARTICLES

ÖZEL HUKUK/PRIVATE LAW

Araştırma makalesi/Research article

- Bireysel İş Hukuku Açısından Zorlayıcı ve Zorunlu Sebeplere Bağlı Olarak Ortaya Çıkan Çalışma Koşullarının Yeni Koronavirüs (COVID-19) Nedeniyle Gerçekleştirilen Son Yasal Değişiklikler Bağlamında Değerlendirilmesi
Evaluation of Emerging Working Conditions Following Mandatory Labor Law Changes Due to the New Coronavirus (COVID-19) 265
Yusuf Yiğit

Araştırma makalesi/Research article

- COVID-19 Pandemisinin Taşıyanın Sorumluluğu ve Navlun Alacağı Üzerindeki Etkileri
The Effects of the COVID-19 Pandemic on Maritime Carrier's Liability and Right to Recover Freight Charges 299
Kübra Yetiş Samlı

Araştırma makalesi/Research article

- COVID-19 Pandemisinin Zaman Çarteri Sözleşmeleri Üzerindeki Etkilerinin "Off-Hire" Klozu Bağlamında İncelenmesi
Assessment of the Effects of COVID-19 Pandemic on Time Charter Contracts in the Context of "Off-Hire" Clause 333
Melda Taşkın

Araştırma makalesi/Research article

- COVID-19'un İş Kazası ve Meslek Hastalığı Bakımından Değerlendirilmesi
Evaluation of COVID-19 in Terms of Work Accident and Occupational Disease..... 363
Seda Arslan Durmuş

Araştırma makalesi/Research article

- COVID-19 Salgınının İcra ve İflâs Hukuku Alanına Etkileri
The Impact of COVID-19 on Enforcement and Bankruptcy Law 395
Murat Atalı, Ersin Erdoğan

Araştırma makalesi/Research article

- Çekin İbrazında Mücbir Sebepler: COVID-19 Salgını Örneğinde TK M 811 Hükmünün Değerlendirilmesi
Force Majeure Events Affecting the Check Presentation: Evaluation of Article 811 TCC Using the Example of COVID-19 Pandemic 417
Koray Demir

Araştırma makalesi/Research article

- Dünyada ve Ülkemizde Online Uyuşmazlık Çözümleri Bağlamında Online Tahkim ve Uygulamaları
Online Arbitration and its Applications in the Context of Online Dispute Resolutions in the World and Our Country 431
Seda Özmumcu

Araştırma makalesi/Research article

- İşverenin Sağlık Gözetimi Sağlama Yükümlülüğüne COVID-19 Salgını Bağlamında Genel Bir Bakış
The Employer's Obligation of Health Oversight During the COVID-19 Pandemic..... 455
Ayça İzmirlioğlu

Araştırma makalesi/Research article

- Konkordatonun Amacı Kapsamında COVID-19 Salgınının Sürekli Borç İlişkilerinin Feshine Etkisi
The Effect of COVID-19 Pandemic on the Termination of Perpetual Debt Obligations within the Scope of the Concordat..... 485

İbrahim Ermenek, Bünyamin Kartal

Araştırma makalesi/Research article

Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanması Kurumunun Ağır Tehlike Arz Eden Salgın Hastalık Hali Bakımından Elverişliliğinin Değerlendirilmesi
Considerations on the Conditions Provided for the Restriction of Freedom for the Purposes of Protection due to an extremely dangerous Infectious Disease..... 517
Nil Karabağ Bulut

Araştırma makalesi/Research article

Package Tour Contracts in Times of COVID-19
COVID-19 Döneminde Paket Tur Sözleşmeleri..... 563
Ömer Ali Girgin, Sebastian Löw

Araştırma makalesi/Research article

Sermaye Şirketlerinin Özkaynaklarının Korunmasına Yönelik Türk Ticaret Kanunu Geçici M 13 ile Kabul Edilen COVID-19 Önlemleri
COVID-19 Measures Adopted Under the Provisional Article 13 of the Turkish Commercial Code for the Protection of the Equity of Stock Corporations..... 579
Hamdi Pınar, S. Özlem Türkoğlu, Esra Tutulmaz

Araştırma makalesi/Research article

Taşıma Hukukunda Riziko Alanı İlkesi Bağlamında Nötr Alan ve COVID-19'un Nötr Alan Olarak Değerlendirilmesi
Neutral Area In Terms of Risk Area Principle In Transportation Law and Assessment of COVID-19 Pandemic In Regards To Neutral Area..... 611
Vural Seven, Ahmet Batuhan Oyal

Araştırma makalesi/Research article

Teletıp, Sağlık Turizmi ve Uzaktan Sağlık Hizmetleri: Mesafeli Sözleşmeler
Telemedicine, Health Tourism and Remote Health Services: Distance Contracts 657
Yakup Gökhan Doğramacı

Araştırma makalesi/Research article

Yargı Alanındaki Hak Kayıplarının Önlenmesi Amacıyla 7226 Sayılı Kanun Geçici Madde 1 ile Getirilen Bazı Sürelerin Durmasına İlişkin Düzenlemenin Smk'daki Hoşgörü Sürelerine Etkisi
The Effect of Regulation Regarding the Suspension of Certain Periods Introduced by Provisional Article 1 of Law No. 7226 with the Purpose of Preventing Loss of Rights in the Judicial Area on the Toleranc 711
Mehmet Erdem, Fülürya Yusufoglu Bilgin

KAMU HUKUKU/PUBLIC LAW

Araştırma makalesi/Research article

Bulaşıcı Hastalıklara İlişkin Tedbirlere Aykırı Davranma Suçu (TCK md 195)
The Crime of Violating the Measures Related to Infectious Diseases (TCC Art 195) 737
Recep Kahraman

Araştırma makalesi/Research article

COVID-19 (Koronavirüs) Salgını Sürecinde Yapılan İdari Muamelelerin Hukuka Uygunluğu ve İdarenin Sorumluluğu Meselesi
The Problem of the Lawfulness of Administrative Acts Made During COVID-19 (Coronavirus) Epidemic and Administrative Liability 769
Seyit Rasim Doru

Araştırma makalesi/Research article

COVID-19 Salgını Sebebiyle Uygulanan Sokağa Çıkma Kısıtlamalarının 1982 Anayasası'na Uygunluğu
Constitutionality of COVID-19 Related Curfews in Turkey 809
Volkan Aslan

Araştırma makalesi/Research article

COVID-19 Salgını Süresince Eğitim Hakkı, Fırsat Eşitliği ve Sınavlara İlişkin
Temel Problemler

The Main Problems Regarding the Right to Education, Equality of
Opportunity, and Exam Law During the Ongoing COVID-19 Pandemic..... 837
Bilge Bingöl Schrijer

Araştırma makalesi/Research article

COVID-19 Salgını ve Bulaşıcı Hastalıkların Yarattığı Küresel Krizlerle Mücadelede
Uluslararası Hukuk

International Law in Combatting the Global Crises Caused By the COVID-19
Pandemic and Infectious Diseases 885
Cüneyt Yüksel, Deniz Baran

Araştırma makalesi/Research article

COVID-19 Salgınının Gelir ve Servet Üzerinden Alınan Vergilere

İlişkin Çifte Vergilendirmeyi Önleme Anlaşmalarının Yorumlanması ve Uygulanması
Üzerindeki Olası Etkileri

Potential Impact of the COVID-19 Pandemic on Interpretation and Application of
Double Tax Treaties on Income and on Capital..... 935
Alara Efsun Yazıcıoğlu

Araştırma makalesi/Research article

COVID-19 Salgınının Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerine Etkisi

Effects of the COVID-19 Outbreak on Public Service Concession Contracts 961
Şerife Yıldız Akgül

Araştırma makalesi/Research article

Dünya Sağlık Örgütü ve Uluslararası Sağlık Tüzüğü: COVID-19 Örneğinde
Uluslararası Hukukta Salgın Hastalıklarla Mücadele

World Health Organization and International Health Regulations: The COVID-19
Case And Combating Epidemics Under International Law 983
İbrahim Kaya, Galip Engin Şimşek

Araştırma makalesi/Research article

Fransa'da COVID-19 ile Mücadele Kapsamında Ulusal Düzeyde Alınan
Kolluk Tedbirlerinin Hukuki Rejimi: İlk İzlenimler

The Legal Framework for Public Regulation in the Fight against COVID-19
in France: First Impressions 1009
Memduh Cemil Şirin

Araştırma makalesi/Research article

Uluslararası Hukuka Aykırılığı Ortadan Kaldıran Haller Bakımından
Devletlerin Uluslararası Sorumluluğu ve COVID-19 Pandemisi Bağlamında Bir
Değerlendirme

Circumstances Precluding Wrongfulness in International Responsibility of
States: An Evaluation in the Context of COVID-19 Pandemic 1047
Ufuk Dal

Araştırma makalesi/Research article

Vergi Hukukunda Mücbir Sebep ve Hukuksal Sonuçları Üzerine Eleştirel
Bir Yaklaşım ve Öneriler

A Critical Approach and Recommendations on Force Majeure and its
Legal Consequences in Tax Law 1069
Esra Ekmekci, Gülsen Güneş, Mahmut Kaşıkçı, Gamze Gümüşkaya

EDİTÖRDEN MEKTUP

Değerli Bilim İnsanları ve Kıymetli Hukukçular,

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin Türk hukuk camiasına sunduğu en önemli katkılardan biri ve ülkemizin varlığını sürdüren en eski hukuk dergisi olan İstanbul Hukuk Mecmuası'nın 2020/2 sayısını sizlerle buluşturmanın mutluluğunu yaşıyoruz.

Bir önceki sayımızda belirttiğimiz üzere; toplumsal bir olgu olan hukukun, toplumun içinde bulunduğu durumdan soyut bir şekilde değerlendirilmesi mümkün değildir. Tüm dünyayı, gerek sosyal gerek ekonomik bakımdan etkisi altına alan COVID-19 küresel salgını, kuşkusuz hukuk düzenine de doğrudan etki etmiş ve hâlen de bu etkisini sürdürmektedir. Hukuk öğretisinde konuyla ilgili görüşler henüz ortaya çıkmaya başlamışken, mahkemeler de şartlar dolayısıyla şimdilik belirgin bir içtihat geliştirmiş değildir. Bu kapsamda; konuyla ilgili çalışmaların, Türkiye'nin en köklü ve uluslararası standartlarda yayın yapan hukuk dergisi olan İstanbul Hukuk Mecmuası'nda bir araya getirilmesinin, hem öğreti hem de uygulama açısından faydalı olacağına karar verilmiştir. Bu karar doğrultusunda, 2020 yılında yayınlanacak olan ikinci sayımız bu konuya özgülenmiştir.

“COVID-19 Özel” sayımızın duyurusunun yapıldığı ilk andan itibaren yurt içinden ve yurt dışından çok sayıda araştırmacı, makalelerinin yayımlanması amacıyla dergimize başvurmuştur. Bu yoğunluk, küresel salgının getirdiği olumsuzluklarla birleşince, hedeflenenden daha geç bir tarihte yayına çıkılması kaçınılmaz olmuştur. İşbu özel sayı ile amaçlanan, mümkün olduğunca çok sayıda kaliteli, uluslararası standartlara uygun akademik yazının okuyucu ile aynı anda buluşmasını sağlamak oldu. Bu dönemde küresel salgın ile hukuk bilimi arasındaki ilişki üzerine azımsanmayacak sayıda çalışma yapıldı; ancak bunların birçoğunun akademik yeterlik açısından taşıdığı soru işareti, İstanbul Hukuk Mecmuası ve benzeri çalışmalar ile giderilebilecektir.

Özel hukukun ve kamu hukukunun çeşitli dallarında, küresel salgının ulusal ve/veya uluslararası hukuka etkileri hakkında yazılmış ve dergimizde yayımlanan çalışmalar, hem uygulamacılara yol gösterecek hem de kendilerinden sonraki akademik çalışmalar için bir “nirengi noktası” olacaktır. Bu nedenle, yaşadığımız gecikmenin siz değerli okuyucularımız tarafından hoşgörü ile karşılanacağını ümit etmekteyiz.

Dergimizin bu sayısı da -geleneğe uygun bir şekilde- özel hukuk ve kamu hukuku ana başlıkları altında tasnif edilmiş, birbirinden değerli yirmi altı makale içermektedir. Dergimizde yalnız İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi mensuplarının değil, yurt içinden ve dışından diğer birçok değerli akademisyenin ve uygulayıcının çalışmalarının gün ışığına çıkartılması için çaba sarf edilmiştir. Bu bağlamda daha önceki sayılarda benimsemiş olduğumuz genişletilmiş İngilizce özet kısmına makalelerde yer verilmiş ve ayrıca ilk defa 2019/1 sayısında benimseyeceğimizi duyurduğumuz OSCOLA atıf kurallarına, bu sayımızda da riayet edilmiştir. Bundan sonraki sayılarda da OSCOLA atıf kurallarına ve diğer yayın ilkelerimize göre uyarlanmış Türkçe ve İngilizce makaleler kabul edilmeye ve yayımlanmaya devam edilecektir.

Büyük bir kıvançla belirtmekteyiz ki dergimizde akademik çalışma yayımlamaya yönelik talep her sayımızda daha da artmaktadır. Akademik yükseltme kriterleri açısından benzerlerine oranla yazarlarına en yüksek puanı kazandıran, ulusal ve uluslararası endekslerde taranan Mecmua, gerek yoğun talebin karşılanabilmesi gerek yayımlanması için gönderilen çalışmaların mümkün olduğunca güncel bir şekilde okuyucuyla buluşabilmesi adına yılın her bir çeyreğinde olmak üzere yılda dört sayı olarak yayına çıkma uygulamasına devam edecektir. Bu kapsamda, gelecek sayılarımızın da en kısa sürede siz değerli okuyucularımızla buluşacaklarını müjdelemek isteriz.

COVID-19 küresel salgınının ülkemizi ve dünyamızı etkisi altına aldığı ve bizleri “yeni normal” ile tanıştırdığı şu günlerde, dergimizin yayımlanabilmesi için ciddi bir uğraş veren editör ekibine ve bu sayıda hakemlik görevini gerçekleştiren Fakülte bünyesi içindeki ve dışındaki tüm akademisyenlere teşekkür ediyoruz. Nihayet dergimizin işbu sayısına çok değerli yazıları ile katkı veren tüm yazarlara samimi desteklerinden ötürü şükranlarımızı sunuyoruz.

Bir sonraki sayıda, sağlıklı görüşmek dileğiyle...

İstanbul Hukuk Mecmuası Baş Editörleri

Prof. Dr. Abuzer KENDİGELEN

Prof. Dr. Ali PASLI



Bireysel İş Hukuku Açısından Zorlayıcı ve Zorunlu Sebeplere Bağlı Olarak Ortaya Çıkan Çalışma Koşullarının Yeni Koronavirüs (COVID-19) Nedeniyle Gerçekleştirilen Son Yasal Değişiklikler Bağlamında Değerlendirilmesi

Yusuf Yiğit*

Öz

Çalışma hayatı açısından zorunlu ve zorlayıcı durumların ortaya çıkardığı temel etki işyeri ve işletmelerde mal ve hizmet üretiminin önemli ölçüde durması nedeniyle işçi çıkarma ve işsizliğin artması tehlikesidir. Bu süreçte iş mevzuatında bazı tedbirler var olmakla birlikte bunların bazı şartlara tabi tutulmuş olması ve her çalışanın bundan yararlanamaması, COVID-19 salgınının ekonomik ve sosyal etkilerinin zayıflatılmasında yetersiz kalmış, getirilen geçici yeni mevzuat düzenlemelerine bağlı olarak (koşulları hafifletilmiş olmasına rağmen) kısa çalışma ödeneği dışında, bu ödenekten yararlanamayanlara nakdi ücret desteği sağlanması yoluna da gidilmiştir. Ayrıca bu süreçte işverene zorlayıcı sebeple tek taraflı olarak üç ayla sınırlı olmak üzere iş sözleşmelerini askıya alma yetkisi verilmiş, bu sebeple işçinin fesih hakkı sınırlanmış, işverene ise ahlak ve iyiniyet kurallarına aykırı davranışlar dışında iş sözleşmesini fesih yasağı getirilmiştir.

Çalışmamızda Yeni Koronavirüs (COVID-19) salgınına bağlı olarak bireysel iş hukuku alanında alınan tedbirlere ve bu tedbirlerin çalışma hayatına ilişkin etkilerine değinilecek ve buna ilişkin muhtemel sorunlar ele alınacaktır.

Anahtar Kelimeler

Yeni Koronavirüs (COVID-19), Zorlayıcı neden, Zorunlu neden, Nakdi ücret desteği, Kısa çalışma ödeneği

Evaluation of Emerging Working Conditions Following Mandatory Labor Law Changes Due to the New Coronavirus (COVID-19)

Abstract

Our study discusses the individual labor law measures that have been taken and their effect on working life. Potential problems are addressed due to the outbreak of the new coronavirus (COVID-19). The main effect of compulsory and challenging changes to working life is the danger of redundancies and unemployment, as the production of goods and services shrinks significantly. Although some labor legislation measures have been designed to decrease the negative effects of the crisis, they are subject to certain conditions, and not every employee can benefit from this. The adverse effects of the COVID-19 pandemic on the economy cannot be eliminated and except for the short-time working allowance (although conditions have been alleviated) due to the temporary legislative regulations introduced (although conditions have been alleviated) cash fee support to those who cannot benefit from this payment has been given. In this situation, the employer has the right to suspend labor contracts unilaterally for three months for compelling reasons, therefore the right to terminate employment was restricted, and employers were banned from terminating employment contracts except for ethical and good conduct.

Keywords

New Coronavirus (COVID-19), Coercive cause, Mandatory cause, Cash wage support, Short-time working allowance

* **Sorumlu Yazar:** Yusuf Yiğit (Doç. Dr.), Çanakkale Onsekiz Mart Üniversitesi, Biga İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Bölümü, Çanakkale, Türkiye. E-posta: yigit544@gmail.com ORCID: 0000-0002-4563-829X

Atf: Yiğit Y., "Bireysel İş Hukuku Açısından Zorlayıcı ve Zorunlu Sebeplere Bağlı Olarak Ortaya Çıkan Çalışma Koşullarının Yeni Koronavirüs (COVID-19) Nedeniyle Gerçekleştirilen Son Yasal Değişiklikler Bağlamında Değerlendirilmesi" (2020) 78(2) İstanbul Hukuk Mecmuası 265. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2020.78.2.0001>



Extended Summary

There is no question that unprecedented events have occurred both worldwide and in Turkey due to the COVID-19 pandemic, which was first identified in Wuhan, China in December 2019 and the first case reported in Turkey on 10.03.2020. Not only the short term but also the long term effects of the pandemic are considered to be effective in the long run. Among the legal changes made due to COVID-19, the outbreak was expressed as a compelling reason. Working life is one of the most fundamental areas affected by the epidemic. In fact, labor law has made important regulations for compelling reasons. However, these arrangements have not been sufficient to combat the effects of the COVID-19 pandemic. In Turkish labor law, institutions such as short work and compensatory work that aim to prevent the removal of workers and combat the difficult situation enterprises face in this extraordinary situation,. In particular, income assurance is important during employees' short working periods due to the significant reduction in working time. However, under Turkish legislation, not every worker can benefit from this income guarantee called the short-time working allowance within the scope of the unemployment insurance fund, due to certain insurance periods. Those who fail to meet the conditions are deprived of income security. Additional protections are required for employees who have become financially insecure due to the new coronavirus (COVID-19), and temporary conditions have been formulated. Despite this, if the conditions are not met, a lower wage support is provided rather than the short-time working allowance. This support is provided by the State.

It is necessary to acknowledge that the employment contracts have been suspended both in cases of cash wage support and when entitled to the short-time working allowance. During the suspension period, the employer's obligation to pay wages disappears, and the obligation of the employee to work is terminated. Suspension of employment contracts occurs when granting unpaid leave for compelling reasons, and ultimately the state-provided income security is temporary.

Another negative situation that can be encountered is the termination of the employment contract. Neither the worker nor the employer can exercise their normal right to termination based on certain conditions that may occur during the suspension period. However, within the framework of the measures taken due to COVID-19, the termination of employment contracts has been prohibited. According to the Temporary Article 10 added to Labor Law No. 4857 and Law No. 7244, regardless of which law is referenced, it is 25 / II of the Labor Law. The employer's termination of the employment is prohibited within the scope of the article, for reasons other than the rules of ethics, out of good faith, and other reasons. Although the clear regulation prohibiting termination refers to the period when the cash wage support is provided, workers who are entitled to the short-time working allowance also do not comply with

the ethics and goodwill rules stated in article 25 (II) of the Labor Law and the relevant provisions of other laws. It should be subject to the prohibition of termination, except for situations and similar reasons. The worker's right to terminate employment is another limitation of employment suspension as a consequence of the legal changes made due to the COVID-19 outbreak. However, the worker's right to termination is not as restricted as the right of the employer but remains to a lesser extent. The right to unilaterally leave the employer is prohibited only if no other restrictions have been imposed on the right to immediate termination.

The amendments made to the legislation due to the global scale of the new coronavirus (COVID-19) outbreak were put into effect due to the inability of Turkish labor legislation to combat these situations. The amendments are accepted for compelling reasons and force employees to be subject to the destructive consequences of the global pandemic. There is a need for permanent arrangements for these reasons.

Bireysel İş Hukuku Açısından Zorlayıcı ve Zorunlu Sebeplere Bağlı Olarak Ortaya Çıkan Çalışma Koşullarının Yeni Koronavirüs (COVID-19) Nedeniyle Gerçekleştirilen Son Yasal Değişiklikler Bağlamında Değerlendirilmesi

Giriş

İlk olarak 2019 yılı Aralık ayında Çin'in Wuhan şehrinde tespit edilen ve ülkemizde ise ilk vakanın 10.03.2020 tarihinde görüldüğü Yeni Koronavirüs (COVID-19) adı verilen salgın nedeniyle tüm dünyada olduğu gibi ülkemizde de olağanüstü gelişmeler olmuş/olmakta ve hali hazır etkileri dışında salgının seyrine göre uzun döneme yayılabilecek etkilerinden söz edilmektedir. Bu etkiler en başta toplum sağlığı ve buna ilişkin davranış değişiklikleri olmak üzere ekonomik, psikolojik, sosyolojik, teknolojik pek çok alanda kendisini hissettirecektir. Elbette çok boyutlu bu etki belki uzun süre devam edecek akademik araştırmalara konu olacak ve her bir bilim alanında konu ayrıntılı olarak değerlendirilecektir.

Bu çalışmada ülkemizde çalışma hayatında zorunlu/zorlayıcı nedenler karşısında iş mevzuatımızda mevcut müesseseler ile son dönem koronavirüs salgını nedeniyle 7226 sayılı Kanun¹ ile 7244 sayılı Kanun² kapsamında alınan ilave tedbirleri değerlendirecek, ardından alınan bu yeni tedbirlerin uygulamasıyla ilgili olarak karşılaşılabilecek muhtemel sorunlara değineceğiz. Değişiklikler (COVID-19 salgınına bağlı olarak) geçici olsa da, mevcut değişikliklere bağlı olarak ortaya çıkan taleplerle ilgili sorunların önümüzdeki birkaç yılı kapsayacağı aşikâr görülmektedir.

I. Yeni Koronavirüs (COVID-19) Salgınının Zorlayıcı Neden ve Zorunlu Neden Kavramları İle İlişkisi

A. Zorlayıcı Neden

Zorlayıcı neden borcun ifasına kaçınılmaz bir şekilde engel olan, borçlunun faaliyeti ve/veya işletmesi dışında meydana gelen, öngörülmesi ve karşı konulması mümkün olmayan bir olaydır³. Bu bakımdan zorlayıcı sebep, işyeri ve işletmeler açısından

¹ Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun. Kanun numarası: 7226, Kabul Tarihi: 25.03.2020. RG 25.03.2020 31080.

² Yeni Koronavirüs (COVID-19) Salgınının Ekonomik ve Sosyal Hayata Etkilerinin Azaltılması Hakkında Kanun İle Bazı Kanunlardan Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun. Kanun Numarası: 7244, Kabul Tarihi: 16.04.2020. RG 17.04.2020 31102.

³ Fikret Eren, *Borçlar Hukuku-Genel Hükümler* (16th, Yetkin 2014) 518; Sarper Süzek, *İş Hukuku* (16th, Beta 2018) 700 vd; Haluk Hadi Sümer, *İş Hukuku Uygulamaları* (7th, Seçkin 2019) 183 vd; Fevzi Demir, *En Son Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması* (11th, Barış 2018) 404, 417; Ünal Narmanlıoğlu, "Kanuni Süresinde Ücreti Ödenmeyen İşçinin İş Görmekten Kaçınabilme Hakkı (İmkânı)" (2010) 12 (Özel Sayı) DEÜHFD 618; Ertuğrul Yuvalı, "İş Hukukunda Zorlayıcı Neden ve Zorunlu Neden Kavramları ile Bu Kavramların İş Sözleşmesi Üzerindeki Etkileri" (2012) 12 (3) Kamu-İş 1 vd; Gaye Burcu Yıldız, "Ekonomik Kriz ve İşveren Ekonomik Güçlüğe Düşmesi Durumlarında İş Hukukunda İşçinin Korunması" (2020) 65 (2) Çalışma ve Toplum Dergisi 899 vd; Tuba Kayalı Çetinkaya, "Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Ödeneği", (2014) 72 (4) Ankara Barosu Dergisi 417 vd; Hasan Kayırgan, "Bireysel İş Hukukunda Zorunlu ve Zorlayıcı Nedenler" (2019) Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi, 4-39.

olağanüstü bir durumdur. İş hukukunda zorlayıcı sebepler meydana geldiğinde normal çalışma koşullarının dışına çıkılabilmekte ve buna ilişkin müesseselerin uygulanması gündeme gelebilmektedir.

Zorlayıcı neden, aynı zamanda kendisinden *kaçınılması* mümkün olmayan bir olaydır. Yani her türlü tedbire rağmen zorlayıcı neden teşkil eden olayın önlenememesi söz konusudur. Aslında bu anlamda zorlayıcılık objektif olarak ortaya çıkmakta yani borçlunun şahsi veya mali durumu burada bir etken olmamaktadır⁴. Öte yandan neticelerin öngörülemezliği de diğer bir etken olarak ortaya çıkmaktadır.

Zorlayıcı nedenin söz konusu olabilmesi için öncelikle *füilen gerçekleşen bir olayın bulunması* gereklidir. Örneğin deprem, yıldırım düşmesi su baskınları gibi doğal olaylar, savaş, abluka, isyan, siyasi olaylar, devlet emirleri gibi eylemler bu şekilde nitelendirilebilir⁵. Burada önemli olan diğer bir unsur da zorlayıcı neden kavramının, borçlunun işletmesi dışında kalması yani onun sorumluluk alanında yer almamasıdır⁶.

Zorlayıcı neden kavramının *umulmayan hal* kavramı ile karıştırılmaması gerekir⁷. Zira umulmayan hale göre zorlayıcı nedenlerle ortaya çıkan olaylar daha büyük şiddet ve yoğunluk arz etmekte, zorlayıcı nedenlerde kaçınılmazlık sorumlu kişinin şahsi veya mali durumundan kaynaklanmazken; umulmayan halde kaçınılmazlık sadece borçlu yönünden ele alınmaktadır⁸.

Zorlayıcı neden kavramı 4857 sayılı İş Kanunu'nda m 7/1-e, m 24/III, m 25/III, m 40, m 42/1, m 46/4,5 ve m 55/d'de geçmektedir. Aynı manaya gelmek üzere yalnızca Kanunun 34. maddesinde *mücbir sebep* kavramına yer verilmiştir⁹. Belirtelim ki, zorlayıcı sebep kural olarak iş sözleşmesini derhal sona erdirmez. Aksi durum işverenlere zorlayıcı sebep durumunda kolayca işçi çıkarma imkânı sunacaktır¹⁰.

Zorlayıcı nedenin yol açtığı ifa imkânsızlığının niteliğine bağlı olarak imkânsızlığın sürekli mi yoksa geçici mi olacağı sonucu değiştirecektir¹¹. Şayet

⁴ Yuvalı (n 3) 5; Narmanhoğlu, *Kaçınılma Hakkı* (n 3) 434; Demir, *İş Hukuku ve Uygulaması* (n 3) 404; Süzek, *İş Hukuku* (n 3) 701.

⁵ Süzek, *İş Hukuku* (n 3) 692; Yuvalı (n 3); Sümer, *Uygulamalar* (n 3) 188-189; Yıldız (n 3) 905.

⁶ Yuvalı (n 3) 5.

⁷ ibid 7.

⁸ Narmanhoğlu, *Kaçınılma Hakkı* (n 3) 617; Kayırgan (n 3) 4.

⁹ İş Kanunu, Kanun Numarası: 4857, Kabul Tarihi: 22.05.2003, RG 10.06.2003 25134. Ayrıntı için bkz Süzek, (n 3) 690, 700; Demir (n 3) 405, 417.

¹⁰ Yuvalı (n 3) 10.

¹¹ "...ekonomik kriz ve ücret artışlarına dayandırılan fesihlerin geçerli bir sebebe dayanıp dayanmadığının tespiti için, işverenin öncelikle ekonomik krizin varlığını, söz konusu durumun işyerinde sebep olduğu olumsuzlukların işyerinde geçici değil, sürekli bir engel yarattığını kanıtlaması, yani işyerinin ekonomik krizden doğrudan ve olumsuz etkilediğinin ispatı gerekecektir⁵³. Zira, "genel" nitelikli olmayan ve süreklilik arz etmeyen "ekonomik krizler", "zorlayıcı nedenler" veya "geçici ifayı kabul engellerinde", geçerli fesih hakkı doğmamaktadır" Hakan Keser, "Ekonomik Kriz ve Asgari Ücret Artışlarının İşçinin İş Sözleşmesinin İşverence Feshinde Geçerli Sebep Sayılıp Sayılmayacağına İlişkin Bir Değerlendirme" (2019) 41 Sicil İş Hukuku Dergisi 24.

geçici ifa imkânsızlığı söz konusu ise iş sözleşmesinin askıya alınmasından; sürekli bir ifa imkânsızlığı söz konusu ise iş sözleşmesinin feshinden söz edilebilecektir.

COVID-19 salgını nedeniyle ortaya çıkan ağır sonuçların da zorlayıcı neden kapsamında görülmesi ve tedbirlerin de buna göre değerlendirilmesi gerekmektedir. Zaten 7244 sayılı Kanun'un¹² 1. maddesinde alınan bazı ekonomik tedbirlerin gerekçesi ifade edilirken, Yeni Koronavirüsün (COVID-19) salgın kaynaklı bir zorlayıcı neden olduğu ifade edilmiştir (7244, m 1)¹³.

B. Zorunlu Neden

İş hukuku açısından zorlayıcı neden kavramının *zorunlu* neden kavramı ile de ayrı tutulması gerekmektedir¹⁴. İş Kanunu'nda işyerlerini etkileyen bazı durumlardan *zorunlu* neden olarak bahsedilmiştir. Örneğin fazla çalışma ile ilgili İş Kanunu'nun 42. maddesine göre zorunlu nedenler kavramına vurgu yapılmıştır. Buna göre gerek bir arıza sırasında, gerek 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 yaptırma imkânı verilmiştir. Zorunlu nedenler de işletmenin günlük faaliyetlerini aksatan veya aksatma ihtimali bulunan, olağandışı bir durum olarak nitelendirilen, irade dışı ortaya çıkan nedenlerdir¹⁵.

Öte yandan İş Kanunu'nun 64. maddesinde yer verilen telafi çalışması da bu çalışmanın yapılmasına olanak tanıyan halleri *zorunlu neden* kavramı içinde ele almıştır. Nitekim söz konusu hükme göre zorunlu nedenlerle işin durması, ulusal bayram ve genel tatillerden önce veya sonra işyerinin tatil edilmesi veya benzer nedenlerle işyerinde normal çalışma sürelerinin önemli ölçüde altında çalışılması veya tamamen tatil edilmesi ya da işçinin talebi ile kendisine izin verilmesi hallerinde, işveren dört ay¹⁶ içinde çalışılmayan süreler için telafi çalışması yaptırabilir. Bu çalışmalar fazla çalışma veya fazla sürelerle çalışma sayılmayacaktır (İK m 64/1)¹⁷.

¹² Yeni Koronavirüs (COVID-19) Salgınının Ekonomik ve Sosyal Hayata Etkilerinin Azaltılması Hakkında Kanun İle Bazı Kanunlardan Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun. Kanun Numarası: 7244, Kabul Tarihi: 16.04.2020. RG 17.04.2020 31102.

¹³ 7244 sayılı Kanun ile 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu'na eklenen *Mücbir sebep* başlıklı 7. madde ile getirilen düzenlemeye göre: Deprem, yangın, sel gibi doğal afetler ile salgın hastalık veya Hazine ve Maliye Bakanlığı bilişim sistemlerinin herhangi bir nedenle çalışmaması gibi mücbir sebep hallerinde; veri, bilgi ve belgelerin oluşturulması, kaydedilmesi, iletilmesi, muhafazası ve ibrazına ilişkin yöntemler Hazine ve Maliye Bakanlığına belirlenir. Mücbir sebep hallerinde, Hazine ve Maliye Bakanlığı bilişim sistemleri üzerinden yürütülen işlemlerde yaşanabilecek gecikme nedeniyle ilgililere, gecikme faizi, gecikme zammı ve ceza gibi yaptırımlar uygulanmaz.”

¹⁴ Kayırgan (n 3) 23.

¹⁵ Yuvalı (n 3) 15.

¹⁶ 7226 sayılı Kanunun 43. maddesi ile gerçekleştirilen değişiklik. RG 26.03.2020 31080.

¹⁷ Öner Eyrenci, “4857 sayılı İş Kanununda Telafi Çalışmaları” (2007) 9 (Özel Sayı) DEÜHFD 31; Sezgi Ökten Songu, “Çalışılmayan Cumartesi Günü Telafi Çalışması Yapılması Mümkün müdür?” (2007) 9 (Özel Sayı) DEÜHFD 273-288; Erol Güner, “4857 Sayılı İş Yasasına Göre Telafi Çalışması” (2016) Ocak Şubat (4) Mali Çözüm Dergisi 181-186; Münir Ekonomi, “Telafi Çalışması” (2004) 1 (4) Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi 1247-1263; Sözek, *İş Hukuku* (n 3) 790; Sümer, *Uygulamalar* (n 3) 400; Demir (n 3) 272.

Telafi çalışması, bir taraftan zorunlu nedenlerle devreye giren bir çalışma şekli iken diğer taraftan da işçiye bazı ihtiyaçları nedeniyle çalışmak zorunda olduğu süreyi başka bir zamanda yerine getirmek suretiyle çalışma süreleriyle kişisel ihtiyaçlarını uyumlaştırma ya da dinlenme zamanını daha iyi şekilde kullanma olanağı vermektedir¹⁸.

Madde hükmünden de anlaşılacağı üzere telafi çalışması öncelikle zorunlu nedenlerle işin durmasını gerektiren durumlarda ortaya çıkabilecek bir çalışma şeklidir. Buradaki zorunlu neden kavramının, zorlayıcı neden kavramı ile aynı anlamda kullanılmadığını ifade etmemiz gerekir¹⁹. Zorunlu nedenler, İş Kanunu'nun 42. maddesinde fazla çalışma için ifade edilen işyerinde makinelerin veya elektrik tesisatının arızalanması, yahut makineler veya araç ve gereçler için hemen yapılması gerekli acil işler telafi çalışması yönünden zorunlu neden olarak kabul edilebilir. Ancak zorunlu nedenleri bu hallerle sınırlı tutmamak da gerekir²⁰. Belirtelim ki zorlayıcı sebeplere bağlı olarak deprem, sel gibi doğal afetler, karantina uygulamaları, tehlikeli salgın hastalıklar, iç kargaşalıklar vb gibi sosyal olaylar nedeniyle işyerinde faaliyetin durması halinde de telafi çalışması yaptırılması mümkündür²¹. Zira zorunlu neden kavramının zorlayıcı neden kavramından daha geniş bir anlamı bulunmakta ve onu da kapsamaktadır²².

Telafi çalışması için yukarıda belirtmiş olduğumuz durumlara bağlı olarak işyerinin ya tamamen tatil edilmesi ya da normal çalışma sürelerinin önemli ölçüde altında çalışılması gerekir. Buradaki önemli ölçüde normal çalışma süresinin altında çalışma kavramından, İş Kanunu'nun 13. maddesinde kısmi süreli çalışmaya ilişkin getirilen ölçütte olduğu gibi en az üçte bir oranında kısaltılmış süre şeklinde anlaşılması uygun olacaktır²³.

Telafi çalışması imkânı veren diğer bir durumda ulusal bayram ve genel tatillerden önce veya sonra veya benzer nedenlerle işyerinin tatil edilmesidir. Madde hükmünün açık ifadesinden de anlaşılacağı üzere İş Kanunu'nun 64. maddesinin 1. fıkrası gereği sonradan telafi çalışmasına imkân tanınan sürelerin telafiye elverişliliğinden söz edilmektedir. Tatil günlerinin değil, ulusal bayram ve genel tatillerden önce veya sonra işyerinin tatil edilmiş olması yani çalışılması gereken iş günlerinin telafisi mümkündür.

¹⁸ Öner Eyrenci, "4857 sayılı İş Kanunu İle Getirilen Yeni Düzenlemeler, Genel Bir Değerlendirme" (2004) 1 (1) 31 vd; Ekonomi, *Telafi* (n 17) 1247 vd.

¹⁹ Yuvalı (n 3) 15 vd.

²⁰ Eyrenci (n 18) 34.

²¹ ibid 33.

²² Ekonomi, *Telafi* (n 17) 1251.

²³ ibid 1252; Eyrenci (n 18) 33.

III. COVID-19 Nedeniyle Gerçekleştirilen Yasal Değişikliklerin Bireysel İş Hukukuna Etkisi

İster zorlayıcı nedenlerden kaynaklansın isterse zorunlu nedenlere bağlı olarak ortaya çıksın iş hukuku açısından düşündüğümüzde işletmeleri etkileyen olağanüstü koşulların ortaya çıkardığı olumsuzluklar karşısında öncelikli tedbir iş ilişkisini mümkün olduğunca ayakta tutmaya çalışmaktır. Çalışmamızın bu bölümünde COVID-19 nedeniyle özellikle 7226 sayılı Kanun ile 7244 sayılı Kanun kapsamında alınan önlemleri, bireysel iş hukuku müesseseleri olan telafi çalışmaları, kısa çalışma uygulaması ile iş sözleşmelerinin askıya alınması bağlamında değerlendireceğiz.

A. 7226 Sayılı Kanun İle Gerçekleştirilen Değişikliklerin Etkisi

7226 sayılı Kanun yukarıda da belirttiğimiz gibi, COVID-19 salgını ile ilgili olarak pek çok konuda değişiklikler gerçekleştiren ve 25.03.2020 tarihinde yürürlüğe giren bir Kanundur. Bu değişikliklerden biri de çalışmamız açısından önem arzeden ve İş Kanunu'nun 64. maddesinde düzenlenen *telafi çalışması* ile ilgilidir. Telafi çalışması ile ilgili gerçekleştirilen değişiklik, zorunlu nedenlerle işin durmasına bağlı olarak telafi çalışması yaptırılabilir süreyle ilişkin olmuştur. Madde hükmünde bahsedilen iki aylık süre salgının etkisinin öngörülememesi nedeniyle dört aylık süreye çıkarılmıştır. Dolayısıyla son dönem COVID-19 salgını nedeniyle işyerlerinde zorlayıcı sebeplerle çalışmaya ara verilmesi durumunda bir başka deyişle özellikle sokağa çıkma yasakları nedeniyle çalışma yapılamaması durumlarında, alternatif bir çalışma şekli olarak telafi çalışmasına başvurulması gündeme gelebilecektir. Ancak bu durumda sürenin uzaması ihtimaline karşı iki ay kısa bir süre olarak kaldığı için 7226 sayılı Kanun ile gerçekleştirilen değişiklik ile süre *dört aya* çıkarılmıştır (İK m 64). Dolayısıyla işveren virüs salgını nedeniyle işyerini geçici olarak kısmen veya tamamen kapatması veya yeterli çalışmayı yapmaması durumunda, takip eden dört ay boyunca telafi çalışması yaptırabilecektir²⁴. Cumhurbaşkanı bu süreyi iki katına kadar artırmaya yetkilidir. Bu çalışmalar fazla çalışma veya fazla sürelerle çalışma sayılmayacaktır (İK m 64/1).

Telafi çalışmaları, günlük en çok çalışma süresini aşmamak koşulu ile günde üç saatten fazla olamaz. Tatil günlerinde telafi çalışması yaptırılmaz (İK m 64/2)²⁵. İş Kanunu'nda telafi çalışmasının sadece tatil günlerinde yaptırılmayacağı belirtilmiş, tatil gününün kanuni ya da akdi (sözleşmesel) olduğuna değinilmemiştir (İK m 64/2). Dolayısıyla haftanın beş günü çalışılan işyerlerinde cumartesi günü sözleşme nedeniyle tatil ise, bu günler de telafi çalışması yaptırılmaz. Yargıtay'ın aynı yönde verdiği

²⁴ Çalışılmayacak sürelerin önceden bilinebildiği durumlarda çalışılmayacak süreler için önceden telafi çalışması yaptırılması da mümkündür. Ekonomi, *Telafi* (n 17) 255; Süzek, *İş Hukuku* (n 3) 791.

²⁵ Kanunla tayin edilmiş veya sözleşmelere dayalı tatil günlerinde telafi çalışması yaptırılmaz. Buna göre Ulusal Bayram ve Genel Tatiller Hakkında Kanun'un 3. maddesinin (a) bendi gereğince hafta tatili Cumartesi en geç 13.00'ten başlayarak pazar gününü de içerdiğinden bu günlerde telafi çalışması yaptırılmaz. Bkz Ulusal Bayram ve Genel Tatiller Hakkında Kanun Numarası: 2429, Kabul Tarihi: 17.03.1981. RG 19.03.1981 17284.

kararında da “*dava konusu işyerinde haftanın beş günü çalışma yapıldığı cumartesi günü akdi tatil, pazar gününün ise hafta tatili olarak kullanıldığı anlaşıldığından bu günlerde telafi çalışması yaptırılmaz*” ifadelerine yer verilmiştir²⁶.

Telafi çalışması günlük en çok onbir saatlik çalışma süresini aşmamak üzere üç saati geçmemek üzere yaptırılabilir. Buna göre haftanın altı günlük çalışma süresine göre günde üç saatlik çalışma haftalık (3x6)=18 saatlik bir çalışma süresine denk gelmektedir. *Dört aylık* bir süreç için ise (16 hafta x 18=) 288 saatlik bir çalışmaya onun da yaklaşık 6 haftalık bir süreye karşılık geldiğini belirtmemiz gerekir.

B. 7244 Sayılı Kanun İle Gerçekleştirilen Değişikliklerin Etkisi

1. Kısa Çalışma Ödeneğinden Yararlanma İle İlgili Değişiklikler

a. Normal Durum

Ekonomik kriz gibi belirli zorluklara bağlı olarak işçilerin ücretlerini ödeme güçlüğü çeken işverenlere, işçi çıkarmadan krizi aşmaları için kısa çalışma uygulamasından destek sağlanması bir taraftan işletmelerin korunması amacına hizmet ederken diğer taraftan da işçilerin bu dönemlere bağlı olarak gelir desteğinden mahrum kalmalarını engellemiş olmaktadır²⁷. Bu amaçlarla yürürlüğe konulan kısa çalışma, 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu’nun Ek 2. maddesinde²⁸ düzenlenmiştir²⁹. Aynı zamanda konu ile ilgili olarak yürürlüğe konulmuş Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Ödeneği Hakkında Yönetmelik de bulunmaktadır. Genel ekonomik, sektörel veya bölgesel kriz durumlarında veyahut da zorlayıcı sebeplere bağlı olarak işyerinde faaliyetin azaltılması veya durması veyahut da kısmen durdurulmasıdır (4447, Ek m 1). Bu dönemde sağlanan gelir desteği işçinin çalışırken aldığı ücret seviyesinde olmamakta, böylece ortaya

²⁶ Davalı işveren, 2006 Haziran sonu ve Temmuz ayının ilk günlerinde işin tatil edilmesi zorunluluğunu doğurduğunu, bu nedenle müteakip aylarda Cumartesi günlerinde çalışma yapılacağını işçilere önceden duyurmuştur. Tanık anlatımlarına göre davacının birkaç Cumartesi günü 08.00-19.00 saatleri arasında çalıştıktan sonra 26.8.2006 Cumartesi gününde çalışmak istememiş ve iş sözleşmesi bu nedenle feshedilmiştir. Ancak Cumartesi günü dava konusu işyeri bakımından tatil günü olduğu gibi, telafi çalışması olduğu belirtilen çalışmanın da günde 3 saatten fazla yapıldığı anlaşılmaktadır. Bu durumda davacının çalışmak istememesi telafi çalışmasına ilişkin hükümlere uygun düşmektedir. Feshin haklı veya geçerli nedene dayandığını kabul etmek mümkün değildir. Yargıtay 9 HD, 27667/5298, 17.03.2008.

²⁷ “...Bu gibi hallerde, işverenin öncelikle yukarıda sözü edilen “kısa çalışma” veya işçilerle anlaşarak “ücretsiz izin” veya “esnek çalışma” uygulamalarına gitmesi gerekmektedir. Ancak, ekonomik kriz veya zorlayıcı nedenlerin üç aydan fazla sürmesi halinde, işçiye tanınan “haklı sebeple” fesih hakkı gibi, işverene de “geçerli sebeple” fesih hakkının tanınması gerekeceği ifade edilebilecektir”, Keser (n 11) 24.

²⁸ İşsizlik Sigortası Kanunu. Kanun Numarası 4447, Kabul Tarihi: 25.08.1999. RG 08.09.1999 23810; Kanun koyucu toplumsal ve ekonomik değişimleri dikkate alarak 4857 sayılı İş Kanunu ile ilk kez “kısa çalışma ve kısa çalışma ödeneği” kurumunu düzenlemiş, işçi ve işverenlere yön vermeye çalışmıştır. Mayıs 2008’e kadar yasal sistem böyle iken bu tarihte 5763 sayılı kanunla kısa çalışma uygulamasını işsizlik sigortasıyla ilişkilendirmek için 4857 sayılı İş Kanunu’ndan çıkarılıp, 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu ile eklenmiştir. Bora Uğraş, “İş Hukukunda Kısa Çalışma Kavramı ve Kısa Çalışma Ödeneğine Hak Kazanmanın Koşulları” (2014) 5 (1) Çalışma İlişkileri Dergisi 49-68.

²⁹ Sümer, *Uygulamalar* (n 3) 395; Fevzi Demir, “Kısa Çalışmalar ve İş Sözleşmeleri Üzerine Etkileri” (2009) 6 (22) Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi 541 vd; Çetinkaya (n 3) 419 vd; İhsan Seçkin, *Çalışma Ekonomisi ve İş Hukuku Açısından Kısa Çalışma*, (Legal 2015) 5 vd.

çıkan kriz niteliğindeki olumsuzlukların sonuçlarına işçi de bir yönüyle katlanmış olmaktadır³⁰. İşçi işyerindeki faaliyetin tamamen/kısmen durdurulması veya haftalık olağan çalışma süresinin önemli ölçüde azaltılması nedenine dayalı olarak işveren kısa çalışma ödeneği ile normal ücreti arasındaki farkı talep edemeyecektir³¹. Ancak işveren tarafından ilave ücret verilmesine de bir engel yoktur³².

Genel ekonomik, sektörel veya bölgesel kriz ile zorlayıcı sebeplerle işyerindeki haftalık çalışma sürelerinin geçici olarak önemli ölçüde azaltılması veya işyerinde faaliyetin tamamen veya kısmen geçici olarak durdurulması hallerinde, işyerinde üç ayı aşmamak üzere kısa çalışma yapılabilir (4447, Ek m 2/1)³³.

Kısa çalışma uygulaması normalde Yönetmelik gereği *üç ayı geçmemek üzere* işyerinde uygulanan çalışma süresinin işyerinin tamamında veya bir bölümünde geçici olarak en az üçte bir oranında azaltılmasını veya süreklilik koşulu aranmaksızın en az dört hafta süreyle faaliyetin tamamen veya kısmen durdurulması olarak ifade edilmektedir (Yönetmelik, m 3)³⁴.

Uygulama açısından *sektörel kriz*, ulusal veya uluslararası ekonomide ortaya çıkan olaylardan doğrudan etkilenen sektörler ve bunlarla bağlantılı diğer sektörlerdeki işyerlerinin ciddi anlamda sarsıldığı durumları (Yönetmelik, m 3/1-ğ); *bölgesel kriz*, Ulusal veya uluslararası olaylardan dolayı belirli bir il veya bölgede faaliyette bulunan işyerlerinin ekonomik olarak ciddi şekilde etkilenip sarsıldığı durumları (Yönetmelik, m 3/1-b); *genel ekonomik kriz*, Ulusal veya uluslararası ekonomide ortaya çıkan olayların, ülke ekonomisini ve dolayısıyla işyerini ciddi anlamda etkileyip sarstığı durumları (Yönetmelik, m 3/1-c) ifade eder³⁵. Yönetmelikte *zorlayıcı sebep* kavramına da açıklık getirilmiş ve İşverenin 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 (Yönetmelik, m 3/1-h) ifade eder denilmiştir³⁶.

³⁰ Süzek, *İş Hukuku* (n 3) 792.

³¹ Uğraş (n 28) 58.

³² Kısa çalışma ödeneği alan işçilere işverence ücreti ile ödenek arasındaki farkı karşılamak üzere ilave ücret ödenmesi durumunda ödenen ücret 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu uyarınca gelir vergisine ve 488 sayılı Damga Vergisi Kanunu uyarınca damga vergisine tabi tutulması gerekmektedir.

³³ Seçkin (n 29) 75 vd; Çetinkaya (n 3) 419 vd; Narmanlıoğlu, *Kaçınabilme Hakkı* (n 3) 634.

³⁴ Süzek, *İş Hukuku* (n 3) 792-796; Sümer, *Uygulamalar* (n 3) 375; Ali Karaca, "Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Ödeneği Uygulaması" (2009) 14 Sicil İş Hukuku Dergisi 119 vd.

³⁵ 6111 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikten önce kısa çalışma uygulamasının yapılabileceği hal genel ekonomik kriz ya da zorlayıcı nedenlerle sınırlı iken, yapılan değişiklikte, krizin genel ekonomik kriz olması şart olmaktan çıkarılmış, sektörel veya bölgesel kriz nedeniyle de kısa çalışma yapılmasına imkân tanınmıştır. Dolayısıyla ekonomik krizin genel nitelik taşıması, ülke çapında tüm sektörleri kapsaması zorunlu değildir. Seçkin (n 29) 102.

³⁶ Daha çok Borçlar Hukuku karakterli olan zorlayıcı sebep, İş Hukukunda genellikle geçici imkânsızlık kavramını anlatır. Yangın, kaza, arıza gibi teknik nedenlerle, deprem, toprak kayması, sel gibi bir doğa olayı veya yürütme organınca işyerinin kapatılması gibi bir idari işlemlerle kullanılan hammaddeyin yasaklanması gibi bir hukuki engelle ortaya çıkabilir. ibid 104.

b. 4447 sayılı Kanun'un Geçici 23. Maddesi ile Koşulların Hafifletilmesi

COVID-19 Salgını nedeniyle 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu'na 7226 sayılı Kanunla eklenen Geçici 23. madde hükmüne göre 30/6/2020 tarihine kadar geçerli olmak üzere, COVID-19 kaynaklı zorlayıcı sebep nedeniyle yapılan kısa çalışma başvuruları için, Ek 2. maddenin 3. fıkrasında işçinin kısa çalışma ödeneğine hak kazanabilmesi için öngörülen hizmet akdinin feshi hariç işsizlik sigortası hak etme koşullarını yerine getirmesi hükmü, kısa çalışma başlama tarihinden önceki (120 gün yerine) son 60 gün hizmet akdine tabi olanlardan son üç yıl içinde (600 gün yerine) 450 gün sigortalı olarak çalışıp işsizlik sigortası primi ödenmiş olması şeklinde uygulanacaktır. Bu koşulu taşımayanlar, kısa çalışma süresini geçmemek üzere son işsizlik ödeneği hak sahipliğinden kalan süre kadar kısa çalışma ödeneğinden yararlanmaya devam edeceklerdir (4447, Geçici m 23/1).

Bu madde kapsamında kısa çalışma uygulamasından yararlanabilmek için, iş yerinde kısa çalışma uygulanan dönemde 4857 sayılı Kanunun 25. maddesinin birinci fıkrasının (II) numaralı bendinde yer alan sebepler hariç olmak kaydıyla işveren tarafından işçi çıkarılmaması gerekir. Bu madde kapsamında yapılan başvurular, başvuru tarihinden itibaren 60 gün içinde sonuçlandırılır (4447, Geçici m 23/2). Ancak yürürlüğe giren 7244 sayılı Kanun'un 6. maddesine göre Geçici 23. maddenin 2. fıkrasının son cümlesine “*uygunluk tespitleri hariç olmak üzere*” ibaresi eklenmiş ve başvurunun sonuçlanmasına bağlı gecikmenin önüne geçilmek istenmiştir.

COVID-19 sebebiyle zorlayıcı sebeplerden kaynaklanan kısa çalışma başvuruları için, uygunluk tespitinin tamamlanması beklenmeksizin, işverenlerin beyanı doğrultusunda kısa çalışma ödemesi gerçekleştirilecektir. İşverenin hatalı bilgi ve belge vermesi nedeniyle yapılan fazla ve yersiz ödemeler, yasal faiziyle birlikte işverenden tahsil edilebilecektir (4447, Geçici m 25). Önemle belirtelim ki bu madde kapsamında yapılacak başvuru tarihinin uzatılması ile 60 gün ile 450 gün olarak ifade edilen gün sayılarının farklılaştırılmasına 31.12.2020 tarihine kadar Cumhurbaşkanı yetkili kılınmıştır (4447, Geçici m 23/son).

Kısa Çalışma Ödemeleri				
Aylar	2019		2020	
	Kişi Sayısı	Ödeme Miktarı (Bin TL)	Kişi Sayısı	Ödeme Miktarı (Bin TL)
Ocak	26562	18.800	24.847	23.210
Şubat	36.139	24598	17.862	12.096
Mart	35.850	27.966	96.636	32.232
Nisan	23.259	20.946	3.243.125	5.100.339
Mayıs	11.964	10.278	3.091.402	5.154.840

Kaynak: İşkur Mayıs-2020 İşsizlik Sigortası Bülteni. <https://www.iskur.gov.tr/yayinlarimiz/issizlik-sigortasi-bulteni> Erişim Tarihi: 20.06.2020.

Kolaylaştırılmış şartların da etkisine bağlı olarak COVID-19 salgını nedeniyle bir önceki yıla yani 2019 yılı Nisan ayına göre 2020 yılı Nisan ayı içinde kısa çalışma ödeneğine ilişkin gerçekleşen başvuru ve ödenen miktarların oldukça arttığı görülmektedir³⁷. Aslında artış 2020 Mart ayı içinde bir sonraki aya göre küçük bir miktar da olsa eğilim göstermeye başlamış ve 2020 Nisan ayı içinde başvuru bugüne kadar hiç olmadığı bir sayıya yani 3.243.125 kişiye ulaşmış, Mayıs ayı başvuruları ile birlikte toplam başvuru sayısı 6.334.527 kişiye ulaşmıştır. Nisan ve Mayıs ayında ise kısa çalışma ödeneği olarak toplam 10.255.179.000 TL rekor seviyede ödeme yapılmıştır.

c. İş Sözleşmesinin Askıya Alınması Suretiyle Nakdi Ücret Desteği Verilmesi

(1) Türk İş Hukuku Açısından İstisnai Durumlar İçin Gelir Güvencesi

İş sözleşmesinin askıya alınması, iş ilişkisinde kusursuz geçici ifa imkânsızlığının ortaya çıkmasına bağlı bir sonuçtur. İş sözleşmesinin askıya alınması kanun gereği olabileceği gibi taraflar arasında bu konuda yapılacak bir sözleşmeyle de olabilir³⁸. İş sözleşmesinin normal seyrinin olumsuz etkilenmesi durumunda başvurulabilecek önlemlerden biri olan askıya alma tedbiri geçici kusursuz ifa karşısındaki güvencesiz durumuna karşı geliştirilmiş bir tedbirdir³⁹.

İş görme ediminin kusursuz geçici ifa imkânsızlığı nedeniyle yerine getirilemediği durumda iş sözleşmesinin askıda olacağı ve işverenin de ücret ödeme yükümlülüğünün ortadan kalkacağı kabul edilmektedir⁴⁰. Ancak günümüzde, ücretin sosyal bir nitelik kazanması sonucunda yukarıda belirtilen kurala istisnalar getirilmiş ve yasa koyucular tarafından bazı hallerde işçiye bir iş karşılığı olmaksızın ücret ödeneceği kabul edilmiştir⁴¹. Geçici olarak düzenlenen nakdi ücret desteğine geçmeden önce iş mevzuatı açısından iş sözleşmesinin askıya alınması durumunda çalışanlara dönük gelir güvencesinin hangi durumlarda söz konusu olduğunun açıklığa kavuşturulmasının yararlı olacağı kanaatindeyiz. Bu düzenlemelerin açıklanması ile birlikte nakdi ücret desteğine neden ihtiyaç duyulduğu daha iyi anlaşılacaktır.

³⁷ Ödeme miktarlarına, kişiler adına ödenen GSS primleri ve Damga Vergisi dahil değildir. Kısa çalışma ödeneği için ay içerisinde birden fazla ödeme yapıldığından ilgili ayların ödeme yapılan kişi sayısı ve ödeme miktarında güncelleme nedeniyle değişiklik olmaktadır. Nisan ayı verileri geçici gerçekleşmeler olup, başvurulara ilişkin değerlendirmeler tamamlandıkça veriler revize edilmektedir.

³⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz Rabiye Yaman, "İş Sözleşmesinin Askıya Alınması ve Hukuki Sonuçları" (2016) 74 İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 765-787; Sarper Süzek, "İş Akdinin Askıya Alınması ve Ücretsiz İzinler" (2007) Özel Sayı DEÜHFD 115-133.

³⁹ Süzek, *Askıya Alınma*, 115-133.

⁴⁰ Kemal Oğuzman, *Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına Göre Hizmet Akdinin Feshi* (İsmail Akgün Matbaası, 1955) 90. Kenan Tunçomağ, Tankut Centel, *İş Hukukunun Esasları* (4th, Beta 2005) 347.

⁴¹ Yeliz Aktaş, "İş Akdinin Askıya Alınması ve Bu Bağlamda Kısa Çalışma" (2011) Dokuz Eylül Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Programı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 136.

İş sözleşmesinin askıya alınması ile birlikte sözleşmeden doğan temel borçlar da askıya alınmış olur. Diğer bir deyişle işçinin iş görme borcu, işverenin de ücret ödeme borcu askı süresince ortadan kalkar. Bu dönemde ücret ekleri de ödenmez⁴². Ancak iş sözleşmesinin İş Kanunu'nun 24. ve 25. maddelerinin (III) numaralı bentleri gereği zorlayıcı nedenlerle askıya alınması durumunda işçilere bir hafta süreyle yarım ücret ödenmesi gerekir. Bir haftalık süreden sonra işverence haklı nedenle fesih hakkı kullanılmadığı sürece, ücretin ödenmesine gerek olmaksızın iş sözleşmesi askı halini sürdürmeye devam edecektir. Ancak zorlayıcı sebebin ortadan kalkması durumunda işçi eskisi gibi işyerinde çalışmak, işverende çalıştırmak zorundadır⁴³.

Kısa çalışma halinde İşsizlik Sigortası Fonundan kısa çalışma ödeneği ödenmektedir. Kısa çalışma ödeneğine hak kazanmak için iş sözleşmesinin feshi hariç olmak üzere işsizlik sigortası hak etme koşullarının yerine getirilmesi gerekir (4447, Ek m 2/3). Bunun için işçinin son 120 gün hizmet akdine bağlı olarak çalışmış olması ve adına son üç yıldan beri en az 600 gün işsizlik sigortası primi ödenmiş olması gerekir⁴⁴.

Kısa çalışma yapılması yönünde talebin işveren tarafından Türkiye İş Kurumu birimine ve varsa toplu iş sözleşmesi tarafı sendikaya yazı ile bildirmesi gerekir (4447, Ek m 2/2; Yönetmelik, m 4/1)⁴⁵. Dolayısıyla ödenekten yararlanacak işçilere ilişkin bilgilerin liste halinde işverence Kurumca belirlenen formatta hazırlanarak manyetik ve yazılı ortamda Kurum yetkilisine teslim edilmesi gerekir (Yönetmelik, m 4/3). Genel ekonomik, sektörel veya bölgesel kriz ile dışsal etkilere kaynaklanan dönemsel durumlardan ileri gelen zorlayıcı sebeplerin varlığı, işçi ve işveren sendikaları konfederasyonlarının iddia etmesi ya da bu yönde kuvvetli emarenin bulunması halinde, Yönetim Kurulunca karara bağlanır (Yönetmelik, m 5/2).

Kısa çalışma talepleri; iş müfettişlerince uygunluk tespiti yapılması amacıyla Rehberlik ve Teftiş Başkanlığının ilgili birimine ivedilikle gönderilir. Uygunluk tespiti sonucu ilgili Kurum birimine gönderilir. Uygunluk tespiti sonuçları Kurum birimince işverene bildirilir. İşveren durumu, işyerinde işçilerin görebileceği bir yerde ilan eder ve varsa toplu iş sözleşmesine taraf işçi sendikasına bildirir. İlan yoluyla işçilere duyuru yapılmadığı durumlarda, kısa çalışmaya tabi işçilere yazılı bildirim yapılır (Yönetmelik, m 5/4).

⁴² Süzek, *İş Hukuku* (n 3) 504.

⁴³ ibid 692.

⁴⁴ Kısa çalışmanın başladığı tarihte son 120 gün kesintisiz geçmek koşuluyla son üç yılda en az 600 gün işsizlik sigortası primi ödemiş olmak koşuluyla son üç yılda en az 600 gün işsizlik sigortası primi ödemiş olmak koşulunda geçen "120 gün kesintisiz geçmek" ibaresi 17/1/2019 tarihli ve 7161 sayılı Kanunun 25 inci maddesiyle bu fıkrada yer alan "prim ödeyerek sürekli çalışmış" ibaresi "hizmet akdine tabi" şeklinde değiştirilmiştir. RG., 18.01.2019, 30659.

⁴⁵ Talebin uygunluğunun belirlenmesine ilişkin usul ve esaslar, ilgili kurum ve kuruluşların da görüşü alınarak Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca çıkarılacak yönetmelikle belirlenir. (4447, Ek m 2/2).

Günlük kısa çalışma ödeneği, sigortalının son oniki aylık prime esas kazançları dikkate alınarak hesaplanan günlük ortalama brüt kazancının % 60'ıdır. Bu şekilde hesaplanan kısa çalışma ödeneği miktarının asgari ücretin brüt tutarının % 150'sini geçmesi mümkün değildir⁴⁶ (4447, Ek m 2/4; Yönetmelik, m.7/1). Buna göre örneğin aylık ortalama Kazancı brüt 9.000 TL olan işçinin Kısa Çalışma Ödeneği Hesabı: Son 12 aylık prime esas aylık ortalama kazancı: 9.000,00 TL: $9.000,00 \text{ TL} \times \%60 = 5.400 \text{ TL}$ (Kısa çalışma ödeneği hesabında ortalama aylık kazancın %60'ı ödenir). Ancak hesaplanan kısa çalışma ödeneği miktarı, aylık asgari ücretin brüt tutarının % 150'sini geçemez. 2020 yılında geçerli olan brüt asgari ücret tutarı 2.943 TL'dir: $2.943 \text{ TL} \times \% 150 = 4.414,50 \text{ TL}$. İşçinin aylık prime esas kazancının yüzde 60'ı brüt asgari ücretin yüzde 150'sini geçtiği takdirde işçiye asgari ücretin brüt tutarının yüzde 150'si kısa çalışma ödeneği olarak ödenir. Bu tutar üzerinden de damga vergisi kesintisi yapılmaktadır. $4.414,50 \text{ TL} \times \% 0,759$ (Damga vergisi) = 33,50 TL: $4.414,50 \text{ TL} - 33,50 \text{ TL} = 4.381,00 \text{ TL}$ alınabilecek en yüksek kısa çalışma ödeneği olacaktır. En düşük kısa çalışma ödeneğinin miktarı ise yürürlükte bulunan asgari ücretin brüt tutarının % 150'sini geçemeyecektir. Buna göre en düşük kısa çalışma ödeneğinin miktarı ise damga vergisi düşüldükten sonra 1.752,40 TL'nin altında olmayacaktır.

Hükümden de anlaşılacağı üzere, kısa çalışma ödeneği olarak işçiye çalışmakta iken aldığı ücretin tamamı değil, madde hükmünde yer alan sınırlar içinde hesaplanan miktar ödenek olarak verilmektedir⁴⁷. Zorlayıcı sebeplerle işyerinde kısa çalışma yapılması halinde, İş Kanunu'nun 24. maddesinin III numaralı bendinde ve 40. maddesinde öngörülen bir haftalık sürenin bitiminin ardından başlayacaktır (Yönetmelik, m 7/4). Dolayısıyla Kanun koyucu işçinin günlük yarım ücret aldığı bir haftalık süre içinde kısa çalışma ödeneği almak suretiyle mükerrer ödemeye kavuşması engellemek istemiştir⁴⁸.

Kısa çalışma ödeneğinin süresi, üç ayı aşmamak üzere kısa çalışmanın süresi kadardır. Ancak bu süreyi altı aya kadar uzatmaya ve işsizlik ödeneğinden mahsup edilip edilmeyeceğini belirlemeye Cumhurbaşkanı yetkilidir (4447, Ek m 2/6). İşverenin hatalı bilgi ve belge vermesi nedeniyle yapılan fazla ödemeler, yasal faiziyle birlikte işverenden tahsil edilir (4447, Ek m 2/8).

6098 Türk Borçlar Kanunu'nun⁴⁹ 409. maddesi gereği uzun süreli bir hizmet ilişkisinde işçinin, hastalık, askerlik veya kanundan doğan çalışma ve benzeri

⁴⁶ Bu hükümlerde geçen 16 yaşından büyük işçiler ibaresi, Asgari Ücret Tespit Komisyonunun aldığı bir karar nedeniyle güncelliğini kaybetmiştir. Asgari Ücret Tespit Komisyonunun Resmi Gazetede yayımlanan 31.12.2013 tarih ve 2013/1 sayılı kararı ile millî seviyede tek asgari ücret tespitine karar verilmiş olup, 16 yaşından büyük ve 16 yaşından küçük işçiler için asgari ücret belirlenmesi uygulamasına son verilmiştir.

⁴⁷ Kısa çalışma ödeneğinin miktarı başlangıçta işsizlik ödeneğine yapılan atıf nedeniyle işsizlik ödeneğine ilişkin hükümlere göre belirlenirken, 6111 sayılı Kanun ile kısa çalışma ödeneği ile işsizlik ödeneği miktarı arasındaki bağlantı kesilmiş, kısa çalışma ödeneğinin miktarı bağımsız olarak daha yüksek belirlenmiştir.

⁴⁸ Seçkin (n 29) 173.

⁴⁹ Türk Borçlar Kanunu, Kanun Numarası: 6098, Kabul Tarihi: 11.01.2011, RG 04.02.2011 27836.

sebeplerle kusuru olmaksızın, iş gördüğü süreye oranla kısa bir süre için iş görme edimini ifa edememesi durumunda işveren, başka bir yolla karşılanmadığı takdirde, o süre için işçiye hakkaniyete uygun bir ücret ödemekle yükümlü tutulmuştur.

Ancak genel nitelikli bu hükmün İş Kanunu kapsamında yer alan işçiler için geçerli olmadığını ifade etmemiz gerekir⁵⁰. Zaten yukarıda belirtilen durumlarda İş Kanunu'nun değişik hükümlerinde ücret ödenmeyeceğine ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. Nitekim İş Kanunu'nun 31. maddesinin 3. fıkrası hükmüne göre askerlik ve kanundan doğan bir ödev nedeniyle iş sözleşmesi askıya alınmış olan işçinin, iş sözleşmesinin feshedilmiş sayılabilmesi için beklenilmesi gereken süre içinde ücretinin işlemeceği hükme bağlanmıştır⁵¹. Aynı şekilde İş Kanunu'nun 25. maddesinin (I) numaralı bendinin (a) alt bendi hükmüne göre, hastalık, kaza, doğum ve gebelik gibi hallerde iş sözleşmesinin askıda kalması nedeniyle işine gidemediği süreler için de ücret işlemez.

Basın İş Kanunu açısından askerlik, hamilelik, mahkûmiyet ve yayının tatili durumunda, özel hükümler getirilmiş ve belirtilen durumlara bağlı olarak gazetecinin ücret hakkı korunmuştur. Nitekim talim veya manevra sebebiyle silahaltına alınan gazetecinin bu süre zarfında ücret hakkının saklı olduğu hükme bağlanmıştır (BİK m 16/1)⁵². Kadın gazeteci hamileliği halinde, hamileliğin 7. ayından itibaren doğumun ikinci ayının sonuna kadar izinli sayılır. Bu süre içinde müessese gazeteciye son aldığı ücretin yarısını ödemekle yükümlüdür⁵³. Basın İş Kanunu kapsamında gazetecinin askı durumunda gelir güvencesini oluşturan bir diğer durum da mahkûmiyet halinde ücret hakkıdır. Bu sebeple çalıştığı gazetede bir yayımı nedeniyle tutuklanan veya hapse mahkûm olan gazeteci bu süre içinde işverenden ücretini almaya devam edecektir (BİK m 17/1)⁵⁴. Nihayet her ne sebeple olursa olsun yayının durdurulması halinde de gazetede çalışanlar, yayının durduğu tarihten itibaren iki ay süreyle ücret hakları devam edecektir (BİK m 16/son).

(2) Nakdi Ücret Desteği Kavramı

Nakdi ücret desteği kavramı ilk defa 4447 sayılı Kanuna 7244 sayılı Kanunla eklenen Geçici 24. madde ile gündeme gelmiştir. Bütün dünyayı etkisi altına alan COVID-19 salgını nedeniyle, çalışma hayatında alınan tedbirler kapsamında

⁵⁰ Yargıtay 4HD, 3726/4463, 04.07.1957; Bkz Aktaş (n 41) 139.

⁵¹ Bkz Güner (n 17) 181-186.

⁵² Ancak, yedek subay olarak veya sair suretlerle askeri hizmet karşılığı aylık alan gazetecinin almakta bulunduğu bu aylık kendi işinden aldığı ücretten az ise, işveren, gazeteciye yalnız aradaki farkı ödemekle yükümlüdür (m 16/1). Kısmi veya genel seferberlik sebebiyle silahaltına alınan gazeteci hakkında üç ay için bu maddenin birinci fıkrası hükümleri uygulanır (m 16/2). İlk muvazzaf askerlik hizmeti için silahaltına alınan gazeteciye normal askerlik süresince son aldığı ücret yarı oranında ödenir (m 16/3). Ayrıntılı bilgi için bkzHaluk Hadi Sümer, *Bireysel Basın İş Hukuku* (2th Seçkin, 2016) 109-110.

⁵³ Bu süre içinde müessese gazeteciye son aldığı ücretin yarısını ödemekle yükümlüdür. Doğum vuku bulmaz veya çocuk ölü doğarsa, bu halin meydana gelmesinden itibaren bir ay süreyle bu ücret ödenir. Gazetecinin sigortadan veya bağlı bulunduğu teşekküllerden alacağı yardım, bu ödemeye etki etmeyecektir (m 14/son) ibid 111.

⁵⁴ Ayrıntı için bkzibid 113-114.

değerlendirilmesi gereken nakdi ücret desteği, adından da anlaşılacağı üzere *para* olarak gündeme gelen bir destek türüdür. 4447 sayılı Kanun'un Geçici 24. maddesi gereği nakdi ücret desteğinin verileceği kesim göz önünde bulundurulduğunda bunun çalışma hayatında daha önceden hiç bulunmamış kişilerle ilgili değil, COVID-19 salgını nedeniyle çalışma hayatından uzak kalmak zorunda olan sigortalılarla ilgili olduğunu söylememiz gerekir. Aslında Türk çalışma hayatı sisteminde, tehlikeli salgın hastalıkları da içine alacak şekilde zorlayıcı nedenler dolayısıyla nakdi desteğin yukarıda kısa çalışma ödeneği kapsamında sağlandığını ele almıştık. Nakdi ücret desteği kısa çalışma ödeneğinden yararlanacak olanlara sağlanan bir para yardımı olmayıp, aksine kısa çalışma ödeneğine ilişkin koşulları sağlayamayıp da, işverence kural olarak⁵⁵ ücretsiz izne ayrılmış sigortalılarla ilgili bir destek olduğunu belirtmemiz gerekir.

Aile Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı tarafından yayınlanan “4447 Sayılı İşsizlik Sigortası Kanununun Geçici 24 Üncü Maddesi Kapsamında Yapılacak Nakdi Ücret Desteği Uygulamasına İlişkin Usul ve Esaslar” (Usul ve Esaslar) düzenlemesinin 4. maddesinin 1. fıkrasının (d) bendinde de *nakdi ücret desteği* kavramı “4447 sayılı Kanunun geçici 24 üncü maddesi kapsamındaki kişilere İŞKUR tarafından yapılacak ödemeyi” ifade eder şeklinde tanımlanmıştır.

Nakdi ücret desteğini düzenleyen 7244 sayılı Kanun'un başlığı “Yeni Koronavirüs (COVID-19) Salgınunun Ekonomik ve Sosyal Hayata Etkilerinin Azaltılması Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun olduğu için, tedbirin de bu salgınla ilgili olduğunu, dolayısıyla aynı süre içinde bir başka zorlayıcı sebep (deprem, sel vb) gündeme gelse dahi nakdi ücret desteği uygulamasının devreye girmeyeceği düşüncesindeyiz⁵⁶.

(3) Nakdi Ücret Desteğinden Yararlanacak Olanlar

Nakdi ücret desteğinden yararlanacak kişilerle ilgili olarak “Usul ve Esaslar” düzenlemesinin 2. maddesi bir düzenleme yapmıştır. Madde hükmüne

⁵⁵ Çünkü istisnai olarak Geçici m 24/1 kapsamında 4447 sayılı Kanun'un 51. maddesi çerçevesinde gerçekleştirilen fesihlerin 15.03.2020 tarihi sonrasına ilişkin olması durumunda da belli şartlar altında nakdi ücret desteğine hak kazanmak mümkündür.

⁵⁶ Ancak belirtelim ki, COVID-19 Salgını (Pandemi) nedeniyle Aile Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığının, 1. 2. ve 3. Faz olarak kamuoyuna duyurduğu Sosyal Destek Programı kapsamında 1.000 TL'lik nakid yardım desteğinde de bulunmaktadır. Dolayısıyla bu destekten yararlanmak için daha önce bu uygulama kapsamında sosyal yardım almamış olmak yanında, 5510 sayılı Kanun'un 4. maddesinin 1. fıkrasının (a) ve (c) bentleri kapsamında çalışmıyor olmak, Sosyal Güvenlik Kurumu'ndan gelir veya aylık almıyor olmak, İŞKUR tarafından sağlanan işsizlik ödeneği ve kısa çalışma ödeneği gibi nakdi desteklerden yararlanamıyor olmak şarttır. Ancak Bakanlık tarafından yapılan açıklama ile “Düzenli merkezi sosyal yardım (Yaşlı Aylığı, Engelli Aylığı, Engelli Yakını Aylığı, Silikozis Aylığı, Eşi Vefat Etmiş Kadınlara Yönelik Düzenli Nakit Yardım, Muhtaç Asker Ailelerine Yönelik Düzenli Nakit Yardım, Öksüz Yetim Yardımı, Muhtaç Asker Çocuğu Yardımı, Şartlı Eğitim Yardımı, Şartlı Sağlık Yardımı, Çoklu Doğum Yardımı, Psiko-Sosyal ve Mali Kayıp Yaşayan Tüberküloz ve SSPE Hastalarına Yönelik Düzenli Nakdi Yardım Programı) alan hanelere herhangi bir başvuruya gerek olmaksızın Ekonomik İstikrar Kalkını Paketi Destek Programı kapsamında 1.000 TL ödeme yapılacaktır.” ibarelerine yer verilmiştir. <https://www.ailevecalisma.gov.tr/tr-tr/duyurular/2-milyon-111-bin-haneyec-1-000-er-tl-nakdi-destegin-odeme-tarihleri-aciklandi/> Erişim Tarihi: (28.04.2020).

göre, nakdi ücret desteği, “a) 17/4/2020 tarihi itibarıyla iş sözleşmesinin bulunduğu işveren tarafından 22/5/2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanununun geçici 10 uncu maddesi uyarınca ücretsiz izne ayrılan ve kısa çalışma ödeneğinden yararlanamayan işçileri, b) 15/3/2020 tarihinden sonra 4447 sayılı Kanunun 51 inci maddesi kapsamında iş sözleşmesi feshedilen ve aynı Kanunun diğer hükümlerine göre işsizlik ödeneğinden yararlanamayan işçileri, kapsamaktadır”.

Ayrıca ifade edelim ki, söz konusu “*Usul ve Esaslar*” düzenlemesinin 5. maddesine göre de 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu’nun⁵⁷ Ek 9. maddesi kapsamında (temizlik, yemek gibi) ev hizmetlerinde ay içerisinde 10 günden fazla sigortalı olarak çalıştırılanlar da kapsama alınmış, bunların da yukarıdaki “*Usul ve Esaslar*” düzenlemesinin 5.maddesinin 1. fıkrasının (a) bendi kapsamında belirtilen koşullarda ücretsiz izne çıkarılmaları durumunda nakdi ücret desteğinden yararlanmaları mümkün olabilecektir.

(4) Nakdi Ücret Desteğinden Yararlanma Koşulları

Yürürlükte Olan Bir İş Sözleşmesinin Bulunması

4447 sayılı Kanun’un geçici 24. maddesine göre nakdi ücret desteğinden yararlanma hakkı, bu Kanun kapsamında yürürlükte bulunan bir iş sözleşmesinin varlığına bağlıdır. 4447 sayılı Kanuna göre yürürlükte bulunan bir iş sözleşmesinin, hangi iş kanunu kapsamında olduğu önemi değildir. Sonuç olarak çalışanın İş Kanunu veya Basın İş Kanunu, Deniz İş Kanunu veya Türk Borçlar Kanunu kapsamında iş sözleşmesine göre çalışması farketmeyecektir.

Belirtelim ki 4447 sayılı Kanun’un geçici 24. maddesinin 1. fıkrasında yer alan hükme göre 15.03.2020 tarihinden öncesine ait *olmamak* kaydıyla iş sözleşmeleri 4447 sayılı Kanun’un 51. maddesinde⁵⁸ belirtilen hükümler kapsamında sona ermiş işçilerin de tıpkı iş sözleşmesi yürürlükte olan işçiler gibi nakdi ücret desteğinden yararlanmaları

⁵⁷ Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu, Kanun Numarası: 5510, Kabul Tarihi: 31.05.2006, RG 16.06.2006 26200.

⁵⁸ Söz konusu hükme göre “*Bu Kanun uyarınca sigortalı sayılanlardan hizmet akıtları bildirim sürelerine uyulmak suretiyle (İK m 17; DİK m 16; BİK m 6/4), süresi belirli olsun veya olmasın iş sözleşmesinin işçi tarafından derhal feshini gerektiren nedenlerden biri ile (İK m 24/I-III) veya Deniz İş Kanunu’nun madde 14/II-III hükümleri gereği veya Basın İş Kanunu’nun madde 7, m 11/1 gereği feshedilmiş olması veya süresi belirli olsun veya olmasın iş sözleşmesinin işveren tarafından bildirim önelini beklemeye gerek olmaksızın İş Kanunu’nun 25/I, III ve IV numaralı bentleri gereği, Deniz İş Kanunu’nun madde 14/III gereği veya Basın İş Kanunu madde 12/1 gereği feshedilmiş olması durumunda; iş sözleşmesinin belirli süreli olması durumunda ise sürenin bitimi nedeniyle işsiz kalınması, Deniz İş Kanunu madde 7/III bendi gereği iş sözleşmesinin belirli bir sefer için yapılmış olması nedeniyle sefer sonunda işsiz kalınması; işyerinin el değiştirmesi veya başkasına geçmesi, kapanması veya kapatılması veya işin veya işyerinin niteliğinin değişmesi nedeniyle işçinin işten çıkarılmış olması durumlarında işsiz kalmak; 4046 sayılı Kanun gereği özelleştirme uygulamaları kapsamında işsiz kalmak veya Türk Borçlar Kanunu kapsamında bulunan sigortalıların iş sözleşmelerinin ise, 6356 sayılı Kanun kapsamında kurulu toplu iş sözleşmeleri gereği veya toplu iş sözleşmesi bulunmayan yerlerde Türk Borçlar Kanunu hükümleri doğrultusunda aynı nedenlere paralel olarak sona ermiş olması gerekir. (Bkz 4447, m 51).*

mümkündür. Dolayısıyla 51. madde kapsamında gerçekleştirilen fesih, işsizlik sigortasına hak kazandıran bir fesih türü olmakla birlikte, sigortalı bunun dışında diğer koşulları sağlayamıyor ise, işsizlik sigortası kapsamında işsizlik ödeneği hakkından yararlanamamakta ancak nakdi ücret desteğinden yararlanabilmektedir. Ayrıca 15.03.2020 tarihinden sonra iş sözleşmesi feshedilmiş olsa bile nakdi ücret desteğinden yararlanma imkânının söz konusu olabilmesi için fesih tarihinin en geç 7244 sayılı Kanun'un yürürlük tarihi olan 17.04.2020 tarihini aşmamasına dikkat etmek gerekmektedir.

Önemle ifade edelim ki belirtilen tarih sonrasına ilişkin olarak iş sözleşmesinin işçi tarafından haklı sebeplerle (İK m 24) feshedilmemesi veya süreli fesih yöntemine göre sona erdirilmesi (İK m 17) veya işverence ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haller ve benzerlerine dayalı sebeplerden biriyle (İK m 25/II) feshedilmesi durumunda işçinin nakdi ücret desteğinden yararlanması mümkün olmayacaktır.

İşçinin Ücretsiz İzne Çıkarılmış Olması

Nakdi ücret desteğinden yararlanmanın diğer bir koşulu da işçilerin halihazır iş başında bulunmayıp, ücretsiz izne çıkarılmış olmalarıdır. Aşağıda da ayrıntısını ele alacağımız üzere, ücretsiz izin uygulaması aslında tarafların anlaşması ile gündeme gelebilecek bir uygulamadır. Bunun dışında Kanun gereği iş sözleşmesinin askıya alınmasını gerektiren durumlar da mevzuatımızda mevcut bulunmaktadır. Örneğin, işçinin geçici askerlik veya yasal ödev nedeniyle askere alınması (İK m 31), işçinin (doğum, hastalık, kaza vb) sağlık nedenlerine dayalı olarak iş sözleşmesinin askıya alınması (İK m 25/I)⁵⁹, zorlayıcı nedenlerle iş sözleşmesinin askıya alınması (İK m 25/III)⁶⁰, işçinin yasal mazeretleri nedeniyle iş sözleşmesinin askıda bulunması (İK Ek m 2)⁶¹, işçi kuruluştan yöneticiliği nedeniyle iş sözleşmesinin askıya alınması (6356, m 23)⁶², grev ve lokavt nedeniyle iş sözleşmesinin askıya alınması (6356, m 67/1)⁶³ yasa gereği iş sözleşmesinin askıya alındığı hallerdir⁶⁴. Bunun dışında işverenin tek tarafı olarak ücretsiz izne çıkarması yasal düzenlemelerin dışında kalmaktadır.

Nakdi ücret desteğinin ödenmesi açısından burada önemli olan husus işçinin işverence anlaşarak mı yoksa işverenin tek tarafı irade beyanı ile mi ücretsiz izne çıkarılması gerektiğidir. Çünkü 4447 sayılı Kanun'un geçici 24. maddesinin 1. fıkrasındaki ibare, İş Kanunu'nun geçici 10. maddesi gereğince işveren tarafından ücretsiz izne çıkarılan işçilerden bahsetmektedir. Aşağıda da ayrıntısı ile

⁵⁹ Münir Ekonomi, "Kadın İşçilerin Gebelik ve Doğum Halinde Feshe Karşı Korunması" (2009) 3 Çalışma ve Toplum, 11-35.

⁶⁰ Yuvalı (n 3) 1-30.

⁶¹ Hamit Tiryaki, "İşçilerin Mazeret İzinleri ve Kullanım", 2017 http://tiryakidanismanlik.com/makaleler/pdf/makale_253.pdf Erişim Tarihi 28 Nisan 2020.

⁶² Fevzi Şahlanan, "Sendika Yöneticilerinin Güvencesi", (2013) Özel Sayı DEÜHFD 331-339.

⁶³ Ünal Narmanoğlu, "Kanuni Grevde Geçen Sürenin İşçinin Kıdeminden Sayılamayacağına İlişkin Hükümün Uygunsuzluğu", 2001 <https://hukuk.deu.edu.tr/wp-content/uploads/2020/01/-Narmanlioglu-16.pdf> Erişim Tarihi 28 Nisan 2020.

⁶⁴ Ayrıntı için bkz.Saim Ocak, "İş Sözleşmesinin İşçi Tarafından Evlilik, Askerlik ve Sosyal Güvenlik Hakları Nedeniyle Feshinde İhbar Tazminatı", (2013) Özel Sayı DEÜHFD 573-608.

inceleyeceğimiz üzere, iş sözleşmesinin bir tür askıya alınma hali olan bu madde kapsamındaki ücretsiz izin uygulamasının işverence tek taraflı olarak uygulanabilecek bir askı hali olduğunu belirtmemiz gerekir.

Burada önemli olan bir diğer sorun da işçinin Kanunun yürürlüğe girmesinden önce işverence ücretsiz izne ayrılmış olması ve kısa çalışma ödeneğinden yararlanamaması durumunda nakdi ücret desteğinden yararlanıp yararlanamayacağıdır. Kısa çalışma ödeneğinden yararlanma imkânının bulunmaması durumunda bu sigortalıların da, 7244 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden sonra ücretsiz izne ayrılmış olanlar gibi değerlendirilmesi ve nakdi ücret desteğinden yararlandırılması daha uygun olur. Bu sonuç 7244 sayılı Kanun'un çıkarılış amacına da uygun düşmektedir.

Kısa Çalışma Ödeneğinden Yararlanılamaması

7244 sayılı Kanun ile yürürlüğe giren bir kavram olan nakdi ücret desteğinin söz konusu olabilmesi açısından önemli olan koşullardan biri de sigortalının şartlarını sağlayamaması nedeniyle kısa çalışma ödeneğinden yararlanamamasıdır. Kısa çalışma ödeneğinden yararlanma koşulları, 29.02.2020 tarihinden itibaren uygulanmak üzere kolaylaştırılmış koşullar çerçevesinde değerlendirilmeli ve son üç yıl içinde 600 gün değil 450 gün sigortalılık; ücretsiz izne ayrıldığı tarih itibarıyla son 120 gün değil son 60 gün iş sözleşmesine bağlı olarak çalışma şartları aranmalıdır (7226, m 41, m 51/1-ç). Nakdi ücret desteği açısından da aynı koşulların aranması gerekmektedir. Dolayısıyla bu koşullardan birinin eksik olması durumunda sigortalının kısa çalışma ödeneğinden yararlanması mümkün olmadığı için, işveren tarafından nakdi ücret desteği için başvuru yapılabilecektir⁶⁵.

4447 sayılı Kanun'un geçici 24. maddesinin 1. fıkrasına göre kısa çalışma ödeneğinden yararlanamayan işçilerden bahsedilmiştir. Ancak belirtilen koşullara sahip olmasına rağmen, kısa çalışma ödeneği için başvuru işveren tarafından yapılabileceği için, bu başvurunun yapılmamış olması sebebiyle kısa çalışma ödeneğinden yararlanamama durumunda da, işverence başvuru yapılması şartıyla sigortalının nakdi ücret desteğinden yararlanabilmesi gerekir. Ancak bu uygulama işverenin kısa çalışma ödeneği şartlarını taşıyan işçiler için bu başvuruyu yapmayıp, doğrudan nakdi ücret desteğine başvuru yapmasının daha yüksek olan kısa çalışma ödeneği ile nakdi ücret desteği arasındaki farkın işçi tarafından talep edilip edilemeyeceği sorununu ortaya çıkarabilir. Çünkü kısa çalışma ödeneğinin miktarı nakdi ücret desteğinin

⁶⁵ Kısa çalışma ödeneğine hak kazanamayanlar için Aylık Prim ve Hizmet Belgelerinde/Muhtasar ve Prim Hizmet Beyannamelerinde bildirilmiş olan "18-Kısa Çalışma Ödeneği" gerekçesinin ikinci fıkradaki süreler içerisinde "28-Pandemi Ücretsiz İzin" olarak güncellenmesi ve işverenler tarafından birinci fıkrada belirtilen esaslar çerçevesinde ücretsiz izin başvurusunda bulunulması gerekir. Ayrıca 17/4/2020 tarihinden sonra ücretsiz izne ayrılmasına rağmen, Aylık Prim ve Hizmet Belgelerinde/Muhtasar ve Prim Hizmet Beyannamelerinde "28-Pandemi Ücretsiz İzin" eksik gün nedeni yerine yanlışlıkla başka bir koddan bildirim yapanların, eksik gün kodunun değiştirilmesi için SGK'nın ilgili il müdürlüğü/sosyal güvenlik merkezine başvuruları gerekir (Usul ve Esaslar, m 5/1-c).

miktardan daha fazladır. Burada işverenin yapması gereken en uygun başvuru şekli öncelikle kısa çalışma ödeneğinden yararlanabilecek işçilerin listesinin belirlenmesi ve yararlanamayacak olanlar için nakdi ücret desteği, yararlanabilecek olanlar için ise kısa çalışma ödeneği için başvurunun yapılması gerektiğidir. Ancak işverenin yasal olarak bu uygulamayı yapma zorunluluğu bulunmamaktadır. Bu duruma yasal olarak zorlanmayan işverenden, fark alacak talebinde bulunmak uygun olmayacaktır. Ancak işverenin koşulları sağlayan bazı işçiler için kısa çalışma ödeneğine başvururken, diğerleri için koşullarını sağlamasına rağmen başvuru yapmaması, haksız ayrımcılık anlamına gelir ve işveren bunun neticelerinden (İK m 5) sorumlu olur. Dolayısıyla iş ilişkisinde haksız ayrımcılık durumunda işçinin dört aya kadar ücreti tutarında uygun bir tazminattan başka yoksun bırakıldığı haklarını (örneğimizdeki kısa çalışma ödeneği ile nakdi ücret desteği arasındaki farkı) talep etmesi de mümkündür.

Herhangi bir Sosyal Güvenlik Kuruluşundan Yaşlılık Aylığı Alınmaması

Nakdi ücret desteğinden yararlanma açısından gerekli diğer önemli bir koşul da “Usul ve Esaslar” düzenlemesinin 6. maddesinin 1. fıkrasının (c) bendine göre herhangi bir sosyal güvenlik kuruluşundan yaşlılık aylığı almıyor olmak gerekir. Sonuç olarak emeklilik döneminde, çalışmaya devam edenlerin iş sözleşmelerinin işverenlerince askıya alınması durumunda nakdi ücret desteğinden yararlanmaları mükerrer ödeme nedeniyle mümkün olmayacaktır.

Ayrıca nakdi ücret desteğinden yararlanılan dönemde, aynı veya başka bir işyerinde işe başlanması ve/veya herhangi bir sosyal güvenlik kuruluşundan yaşlılık aylığı alınmaya başlanması halinde nakdi ücret desteği kesilir (Usul ve Esaslar, m 9/2).

(5) Nakdi Ücret Desteği İçin Başvuru

Nakdi ücret desteği açısından belirtilmesi gereken diğer bir husus da, bu ödeme için sigortalının mı yoksa işverenin mi başvuru yapması gerektiğidir? Ayrıca diğer bir sorun da bu desteği sağlayan kurumun (Türkiye İş Kurumu, İŞKUR) re’sen durumu dikkate alarak nakdi ücret desteği sağlamasının mümkün olup olmadığıdır? Nakdi ücret desteğinden yararlanılabilmesi için ücretsiz izne ayrılan işçilere ilişkin bildirimlerin işveren tarafından internet üzerinden ücretsiz iznin verildiği ayı takip eden ayın 3’üne kadar yapılması gerekir (Usul ve Esaslar, m 5/1).

İş Kanunu’nun geçici 10. maddesi kapsamında verilen ücretsiz izin bilgilerine ilişkin işverenler tarafından yapılan başvuru ve güncelleme işlemleri, ücretsiz iznin uygulandığı ayı takip eden ayın sonuna kadar Sosyal Güvenlik Kurumu’na (SGK) bildirilir. Ancak bu şekilde uygulamanın yürürlükte olduğu sürenin tamamlanmasından sonra izleyen ay sonuna kadar yapılan ve hak doğurucu nitelikteki başvurular en fazla bir önceki ay için yapılır (Usul ve Esaslar, m 5/1-b).

İşveren, nakdi ücret desteğinin uygulama süresi kapsamında, ilgili ayda işçinin ücretsiz izne ayrıldığı gün sayısını, işçinin Türkiye Cumhuriyeti Kimlik Numarasını, işçinin IBAN numarasını ve cep telefonu bilgilerini SGK başvuru ekranı üzerinden bildirmek zorundadır (Usul ve Esaslar, m 5/1-ç).

Öte yandan 15/03/2020 tarihinden sonra iş sözleşmesi feshedilen ancak işsizlik ödeneği başvurusuna rağmen bu ödeneye hak kazanamayan işsizlerin nakdi ücret desteği ödemeleri, ayrıca başvuru yapmalarına gerek bulunmaksızın İŞKUR tarafından re'sen gerçekleştirilecektir (Usul ve Esaslar, m 5/2-a).

15/03/2020 tarihinden sonra 4447 sayılı Kanunun 51. maddesi kapsamında iş sözleşmesi feshedilen ancak işsizlik ödeneği başvurusunda bulunmayan işsizlerin nakdi ücret desteği ödemeleri, internet adresinden veya e-Devletten işsizlik ödeneği başvurusunda bulunmaları üzerine İŞKUR tarafından gerçekleştirilecektir (Usul ve Esaslar, m 5/2-b). Görüldüğü üzere 15.03.2020 tarihinden sonra iş sözleşmesi 4447 sayılı Kanun'un 51. maddesi gereği işsizlik sigortasına hak kazandırmayan bir fesihle sona ermediği sürece, fesihden sonra herhangi bir başvuru yapmamışlar ise, yasanın yürürlüğe girmesinden sonra nakdi ücret desteği başvurusunu kendileri yapabilecektir.

Ayrıca 5510 sayılı Kanun'un Ek 9. maddesi kapsamında ev hizmetlerinde 10 günden fazla çalıştırılan sigortalıların işverenlerince, bu şekilde ücretsiz izne ayıracakları işçilerini ücretsiz iznin verildiği ayın sonuna kadar "28-Pandemi Ücretsiz İzin" eksik gün koduyla Sosyal güvenlik il/merkez müdürlüklerine bildirilmeleri gerekecektir (Usul ve Esaslar, m 5/1-a).

Nihayet belirtelim ki mevcut başvuru bilgilerinde güncelleme yapılması da mümkündür. Buna göre yapılan başvuru güncelleme işlemlerinin, ücretsiz iznin uygulandığı ayı takip eden ayın sonuna kadar yapılması gerekecektir. Ancak güncelleme başvurusuna göre yararlanma hakkının, uygulamanın yürürlükte olduğu süreyi geçmesi söz konusu değildir. Buna göre uygulamanın yürürlükte olduğu sürenin tamamlanmasından sonra izleyen ayın sonuna kadar yapılan ve hak doğurucu nitelikteki başvuruların en fazla bir önceki ay için yapılması mümkündür (Usul ve Esaslar, m 5/1-b).

(6) Nakdi Ücret Desteğinin Miktarı ve Ödenmesi ve Süresi

Nakdi ücret desteğinin zorlayıcı nedene bağlı olarak ortaya çıkan bir destek olduğunu ifade etmemiz gerekir. Bu bakımdan İş Kanunu'nun geçici 10. maddesinde yer alan ifadeye göre İşsizlik Sigortası Fonu'ndan günlük 39,24 Türk lirası nakdi ücret desteği sağlanması benimsenmiştir. Yapılan bu ödemedeki yalnızca damga vergisi haricinde herhangi bir kesinti yapılamayacaktır. Nakdi ücret desteği bir ay içinde

en çok 30 gün olmak üzere ödeme kanalları yoluyla işçinin kendisine ödenecektir (Usul ve Esaslar, m 7/5). Birden fazla işyerinde çalışırken, bu işyerlerinden 4857 sayılı Kanunun geçici 10. maddesi kapsamında ücretsiz izne ayrılanlar adına işveren tarafından bildirilen prim gün sayıları toplanır. Bu kişiler adına 30 günden eksik kalan gün sayısı kadar nakdi ücret desteği ödenecektir. İlgili ayda toplam 30 gün ve üzeri prim bildirimleri yapılmaması durumunda bu kişilerin nakdi ücret desteğinden yararlanmaları mümkün olmayacaktır. Nakdi ücret desteğini hak eden her bir kişi için yapılacak ödeme, 39,24 Türk Lirası olarak belirlenen bir günlük tutardan damga vergisi düşüldükten sonra hesaplanan tutar ile ödemeye hak kazanılan gün sayısı çarpımı sonucu elde edilen tutara tekabül eder (Usul ve Esaslar, m 7/3).

Buna göre günlük 39,24 TL üzerinden nakdi ücret desteği alınabilecek döneme ilişkin miktar ücretsiz izin süresinin toplamına göre belirlenecek 30 gün ücretsiz izin süresi var ise aylık toplam $30 \times 39,24 \text{ TL} = 1.177,20 \text{ TL}$ ($1.177,2 \times 0,0759 = 8,93 \text{ TL}$ Damga vergisi) düşüldükten sonra kalan meblağ 1.168,27 TL nakdi ücret desteği olarak ödenecektir⁶⁶. Ancak belirtelim ki, nakdi ücret desteğinin miktarı işsiz kalınan veya ücretsiz izinde olunan süreler 30 günden az ise (örneğin 15 gün veya 20 gün gibi) bu sürelerle ilişkin miktarı geçemeyecektir. 7244 sayılı Kanun'da nakdi ücret desteğinden günlük olarak söz edilmesinin bir anlamı da bu durumdan kaynaklanmaktadır.

Nakdi ücret desteğinin süresi, İş Kanunu'nun geçici 10. maddesi kapsamında ücretsiz izne ayrılanlar için, 17/4/2020-17/7/2020 tarihleri arasında ücretsiz izinli olunan süreleri kapsar. Cumhurbaşkanı tarafından İş Kanunu'nun geçici 10. maddesinde yer alan fesih yapılamayacak sürenin uzatılması halinde, nakdi ücret desteği de aynı süre için uzatılacaktır (Usul ve Esaslar, m 7/1). 15/3/2020 tarihinden sonra 4447 sayılı Kanunun 51. maddesi kapsamında iş sözleşmesi feshedilen ve yine aynı Kanunun diğer hükümlerine göre işsizlik ödeneğinden yararlanamayan işçiler için nakdi ücret desteğinin süresi, 17/4/2020- 17/7/2020 tarihleri arasında ücretsiz olarak geçen süreleri kapsayacak ve bunlar açısından da Cumhurbaşkanı tarafından İş Kanunu'nun geçici 10. maddesinde yer alan fesih yapılamayacak sürenin uzatılması halinde, nakdi ücret desteği de aynı süre için uzatılacaktır (Usul ve Esaslar, m 7/2).

İşverenleri tarafından kısa çalışma başvurusunda bulunulan ve başvurunun kabul edilmesine karşın gerekli prim şartlarını sağlamadığı gerekçesiyle kısa çalışma ödeneğine hak kazanamayanlar, birinci fıkradaki koşulları taşımaları ve işverenleri tarafından ilgili dönem için eksik gün gerekçelerinin İş Kanunu'nun geçici 10. maddesi kapsamında verilen ücretsiz izin olarak güncellenmesi halinde, ücretsiz izne ayrıldıkları süre kadar nakdi ücret desteğine hak kazanacaklardır (Usul ve Esaslar, m 6/2).

⁶⁶ 2020 Nisan ayı için 17-30 Nisan tarihlerine ilişkin olarak 14 günlük nakdi ücret desteği ödemesi yapılmıştır. Bu aya ilişkin bildirimler 3 Mayıs tarihine kadar yapılmış olup 14 gün için binde 759 oranındaki damga vergisi kesildikten sonra kalan net 545,00 TL hesaba geçilmiştir.

15/3/2020 tarihinden sonra 4447 sayılı Kanunun 51. maddesi kapsamında iş sözleşmesi feshedilen ve yine aynı Kanunun diğer hükümlerine göre işsizlik ödeneğinden yararlanamayan işçiler, herhangi bir sosyal güvenlik kuruluşundan yaşlılık aylığı almamaları kaydıyla, İş Kanunu'nun geçici 10. maddesinde yer alan fesih yapılamayacak süreyi geçmemek üzere, işsiz kaldıkları süre kadar nakdi ücret desteğine hak kazanacaktır (Usul ve Esaslar, m 6/3).

4447 sayılı Kanunun 50. maddesinin 4. fıkrasının 1. cümlesi doğrultusunda daha önce hak ettiği işsizlik ödeneği süresini dolduruncaya kadar işsizlik ödeneği tekrar başlatılanlar, İş Kanunu'nun geçici 10. maddesinde yer alan fesih yapılamayacak süreyi geçmemek üzere, ödemenin bittiği tarihten itibaren nakdi ücret desteğine hak kazanacaktır (Usul ve Esaslar, m 6/4).

(7) Nakdi Ücret Desteği Uygulamasına Aykırılık

İş sözleşmeleri, ücretsiz izne çıkarılmak suretiyle askıya alınan ve nakdi ücret desteğinden yararlanabilen bir işçinin fiilen çalıştırıldığı tespit edildiği takdirde işverene bu şekilde çalıştırılan her işçi ve çalıştırdığı her ay için ayrı ayrı olmak üzere fiilin işlendiği tarihte İş Kanunu'nun 39. maddesinde belirlenen aylık brüt asgari ücret tutarında idari para cezası uygulanacaktır (Usul ve Esaslar, m 9/1). Hükme göre belirtilen cezayı verme yetkisi Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüklerine aittir.

Öte yandan nakdi ücret desteğinden yararlanılan dönemde, işçinin aynı işyerinde çalışmaya başlaması veya farklı bir işyerinde işe başlaması durumunda nakdi ücret desteği kesilecektir. Aynı sonuç herhangi bir sosyal güvenlik kuruluşundan (çalışılıyorsa bile) yaşlılık aylığı alınmaya başlanması halinde de uygulanacak yani nakdi ücret desteği kesilecektir (Usul ve Esaslar, m 9/2).

Ayrıca nakdi ücret desteği almaya hakkı olmadığı halde bu destekten yararlananlar ile bu destekten hak ettiği miktardan daha fazla yararlananlara ödenen nakdi ücret desteği, ödeme tarihinden itibaren işleyecek kanuni faiziyle birlikte tahsil edilebilecektir (Usul ve Esaslar, m 9/3).

Düzeltilme ve güncelleme bildirimleri (Usul ve Esaslar, m 5/1-b) nedeniyle oluşan fazla ve yersiz ödemeler, işçinin takip eden ay için yapılacak nakdi ücret desteği ödemesinden mahsup edilecektir. 4857 sayılı Kanunun Geçici 10. maddesi kapsamında fesih işleminin yapılamayacağı dönemi izleyen ayın sonuna kadar mahsuba yeter veya hiç nakdi ücret desteği alamayacak kişi bakımından ortaya çıkan fazla ve yersiz ödemeler, işverenden genel hükümlere göre İŞKUR tarafından tahsil edilecektir (Usul ve Esaslar, m 9/4).

İşverence yapılan başvuru üzerine nakdi ücret desteğine hak kazanan işçi adına fazla ve yersiz ödenen nakdi ücret desteğinin işverenden tahsil edilmesi üzerine,

işverence işçiye rücu edilip edilmeyeceği burada bir başka sorunu oluşturmaktadır. Nakdi ücret desteğine işveren tarafından başvuru yapılması durumunda hatalı bilgi ve belge vermesi durumunda yapılan fazla ve yersiz ödemelerden dolayı işçiye rücu edilememesi gerekir (Bkz 4447, Geçici m 25).

15/03/2020 tarihinden sonra 4447 sayılı Kanununun 51-b maddesi kapsamında iş sözleşmesi feshedilen ancak işsizlik ödeneği başvurusunda bulunmayan işsizlerin nakdi ücret desteği ödemeleri, internet adresinden veya e-Devletten işsizlik ödeneği başvurusunda bulunmaları üzerine İŞKUR tarafından gerçekleştirilir (Usul ve Esaslar, m 5/2-b). Bu ihtimale bağlı olarak yapılan fazla ve yersiz ödemelerin ise başvuru yapan ve nakdi ücret desteğinden yararlanan kişiden tahsil edilmesi gerektiği düşüncesindeyiz.

d. İş Sözleşmesinin Askıya Alınmasının Fesih Hakkına Etkisi

(1) İş Sözleşmesinin Anlaşma İle Askıya Alınması Durumunda

İş sözleşmesinin askıya alınması hali, kural olarak tarafların karşılıklı rızası ile gerçekleşir. Özellikle işletmesel gereklilikler sonucu yeniden yapılanma, ekonomik kriz dönemlerinde, talep azalması veya ihracat veya ithalata dönük kısıtlama kararları sonucunda işyerinde işgücü fazlalığı söz konusu olabilir. Bu durumda işçinin işsiz kalmadan bir süre işsizliğin sonuçlarına katlanması gerekeceğinden, işçi aleyhine esaslı değişiklik için işçinin İş Kanunu'nun 22. maddesinde düzenlenen hükümler karşısında ücretsiz izne çıkarılması gerekir. Nitekim söz konusu hükme 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 işçiyi bağlamaz*" (İK m 22/1)⁶⁷. İşçinin yapılan yazılı değişiklik önerisini bu süre içinde kabul etmemesi durumunda işverenin değişikliğin geçerli bir nedene dayandığını veya fesih için başka bir geçerli nedenin bulunduğunu yazılı olarak açıklamak ve bildirim sürelerine uyarak iş sözleşmesini feshetmesi mümkündür (İK m 22/1). Ancak işçi isterse bu durumda İş Kanunu'nun 17 ila 21. maddeleri kapsamında dava açması mümkündür. Aynı hükmün 2. fıkrasına göre tarafların aralarında anlaşmak suretiyle çalışma koşullarını her zaman değiştirmek mümkündür. Ancak bu değişiklikler geçmişe etkili olarak yürürlüğe konulamaz (İK m 22/2).

⁶⁷ Çalışma Koşullarında değişiklik ve iş sözleşmesinin feshi konusunda ayrıntılı bilgi için bkz Fatih Usan, "4857 Sayılı İş Yasasının 22. Maddesi Çerçevesinde Değişiklik Feshi, Çalışma Şartlarında Esaslı Değişiklik ve Uygulama Sorunları", (2007) Özel Sayı DEÜHFD 211-271; Kübra Doğan Yenisey, "Çalışma Koşullarında Değişiklik ve İş Sözleşmesinin Feshi", (2010) 3 Çalışma ve Toplum, 93-107; Nürşen Caniklioğlu, "İşçinin Çalışma Koşullarında Değişiklik Sözleşmeyi İşverenin Feshetmiş Sayılacağı", (2010) 18 Sicil İş Hukuku Dergisi 104-114.

İşçinin çalıştığı işyerinde bir haftadan fazla süre ile işin durmasını gerektirecek zorlayıcı sebeplerin ortaya çıkması durumunda iş sözleşmesi işçi tarafından derhal feshedilebilecektir (İK m 24/III). Aynı şekilde işçiyi işyerinde bir haftadan fazla süre ile çalışmaktan alıkoyan zorlayıcı bir sebebin ortama çıkması durumunda da işveren, iş sözleşmesini derhal feshedebilecektir (İK m 25/III). Her iki durumda da işçinin kıdem tazminatı hakkı saklıdır.

Askıya alınan iş sözleşmesinin askı dönemi bittikten sonra, yani ifa engelinin ortadan kalkmasının ardından tekrar yürürlüğe girmesi söz konusu olacaktır. Ancak belirli süreli iş sözleşmesinin askı dönemi içinde sona ermesi durumunda, iş sözleşmesi kendiliğinden sona erer. Aynı şekilde askı süresinin belirli süreli iş sözleşmesinin süresinin içinde bitmesi durumunda da sözleşmenin süresi uzamayacaktır⁶⁸.

Askı süresi içinde de olsa işçinin sadakate aykırı bir davranışı söz konusu olduğu takdirde, iş sözleşmesinin İş Kanunu'nun 25. maddesinin II numaralı bendinde belirtilen ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haller ve benzerlerine dayalı derhal feshi mümkün olacaktır.

Öte yandan süreli fesih yöntemiyle (İK m 17) iş sözleşmesinin feshi yolunun tercih edilmesi durumunda, askı dönemi içinde süre işlemeyecek, bildirim süreleri askı halinin bitiminden itibaren işlemeye başlayacaktır. Ayrıca askı döneminde bildirim sürelerine ilişkin ücretin peşin ödenmesi suretiyle (İK m 17/5) fesih hakkının kullanımı da mümkün değildir⁶⁹.

(2) İş Sözleşmesinin Kanun Gereği Askıya Alınması Durumunda

İş sözleşmesinin askıya alındığı bazı durumlar, kanun gereği ortaya çıkmakta, bunlara ilişkin hukuki sonuçlar iş mevzuatımızda yer almaktadır. Askı haline ilişkin yasal nedenleri ayrıntılı açıklamaksızın konumuzla ilgili olduğu boyutuyla kısaca ele alacak olursak bu haller, geçici askerlik veya yasal ödev nedeniyle askıya alınma⁷⁰, sağlık nedenleriyle askıya alınma⁷¹, zorlayıcı nedenlerle askıya alınma⁷², işçinin gözüne alınması veya tutuklanması sebebiyle askıya alınma⁷³, işçinin evlenmesi, ana babasının eşinin, kardeş veya çocuklarının ölümü nedeniyle askıya alınma⁷⁴,

⁶⁸ Süzek, *İş Hukuku* (n 3) 506.

⁶⁹ ibid 506.

⁷⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz Ocak (n 63) 573-608; Erol Güner, "İş Kanunları Bağlamında Muvazzaf Askerlik, Diğer Askeri ve Kanuni Ödev Yükümlülüğünden Doğan Haklar" (2014) 124 Mali Çözüm Dergisi 297

⁷¹ Ayrıntılı bilgi için bkz Emin Zeytinoğlu, "4857 Sayılı Yasada İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Sağlık Nedenlerine Dayanılarak Haklı Nedenle Feshi" (2016) 3 İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi 149-162.

⁷² Süzek, *Askıya Alınma* (n 38) s.115-133.

⁷³ Ercan Akyiğit, "İş Sözleşmesinin Tutukluluk veya Gözüne Alınma Nedeniyle Feshi" Sicil İş Hukuku Dergisi (2009) 6 57 vd.

⁷⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz Ufuk Aydın, Seher Demirkaya "Çalışma Yaşamında Aile Dostu İş Hukuku Uygulamaları" (2017) 6 İş ve Hayat Dergisi 72-104.

işçi kuruluşu yöneticiliği nedeniyle askıya alınma⁷⁵ ve grev ve lokavt nedeniyle askıya alınma⁷⁶ şeklinde belirtebiliriz. Önemle ifade edelim ki iş sözleşmesinin kanun gereği askıya alınması gerekli mevcut durumlarda iş sözleşmesini fesih yasağı bulunmaktadır. Aksi halde mevzuatımız gereği iş sözleşmesinin haksız veya geçersiz feshinden söz edilebilecektir.

(3) İş Sözleşmesinin 4857 Sayılı Kanun'un Geçici 10. Maddesi Gereği Askı Hali

İş Sözleşmesini Tek Taraflı Olarak Askıya Alma

Gerek zorlayıcı sebeplere bağlı olarak kanun gereği gerek tarafların anlaşması ile iş sözleşmesinin askıya alınması dışında, 7244 sayılı Kanun ile çalışma hayatına giren bir kavram olarak iş sözleşmesinin işverence tek taraflı olarak askıya alınması hali iş hukuku açısından yeni bir durumdur.

4857 sayılı Kanun'un Geçici 10. maddesi gereği bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren *üç aylık süreyi geçmemek üzere işveren işçiyi tamamen veya kısmen ücretsiz izne ayırabilecektir* (İK Geçici m 10/2). Madde hükmü gereği iş sözleşmelerinin askıya alınmasının temel nedeni, Yeni Koronavirüs (COVID-19) salgınına karşı işletmelerin mali olarak düştükleri zorluklar karşısında işçi çıkarmalarının engellenmesidir. Aslında kısa çalışma ödeneği ile bu sürece belirli ölçüde destek olunmakla birlikte, bu ödeneğin belirli şartlar çerçevesinde alınabilmesi tüm işçilerin kısa çalışma ödeneğinden yararlanmasını engellemektedir. Kısa çalışma ödeneğinden yararlanamayan işçilerin iş sözleşmeleri işverence İş Kanunu'nun Geçici 10. maddesinin 2. fıkrası gereği tek taraflı olarak askıya alınarak, bu döneme ilişkin nakdi ücret desteği sağlanması amaçlanmıştır (4447, Geçici m 24/1). Ancak hükmün uygulanması İş Kanunu'na geçici olarak eklendiği için üç aylık bir süre ile sınırlı tutulmuş, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren üç aylık süreyi geçmemek üzere işveren tarafından işçinin tamamen veya kısmen ücretsiz izne ayrılabilmesi hükmüne bağlanmıştır (İK Geçici m 10/2).

4857 sayılı Kanun'a konulan geçici bir hüküm ile işverence işçilerin ücretsiz izne çıkarılması suretiyle askıya alınması benimsenmiştir. Üstelik söz konusu düzenlemeye göre işçilerin 4857 sayılı Kanun kapsamında olup olmadığı da önemli değildir. Bir başka deyişle her türlü iş veya hizmet sözleşmesinin Geçici 10. maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren üç aylık süreyi geçmemek üzere işçinin tamamen veya kısmen ücretsiz izne ayrılması mümkün olacaktır (İK Geçici m 10/2). Ancak

⁷⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz Muhittin Astarlı, "6356 Sayılı Yeni Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun Sendikal Güvenceler Konusunda Getirdiği Değişiklikler ve Hukuki Sonuçları" (2013) 1-2 Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 141 vd.

⁷⁶ Süzek, *Askıya Alınma* (n 38) 123 vd.

belirtelim ki yine aynı maddenin son fıkrasına göre Cumhurbaşkanı, üç aylık süreyi altı aya kadar uzatmaya yetkili kılınmıştır (İK Geçici m 10/son).

İş Sözleşmesinin İşçi Tarafından Feshine Sınırlama Getirilmesi

Ekonomik kriz, tehlikeli salgın hastalıklar, doğal afetler vb sebeplere dayalı olarak yani zorlayıcı sebepler nedeniyle iş sözleşmesinin işverence feshine getirilen sınırlamaların mutlak olmadığını belirtmemiz gerekir. İş hukukunda, borçlar hukukunda taraflara tanınan irade serbestisi tam olarak uygulanamamakta, sosyal kamu düzeni gereği devletçe bir taraftan işçinin korunması diğer taraftan da kamu düzeninin sağlanması adına iş ilişkilerine müdahale edilmektedir. Hatta iş hukukunda bu sebeple getirilen koruyucu hükümlerin ihlali durumunda işverenlere özel hukuk gereği uygulanabilecek (tazminat, fesih vb) yaptırımlar yanında idari ve cezai yaptırımların uygulanması da meşru karşılanmaktadır.

COVID-19 salgını nedeniyle salgının ekonomik ve sosyal hayata etkilerinin azaltılması amacıyla çıkarılan 7244 sayılı Kanun ile aslında iş sözleşmesinde esaslı değişiklik durumunda işverence işçinin rızasının yazılı olarak alınması gerektiğini düzenleyen İş Kanunu'nun 22. maddesi hükmüne, geçici bir istisna da getirilmiş olmaktadır. Zira yukarıda belirttiğimiz gibi hükme göre işverence işçilerin işverence üç ay süreyle kısmen veya tamamen ücretsiz izne ayrılması mümkündür. Böylesine aleyhe esaslı değişiklik durumunda işçinin önerilen değişikliği kabul etmemesine bağlı olarak işverenin değişiklik için geçerli bir neden bulunduğu veya fesih için başka bir neden ileri sürülerek iş sözleşmesini feshetmesi mümkün olmadığı gibi, işçinin de işverence ücretsiz izne ayrılması durumunda rızasının olup olmadığına bakılmaksızın söz konusu durumun haklı sebeple fesih hakkı vermeyeceği hükme bağlanmıştır (İK Geçici m 10/2). Böylece bir anlamda işçi açısından da bu konuda var olan fesih hakkına bu dönemle sınırlı olmak suretiyle sınırlama getirilmiştir. Ancak önemle belirtelim ki buradaki fesih hakkı yalnızca iş sözleşmesinin işverence tek taraflı ücretsiz izne çıkarma hakkının uygulanmasına bağlı olarak sınırlanmıştır. Yoksa işçinin haklı diğer fesih sebepleri bağlamında fesih hakkı her zaman saklıdır. Ayrıca taraflar isterse anlaşma (ikale sözleşmesi) yoluyla da iş sözleşmesini her zaman sona erdirebilirler.

İş Sözleşmesinin İşverence Feshi Yasağı

7244 sayılı Kanun⁷⁷ ile alınan önlemlerden biri de iş sözleşmelerinin işverence feshi yasağı ile ilgilidir. Buradaki fesih yasağı yalnızca iş kanunlarımızdaki ahlak ve iyiniyet kurallarına aykırılık halleri ile ilgili olarak yumuşatılmıştır.

⁷⁷ RG 16.04.2020 31102.

7244 sayılı Kanun ile 4857 sayılı İş Kanunu'na eklenen Geçici 10. madde gereği, “*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 hükümlerinde⁷⁸ yer alan ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller ve benzeri sebepler dışında işveren tarafından feshedilemez*” (İK Geçici m 10/1).

İş sözleşmesinin işverence feshine getirilen yasağın nedeni 4447 sayılı Kanun'un Geçici 24. maddesine göre, 4857 sayılı Kanun'un Geçici 10. maddesi kapsamında ücretsiz izne ayrılan ve kısa çalışma ödeneğinden yararlanamayan işçiler için üç ay süre ile sınırlı olmak üzere nakdi ücret desteğinin sağlanmış olmasıdır. Fesih yasağına ilişkin açık düzenleme nakdi ücret desteği verilen döneme ilişkin olsa da aynı şekilde kısa çalışma ödeneğine hak kazanan işçilerin de iş sözleşmelerinin işverence İş Kanunu'nun 25. maddesinin (II) numaralı bendinde ve diğer kanunların ilgili hükümlerinde yer alan ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haller ve benzeri sebepler dışında fesih yasağına tabi olması gerekir. Bahsettiğimiz gibi hüküm İş Kanunu'na eklenmiş olmakla birlikte yalnızca İş Kanunu kapsamındaki işçilere değil, diğer iş kanunları yani 5953 sayılı Basın İş Kanunu⁷⁹, 854 sayılı Deniz İş Kanunu⁸⁰ ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu kapsamında iş sözleşmesi ile çalışan işçilere de uygulanabilecektir. Hükmün önemli bir ifadesi de istisnalara yer verilmeksizin her türlü iş veya hizmet sözleşmesinin kapsama alınmış olmasıdır. Dolayısıyla çalışanın kamu veya özel kesimde çalışıp çalışmadığı, iş sözleşmesinin, deneme süresi bulunup bulunmadığı, kısmi veya tam süreli olup olmadığının önemli olmadığı sonucu ortaya çıkmaktadır. Hükmün belirsiz süreli iş sözleşmeleri açısından da bir ayırım oluşturmadığı göz önünde bulundurulduğunda, belirli süreli iş sözleşmeleri için aynı sonuca varılmasının zor olduğu kanısındayız. Madde hükmünün her türlü iş veya hizmet sözleşmesini kapsamına almasına rağmen, askı süresi içinde belirli sürenin bitmesi durumunda iş sözleşmesinin kendiliğinden sona erdiğinin kabulü gerektiği düşüncesindeyiz⁸¹. Ayrıca askı süresinin belirli süreli iş sözleşmesinin süresi içinde bitmesi durumunda ise sözleşmenin süresinin askı süresi içinde geçtiğini kabul etmek gerekir.

⁷⁸ Basın Mesleğinde Çalışanlarla Alıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun. Kanun Numarası: 5953, Kabul Tarihi: 13.06.1952. RG 20.06.1952 8140; Deniz İş Kanunu. Kanun Numarası: 854, Kabul Tarihi: 20.04.1967. RG 29.04.1967 12586; Bkz 5953 sayılı Basın İş Kanunu'nun 11 ve 12. maddeleri, 854 sayılı Deniz İş Kanunu'nun 14. maddesi, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 435. maddesi. Ayrıntı için bkz Süzek, *İş Hukuku* (n 3) 679 vd.; Sümer, *Uygulamalar* (n 3) 233 vd.; Demir, *İş Hukuku ve Uygulaması* (n 3) 397 vd.

⁷⁹ Ayrıntı için bkz Sümer, *Basın İş Hukuku* (n 52) 61 vd.

⁸⁰ Ayrıntı için bkz Mehmet Nusret Bedük, *Deniz İş Sözleşmesi* (Ekin 2012) 7 vd.

⁸¹ Belirli süreli iş akitlerinde iş görme ediminin kusursuz geçici imkânsızlık nedeniyle bir süre ifa edilmemesi halinde, bu döneme ilişkin edimin ifasının sonraya ertelenmesi, telafisi olanağı yoktur. Bu sözleşmelerde geçen zamanın artık geri getirilmesi mümkün değildir. Belirli sürenin bitiminden sonra işçinin çalışmaya devam etmesi ifa edilmeyen edimin telafisi değil, yeni ve öncekinden farklı bir iş akdinin kurulması anlamına gelir Bkz Süzek, *Askıya Alınma* (n 38) 118.

İşverence gerçekleştirilen feshin İş Kanunu'nun 25. maddesinin (II) numaralı bendinde yer alan sebepler arasına girmemesi durumunda feshin hukuki sonuçlarının ne olacağı başka bir sorunu oluşturmaktadır. Öncelikle ifade etmek gerekirse, İş Kanunu madde 25/II hükmü kapsamı ve diğer kanunlardaki ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haller ve benzerlerine dayalı derhal fesih sebepleri göz önünde bulundurulduğunda feshin haklı sebebe dayanmaması durumunda haksız fesih gündeme gelebilecektir⁸². İşverence gerçekleştirilen ve ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haller ve benzerlerine dayalı fesih sınırları içinde kalmayan haksız fesih durumunda, işçinin kıdem tazminatı hakkı yanında, ihbar tazminatı ve koşulları varsa feshin geçersizliği ve işe iade talebinde bulunması da mümkündür. Ancak 7244 sayılı Kanun kapsamında feshin yasaklanması, ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haller ve benzerlerine dayalı sebepler (İK m 25/II) dışında gerçekleştirilecek fesiHLere ilişkindir. Buna göre işverenin örneğin İş Kanunu'nun 25.maddesinin (I), (III) ve (IV) numaralı bendi ile yine örneğin İş Kanunu'nun 17. maddesine göre süreli fesih yöntemine göre gerçekleştirilecek fesiHLere yasak getirilmiştir. Nihayet belirtelim ki, bu madde hükümlerine aykırı olarak iş sözleşmesini fesheden işveren veya işveren vekiline, iş sözleşmesi feshedilen her işçi için fiilin işlendiği tarihteki aylık brüt asgari ücret tutarında idari para cezası verileceği hükme bağlanmıştır (İK Geçici m 10/3).

Sonuç

Bireysel iş hukuku açısından zorlayıcı sebeplerle ortaya çıkabilecek çalışma koşullarına bağlı olarak iş mevzuatımızda düzenlenmiş gelir güvencelerinin önemi COVID-19 sürecinde daha iyi anlaşılmıştır. Belirtilen çalışma koşulları gereği düzenlenmiş olan tedbirlerin, Yeni Koronavirüs (COVID-19) salgınına bağlı olarak ortaya çıkan sosyal ve ekonomik etkileri azaltmada yetersiz kaldığı ortaya çıkmıştır. Bu nedenle ilave tedbirlerin alınması gerekmiştir.

Kısa çalışma ödeneğine hak kazanmak için sigortalı adına son üç yıldan beri 600 günlük sigorta primi ödenmiş olması ve son 120 gün süreyle hizmet akdine tabi olarak çalışma şartı aranırken, COVID-19 salgını nedeniyle buradaki 600 gün 450 güne; 120 günlük süre ise 60 güne düşürülmüştür.

Yine salgının etkisi nedeniyle geçici bir durum olarak kısa çalışma ödeneğine ilişkin başvuruları için uygunluk tespitinin tamamlanmasını beklemeye gerek olmaksızın işverenin beyanı esas alınarak ödemelerin gerçekleştirilmesi benimsenmiş, ancak fazla ve yersiz ödemelerin yasal faizi ile birlikte işverenden tahsili hükme bağlanmıştır.

Kısa çalışma ödeneğine hak kazanamayanlardan 17.04.2020 tarihi itibarıyla iş sözleşmesi var olanlar için işverence ücretsiz izne ayrılmaları durumunda nakdi

⁸² Haksız feshin ayrıntıları için bkz Demir, *İş Hukuku ve Uygulaması* (n 3) 397 vd; Süzek, *İş Hukuku* (n 3) 711 vd; Sümer, *Uygulamalar* (n 3) 251 vd.

ücret desteği sağlanmıştır. Ancak 17.04.2020 tarihinden öncesine ait olmakla birlikte 15.03.2020 tarihinden sonra 4447 sayılı Kanun kapsamında işsizlik ödeneğine hak kaybettiren fesihlerden olmamak kaydıyla iş sözleşmeleri feshedilmiş (4447, m 51) olanların da nakdi ücret desteğinden yararlanmaları sağlanmıştır.

7244 sayılı Kanun 17.04.2020 tarihinden itibaren ücretsiz izne ayrılanlar için nakdi ücret desteği uygulamasını başlatıyor olsa da, bu tarihten önce işverenlerce ücretsiz izne çıkarılan işçilerin de nakdi ücret desteği başvurusu yapabileceklerinin kabul edilmesi gerektiği *kanaatindeyiz*.

Hukukumuzda iş sözleşmelerinin askıya alınması normalde işçi ve işverenin karşılıklı anlaşmasına dayalı olarak ortaya çıkan bir sonuçtur. Ancak 4857 sayılı Kanun'un geçici 10.maddesi gereği üç aylık süreyi geçmemek üzere işverence (tek taraflı olarak) işçinin tamamen veya kısmen ücretsiz izne ayrılabilmesi ifade edilmiştir. Madde hükmü ile işçinin bu değişikliğe bağlı bir işleme karşı fesih imkânına sınırlama getirilmiştir. Bir başka deyişle, işverence iş koşullarında tek taraflı olarak gerçekleştirilen esaslı değişikliğe karşı (İK m 22) işçinin derhal fesih hakkı bu süre içinde uygulanmayacaktır. Şayet işçi böyle bir feshi müracaat ederse, feshin haksız fesih olarak değerlendirilmesi ve buna ilişkin sonuçların işletilmesi mümkündür.

Öte yandan işveren için de bu süre zarfında her türlü iş veya hizmet sözleşmesi, Geçici 10. maddenin yürürlüğü tarihinden itibaren üç ay süreyle İş Kanunu'nun 25. maddesinin (II) numaralı bendinde ve diğer kanunların da ilgili hükümlerinde yer alan ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri dışında fesih hakkına yasak getirilmiştir. Bu yasağa aykırı hareket eden işverenler için idari para cezası yaptırımını getirilmiştir. Şayet işverence İş Kanunu, madde 25/II kapsamında bir fesih gerçekleştirilir ise, bu feshin denetiminin yine yapılabileceği kanaatindeyiz. İşçi tarafından açılacak bir dava ile feshin bu kapsam içinde kalmadığı ortaya çıkarsa, bu defa haksız feshi ilişkin hüküm ve sonuçlar işletilebilecektir.

Gerek kısa çalışma ödeneğine gerek nakdi ücret desteği için yapılacak ödeme için başvuruya işveren yetkili kılınmıştır. Ancak bu yardımlardan yararlanılması için işverenin tercihini hangisinden yana kullanacağına ilişkin hüküm bulunmamaktadır. Dolayısıyla işverenin öncelikle kısa çalışma ödeneğinden yararlanması mümkün işçiler açısından başvurusun yapması ve yararlanamayanlar açısından ise nakdi ücret desteği için başvurması uygun olacaktır. Ancak belirtelim ki, hatalı başvurular nedeniyle yapılan fazla ve yersiz ödemeler için işverene rücu edileceği için işvereni bu konuda tercihe zorlamak doğru olmayacaktır. Ancak işverenin de kısa çalışma ödeneğinin nakdi ücret desteğine göre daha yüksek bir miktarlı ödeme olması nedeniyle, başvurusunda haksız ayrımcılığa neden olacak davranışlardan uzak durması doğru olacaktır. Aksi halde işçinin İş Kanunu'nun 5. maddesi kapsamında eşit işlem borcuna aykırılıktan işverenin sorumluluğuna gidebileceğini kabul etmek gerekir.

Nihayet belirtelim ki, Türk iş hukuku açısından zorunlu ve zorlayıcı nedenlere bağlı olarak benimsenmiş birtakım müesseseler olsa da COVID-19 salgını gibi küresel ölçekte ortaya çıkan ve ülkemiz dahil tüm dünyada çalışma hayatını topyekün etkileyen zorluklar karşısında kalıcı önlemlerin alınması gerektiği ortaya çıkmıştır. Bu nedenle iş hukuku mevzuatının bu anlamda yeniden ele alınmaya ve COVID-19 benzeri küresel etkili zorlayıcı sebeplere karşı çalışanların hak kayıplarının önüne geçilmesi için refleksi daha güçlü hale getirilmeye ihtiyacı bulunmaktadır.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

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

Peer-review: Externally peer-reviewed.

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

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

Bibliyografya/Bibliography

- Akyiğit, Ercan, “İş Sözleşmesinin Tutukluluk veya Gözaltına Alınma Nedeniyle Feshi” Sicil İş Hukuku Dergisi (2009) 6, 53-63.
- Aktaş, Yeliz, “İş Akdinin Askıya Alınması ve Bu Bağlamda Kısa Çalışma” Dokuz Eylül Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Programı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi (2011).
- Astarlı, Muhittin, “6356 Sayılı Yeni Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu’nun Sendikal Güvenceler Konusunda Getirdiği Değişiklikler ve Hukuki Sonuçları” (2013) 1-2 Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 141-183.
- Aydın, Ufuk ve Demirkaya, Seher, “Çalışma Yaşamında Aile Dostu İş Hukuku Uygulamaları” (2017) 6 İş ve Hayat Dergisi, 72-104.
- Bedük, Mehmet Nusret, Deniz İş Sözleşmesi (2012).
- Caniklioğlu, Nurşen, “İşçinin Çalışma Koşullarında Değişiklik Sözleşmeyi İşverenin Feshetmiş Sayılacağı”,(2010) 18 Sicil İş Hukuku Dergisi 104-114.
- Demir, Fevzi, *En Son Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması* (2018). (İş Hukuku ve Uygulaması).
- Demir, Fevzi, “Kısa Çalışmalar ve İş Sözleşmeleri Üzerine Etkileri” (2009) 6 (22) Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 539-553.
- Ekonomi, Münir, “Telaflı Çalışması” (2004) 1 (4) Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi 1247-1263. (Telaflı).
- Ekonomi, Münir, “Kadın İşçilerin Gebelik ve Doğum Halinde Feshe Karşı Korunması” (2009) 3 Çalışma ve Toplum, 11-35.
- Eren, Fikret, *Borçlar Hukuku-Genel Hükümler* (16th, Yetkin 2014).
- Eyrenci, Öner, “4857 sayılı İş Kanununda Telaflı Çalışmaları” (2007) 9 (Özel Sayı) DEÜHFD, 31-42.
- Güner, Erol, “4857 Sayılı İş Yasasına Göre Telaflı Çalışması” (2016) Ocak Şubat (4) Mali Çözüm Dergisi 181-186.
- Güner, Erol, “İş Kanunları Bağlamında Muvazzaf Askerlik, Diğer Askeri ve Kanuni Ödev Yükümlülüğünden Doğan Haklar” (2014) 124 Mali Çözüm Dergisi, 297-307
- Eyrenci, Öner, “4857 sayılı İş Kanunu İle Getirilen Yeni Düzenlemeler, Genel Bir Değerlendirme” (2004) 1 (1), 15-56.
- Karaca, Ali, “Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Ödeneği Uygulaması” (2009) 14 Sicil İş Hukuku Dergisi, 116-123.
- Kayalı Çetinkaya, Tuba, “Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Ödeneği”, (2014) 72 (4) Ankara Barosu Dergisi, 417-474.
- Kayırhan Hasan, “Bireysel İş Hukukunda Zorunlu ve Zorlayıcı Nedenler” Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi (2019).
- Keser, Hakan, “Ekonomik Kriz ve Asgari Ücret Artışlarının İşçinin İş Sözleşmesinin İşverence Feshinde Geçerli Sebep Sayılıp Sayılmayacağına İlişkin Bir Değerlendirme” (2019) 41 Sicil İş Hukuku Dergisi, 11-36.
- Narmanlıoğlu, Ünal, “Kanuni Grevde Geçen Sürenin İşçinin Kıdeminden Sayılmayacağına İlişkin Hükümün Uygunsuzluğu”, 2001 <https://hukuk.deu.edu.tr/wp-content/uploads/2020/01/-Narmanlioglu-16.pdf> Erişim Tarihi 28 Nisan 2020.
- Narmanlıoğlu, Ünal, “Kanuni Süresinde Ücreti Ödenmeyen İşçinin İş Görmekten Kaçınabilme Hakkı (İmkânı)” (2010) 12 (Özel Sayı) DEÜHFD, 607-633. (Kaçınabilme Hakkı)

- Ocak, Saim, “İş Sözleşmesinin İşçi Tarafından Evlilik, Askerlik ve Sosyal Güvenlik Hakları Nedeniyle Feshinde İhbar Tazminatı”, (2013) Özel Sayı DEÜHFD 573-608.
- Oğuzman, Kemal, *Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına Göre Hizmet Akdinin Feshi* (İsmail Akgün Matbaası), (1955).
- Seçkin, İhsan, *Çalışma Ekonomisi ve İş Hukuku Açısından Kısa Çalışma*, (2015).
- Songu, Sezgi Ökten, “Çalışılmayan Cumartesi Günü Telafi Çalışması Yapıtırılması Mümkün müdür?” (2007) 9 (Özel Sayı) DEÜHFD 273-288.
- Süzek, Sarper, “İş Akdinin Askıya Alınması ve Ücretsiz İzinler” (2007) Özel Sayı DEÜHFD 115-133. (Askıya Alınma).
- Süzek, Sarper, *İş Hukuku* (2018). (İş Hukuku).
- Sümer, Haluk Hadi, *İş Hukuku Uygulamaları* (2019). (Uygulamalar).
- Sümer, Haluk Hadi, *Bireysel Basın İş Hukuku* (2016). (Basın İş Hukuku).
- Şahlanan, Fevzi, “Sendika Yöneticilerinin Güvencesi”, (2013) Özel Sayı DEÜHFD, 331-339.
- Tiryaki, Hamit, “İşçilerin Mazeret İzinleri ve Kullanım”, 2017 [http://tiryakidanismanlik.com/makaleler/pdf/makale 253.pdf](http://tiryakidanismanlik.com/makaleler/pdf/makale%20253.pdf) Erişim Tarihi 28 Nisan 2020.
- Tunçomağ, Kenan ve Centel, Tankut, *İş Hukukunun Esasları* (2005).
- Uğraş, Bora, “İş Hukukunda Kısa Çalışma Kavramı ve Kısa Çalışma Ödeneğine Hak Kazanmanın Koşulları” (2014) 5 (1) Çalışma İlişkileri Dergisi 49-68.
- Uşan, Fatih, “4857 Sayılı İş Yasasının 22. Maddesi Çerçevesinde Değişiklik Feshi, Çalışma Şartlarında Esaslı Değişiklik ve Uygulama Sorunları”, (2007) Özel Sayı DEÜHFD 211-271.
- Yaman, Rabiye, “İş Sözleşmesinin Askıya Alınması ve Hukuki Sonuçları” (2016) 74 İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 765-787.
- Yenisey, Kübra Doğan, “Çalışma Koşullarında Değişiklik ve İş Sözleşmesinin Feshi”, (2010) 3 Çalışma ve Toplum, 93-107.
- Yıldız, Gaye Burcu, “Ekonomik Kriz ve İşverenin Ekonomik Güçlüğe Düşmesi Durumlarında İş Hukukunda İşçinin Korunması” (2020) 65 (2) Çalışma ve Toplum Dergisi, 899-916.
- Yuvalı, Ertuğrul, “İş Hukukunda Zorlayıcı Neden ve Zorunlu Neden Kavramları ile Bu Kavramların İş Sözleşmesi Üzerindeki Etkileri” (2012) 12 (3) Kamu-İş, 1-30.
- Zeytinoğlu, Emin, “4857 Sayılı Yasada İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Sağlık Nedenlerine Dayanılarak Haklı Nedenle Feshi” (2016) 3 İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 149-162.



İstanbul Hukuk Mecmuası

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Başvuru: 23.06.2020
Revizyon Talebi: 06.08.2020
Son Revizyon Tarihi: 19.08.2020
Kabul: 04.09.2020

COVID-19 Pandemisinin Taşıyanın Sorumluluğu ve Navlun Alacağı Üzerindeki Etkileri

Kübra Yetiş Şamlı*

Öz

Dünya Sağlık Örgütü tarafından 12 Mart 2020 tarihinde pandemi olarak ilan edilen COVID-19 salgını, kısa sürede tüm dünyayı etkisi altına almıştır. Hayatı pek çok açıdan son derece olumsuz şekilde etkileyen salgın, dünya ticareti ve ekonomisine de büyük zarar vermiştir. COVID-19 salgınının olumsuz etkileri ile ilk ve en ağır şekilde yüzleşen sektörlerden biri, kuşkusuz deniz ticaretidir. Zira uluslararası ticarette taşımacılık büyük oranda deniz yolu ile gerçekleştirilmektedir. Gemilerin dünyanın çok çeşitli limanlarına uğraması dolayısıyla salgının başlaması ile birlikte denizcilik sektöründe etkileri de hissedilmeye başlanmıştır.

Çalışmada salgının deniz yoluyla eşya taşıyanın sorumluluğuna ve taşıyanın navlun alacağına etkisi incelenmiştir. Bu çerçevede öncelikle taşıyanın Türk Ticaret Kanunu'nun Deniz Ticareti Hukuku'na ayrılan 5. Kitabı'nda düzenlenen sorumluluk sebeplerinden, geminin başlangıçtaki elverişsizliğinden sorumluluğu (TTK m 1141) ile eşyanın ziyaa veya hasara uğraması yahut geç teslim edilmesinden ileri gelen zararlardan sorumluluğu (TTK m 1178 vd) bakımından salgının etki ve sonuçları değerlendirilmeye çalışılmıştır. Daha sonra salgına bağlı sebeplerle eşyanın ziyaa veya hasara uğramasının taşıyanın navlun alacağına etkisi ile, navlunun zaman üzerine kararlaştırıldığı hâllerde, salgın nedeniyle yolculuğun kesintiye uğraması veya uzamasının navlunun hesaplanmasına etkisi ele alınmıştır.

Anahtar Kelimeler

COVID-19 pandemisi, Deniz ticareti, Taşıyanın sorumluluğu, Başlangıçtaki elverişsizlik, Karantina sınırlamaları, Rotadan sapma, Navlun alacağı

The Effects of the COVID-19 Pandemic on Maritime Carrier's Liability and Right to Recover Freight Charges

Abstract

The World Health Organization declared the COVID-19 epidemic a pandemic on March 12, 2020. In a short time, the coronavirus disease had affected the entire world. Among the many negative consequences of the pandemic is damage to the world trade and economy. The maritime industry initially faced the worst effects of the pandemic. This is because the transportation in international trade is mostly performed by sea. Because the ships visit numerous ports all around the world, maritime commerce was affected instantly from the time the pandemic began.

In this study, the effects of pandemic on maritime carrier's liability and the carrier's right to recover freight charges were researched. First, the consequences of the pandemic were discussed with regard to the unseaworthiness of the ship at the beginning of the voyage. Then, the issue was approached with respect to the liability of the carrier for loss resulting from loss of or damage to the goods or from delay in delivery. Finally, the effect of interruption or delay of the voyage due to the pandemic on the calculation of freight fixed per time and the effect of the loss or damage to the goods due to the pandemic on the carrier's right to recover freight charges were examined. These issues were studied with regard to the provisions of Turkish Commercial Code regulating maritime commerce.

Keywords

COVID-19 pandemic, Maritime commerce, Maritime carrier's liability, Unseaworthiness, Quarantine restrictions, Deviation, Freight charges

* **Sorumlu Yazar:** Kübra Yetiş Şamlı (Dr. Öğr. Üyesi), İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Deniz Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye. E-posta: yetissam@istanbul.edu.tr ORCID: 0000-0001-8946-4124

Atf: Yetiş-Şamlı K, "COVID-19 Pandemisinin Taşıyanın Sorumluluğu ve Navlun Alacağı Üzerindeki Etkileri" (2020) 78(2) İstanbul Hukuk Mecmuası 299. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2020.78.2.0002>



Extended Summary

The World Health Organization declared the COVID-19 epidemic a pandemic on March 12, 2020. The coronavirus affected the entire world quickly. The pandemic has had many negative consequences, including its effects on world trade and the world economy. The maritime industry initially suffered the worst of the negative effects of the pandemic. This is because transportation in international trade is mostly performed by sea. Because ships visit numerous ports all around the world, maritime commerce was affected instantly by the pandemic.

In this study, the effects of the pandemic on a maritime carrier's liability and right to recover freight charges are researched. First, the effects and consequences of the pandemic were discussed with regard to the unseaworthiness of the ship at the beginning of the voyage. This is one of the grounds of carrier's liability regulated in Turkish Commercial Code (TCC), Number 6102. The epidemic in ship, that is among the master and crew may cause the unseaworthiness of the ship. If this occurs at the beginning of the voyage, it is special grounds for a carrier's liability regulated in Art 1141 of the TCC. The fact that the ship becomes unseaworthy and the possibility of holding the carrier liable for the resulting loss or damage are different issues. The carrier shall not be liable for loss or damage arising or resulting from unseaworthiness unless it was caused by lack of due diligence on the part of the carrier. In the context of pandemic, due diligence has to be examined regarding the measures that could reasonably be required to avoid the occurrence and its consequences. The measures that could reasonably be required must be determined in light of the course of the pandemic. The measures that are to be required from the carrier are not exactly the same at the beginning as they are at the later stages of the pandemic. Because, the information regarding COVID-19, its effects, and the measures to be taken for prevention of the contagion were very limited at the beginning of the epidemic. However, it must be emphasized that even during that period a commercial company must act prudently.

The second issue discussed in this study in respect to the liability of the carrier is the liability for loss resulting from loss of or damage to the goods, as well as from delay in delivery, which is another grounds of liability regulated in Art 1178 et seq. of the TCC. Two ancient maritime concepts are relevant in this context. One of them is the likelihood that the loss or damage or delay in delivery took place because of quarantine restrictions. The burden of proof shall be on the person claiming compensation from the carrier to show that the actual fault or neglect of the carrier or of the agents or servants of the carrier caused to the loss or damage or delay in delivery. The second concept is reasonable deviation. Namely, any deviation in saving or attempting to save life or property at sea or any reasonable deviation shall not be deemed to be a breach of the contract of carriage, and the carrier shall not

be liable for any loss or damage or delay in delivery resulting therefrom. Thus, the consequences of quarantine restrictions due to epidemic in the port state or in the ship and of the deviation due to the epidemic on the ship or at the port of call are examined in this context.

Finally, the effect of the pandemic on the carrier's claim of freight charges was researched. The amount of freight may be fixed per time in the carriage contract. In such a case, any interruption or delay of the voyage because of the pandemic may affect the calculation of the amount of freight payable. On the other hand, whether the loss or damage of the goods is due to pandemic also must be researched and that may affect the carrier's right to claim freight charges. These issues are analyzed within the scope of Art 1194 and Art 1199 of the TCC.

The Effects of the COVID-19 Pandemic on Maritime Carrier's Liability and Right to Recover Freight Charges

Giriş

Mücbir sebep kavramı, “bir borcun veya genel bir davranış yükümünün ihlâline neden olan, borçlunun işletme faaliyetiyle ilgisi olmayan (haricî), öngörülemez ve kaçınılmaz bir olay” olarak tanımlanmaktadır¹. Salgın hastalıkların, genellikle başlı başına borcun ifasını engelleyen bir olay olarak kabul edilmediği; salgın nedeniyle alınan önlemlerin, örneğin bazı işyerlerinin kapatılması, toplantı düzenleme yasağı, seyahat yasağı, ihracat yasağı, sokağa çıkma yasağı veya karantina gibi hukukî imkânsızlık doğuran tedbirlerin ise, borcun ifasına engel olabileceği; bu nedenle, mücbir sebep kavramının şartları ve sonuçları bakımından incelenmesi gereken asıl meselenin, söz konusu önlemler olduğu ifade edilmektedir².

Sözleşmenin kurulmasından sonra, sağlıkla ilgili nedenlerle kanun yahut yetkili makam kararı ile sözleşmede kararlaştırılan edimin yasaklanması, hukuki imkansızlık olarak nitelenmektedir³. Hukuki imkansızlık söz konusu ise, imkansızlıktan borçlunun sorumlu olduğu hallerde alacaklı artık elde edemeyeceği edimin yerine tazminat talep etme imkanına sahip olur⁴. Bu ihtimalde önemli olan, borcun ifasını engelleyen olayın mücbir sebep teşkil edip etmediğinden çok, borçlunun kusurunun bulunup bulunmadığıdır⁵.

COVID-19 pandemisi sürecinde, karantina tedbiri gibi yetkili makam kararları ile borcun ifası imkansızlaşabileceği gibi; geminin mutad rotadan sapması nedeniyle yaşanan gecikme sonucu gıda yükünün bozulması durumunda olduğu üzere, borcun kötü ifası da söz konusu olabilir. Tüm bu hallerde taşıyanın sorumlu tutulup tutulamayacağı, zararın meydana gelmesinde kusurunun bulunup bulunmadığına göre değerlendirilecektir. Çalışmada deniz yoluyla eşya taşıyanın sorumluluğu bakımından, pandemi bağlamında önem arz edebilecek olan bazı konu başlıkları bu çerçevede ele alınmış; taşıyanın sorumluluğunun şartlarından biri olan kusurun mevcudiyeti değerlendirilirken göz önünde bulundurulması gereken hususlar incelenmeye çalışılmıştır.

¹ Bkz <https://blog.lexpera.com.tr/covid-19-salgini-cercevesinde-alinan-onlemlerin-sozlesme-hukuku-ve-mucbir-sebep-kavrami-acisindan-degerlendirilmesi/>. Erişim tarihi 19.08.2020.

² Bkz <https://blog.lexpera.com.tr/covid-19-salgini-cercevesinde-alinan-onlemlerin-sozlesme-hukuku-ve-mucbir-sebep-kavrami-acisindan-degerlendirilmesi/>. Erişim tarihi 19.08.2020. Ayrıca bkz ve karşı: Türkiye Bilimler Akademisi, *TÜBA COVID-19 Küresel Salgını: Hukuki Değişim Ve Etkileşimler Raporu* (2020), 42 vd

³ Gökhan Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt V/1*, 3 (genişletilmiş 2. Baskı, Seçkin 2019), 289 N 1397. Bu konuda bkz Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, (24. Baskı, Yetkin 2019), 1165 N 3257.

⁴ Antalya (n 5), 288 N 1395. Kusurlu ifa imkansızlığı hakkında bilgi için bkz Eren (n 5) 1163 vd N 3254 vd

⁵ Bkz <https://blog.lexpera.com.tr/covid-19-salgini-cercevesinde-alinan-onlemlerin-sozlesme-hukuku-ve-mucbir-sebep-kavrami-acisindan-degerlendirilmesi/>. Erişim tarihi 19.08.2020.

Kusurun değerlendirilmesinde, alınan önlemlerin sözleşmenin kurulduğu tarihte öngörülebilir olup olmadığının dikkate alınması gerektiği; örneğin, söz konusu salgının ve önlemlerin öngörülebilir hale geldiği bir dönemde sözleşme yapan borçlunun, sözleşmede aksine bir kayıt yer almadıkça, ifayı engelleyen olguların gerçekleşme riskini üstlenmiş kabul edilmesinin icap ettiği; buna karşılık, salgın önlemlerinin öngörülemez ve önlenemez kabul edildiği durumlarda, borçlunun sorumluluktan kurtulacağı ifade edilmektedir⁶.

Son olarak belirtmek gerekir ki, pandeminin ilerleyen dönemlerinde, tarafların navlun sözleşmesinde, pandemi bağlamında gündeme gelebilecek çeşitli olasılıklara ilişkin açık hükümler kararlaştırmaları söz konusu olabilir. Bu yapıldığı takdirde taşıyanın sorumluluğuna yahut navlun alacağına ilişkin olarak ortaya çıkabilecek uyuşmazlıklar, emredici hükümlere (TTK m. 1243/1) aykırı olmamak kaydıyla geçerli olan bu gibi sözleşme şartları çerçevesinde çözümlenebilecektir.

I. Taşıyanın Geminin Sefere Elverişsizliğinden Sorumluluğu Bakımından

A. Geminin Sefere Elverişliliğini Sağlama Yükümlülüğü

Tarıyan navlun sözleşmesi ile, kendisine taşınmak üzere teslim edilen yükü bir limandan diğer bir limana taşımayı, varma yerinde, tesellüme yetkili kişiye tam ve sağlam olarak ve belirli bir zamanda, gecikmeksizin teslim etmeyi üstlenmektedir. Bu yükümlülüğün tam ve gereği gibi ifası için yükün taşınacağı geminin denize, yola ve yüke, kısaca sefere elverişli olması gerekir.

Denize, yola ve yüke elverişlilik kavramları TTK m 932’de tanımlanmış; taşıyanın yolculuk başlangıcında sefere elverişli bir gemi sağlama yükümlülüğü ile bu yükümlülüğün ihlalinden doğan sorumluluğu ise, TTK m 1141’de düzenlenmiştir.

Belirtmek gerekir ki taşıyanın geminin sefere elverişliliğini temin etme yükümlülüğü yolculuğun tamamı boyunca mevcuttur. TTK’da başlangıçtaki elverişsizlikten sorumluluk özel olarak düzenlenmiştir. Sonraki elverişsizlikten sorumluluk ise TTK m 1178 ve devamında düzenlenen navlun sözleşmesinin ifasında özen gösterme yükümlülüğünün ve bu yükümlülüğün ihlalinden kaynaklanan sorumluluğunun

⁶ Bkz <https://blog.lexpera.com.tr/covid-19-salginini-cercevesinde-alinan-onlemlerin-sozlesme-hukuku-ve-mucbir-sebep-kavrami-acisindan-degerlendirilmesi/>. Erişim tarihi 19.08.2020.

kapsamındadır⁷. Yolculuk sırasında geminin elverişli bir hâlde bulundurulması, taşıyanın navlun sözleşmesinin ifasında özen gösterme borcunun özel bir görünümü olarak kabul edilmektedir⁸. Dolayısıyla navlun sözleşmesinin ifasında özen gösterme borcunun kapsamına geminin elverişliliğinin devamlı surette denetlenmesi; gerekli ve beklenebilir olduğu ölçüde yeniden tesisi de girmektedir⁹.

B. Denize, Yola ve Yüke Elverişlilik Kavramları

Denize elverişlilik, geminin teknesinin (gövdesinin), somut yükle birlikte icra edilecek belirli yolculukta, tamamıyla olağanüstü olanlar dışındaki deniz tehlikelerine karşı koymaya elverişli olmasını ifade etmektedir¹⁰. Nitekim TTK m 932/1’de de denize elverişlilik, “geminin gövde, genel donatım, makine, kazan gibi esas kısımları bakımından yolculuğun yapılacağı sudan ileri gelen, tamamıyla anormal olanlar dışındaki tehlikelere karşı koyabilecek durumda olması” şeklinde tanımlanmıştır.

⁷ 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun bu düzenlemesinin kökeni, 1924 tarihli Konişmentoya Mütteallik Bazı Kaidelerin Tevhidi Hakkındaki Milletlerarası Sözleşme’ye (International Convention for the Unification of Certain Rules of Law relating to Bills of Lading) (Lahey Kuralları) dayanmaktadır. 1978 tarihli Birleşmiş Milletler Denizde Eşya Taşıma Sözleşmesi’nde (The United Nations Convention on the Carriage of Goods by Sea) (Hamburg Kuralları), yolculuk başlangıcında geminin sefere elverişli bir hâlde bulunmasını sağlamak; eşyanın yükletilmesi, elden geçirilmesi, istifi, taşınması, korunması ve gözetiminde özen göstermek gibi taşıyanın navlun sözleşmesinden kaynaklanan bazı yükümlülüklerinden söz edilmeksizin, eşyanın ziyaa veya hasara uğramasından yahut geç tesliminden ileri gelen zararlardan sorumluluğu düzenlenmiştir. Dolayısıyla taşıyanın başlangıçtaki elverişsizlikten sorumluluğuna ilişkin özel bir düzenleme getirilmemiştir. 2009 tarihli Tamamen veya Kısmen Deniz Yoluyla Uluslararası Eşya Taşıma Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Andlaşması’nda (United Nations Convention On Contracts for the International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea) (Rotterdam Kuralları) ise, geminin sefere elverişliliğini sağlamak yükümlülüğü özel olarak ve fakat yolculuk boyunca devam eden bir yükümlülük şeklinde düzenlenmiş; taşıyan gemiyi elverişli bir hâlde bulundurmak için yalnızca yolculuk başlangıcında değil, yolculuğun devamı sırasında da gereken özeni göstermekle yükümlü tutulmuştur. Alman hukukunda, TTK m 1141’e tekabül eden ve onun kaynağını teşkil eden düzenleme, Alman Ticaret Kanunu’nda, 20.4.2013 tarihli 4. Deniz Ticareti Hukuku Değişiklik Kanunu (4. Seerechtsänderungsgesetz -Gesetz zur Reform des Seehandelsrechts vom 20.4.2013, BGBl I S 831, 24.4.2013) ile yapılan değişiklik öncesinde yürürlükte bulunan (mülga) § 559 HGB’dir. Anılan reform sonrasında, taşıyanın geminin sefere elverişliliğini sağlama yükümlülüğü ayrı bir hükümde (§ 485 HGB) yer almış; elverişsizlikten sorumluluk ise, § 498 HGB’de, taşıyanın yükün ziyayı veya hasarından ileri gelen zararlardan sorumluluğu kapsamında, ispat yükünün dağılımına ilişkin özel bir hüküm çerçevesinde düzenlenmiştir. Bu konu hakkında bkz aşağıda: dn (18). § 485 HGB hakkında bilgi için bkz Beate Czerwenka, *Das Gesetz zur Reform des Seehandelsrechts: Einleitung, Erläuterung, Synopsen* (Bundesanzeiger Verlag 2014) 91 Nr 1 vd Dieter Rabe ve Uwe Kay Bahnsen, *Seehandelsrecht: Fünftes Buch des Handelsgesetzbuches mit Nebenvorschriften und Internationalen Übereinkommen* (5. Bası, 2018) § 485/1 vd, 231 vd Mülga § 559 HGB’den farklı olarak, bu hüküm ile geminin sefere elverişliliğini sağlama yükümlülüğünün yalnızca yolculuk başlangıcında değil, taşıyanın yüke zilyet olduğu tüm süre boyunca devam eden bir yükümlülük olarak düzenlendiği; başlangıçtaki ve sonraki elverişliliğin tek bir hükümde birleştirildiği hususunda bkz Rolf Herber, *Seehandelsrecht: Systematische Darstellung* (2. Bası, De Gruyter 2016) 250; Rabe ve Bahnsen (n 9) § 485/2, 231 vd Geminin sefere elverişliliğini sağlama yükümlülüğünün reform sonrasında HGB’de muhafaza edilmesinin gereksiz ve kanunun sistematığına aykırı olduğu hususunda bkz Herber (n 9) 250.

⁸ Hans Wüstendörfer, *Neuzeitliches Seehandelsrecht mit besonderer Berücksichtigung des angloamerikanischen und internationalen Rechts* (gözden geçirilmiş ve düzeltilmiş 2. Bası, 1950) 240; Georg Schaps ve Hans Jürgen Abraham, *Das Seerecht in der Bundesrepublik Deutschland: Kommentar und Materialsammlung, Seehandelsrecht – Erster Teil* (yenilenmiş 4. Bası, Walter de Gruyter 1978) § 559/4, 494, 495; ibid § 606/4, 5, 628; Hans Jürgen Abraham, *Das Seerecht: Ein Grundriß mit Hinweisen auf die Sonderrechte anderer Verkehrsmittel, vornehmlich das Binnenschiffahrts- und Luftrecht*, (gözden geçirilmiş 4. Bası, Walter de Gruyter 1974), 180, 181; Heinz Prüssmann ve Dieter Rabe, *Seehandelsrecht: Fünftes Buch des Handelsgesetzbuches mit Nebenvorschriften und Internationalen Übereinkommen* (yenilenmiş 4. Bası) , Verlag C.H. Beck, 2000) § 606/2, 553; Franz Schlegelberger ve Rudolf Liesecke, *Seehandelsrecht: Zugleich Ergänzungsband zu Schlegelberger Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, (yenilenmiş 2. Bası, Verlag Franz Vahlen 1964) § 606/3, 287; ibid § 559/11, 12, 214; Tahir Çağa ve Rayegân Kender, *Deniz Ticareti Hukuku II: Navlun Sözleşmesi* (gözden geçirilmiş 10. Bası, On İki Levha 2010) 176; ibid 183; Fahiman Tekil, *Deniz Hukuku* (6. Bası, Alkım 2001) 273.

⁹ Schaps ve Abraham (n 10) § 559/4, 495; Schlegelberger ve Liesecke (n 10) § 606/12, 214.

¹⁰ Wüstendörfer (n 10) 238; Schlegelberger ve Liesecke (n 10) § 559/3, 212; Andreas Hoffmann, *Die Haftung des Verfrachters nach deutschem Seefrachtrecht. Schriften zum Transportrecht Heft 15* (Neuwied-Kriftel-Berlin 1996) 15; Karl Hartmann, *Die Haftung des Verfrachters aus Seefrachtvertrag nach den Haager Regeln, Abhandlungen zum schweizerischem Recht 221 Heft* (Verlag von Stämpfli & Cie 1945) 47; Rabe ve Bahnsen (n 9) § 485/7, 233; Thomas Gilbert Carver, Sir Guenter Treitel ve FMB. Reynolds, *Carver on Bills of Lading* (Sweet & Maxwell 2005) 500.

Denize elverişlilik kavramı önceleri yalnızca geminin teknesine ilişkin elverişliliği ifade etmekteyken, denizcilikteki teknik ilerlemelerin etkisiyle içeriği zaman içinde genişlemiş; yola elverişlilik kavramını da kapsar hâle gelmiřtir¹¹. Zira yola elverişli olmayan bir gemi, yolculuğun emniyetle gerçekleştirilmesini, en az teknesi itibarıyla elverişsiz bir gemi kadar tehlikeye atmaktadır¹². TTK m 932/f 2’de yola elverişlilik, “denize elverişli bir geminin teşkilatı, y¼kleme durumu, yakıtı, kumanyası, gemi adamlarının yeterliliği ve sayısı bakımından, yapacağı yolculuğun tamamıyla anormal olanlar dışındaki tehlikelerine karşı koyabilmek için gereken niteliklere sahip olması” şeklinde tanımlanmıştır.

Y¼ke elverişlilik ise TTK m 932/f 3’te, geminin “soğutma tesisatı da dahil olmak üzere, eşya taşımada kullanılan kısımlarının eşyanın kabul¼ne, taşınmasına ve muhafazasına elverişli olması” şeklinde tanımlanmıştır.

Denize, yola ve y¼ke elverişliliğe ilişkin olarak verilen tanımların da aıkca ortaya koyduğu üzere elverişlilik kavramı nispidir¹³. Geminin gerçekleştirilecek belirli yolculuk ve taşınacak belirli y¼k bakımından deniz tehlikelerine karşı koyabilecek durumda olması yeterlidir¹⁴. Elverişlilik kavramının nispiiliğinin diğer bir yön¼ de, elverişliliğe ilişkin kriterlerin zaman içinde, örneğin teknik gelişmelerin etkisiyle, deęiřmesidir¹⁵.

C. Gemi Adamları Arasındaki Salgının Gemiye Yola Elverişsiz Hâle Getirmesi

COVID-19 pandemisi gibi dünya çapında yaşanan bir salgının sefere elverişlilik üzerinde etkili olması tabiidir. Sefere elverişlilik bu açıdan değerlendirildiğinde, pandeminin denize ve y¼ke elverişlilik üzerinde herhangi bir etkisi olmayacaktır. Buna karşılık gemi adamlarının COVID-19 hastalığına yakalanması, geminin yola elverişsiz sayılmasına neden olabilir. Zira gemide, gerek geminin, gerekse y¼k¼n ve

¹¹ W¼stendörfer (n 10) 238; Hoffmann (n 12) 15; Schaps ve Abraham (n 10) § 559/1, 491; Abraham (n 10) 149; John Richardson, *A Guide to the Hague and Hague-Visby Rules: A revised Special Report* (Lloyd’s of London Press 1989) 39.

¹² Pr¼ssmann ve Rabe (n 10) § 559/6, 406.

¹³ W¼stendörfer (n 10) 239; Schaps ve Abraham (n 10) § 559/1, 492; Abraham (n 10) 149; Schlegelberger ve Liesecke (n 10) § 559/5, 213; Pr¼ssmann ve Rabe (n 10) § 559/5, 406; Herber (n 9) 250; Thomas Edward Scrutton ve Stewart C. Boyd vd, *Scrutton on Charterparties and Bills of Lading* (21. Bası, Sweet & Maxwell 2008) A51 90; ağa ve Kender (n 10) 19; Tekil (n 10) 275; B¼lent S¼zer, *Taşıyanın Gemiye Sefere Elverişli Halde Bulundurmak Borcu* (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstit¼s¼ 1975) (Sefere Elverişlilik) 28; B¼lent S¼zer, *Deniz Ticareti Hukuku I (Ders Kitabı) Giriş-Gemi-Donatan ve Navlun S¼zleřmeleri*, (g¼zden geçirilmiş ve genişletilmiş 5. Bası, Vedat Kitapçılık 2019) (Deniz Ticareti Hukuku) 468; Pınar Akan, ‘Taşıyanın Gemiye Sefere Elverişli Halde Bulundurma Y¼k¼ml¼l¼ę¼’ (2000), Prof Dr Tahir ağa’nın Anısına Armağan 1, 5; Nihat Taşdelen, ‘Deniz Yoluyla Yapılan Taşımalarda Taşıyanın Başlangıçtaki Elverişsizlikten Doğan Sorumluluğu’ (2003) Bilgi Toplumunda Hukuk Ünal Tekinalp’e Armağan 939, 946.

¹⁴ W¼stendörfer (n 10) 239; Schaps ve Abraham (n 10) § 559/1, 492; Abraham (n 10) 149; Hartmann (n 12) 47; Schlegelberger ve Liesecke (n 10) § 559/5, 213; Pr¼ssmann ve Rabe (n 10) § 559/5, 6, 406; Herber (n 9) 250; Thomas Gilbert Carver ve Raoul Colinaux, *Carver’s Carriage by Sea Vol 1* (13. Bası, Stevens & Sons 1982) 351; Carver, Treitel ve Reynolds, (n 12) 502; Scrutton, Boyd vd (n 15) 90 vd çağa ve Kender (n 10) 19; S¼zer, *Sefere Elverişlilik* (n 15) 29; S¼zer, *Deniz Ticareti Hukuku* (n 15) 468; Akan, *Gemiye Sefere Elverişli Halde Bulundurma Y¼k¼ml¼l¼ę¼* (n 15) 5.

¹⁵ S¼zer, *Deniz Ticareti Hukuku* (n 15) 469.

yolculuğun gerekliliklerine uygun sayıda ve yeterlilikte gemi adamının bulunması, geminin yola elverişliliğinin sağlanması bakımından elzemdir¹⁶.

1.11.1974 tarihli Denizde Can Emniyeti Uluslararası Sözleşmesi (International Convention for the Safety of Life at Sea) (SOLAS-74) Kural V/14 uyarınca taraf ülke hükümetleri; kendi bayraklarını taşıyan gemilerin, denizde can güvenliğinin sağlanması bakımından yeterli ve ehliyetli personelle donatılmasının sağlanması için gerekli önlemlerin alınmasını ve sürdürülmesini üstlenirler. Türkiye SOLAS 74'e 25 Mayıs 1980 tarih ve 16985 Sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 06.03.1980 tarihli Bakanlar Kurulu Kararı ile taraf olmuştur. Sözleşme, Türkiye bakımından 25.5.1980 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türk hukukunda gemi adamlarının yeterlikleri, eğitimleri, sınavları ve belgelendirilmelerine ilişkin hususlar, 2018 tarihli Gemiadamları Ve Kılavuz Kaptanlar Yönetmeliği'nde¹⁷ düzenlenmiştir. SOLAS 74 Kural V/14'te, kapsama giren her gemide, belirlenen gerekliliklerin karşılanması bakımından zorunlu görülen minimum düzeyde bir donatımın kanıtı olarak kullanılmak amacıyla, geminin tipine uygun olarak İdare tarafından hazırlanmış bir güvenli asgari donatım seviyesi dokümanı bulundurulması öngörülmüştür. Gemilerin Genel Denetimi Ve Belgelendirilmesi Hakkında Yönetmelik¹⁸ (GGDBHY) ile, teçhizat, malzeme ve diğer unsurların, mürettebatın ve işletim prosedürlerinin, ulusal mevzuat hükümlerine ve gemilerden kaynaklanan deniz kirlenmesinin önlenmesi ve deniz emniyeti hususlarındaki uluslararası sözleşmelere uygunluğunun geminin kullanım amacına yönelik olarak denetlenmesine, uygun olmayanlar hakkında tatbik edilecek yaptırımlara ve belgelendirilmelerine ilişkin usul ve esaslar belirlenmiştir. İşte SOLAS 74 Kural V/14 ve GGDBHY m. 18/1, m. 61 ve Ek 1 (1)-f uyarınca düzenlenen Gemi Adamı Donatımında Asgari Emniyet Belgesi (Minimum Safe Manning Document), gemilerin denetimi neticesinde İdare tarafından düzenlenen ve GGDBHY m. 21/1 (ç) uyarınca gemide bulundurulması gereken belgelerden biridir. Bu belge, gemide bulunması gereken personel sayısı ile personelin sahip olması gereken ehliyet derecelerini gösterir ve söz konusu geminin öngörülen sayı ve yeterlikteki gemi adamları ile donatıldığında ulusal ve uluslararası mevzuata göre emniyetli donatılmış sayılacağını belgeler. Gemideki gemi adamı sayısının COVID-19 nedeniyle anılan belgede öngörülen asgari standardın altına inmesi durumunda, gemi yola elverişsiz hâle gelecektir. Zira gemiyi elverişsiz hale getiren eksikliğin taşıyan veya adamlarının kusurundan kaynaklanması gerekmeyip; umulmayan bir hâlden veya tabii bir olaydan dahi kaynaklanması mümkündür¹⁹.

¹⁶ Rabe ve Bahnsen (n 9) § 485/31, 239.

¹⁷ Gemiadamları Ve Kılavuz Kaptanlar Yönetmeliği, RG. 10.2.2018/30328.

¹⁸ Gemilerin Genel Denetimi Ve Belgelendirilmesi Hakkında Yönetmelik, RG 10.11.2006/26342.

¹⁹ Emine Yazıcıoğlu, *Kender/Çetingil Deniz Ticareti Hukuku* (gözden geçirilmiş ve genişletilmiş 15. Baskı, Filiz Kitapevi 2020). (Kender/Çetingil Deniz Ticareti Hukuku) 387.

Salgının kişiden kişiye bulaşmasının son derece kolay oluřu²⁰; hastalığın 14 gñnlük bir kuluća süresinin olması²¹ ve gemi adamlarının kapalı bir ortamda uzun süre bir arada bulunması göz önüne alındığında, henüz gemide bir salgın boyutuna ulaşmasa ve bir kişide görölse dahi, bunun bile geminin yola elverişsizliğine yol açması olasıdır. Zira yolculuğun başlangıcında tek kişinin virüslü taşıması, yolculuk sırasında tüm gemi mürettebatına bulaş riski yaratır. Gemi mürettebatının hastalık dolayısıyla gemi içinde karantina altına alınması ve iř yapamaz duruma gelmesi ise, geminin yola elverişsizliğine yol açar.

D. Taşıyanın COVID-19 Salgını Nedeniyle Geminin Yola Elverişsiz Hâle Gelmesinden Sorumluluğu

TTK m 1141/1 uyarınca her türlü navlun sözleşmesinde taşıyan, geminin denize, yola ve yüke elverişli bir hâlde bulunmasını sağlamakla yükümlüdür. Aynı maddenin ikinci fıkrasına göre ise, taşıyan, yükle ilgili olanlara karşı geminin denize, yola veya yüke elverişli olmamasından doğan zararlardan sorumludur; meğerki, tedbirli bir taşıyanın harcamakla yükümlü olduğu dikkat ve özen gösterilmekle beraber, eksikliği yolculuğun başlangıcına kadar keşfe imkân bulunmamış olsun.

Bu düzenleme çerçevesinde taşıyana gemiyi yüklemenin başlangıcından yolculuğun başlangıcına kadar olan safhanın tamamında elverişli hâlde bulundurma değil; elverişsizliğe neden olabilecek eksiklerin keşfedilmesi ve giderilmesi yönünde gereken özeni gösterme mükellefiyeti yüklenmiřtir²². Diğer bir ifadeyle garanti sorumluluğu söz konusu deęildir²³. Dolayısıyla taşıyanın elverişsizlikten ileri gelen zararlardan sorumlu tutulabilmesi için kusurlu olması şarttır. Kusurun bulunmadığını ispat yükü ise taşıyana aittir.

Gemi adamları arasında COVID-19 salgını yaşanmasının gemiyi yola elverişsiz hâle getirmesi ile taşıyanın bundan TTK m 1141 hükmü uyarınca sorumlu tutulabilmesi birbirinden farklı meselelerdir. Taşıyanın sorumluluğunun gündeme gelebilmesi için öncelikle salgının neden olduğu yola elverişsizliğin bir zarara yol açmış olması gerekir. Zarar, gemideki salgın nedeniyle geminin bir limanda karantinaya alınmasından dolayı ortaya çıkabileceği gibi, salgının yayılması sebebiyle gemi adamlarının işlerini yapamaz duruma düşmesinden de kaynaklanabilir.

²⁰ Virüs, hasta kişilerin öksürme veya hapşımayla ortaya saçtığı damlacıkların ortamdaki diğer bireylerin ağız, burun ve gözlerine temasıyla, damlacıkların yapıştığı yüzeylere dokunduktan sonra ellerin ağız, burun veya göze götürülmesiyle bulaşabilmektedir. Bkz https://covid19bilgi.saglik.gov.tr/depo/Kitapcik/COVID-19_YENI_KORONAVIRUS_HASTALIGI_KITAPCIK_A6.pdf. Erişim tarihi 19.08.2020.

²¹ Bkz https://covid19bilgi.saglik.gov.tr/depo/Kitapcik/COVID-19_YENI_KORONAVIRUS_HASTALIGI_KITAPCIK_A6.pdf. Erişim tarihi 19.08.2020.

²² Bu konuda bkz Kübra Yetiş Şamll, 'Lahey-Lahey/Visby, Hamburg Ve Rotterdam Kuralları'nda Sefere Elverişlilik' (2013) 71(2) Prof Dr Ersin Çamoğlu'na Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakóltesi Mecmuası. (Sefere Elverişlilik) 487.

²³ Yazıcıoğlu, *Kender/Çetingil Deniz Ticareti Hukuku* (n 21) 388; Sözer, *Sefere Elverişlilik* (n 15) 7; Sözer, *Deniz Ticareti Hukuku* (n 15) 472; Akan, *Gemiyi Sefere Elverişli Halde Bulundurma Yükümlülüğü* (n 15) 4. Buna paralel bir düzenlemenin söz konusu olduğu Lahey Kuralları bakımından (LK m 4 § 1) aynı yönde: Carver, Treitel ve Reynolds (n 12), Nr 9-019, 503; ibid Nr 9-136, 568; Scrutton, Boyd vd (n 15) B11 388; John F Wilson, *Carriage of Goods by Sea* (7. Bası, Pearson 2010) 187. Alman hukuku bakımından aynı yönde: Rabe ve Bahnsen (n 9) § 485/11, 234.

Sorumluluğun bir diğer koşulu, elverişsizliğin başlangıçta mevcut olmasıdır. Aksi takdirde taşıyanın sorumluluğu yine gündeme gelebilirse de dayanağı TTK m 1141 hükmü olmaz. Zira taşıyanın TTK m 1141 hükmü uyarınca gemiyi sefere elverişli bir hâlde bulundurma yükümlülüğü, yüklemenin başlamasından yolculuğun başlangıcına kadar olan zaman dilimini kapsamaktadır²⁴. Yolculuk kavramı ile ifade edilmek istenen ise, genel olarak geminin seferi değil, her bir somut yüke ait yolculuktur²⁵. Dolayısıyla yolculuğun başlangıcının tespitinde geminin değil, taşınmakta olan somut yükün dikkate alınması gerekir²⁶. Elverişsizliğe neden olan eksikliğin daha bu safhada zarara yol açacak bir nitelikte olması ise şart olmayıp, “tohum” hâlindeki mevcudiyeti yeterlidir²⁷.

Açıklanan tüm bu esasları COVID-19 hastalığı ve bunun yol açtığı salgından kaynaklanan bir elverişsizlik açısından değerlendirecek olursak, yolculuk başlangıcında gemi adamlarının birinin dahi hastalanmış olması geminin yola elverişsiz sayılması için yeterli olabilecektir.

Taşıyanın sorumluluğunun bir kusur sorumluluğu olduğunu yukarıda ifade etmiştik. Acaba sorumlu tutulmamak için taşıyanın göstermekle yükümlü olduğu özen nasıl belirlenecektir? Bu hususta salgının ilk ortaya çıktığı dönemle daha sonrasını birbirinden ayırmak gerekir. Zira salgın dünyada ilk ortaya çıktığında, hastalık

²⁴ M. Fehmi Ülgener, *Taşıyanın Sorumsuzluk Halleri* (Der 1991), 56; Sözer, *Deniz Ticareti Hukuku* (n 15) 470; Vural Seven, *Taşıyanın Yüke Özen Borcunun İhlalinden (Yük Zıya ve Hasarından) Doğan Sorumluluğu* (Yetkin 2003) 19. TTK m 1141'e paralel bir düzenleme getiren Lahey Kuralları (LK m 3 § 1) bakımından aynı yönde: Carver, Treitel ve Reynolds, (n 12) Nr 9-134, 567; Scrutton, Boyd vd (n 15) B11 387; Wilson (n 25) 187; Hakan Karan, *The Carrier's Liability Under International Maritime Conventions: The Hague, Hague-Visby, and Hamburg Rules* (The Edwin Mellen Press 2004) 106, 107. Alman Ticaret Kanunu'nda, 2013'te yapılan değişiklik öncesinde (mülga) § 559 HGB'nin TTK m 1141'e tekbül eden düzenlemesi bakımından aynı yönde: Wüstendörfer (n 10) 241; Hoffmann (n 12) 17 vd Schaps ve Abraham (n 10) § 559/3, 494; Hartmann (n 12) 50 vd Prüssmann ve Rabe (n 10) § 559/29, 412. Anılan değişiklik sonrasında, taşıyanın gemiyi sefere elverişli hâlde bulundurma yükümlülüğü aynı bir hükümden (§ 485 HGB) yer almış; bu yükümlülüğün ihlalinden kaynaklanan sorumluluk ise, taşıyanın yükün zıya veya hasarından ileri gelen zararlardan sorumluluğu kapsamında, ispat yükünün dağılımına ilişkin özel bir hüküm çerçevesinde düzenlenmiştir (§ 498 (2) HGB). Şöyle ki, § 498 (1) uyarınca taşıyan, eşyayı teslim almasından teslim etmesine kadar olan zaman dilimi içinde eşyanın zıya veya hasara uğramasından ileri gelen zararlardan sorumludur. Takip eden fıkra, taşıyanın, zıya veya hasarı tedbirli bir taşıyanın özenine rağmen kaçınılması mümkün olmayan sebeplerden kaynaklanması halinde sorumluluktan kurtulacağı hüküm altına alınmıştır. Yine aynı fıkra uyarınca, eşyanın denize veya yüke elverişsiz bir gemi ile taşınmış olması ihtimalinde, elverişsizliğin zarara sebebiyet vermiş olabileceğinin ilk bakişta ortaya konulması durumunda, taşıyan ancak tedbirli bir taşıyanın dikkat ve özenine rağmen elverişsizliğin yolculuk başlangıcına kadar keşfine imkân bulunmadığını kanıtlarsa sorumluluktan kurtulur. Bu konuda bilgi için bkz Czerwenka (n 9) 127 vd Rabe ve Bahnsen (n 9) § 498/51 vd, 415 vd, § 498/68 vd, 419 vd, § 498/117 vd, 433 vd Değişiklik kanunu tasarılarının önceki metinleri başlangıçta elverişsizliğe ilişkin özel bir düzenleme içermediği hâlde, daha sonra tasarıya bu şekilde bir hüküm eklenmesinin sebebi hakkında bkz Czerwenka (n 9) 129 Nr 5; Rabe ve Bahnsen (n 9) § 498/5, 402. Bu düzenlemenin taşıyanın geminin sefere elverişsizliği durumunda sorumluluktan kurtulması imkânını daralttığı hakkında bkz Czerwenka (n 9) 131 Nr 10; Rabe ve Bahnsen (n 9) § 498/11, 396. Kanunlaşma sürecinde maddeye eklenen ispat yüküne ilişkin hükmün, düzenlemeyi karmaşık hale getirdiği; pratikte hemen hiç etkisi ve sonucunun da olmayacağı; üstelik gemiyi sefere elverişli hâlde bulundurma yükümlülüğünün mülga § 559 HGB'de olduğu gibi yalnızca yolculuk başlangıcında söz konusu olduğu şeklinde yanlış anlaşılma elverişli olduğu yönündeki eleştiriler için ve taşıyanın yolculuk sırasında geminin sefere elverişsiz hâle gelmesi durumunda da, bunu keşfedemekte yahut gideremekte kusuru varsa, sorumlu olacağı hususunda bkz Herber (n 9) 277 vd

²⁵ Wüstendörfer (n 10) 240; Hoffmann (n 12) 17; Schaps ve Abraham (n 10) § 559/4, 494; Abraham (n 10) 180 vd Hartmann (n 12) 51 Schlegelberger ve Liesecke (n 10) § 606/12, 214; Rabe ve Bahnsen (n 9) § 498/70, 420; Çağa ve Kender (n 10) 176; Yazıcıoğlu, *Kender/Çetingil Deniz Ticareti Hukuku* (n 21) 388; Sözer, *Sefere Elverişlilik* (n 15) 33; Seven (n 26) 19 dn (13).

²⁶ Hoffmann (n 12) 17; Schlegelberger ve Liesecke (n 10) § 606/12, 214; Rabe ve Bahnsen (n 9) § 498/70, 420; Ülgener (n 26) 56; Karan (n 26) 107.

²⁷ Rabe ve Bahnsen (n 9) § 485/19, 236.

hakkında tıbbi bakımdan bilinenler çok sınırlı idi. Sonrasında ise, henüz hastalığın tüm özellikleri tespit edilmemiş ve tedavisi bulunmamış olsa da, nasıl büyük bir hızla yayılabildiği anlaşılmış; bulaşın önlenmesi için alınması gereken tedbirler belirlenmiştir. Bu konudaki tıbbi bilgi ve gelişmeler, Dünya Sağlık Örgütü ve ülkemiz bakımında da T.C. Sağlık Bakanlığı'nın resmi web siteleri başta olmak üzere çeşitli kanallardan halka duyurulmuş ve duyurulmaktadır²⁸. Muhtelif sektörlerde de buna paralel olarak önlemler alınmıştır²⁹. Örneğin Türk gemi işletenlerin pek çoğu, büyük tonajlı ve dünya denizlerinde sefer yapan gemilerde, risk alınmaması için personel değişimlerini durdurmuştur³⁰. Küçük tonajlı ve Türkiye çevresinde sefer yapan gemilerde ise personel değişikliği talepleri liman başkanlıkları tarafından riskli olduğu gerekçesiyle reddedilmiştir³¹. Esasen bu sorun Haziran ayı itibarıyla hâlen devam etmekte olup, Uluslararası Taşımacılık İşleri Federasyonu hükümetlerin mürettebat değişikliklerini mümkün kılacak IMO (International Maritime Organization – Uluslararası Denizcilik Örgütü) protokollerini uygulaması için çağrı yapmaktadır³².

Personel değişimlerinin durdurulacağının duyurulması üzerine bu şekilde çalışmak istemeyen bazı gemi adamları gemiden ayrılmış; ayrılan gemi adamı yerine yeni bir gemi adamının gemiye alınması ise, gerek mürettebat gerekse gemi işleten tarafından son derece riskli bulunmuştur. Zira gemiye yeni alınan gemi adamının Corona virüsü taşıması olasıdır. Bu nedenle bazı Türk bayraklı gemilerde gemi adamı sayısı asgarinin altına düşmüştür. Gemi işletenler, böyle bir durumda tam otomasyonlu gemilerde birkaç gemi adamının eksik olması dolayısıyla işlerin aksamayacağını ileri sürerek gemi adamı sayısı asgarinin altına düşse dahi İdare'nin belli süreli bir muafiyet öngörmesinin yerinde olacağını belirtmişlerdir³³. Kanaatimize göre İdare tarafından böyle bir muafiyet tanınırsa, geminin gemi adamı eksikliği dolayısıyla yola elverişsiz hâle gelmediği kabul edilmek gerekir. Muafiyet tanınmaması durumunda ise, tam otomasyonlu olsun olmasın, ulusal ve uluslararası mevzuatta öngörülen asgari sayı ve yeterlilikte gemi adamının bulunmadığı bir gemi yola elverişsiz sayılır. Ancak yukarıda da değinildiği üzere, geminin yola elverişsiz olması ile taşıyanın bundan dolayı sorumluluğunun doğması birbirinden farklı meselelerdir. Gemi adamının personel değişiminin askıya alınması üzerine bu şekilde çalışmayı kabul etmeyerek gemiden ayrılması ve gemiye yeni personel alımının tüm gemi personelini tehdit eden virüs tehlikesi dolayısıyla göze alınamaması durumunda, taşıyanın üzerine düşen

²⁸ Bkz <https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/advice-for-public> ve https://covid19bilgi.saglik.gov.tr/depo/Kitapcik/COVID-19_YENI_KORONAVIRUS_HASTALIGI_KITAPCIK_A6.pdf Erişim tarihi 19.08.2020

²⁹ Örneğin bkz <https://covid19bilgi.saglik.gov.tr/tr/calisma-rehberi-afisleri.html>. Erişim tarihi 19.08.2020.

³⁰ <https://www.denizhaber.com/guncel/kuzey-webinar-bulusmalari-3-i-covid-19-pandemisinin-personel-degisimleri-ne-h86540.html>. Erişim tarihi 15.5.2020.

³¹ <https://www.denizhaber.com/guncel/kuzey-webinar-bulusmalari-3-i-covid-19-pandemisinin-personel-degisimleri-ne-h86540.html>. Erişim tarihi 15.5.2020.

³² <https://www.denizhaber.com/guncel/itf-murettebat-degisimi-icin-sabir-tukendi-h87152.html>. Erişim tarihi 19.6.2020.

³³ <https://www.denizhaber.com/guncel/kuzey-webinar-bulusmalari-3-i-covid-19-pandemisinin-personel-degisimleri-ne-h86540.html>. Erişim tarihi 15.5.2020.

özen yükümlülüğünü yerine getirmediğinden söz etmek de mümkün olmayabilir. Bu itibarla somut olayın şartları çerçevesinde bir değerlendirme yapmak icap eder.

Taşıyanın kusurlu olup olmadığının tespitinde salgının ilk ortaya çıktığı dönemle sonrasını birbirinden ayırmak gerektiğini yukarıda ifade etmiştik. Bu bakımdan salgının ilk defa ortaya çıktığı dönemden farklı olarak örneğin Mayıs ayında, gemi adamlarından birinin hastalanması durumunda söz konusu gemi adamının gemi içinde karantinaya alınması ve diğer gemi adamlarının korunması için alınacak tedbirler konusunda bir prosedürün belirlenmiş olması beklenir. Bu prosedürün uygulanıp uygulanmadığının da denetlenmesi gerekir. Nitekim Mayıs ayında Türk Armatörler Birliği, “Gemide Covid Vakası Tespit Edildiğinde Yapılacak İşlemler Uygulama Rehberi” yayınlamıştır³⁴. Bu Rehber’de, bir gemi adamının COVID-19 belirtileri göstermesi durumunda, hastalık şüphesi olan gemi adamının izole edilmesi; gemiden tahliye edilmesi hâlinde geminin dezenfekte edilmesi; gemi seyir hâlinde iken böyle bir durumla karşılaşmışsa en yakın limandan telesağlık hizmeti talep edilip buradan alınan talimatlara uygun hareket edilmesi gerektiği belirlenmiştir. Fiziksel önlemlere ilişkin olarak ise, hasta ile personel arasındaki iletişimin geminin dâhili iletişim sistemi ile kurulması; personelin diğer personelle etkileşiminin derhal sınırlandırılması ve revirde değil, kendi kamarasında dinlendirilmesi; kamara kapısının kapalı tutulması; kapı altındaki ızgaranın kapatılması ve kamaradaki havanın kapının altından tekrar sisteme dönmemesinin sağlanması öngörülmüştür. Bu durum ile karşılaşan gemilerin *safe manning* kapsamında gemi adamı eksiklerini tamamlaması ve 14 günlük karantina gözlemlerini yapması ya da mümkünse dezenfeksiyondan sonra tüm gemi adamlarını değiştirip geminin seferine imkân tanınması ve gemiden çıkan gemi adamlarının karantina altına alınması önerilmiştir.

Rehber’de ayrıca gemide bir salgın vakası tespit edildiğinde yapılacaklara yönelik bir senaryo dâhilinde kısa bir vaka çalışması hazırlanması ve sonrasında fiili bir eğitim yapılması; tüm personelin COVID-19 semptomlarına ilişkin bilgilendirilmesi; bu eğitimde “kim, ne zaman, nerede, nasıl, ne yapacak sorularının cevaplarının aranması” tavsiye edilmiştir.

Belirtmek gerekir ki, önümüzdeki dönemde COVID-19 nedeniyle geminin yola elverişsiz hâle gelip gelmediği ve gelmişse taşıyanın bundan ileri gelen zararlardan sorumlu tutulup tutulamayacağı uyuşmazlık konusu olduğu takdirde, taşıyanın üzerine düşen özen yükümlülüğünü yerine getirip getirmediğinin belirlenmesinde anılan Rehber mutlaka dikkate alınmalıdır. Zira kanaatimize göre Rehber’de öngörülen önlemler, “tedbirli bir taşıyanın harcamakla yükümlü olduğu dikkat ve özen”in somutlaştırılması bakımından kriter teşkil etmektedir. Bu bağlamda örneğin Rehber’de önerildiği üzere bir senaryo belirlenerek gemi adamlarına

³⁴ <https://www.denizhaber.com/guncel/gemide-covid-vakasi-tespit-edildiginde-yapilacak-islemler-uygulama-h86416.html>. Erişim tarihi 15.5.2020.

eğitim verilmemişse ve bunun sonucunda gemi adamları gemide başlayan salgınla m¼cadelede yetersiz kaldığından salgın yayılmışsa, bundan ileri gelen yola elverişsizlikten taşıyanın sorumlu tutulması s¼z konusu olabilir.

Salgının ilk ortaya çıktığı ve hen¼z d¼nya ¼apında bu ölç¼de yaygınlaşmadığı d¼nemde ise, taşıyanın gereken özeni gösterip göstermediğinin belirlenmesinde dikkate alınacak kriterler farklı olmalıdır. Genel olarak sefere elverişsizlikten sorumluluk bakımından, taşıyan eksikliğin farkına varmış, ancak gereken özeni göstermediği için elverişsizliğe neden olacağını fark edememişse, diğer bir ifadeyle eksikliğin önemini anlamamışsa bunun da elverişsizliğin keşfedilememesiyle aynı sonucu doğuracağı kabul edilmektedir³⁵. İşte pandeminin başlangıcında daha sık karşılaşılabilecek ihtimal bu olabilir. Eksikliğin yanlış değerlendirilmiş olması, gereken özenin gösterilmemesinden değil, bilgi ve uzmanlık eksikliğinden de kaynaklanabilir³⁶. Dolayısıyla taşıyanın sadece eksikliği yanlış değerlendirmesi, gereken özeni göstermediği sonucuna varmak için tek başına yeterli değildir. Buna karşılık taşıyanın keşfedilen eksiklik hususunda bir uzmana danışmaması, somut olayın şartları çerçevesinde gereken özeni göstermemesi olarak yorumlanabilir. Bu kriterler ışığında durum değerlendirilecek olursa, çok büyük çoğunlukla bir ticaret şirketi olan taşıyanın tıbbi danışmanlık olarak bu tedbirleri ve prosed¼rleri belirlemesi beklenir. Zira pandeminin yeni başladığı d¼nemde dahi olsa, taşıyanın gerekli tıbbi danışmanlığı alması ve faaliyetlerinin planlanmasında bu danışmanlıktan faydalanması, kanaatimizce basiretli bir iş adamı gibi davranma yük¼ml¼ę¼ (TTK m 18/2) kapsamında yer alır. Üstelik ulaşım sektör¼, ve bu arada deniz ticareti, vakaların Çin'de gör¼lmeye başlanmasıyla birlikte ve pandeminin Türkiye'de yayılmasından çok önce pandemiden etkilenmiş; dolayısıyla pandemi hakkında görece olarak daha erken bilinçlenebilmiştir. Bu bağlamda örneğin gemi adamları salgının gör¼ld¼ę¼ ÷lkelerde bulunmuşsa, yeni bir yolculuk öncesinde bunların sağlık kontrollerinin yapılması; gemi salgının gör¼ld¼ę¼ limanlara gidecekse, gemi adamlarının korunmasına yönelik olarak alınması beklenebilecek önlemlerin alınması gerekir. Nitekim salgının ortaya çıkiıyla birlikte bazı tedbirler alınmaya başlanmış; örneğin personel harici kişilerin gemi içine girişi yasaklanmıřtır³⁷. Gereken önlemlerin alınmaması ise taşıyanın sorumluluğunu doğurabilir.

Altını çizmek gerekir ki, pandemiye neden olan vir¼s¼n ve hastalığın yeni ortaya çıktığı; hastalığa neden olan vir¼se ve hastalığa ilişkin olarak hen¼z yeterli bilgiye sahip olunmadığı ve tıbbi bilgilerin her ge¼en gün biraz daha arttığı mutlaka dikkate alınmalıdır. Nitekim salgının ÷lkemizde gör¼lmeye başlandığı Mart ayından Mayıs

³⁵ Schlegelberger ve Liesecke (n 10), ř 559/8, 213; Schaps ve Abraham (n 10), ř 559/7, 496; Prüssmann ve Rabe (n 10), ř 559/32, 413.

³⁶ Schaps ve Abraham (n 10), ř 559/9, 499.

³⁷ <https://www.denizhaber.com/guncel/kuzey-webinar-bulusmalari-3-i-covid-19-pandemisinin-personel-degisimleri-ne-h86540.html>. Erişim tarihi 15.5.2020.

ayına kadar alınması önerilen önlemler farklılık göstermiş; önce uzmanlar tarafından maske takmanın herhangi bir koruyuculuğunun bulunmadığı söylenirken, daha sonra dışarıda maske kullanımı zorunlu kılınmıştır. Dolayısıyla “alınması beklenebilecek önlemler” belirlenirken, önlem alınmasını gerektiren durum ortaya çıktığında, mevcut olan tıbbi bilgiler çerçevesinde bir değerlendirme yapılacaktır.

II. Taşıyanın Eşyanın Zıyaa Veya Hasara Uğraması Yahut Geç Tesliminden Kaynaklanan Zararlardan Sorumluluğu Bakımından

A. Taşıyanın Sorumluluğunun Koşulları

TTK m 1178/1 uyarınca taşıyan, navlun sözleşmesinin ifasında, özellikle eşyanın yükletilmesi, istifi, elden geçirilmesi, taşınması, korunması, gözetimi ve boşaltılmasında tedbirli bir taşıyandan beklenen dikkat ve özeni göstermekle yükümlüdür. Aynı maddenin ikinci fıkrasına göre, taşıyan, eşyanın zıyayı veya hasarından yahut geç tesliminden doğan zararlardan, zıya, hasar veya teslimde gecikmenin, eşyanın taşıyanın hâkimiyetinde bulunduğu sırada³⁸ meydana gelmiş olması şartıyla sorumludur³⁹.

Eşya navlun sözleşmesinde belirlenen boşaltma limanında açıkça kararlaştırılmış olan süre veya açıkça kararlaştırılmış bir süre yoksa, olayın özelliklerine göre tedbirli bir taşıyandan eşyanın tesliminin makul olarak istenebileceği süre içinde teslim edilmediği takdirde teslimde gecikme olduğu varsayılır (TTK m 1178/4).

Zıya, hasar veya geç teslimin taşıyanın iradesi dışında gerçekleşip gerçekleşmediği veya kanuni ya da haklı sebeplere dayanıp dayanmadığı bu olgular bakımından bir rol oynamamaktadır. Diğer bir ifadeyle yükün zıyaa veya hasara uğramış olup olmadığı yahut geç teslim edilip edilmediği, bu durumun hangi sebepten kaynaklandığından; taşıyanın kusurundan veya yükün uğradığı zarardan dolayı sorumlu tutulup tutulamayacağından bağımsız şekilde değerlendirilir⁴⁰.

³⁸ Eşyanın taşıyanın hâkimiyetinde bulunduğu süre TTK m 1178/3'te belirlenmiştir. Buna göre eşya, yükleten veya onun adına veya hesabına hareket eden bir kişiden yahut yükleme limanında uygulanan kanun ve düzenlemeler uyarınca eşyanın taşınmak üzere kendilerine teslimi zorunlu makamlardan ya da üçüncü kişilerden taşıyanca teslim alındığı andan a) Taşıyan tarafından gönderilene teslim edildiği ana veya b) Gönderilenin eşyayı teslim almaktan kaçındığı hâllerde sözleşme veya kanun hükümlerine yahut boşaltma limanında uygulanan ticari teamüle uygun olarak gönderilenin emrine hazır tutulduğu ana ya da c) Boşaltma limanında geçerli kanun ve düzenlemeler uyarınca eşyanın kendilerine teslimi zorunlu makamlara veya üçüncü kişilere teslim edildiği ana kadar taşıyanın hâkimiyetinde sayılır.

³⁹ Taşıyanın eşyanın zıyaa veya hasara uğramasından yahut geç tesliminden ileri gelen zararlardan sorumluluğunun şartları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz Kübra Yetiş Şamlı, *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Taşıyanın Zıya, Hasar ve Geç Teslimden Sorumluluğu* (On İki Levha 2013), 24 vd Ayrıca bkz Yazıcıoğlu, *Kender/Çetingil Deniz Ticareti Hukuku* (n 21), 389 vd Sözer, *Deniz Ticareti Hukuku* (n 15), 479 vd Ayrıca bkz Safa Murat Tekin, *Navlun Sözleşmesinde Taşıyanın Sorumluluğu*, (On İki Levha 2017), 71 vd Şafak Türken, *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Deniz Taşımacılığında Taşıyanın Eşyanın Zıyayı, Hasarını Ya da Geç Tesliminden Doğan Sorumluluğu*, (Bilge 2019), 59 vd Sercan Örsel, *Navlun Sözleşmesi Bakımından Taşıyanın Zıya, Hasar ve Geç Teslimden Kaynaklanan Sorumluluğu ve Sorumluluğunun Sınırlandırılması*, (On İki Levha 2019), 11 vd

⁴⁰ Bu konuda bkz Yetiş Şamlı, *Taşıyanın Sorumluluğu* (n 41), 30 vd 6762 sayılı (mülga) TTK bakımından aynı yönde: Ülgener (n 26), 56; Pınar Akan, *Deniz Taşımacılığında Taşıyanın Yüke Özen Yükümlülüğünün İhlalinden Doğan Sorumluluğu* (TTK m 1061) (Adalet 2007), 75; Seven (n 26), 49 vd Kaynak Alman hukukunda 2013 reformu sonrasında taşıyanın sorumluluğunun ne şekilde düzenlendiği hakkında bilgi için bkz Herber (n 9), 272 vd

TTK m 1179/1’de ise, taşıyanın, kendisinin veya adamlarının kastından ya da ihmalden ileri gelmeyen zararlardan sorumlu olmadığı hüküm altına alınmıştır. Zararın, kendisinin ya da adamlarının kast veya ihmalden ileri gelmediğini ispat yükünün taşıyana ait olduğu, aynı maddede belirtilmiştir.

Bu düzenlemeler çerçevesinde, taşıyanı sorumlu tutmak isteyen yükle ilgili, eşyanın ziyaa veya hasara uğradığını yahut geç teslim edildiğini; ziyaa, hasar yahut geç teslim sebebiyet veren olayın eşya taşıyanın hakimiyetinde iken meydana geldiğini ve ziyaa, hasar yahut geç teslim olgusu nedeniyle bir zarara uğradığını ispatlayacaktır. Bu takdirde, zararın taşıyanın ya da adamlarının kusurundan ileri geldiği ve taşıyanın bundan sorumlu bulunduğu karine olarak kabul edilir. Taşıyanın, sorumluluktan kurtulmak için anılan karineyi çürütmesi gerekmektedir. Bunun içinse taşıyanın yahut adamlarının kusurunun bulunmadığı ispatlanmalıdır. Dolayısıyla taşıyanın eşyanın ziyaa veya hasara uğramasından yahut geç tesliminden ileri gelen zararlardan sorumluluğu kusur şartına bağlıdır. Taşıyan, gerek kendisinin veya adamlarının kusurunun bulunması, gerekse kusursuzluğu ispatlayamaması hâllerinde meydana gelen zarardan sorumlu tutulur⁴¹.

B. Taşıyanın COVID-19 Salgını Nedeniyle Eşyanın Ziyaa veya Hasara Uğramasından Yahut Geç Tesliminden Sorumluluğu

İster gemideki isterse limanın bulunduğu ülkedeki salgından kaynaklansın, COVID-19 pandemisi nedeniyle geminin limana girememesi veya karantinaya alınması söz konusu olabilir. Böyle bir durumda gemi yükleme limanına giremez veya yanaşamazsa eşya teslim alınamamış yahut gecikmeyle teslim alınmış olur. Belirtmek gerekir ki navlun sözleşmesinin hiç ifa edilmemesi yahut eşya henüz taşıyanın hakimiyetine girmeden önce gerçekleşen ve navlun sözleşmesinin kötü ifa edilmesi sonucunu doğuran borca aykırılık hâlleri de navlun sözleşmesinin ifasında özen gösterme yükümlülüğünün ihlali niteliğindedir. Ancak taşıyanın sorumlu tutulabilmesi, ziyaa, hasar veya gecikmeye sebebiyet veren olayın, eşya taşıyanın hakimiyetinde iken meydana gelmesi şartına bağlı olduğundan, anılan hâllerde taşıyanın bundan ileri gelen zararlardan sorumluluğu TTK m 1178 vd hükümlerine değil, genel hükümlere tâbidir⁴². Bu çerçevede taşıyanın limandaki ya da gemideki salgın nedeniyle limana girip yanaşması ve yükü alması hiç mümkün olmazsa veya

⁴¹ Taşıyanın sorumluluktan kurtulmak için sahip olduğu diğer imkânsa, sorumsuzluk nedenlerinden birinin mevcudiyetini ispatlamaktır. Sorumsuzluk nedenleri, geminin sevkine veya başkaca teknik yönetimine ilişkin hareket ve yangın (TTK m 1180); denizde can veya eşya kurtarma ve kurtarma teşebbüsü (TTK m 1181); eşyanın cins veya değerinin taşıyan veya yükleten tarafından kasten yanlış bildirilmesi (TTK m 1186/5) ile can veya eşya kurtarmak amacıyla yahut diğer bir haklı nedenle rotadan sapılmasıdır (TTK m 1220). Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz Yetiş Şamlı, *Taşıyanın Sorumluluğu* (n 41), 93 vd Ayrıca bkz Ülgener (n 26), 73 vd Yazıcıoğlu, *Kender/Çetingil Deniz Ticareti Hukuku* (n 21), 393 vd Sözer, *Deniz Ticareti Hukuku* (n 15), 519 vd, 542 vd Akan, *Yüke Özen Yükümlülüğünün İhlali* (n 42), 78 vd Seven (n 26), 164 vd

⁴² Bu konuda bkz Yetiş Şamlı, *Taşıyanın Sorumluluğu* (n 41), 9 vd Ayrıca bkz Yazıcıoğlu, *Kender/Çetingil Deniz Ticareti Hukuku* (n 21), 386; Sözer, *Deniz Ticareti Hukuku* (n 15), 456. 6762 sayılı (mülga) TTK’da da aynı durum söz konusu idi. Bkz Seven (n 26), 27.

gecikme yaşanır, yükü ilgilinin bundan dolayı uğradığı zarardan taşıyanın sorumlu tutulup tutulamayacağı TTK m 1178 ve devamı hükümlerine göre değil, TBK m 112 ve devamı hükümlerine göre belirlenir.

Geminin boşaltma limanına yanaşamaması ise, bozulabilir gıda gibi eşyaların zıyaa veya hasara uğramasına neden olabileceği gibi, eşyanın geç teslimi nedeniyle fiziksel varlığında bir kötüleşme olmaksızın, ekonomik nitelikte bir zarar meydana gelmesine, örneğin piyasa değerinin düşmesi nedeniyle zarar doğmasına yol açabilir.

TTK m 1178/5 uyarınca eşyanın zayı olmasına dayanarak tazminat isteminde bulunabilecek kişi, dördüncü fıkra uyarınca teslim süresinin dolmasından itibaren aralıksız altmış gün içinde teslim olunmayan eşyayı zayı olmuş sayabilir. Limandaki karantina sınırlamaları dolayısıyla eşyanın gemiden boşaltılıp tesliminin mümkün olmaması ve bu arada teslim süresinin aşılması durumunda, aralıksız altmış gün geçerse acaba yükü ilgili bu hükme dayanabilir mi? Diğer bir ifadeyle, yükü ilgili TTK m 1178/5'e dayanarak tazminat talebinde bulunursa taşıyan, eşyanın gemide bulunduğu ve karantina sınırlamaları kalkar kalkmaz teslim edilebilecek durumda olduğu gerekçesiyle buna itiraz edebilir mi? TTK m 1178/5'te eşyanın zayı olmasına dayanarak tazminat talebinde bulunabilecek kişiye bir seçim hakkı tanınmıştır⁴³. Taşıyan altmış günlük süre geçtikten sonra, yükü teslim edilebilecek durumda olduğunu iddia ve ispat ederek seçim hakkının kullanılmasına engel olamaz. Diğer bir ifadeyle burada eşyanın zıyaa uğradığına dair aksi taşıyan tarafından ispatlanamayan kesin bir karine söz konusudur⁴⁴. Kanun koyucu bu düzenleme ile, taşıyan yükü teslim edilebilecek durumda olsa dahi, yükü tesellümdeki menfaati ortadan kalkan veya zıyaa nedeniyle alacağı tazminata kıyasla azalan gönderilene böyle bir hak tanımıştır. Şu hâlde aynı prensipler kuşkusuz salgın nedeniyle yükün gemiden boşaltılıp teslim edilememesi durumunda da uygulama alanı bulacaktır. Elbette böyle bir durumda taşıyanın sorumlu tutulabilmesi için, eşyanın teslim edilmesi gereken tarihten itibaren aralıksız altmış günün geçmiş olması tek başına yeterli değildir. Sorumluluğun diğer koşulları da gerçekleşmeli, bu çerçevede taşıyan kusursuzluğunu ispatlayamamış olmalıdır.

TTK m 1178/5 uyarınca eşyanın zıyaa uğradığı kabul edilip zarar tazmin edildikten sonra yük bulunursa durumun ne olacağı düzenlenmemiştir. Aynı boşluğun söz konusu olduğu Hamburg Kuralları çerçevesinde ifade edilen ve bizim de katıldığımız görüşe göre⁴⁵, böyle bir hâlde gönderilen dilerse, kendisine ödenen tazminatı iade etmesi şartıyla eşyanın teslimini talep ve dava edebilir. Elbette söz konusu talep ve dava hakkı, TTK m 1188'de düzenlenen bir yıllık hak düşürücü süreye tâbidir. Yükü

⁴³ Buna paralel bir düzenleme içeren Hamburg Kuralları bakımından: Emine Yazıcıoğlu E, *Hamburg Kurallarına Göre Taşıyanın Sorumluluğu: Lahey/Visby Kuralları ile Karşılaştırmalı Olarak* (Beta 2000), 75.

⁴⁴ Hamburg Kuralları bakımından: Yazıcıoğlu, *Hamburg Kuralları* (n 45), 75.

⁴⁵ Yazıcıoğlu, *Hamburg Kuralları* (n 45), 76; Karan (n 26), 222. Farklı yöndeki görüş hakkında bilgi için bkz Yetiş Şamlı, *Taşıyanın Sorumluluğu* (n 41), 34 dn (62).

ilgili TTK m 1178/5'e dayanarak talepte bulunduktan sonra limandaki karantina sınırlamasının kalkması ve taşıyanın yükü teslim edebilecek duruma gelmesi mümkündür. İşte böyle bir durumda taşıyan bunu ileri sürerek ödediği tazminatın iadesini isteyemezse de, yükü ilgili eşyayı teslim almayı tercih ederse, tazminatı iade etmek koşuluyla bunu talep edebilir.

C. COVID-19 Salgını Nedeniyle Taşıyanın Kusursuzluk ve Uygun İlliyet Bağı Karinelerinden Yararlanması

TTK m 1182/1 uyarınca zararın, burada sayılan sebeplerden ileri gelmesi hâlinde taşıyan ve adamları kusursuz sayılır. Zararın sayılan sebeplerden birinden ileri geldiğinin ispatı bakımından ise, ilk bakışta ispat yeterlidir. Zira maddenin üçüncü fıkrasında, zararın, durumun gereklerine göre sayılan sebeplerin birinden ileri gelmesi muhtemel ise, bu sebepten ortaya çıktığının varsayılacağı; ancak, aksinin ispatlanabileceği bildirilmiştir. Bu sebeplerin ortaya çıkmasına taşıyanın sorumlu olduğu bir olayın yol açtığı kanıtlanırsa, taşıyan sorumluluktan kurtulamaz (TTK m 1178/2).

Hükmün esas işlevi, sayılan özel hâllerin mevcudiyeti hâlinde kusura ilişkin ispat yükünün yer deęiřtirmesidir⁴⁶.

Düzenlemede sayılan hâller, a) Denizin veya geminin işletilmesine elverişli diğer suların tehlike ve kazaları b) Harp olayları, karışıklık ve ayaklanmalar, kamu düşmanlarının hareketleri, yetkili makamların emirleri veya karantina sınırlamaları c) Mahkemelerin el koyma kararları d) Grev, lokavt veya diğer çalışma engelleri e) Yükleten, taşıtın ve eşyanın maliki ile bunların temsilcilerinin ve adamlarının fiil veya ihmalleri f) Hacim veya tartı itibarıyla kendiliğinden eksilme veya eşyanın gizli ayıpları ya da eşyanın kendisine özgü doğal cins ve niteliği g) Ambalajın yetersizliği h) İşaretlerin yetersizliğidir.

Görüldüğü gibi düzenlemede salgın hastalık sayılmamıştır. Dolayısıyla COVID-19 salgınının kendisi taşıyanın kusursuzluk ve uygun illiyet bağı karinelerinden yararlanabileceği hâllerden biri değildir. Ancak salgın dolayısıyla sağlıkla ilgili olarak alınan önlemler düzenlemenin kapsamına girmektedir. şu hâlde pandemi ile bağlantılı olarak uygulanması gündeme gelebilecek olan, "karantina sınırlamaları"dır. Bu çerçevede salgın nedeniyle geminin limana giriş-çıkışının engellenmesi hâlinde taşıyan zararın bundan ileri gelmiş olabileceğini ilk bakışta ortaya koyarsa, kusursuzluk ve uygun illiyet bağı karinelerinden yararlanabilecektir.

⁴⁶ Bu düzenleme ve işlevi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz Yetiş Şamll, *Taşıyanın Sorumluluğu* (n 41), 220 vd Ayrıca bkz Ülgener (n 26), 95 vd Yazıcıoğlu, *Kender/Çetingil Deniz Ticareti Hukuku* (n 21), 397 vd Sözer, *Deniz Ticareti Hukuku* (n 15), 554 vd Akan, *Yüke Özen Yükümlüğünün İhlali* (n 42), 82 vd Seven (n 26), 157.

Karantina sınırlamaları çoğu zaman gemi için alınmakta; ancak yolcu veya gemi adamları hakkında da uygulanma imkanı bulunmaktadır⁴⁷.

Belirtmek gerekir ki sağlıkla ilgili olarak gemiye ve/veya gemide bulunan insanlara yahut eşyalara karşı alınan tüm önlemler “karantina sınırlamaları” kapsamında yer almaktadır⁴⁸. Dolayısıyla kanaatimizce karantina uygulanmasa ve gemi limana yanaşıp yükünü boşaltmış olsa dahi, salgınla mücadele ve hastalığın yayılmasının önlenmesi bağlamında alınan diğer bazı tedbirler dolayısıyla bunun olağana nazaran daha uzun sürmesi ve gecikme yaşanması durumu da hükmün uygulanma alanına girer.

Şu hâlde, limana giriş çıkışın veya gemiden yük boşaltılmasının pandemi nedeniyle mümkün olmaması ya da olağana nazaran uzun sürmesi nedeniyle eşya ziyaa veya hasara uğrar yahut geç teslim edilirse, yükle ilgili zararının tazminini talep ettiğinde taşıyan TTK m 1179 uyarınca kendisinin ve adamlarının kusursuzluğunu ispatlamak zorunda değildir. TTK m 1182’ye dayanarak zararın karantina sınırlamasından ileri gelmesinin muhtemel olduğunu ortaya koyması yeterlidir. Bundan sonra taşıyandan tazminat talep eden yükle ilgilinin taşıyan lehine oluşan karineleri çürütmesi gerekir. Dolayısıyla taşıyanın işi önemli ölçüde kolaylaşmış olur.

TTK m 1182/2 uyarınca, sayılan sebeplerin ortaya çıkmasına taşıyanın sorumlu olduğu bir olayın yol açtığı ispatlanırsa taşıyan sorumluluktan kurtulamaz. Yükle ilgilinin taşıyanın ve adamlarının kusursuzluğuna ilişkin karineyi çürütmek için, örneğin taşıyanın karantina sınırlaması olan liman yerine güvenli bir limana zamanında yönelmesinin mümkün olduğunu ve bunu yapmayan taşıyanın zararın meydana gelmesinde kusurlu bulunduğunu ortaya koyması gerekir. Yükle ilgili üzerine düşen ispat külfetini yerine getiremediği takdirde ise taşıyanın meydana gelen zarardan sorumlu tutulması mümkün olmayacaktır. Nitekim COVID-19 pandemisi nedeniyle alınan ve borcun ifasının imkansızlaşmasına yahut kötü ifasına yol açan önlemlerin etkilerini ortadan kaldırmak veya azaltmak (örneğin borcu ifa edebilmek için alternatif yollar bulmak) imkanına sahip olduğu halde, bunu yapmayan borçlunun kusurlu ve dolayısıyla sorumlu olacağı ifade edilmektedir⁴⁹.

Güvenli bir limana zamanında yönelmek mümkün olduğu hâlde bunun yapılmamış olması, duruma göre taşıyanın sınırlı sorumluluktan yararlanma hakkının kaybına da yol açabilir. Şöyle ki, TTK m 1187/1 uyarınca zarara veya teslimdeki gecikmeye, kasten veya pervasızca bir davranışla ve böyle bir zararın veya gecikmenin meydana gelmesi ihtimalinin bilinciyle işlenmiş bir fiilinin veya ihmalinin sebebiyet verdiği ispat edildiği takdirde taşıyan, 1186 ncı maddede öngörülen sorumluluk

⁴⁷ Ülgener (n 26), 121; Akan, *Yüke Özen Yükümlülüğünün İhlali* (n 42), 92.

⁴⁸ Prüssmann ve Rabe (n 10), § 608/9, 599; Schaps ve Abraham (n 10), § 608/15, 662.

⁴⁹ <https://blog.lexpera.com.tr/covid-19-salginini-ercevesinde-alinan-onlemlerin-sozlesme-hukuku-ve-mucbir-sebep-kavrami-acisindan-degerlendirilmesi/> Erişim tarihi 19.08.2020.

sınırlarından yararlanamaz⁵⁰. Kısaca “pervasızca hareket” olarak anılan ve sınırlı sorumluluktan yararlanma hakkının kaybı sonucunu doğuran nitelikli kusurun iki unsuru bulunmaktadır. Bunlardan ilki, “böyle bir zararın veya gecikmenin meydana gelmesi ihtimalinin bilinci”dir. Esasen maddedeki kusur türünün diğer unsuru olan “pervasızca bir fiil veya ihmal”in ortaya çıkabilmesi için, failin zarar ihtimaline ilişkin şuurunun varlığı da şarttır⁵¹. Zira zarar ihtimalini “bilmesi gereken” değil, gerçekten bilen kişi pervasızca davranmış sayılır. COVID-19 pandemisi bakımından, “böyle bir zararın veya gecikmenin meydana gelmesi ihtimalinin bilinciyle işlenmiş fiil” unsurunun ispatında bir güçlük yaşanmayacaktır. Zira pandeminin ilk olarak ortaya çıktığı dönem hariç olmak üzere, salgının mevcudiyeti ile etki ve sonuçları, taşıyanın hesaba katarak önlem almasını gerektiren, öngörülebilir bir durum hâlini almıştır.

Gemiye ve içindeki diğer yükleri tehlikeye atmadan güvenli bir limana yönelmek mümkün iken bunun yapılmamış olması ise, kanaatimizce nitelikli kusurun ikinci unsurunu, yani pervasızca hareketi teşkil edecektir. Bir davranışın pervasız olarak kabul edilebilmesi için, yüke özen gösterme yükümlülüğünün düşüncesizce ve sonuca aldırmaşızın, yoğun ve ağır şekilde ihlal edilmiş olması gerekir⁵². Nitekim Yargıtay 11. HD bir kararında bu unsuru, “dikkatsizlikten öte tedbirsizliğe ve ihtiyatsızlığa varan, cesaretle, pervasızca bir tutum” şeklinde açıklamıştır⁵³. Her somut olayda hakim, failin davranışının bu nitelikleri taşıyıp taşımadığını inceleyecektir⁵⁴.

D. COVID-19 Salgını Nedeniyle Rotadan Sapılması

Pandemiyle ilişkili uyuşmazlıklar bakımından uygulanması sıklıkla gündeme gelebilecek düzenlemelerden biri de TTK m 1220 hükmüdür. Anılan düzenleme uyarınca kaptanın denizde can ve eşya kurtarmak veya diğer bir haklı sebeple rotadan sapmış olması, tarafların hak ve yükümlülüklerini etkilemez ve taşıyan bu yüzden doğacak zararlardan sorumlu olmaz⁵⁵.

⁵⁰ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz Yetiş Şamli, *Taşıyanın Sorumluluğu* (n 41), 167 vd. Kast ve pervasızca hareket kavramları hakkında bilgi için bkz Kübra Yetiş Şamli, *Uluslararası Kara, Hava ve Deniz Yoluyla Eşya Taşımalarında Taşıyıcının / Taşıyanın Sınırlı Sorumluluktan Yararlanma Hakkının Kaybı* (On İki Levha 2008), 93 vd. İngiliz – Amerikan hukukundaki “wilful misconduct” kusur derecesinden mülhem olan ve kısaca “pervasızca hareket” olarak anılan kavramın unsurları hakkında bkz Yetiş Şamli, *Sınırlı Sorumluluktan Yararlanma Hakkının Kaybı* (n 52), 96 vd. “Wilful misconduct” kavramı hakkında bkz Duygu Damar, *Wilful Misconduct in International Transport Law*, (Springer 2011), 30 vd. Pervasızca hareketin Kara Avrupası hukuk sisteminde hangi kusur derecesine tekabül ettiği hususundaki tartışmalar ve ileri sürülen farklı görüşler hakkında bkz Yetiş Şamli, *Sınırlı Sorumluluktan Yararlanma Hakkının Kaybı* (n 52), 93 vd.; Damar (n 52), 278 vd.

⁵¹ Johann Cristoph Stachow, *Schweres Verschulden und Durchbrechung der beschreankten Haftung in modernen Transportrechtsabkommen*, (Lit 1998), 169.

⁵² Bu konuda bkz Yetiş Şamli, *Sınırlı Sorumluluktan Yararlanma Hakkının Kaybı* (n 52), 96.

⁵³ Yargıtay 11. HD, 2983/3333, 19.04.2001.

⁵⁴ Yargıtay da pervasızca hareket kavramı bakımından her olayın kendine mahsus özelliklerinin değerlendirilmesi gerektiği görülmüştür. Bkz Yargıtay 11. HD, 2983/3333, 19.04.2001.

⁵⁵ Alman hukukunda bu hükmeye karşılık gelen ve düzenlemenin kökenini teşkil eden § 636a HGB, 2013 tarihli reform sonrasında yürürlükten kalkmıştır. Bu reform sonrasında, taşıyanın yükümlülüklerinin Lahey Kuralları örnek alınarak tek tek sayılması yönteminin terk edildiği; ancak içerik olarak anılan yükümlülüklerin devam ettiği; bu bağlamda taşıyanın taşımayı, kararlaştırılan veya taşımamın gerçekleştirilmesi için en elverişli ve uygun olan rota üzerinden icra etmesi gerektiği ifade edilmektedir. Bkz Herber (n 9), 250.

Nitekim bu çalışmanın hazırlandığı esnada bir konteyner gemisi, gemi adamlarından birinin COVID-19 belirtileri göstermesi üzerine söz konusu gemi adamının tahliyesi için rotasını değiştirmiş ve yolculuğuna ara vermiştir⁵⁶. Gemi adamına COVID-19 teşhisi konması olasılığında, geminin karantina altına alınması gündeme gelebilecektir. Gemi karantinaya alınırca, taşıyanın sorumluluğu hemen yukarıda değindiğimiz TTK m 1182/1-b çerçevesinde değerlendirilecektir.

Sapma, geminin sözleşme ile belirlenen veya varma limanına ulaşılması için en uygun olan rotadan ayrılması olarak tanımlanabilir⁵⁷. Düzenlemede haklı bir nedenle rotadan sapılması durumunda taşıyanın sorumluluktan kurtulması öngörülmüş; can veya eşya kurtarma amacı, rotadan sapılmasını haklı kılan nedenlere örnek olarak sayılmıştır.

Denizde can veya eşya kurtarma amacıyla rotadan sapma hâli, TTK m 1181 ve 1220 hükümlerinin birbiriyle kesiştiği bir alandır. Denizde can veya eşya kurtarmak üzere alınan önlem rotadan sapılması şeklinde ise, taşıyan sapmadan ileri gelen zararlardan TTK m 1220 uyarınca sorumsuzdur. Zarar rotadan sapılması dışındaki bir önlem nedeniyle meydana gelmiş ise, taşıyan TTK m 1181'e dayanarak sorumluluktan kurtulur. Anılan son düzenleme aşağıda ayrıca incelenecektir.

Denizde can veya eşya kurtarma amacının söz konusu olmadığı diğer tüm hâllerde sapmanın sebebinin haklı olup olmadığının değerlendirilmesi gerekir. Pandemi ile bağlantılı olarak bu bakımdan akla gelebilecek örnek, uğranılacak limanda salgın ve karantina uygulaması olması nedeniyle güvenli bir başka limana yönelmesi ve bunun da rotadan sapma teşkil etmesidir.

Rotadan haklı bir nedenle sapılıp sapılmadığının değerlendirilmesinde genel olarak somut olayın tüm şartları dikkate alınmalı; yalnızca taşıyanın veya geminin menfaati değil; tüm yükle ilgililerin menfaatleri göz önünde bulundurulmalıdır. Sapmaya neden olan olay taşıyanın kusuru sonucunda ortaya çıkmış ise, düzenlemenin koruma amacı itibarıyla kapsamadığı bir hâl söz konusu olacak ve taşıyan sorumluluktan kurtulamayacaktır. Sapmanın sebebi sözleşmenin kurulmasından önce biliniyorsa bu durumda da haklı nedenden söz edilemez⁵⁸. Tüm bu kriterler kuşkusuz pandemi bakımından da hesaba katılmalıdır. Dolayısıyla güvenli bir limanın daha baştan belirlenmesi mümkün idiyse, yolculuğa başladıktan sonra rotadan sapılması hâlinde taşıyanın sorumluluktan kurtulması da mümkün olmayacaktır. Bu bakımdan pandemi ile bağlantılı sebeplerle geminin rotadan sapması, her hâlde haklı nedenle sapma kapsamında değerlendirilemez. Somut

⁵⁶ <https://www.denizhaber.com/guncel/lexa-maersk-hasta-murettebatin-tahliyesi-icin-yolculuguna-ara-verdi-h86441.html>. Erişim tarihi 15.5.2020.

⁵⁷ Sapma kavramı, sözleşmeyle kararlaştırılan rotanın nasıl tespit edileceği ve varma limanına ulaşılması için en uygun olan rotanın belirlenmesine ilişkin kriterler hakkında bilgi için bkz Yetiş Şamlı, *Taşıyanın Sorumluluğu* (n 41), 117 vd Ayrıca bkz Sözer, *Deniz Ticareti Hukuku* (n 15), 518 vd Akan, *Yüke Özen Yükümlülüğünün İhlali* (n 42), 95; Seven (n 26), 23.

⁵⁸ Bu konuda bkz Yetiş Şamlı, *Taşıyanın Sorumluluğu* (n 41), 120 vd

olayın şartları çerçevesinde taşıyana izafe edilebilecek bir kusur söz konusu ise, taşıyan sorumluluktan kurtulamaz.

TTK m 1113'te, kaptanın hangi şartın varlığı hâlinde izlenen rotadan ayrılabilceği hususu düzenlenmiştir. Gerek bu hükmün gerekse incelemekte olduğumuz sorumsuzluk nedeninin yorumlanmasında her iki düzenlemenin birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir. Dolayısıyla TTK m 1220 anlamında haklı neden teşkil eden bir diğer durum, yolculuğun izlenen rotadan devamına umulmayan bir hâlin engel olmasıdır⁵⁹ (TTK m 1113). Acaba pandemi, umulmayan hâl kapsamında değerlendirilebilir mi? Belirtmek gerekir ki, bu ancak pandeminin ilk ortaya çıktığı dönemde gündeme gelebilecek bir olasılıktır. Sonrasında ise, artık bir limanda salgın görölmesi yahut karantina sınırlaması uygulanması, beklenebilir, taşıyanın hesaba katarak önlem almasını gerektiren, öngörülebilir bir durum hâlini almıştır.

E. COVID-19 Salgını Nedeniyle Girişilen Can Kurtarma Faaliyeti

TTK m 1181'e göre taşıyan, müşterek avarya hâli hariç, denizde can ve eşya kurtarmadan veya kurtarma teşebbüsünden ileri gelen zararlardan sorumlu deęildir⁶⁰. Esasen Denizde Can ve Mal Koruma Hakkında Kanun'un⁶¹ 14. maddesi uyarınca her kaptan, denizde, can tehlikesine uğramış olarak rast geldiği kimselere, düşman bile olsa, kendi gemisini, gemi adamlarını ve yolcusunu ciddi bir tehlikeye atmaksızın elinden gelen her yardımı yapmakla ödevlidir. Dolayısıyla can kurtarma, kaptan bakımından bir görev; taşıyan bakımından ise, bu kapsamda alınan önlemler nedeniyle meydana gelen zararlar için bir sorumsuzluk hâlidir.

Konumuz itibarıyla değerlendirilecek olursa, COVID-19 hastalığı dolayısıyla can kurtarma amacıyla girişilen bir faaliyetin, gemide taşınmakta olan eşyanın zıyaa veya hasara uğraması yahut geç teslim edilmesi ile sonuçlanması mümkündür. İşte böyle bir olasılıkta taşıyanın TTK m 1181'e dayanarak sorumluluktan kurtulması gündeme gelebilecektir.

Düzenlemede açıkça "teşebbüs"ten söz edilmiştir. Bu çerçevede, taşıyanın sorumluluktan kurtulması için tehlikede bulunan insanın kurtarılmış olması, diğer bir ifadeyle faydalı bir netice elde edilmesi aranmamaktadır.

Denizde can kurtarmak üzere alınan önlemler genel olarak rotadan sapılması şeklinde ortaya çıkmakla birlikte bundan ibaret değildir. Yukarıda da belirtildiği üzere can kurtarma için alınan önlem rotadan sapılması ise, bu husus TTK m 1220'de ayrıca düzenlenmiş olduğundan bu hüküm uygulanır. Bunun dışındaki bir önlem zarara neden olmuşsa TTK m 1181 çerçevesinde değerlendirme yapılır.

⁵⁹ Bu anlamda umulmayan hâl kavramının kapsamı hakkında bkz Sözer, *Deniz Ticareti Hukuku* (n 15), 519 vd

⁶⁰ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz Yetiş Şamll, *Taşıyanın Sorumluluğu* (n 41), 111 vd

⁶¹ Denizde Can ve Mal Koruma Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 4922, Kabul Tarihi: 10.6.1946, RG 14.6.1946/6333.

Örneğin diğer bir gemideki salgın dolayısıyla o gemide bulunan gemi adamlarına yardımda bulunulması, sapma olmaksızın yolculuğun gecikmeyle tamamlanmasına yol açabilir. İşte böyle bir durumda taşıyan kendisinden gecikme nedeniyle tazminat talep eden yük ilgisine karşı, can kurtarma amacıyla girişilen bir yardım faaliyeti sonucunda zararın meydana geldiğini ispatlamak suretiyle TTK m 1181'e dayanarak sorumluluktan kurtulabilir.

Son olarak altını çizmek gerekir ki, eşya kurtarma faaliyetinden farklı olarak can kurtarma faaliyetinin ve bu kapsamda alınan önlemlerin makul olması gibi bir koşul aranmamıştır. İnsan hayatı söz konusu olduğunda taşıyanın sorumluluktan kurtulması için başka hiçbir şart aranmamış olması ise doğaldır. Dolayısıyla böyle bir olasılıkla taşıyanın ayrıca alınan önlemlerin makul olduğunu kanıtlaması gerekmediği gibi; tazminat talep eden yükle ilgilinin de girişilen faaliyetin makul olmadığını yahut riskli olduğunu ileri sürerek taşıyanı sorumlu tutması mümkün değildir.

III. Navlun Alacağı Bakımından

A. Eşyanın Pandemiye Bağlı Sebeplerle Zayi Olmasının Navlun Alacağına Etkisi

Taşıyanın navlun sözleşmesinden doğan temel alacağı ve taşıtanın sözleşmeden kaynaklanan temel borcu navlundur⁶². Gerek gemideki gerekse uğranılan limandaki salgın nedeniyle yolculuğun uzaması, yükün boşaltılamaması, rotadan sapılması gibi sebeplerle eşya ziyaa veya hasara uğrayabilir. İşte bu durumun navlun alacağı üzerinde bir etkisinin olup olmadığı da incelenmelidir.

TTK m 1199/1 uyarınca boşaltma süresinin sonuna kadar bir kaza sonucunda ziyaa uğrayan eşya için navlun ödenmez ve peşin ödenmiş ise geri alınır⁶³. Navlun götürü kararlaştırılmış ise⁶⁴ eşyanın bir kısmının ziyayı, navlunun o oranda indirilmesini istemeye hak verir. “Kaza” ile ifade edilmek istenen, taşıyanın veya fiillerinden sorumlu tutulabileceği kişilerin yahut yükle ilgililer ile bunların adamlarının sebep

⁶² Navlun borcunun uluslararası alanda düzenlenişi hakkında bilgi için bkz Cüneyt Süznel, *Deniz Ticareti Hukukunda Taşıtan ve Yükleten* (On İki Levha 2014), 299 vd Türk hukuku bakımından bkz Süznel (n 64), 307 vd

⁶³ TTK m 1199 hükmünün kökenini teşkil eden § 618 ve 619 HGB (alte Fassung), 2013 reformu ile yürürlükten kaldırılmıştır. Konuya ilişkin yürürlükteki düzenleme § 493 Abs 2 HGB'de yer almaktadır. Yürürlükteki hüküm, deniz ticareti hukukunda § 326 BGB ile uyumun sağlanması amacıyla, mülga düzenlemeye göre bazı değişiklikler içermektedir. Bkz Czerwenka (n 9), 115 Nr 5. Buna göre, taşımanın imkânsız hale gelmesi üzerine navlun alacağı düşer. Taşıma, bir taşıma ya da teslim engeli nedeniyle zamanından önce sona ererse, taşımanın icra edilen bölümünün yükle ilgili için bir anlam ifade etmesi koşuluyla, taşıyan bununla orantılı bir navluna hak kazanır. Devam eden fıkra uyarınca ise, imkânsızlaşmaya sebep olan olayın yükle ilgilinin riziko alanı kapsamında sayılması yahut olayın gerçekleştiği zamanda yükle ilgilinin teslimde gecikme hâlinde bulunması durumunda taşıyanın navlun alacağı devam eder. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz Czerwenka (n 9), 114 vd Nr 1 vd Herber (n 9), 255; Rabe ve Bahnsen (n 9), § 493/47 vd, 350 vd

⁶⁴ Navlunun götürü kararlaştırılması hakkında bilgi için bkz Metin Uğur Aytetin, *Taşıyanın Navlun Sözleşmesinden Doğan Hakları ve Teminatları* (Seçkin 2019), 61 vd

olmadığı; taşıyanın sorumlu tutulamayacağı olaylardır⁶⁵. Görüldüğü üzere bu düzenlemede eşyanın hasara uğramasından yahut geç tesliminden söz edilmemiştir. Bu hususta başkaca bir hüküm de mevcut değildir. şu hâlde eşyanın hasarlı şekilde yahut gecikmeyle teslim edilmesinin taşıyanın navlun alacağı üzerinde bir etkisi yoktur.

6762 sayılı (mülga) Türk Ticaret Kanunu'nun incelemekte olduğumuz düzenlemeye karşılık gelen 1072. maddesi bakımından, eşyanın taşıyanın veya adamlarının kusuru ile zıyaa uğraması hâlinde de navlun alacağının sona ereceği ileri sürülmüřtür⁶⁶. Bu görüşe katılmıyoruz. Zira incelemekte olduğumuz düzenlemede açıkça kazadan söz edilmekte olup, kaza taşıyanın ve adamlarının kusuru dışında bir sebep olarak anlaşılmaktadır. Taşıyanın veya adamlarının kusuru ile eşyanın zayi olmasının navlun alacağına etkisi özel olarak düzenlenmemiştir. Genel hükümlerden de böyle bir sonuç çıkarılamaz. Zira bu düzenleme esasen TBK m 136 hükmünün özel bir görünümünü teşkil etmektedir. Bilindiği gibi TBK m 136/1 uyarınca borcun ifası borçlunun sorumlu tutulamayacağı sebeplerle imkânsızlaşırsa, borç sona erer. Aynı maddenin ikinci fıkrasına göre ise, 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 kaybeder.

TTK m 1199 hükmünün gerekçesinde, sürastaryanın başlamasıyla birlikte navlunun tümü muaccel olacağı için, bu anda karşı edim rizikosunun da taşıtana geçeceği; dolayısıyla, sürastarya boyunca taşıyanın kusuru olmadan yükün zıyaa veya hasara uğraması hâlinde, taşıtanın yine de navlunun tamamını, yük zarar görmemiş gibi, ödemek zorunda olacağı; birinci fıkranın birinci cümlesine yapılan ilâve ile bu hususun açıklığa kavuşturulduğu ifade edilmiřtir⁶⁷. Bu çerçeve, boşaltmada sürastaryaya geçilmeden, boşaltma süresi içinde, pandemiye bağlı olarak taşınan yük zayi olmuşsa ve taşıyan bundan sorumlu tutulamıyorsa, navlunu talep etme hakkını da kaybeder. Kısmi zıya hâlinde ise, götürü kararlaştırılmış navlunda zıyaa uğrayan kısımla orantılı şekilde indirim yapılır.

TTK m 1199/2'de, birinci fıkradaki kurala bir istisna getirilmiştir. şöyle ki, özellikle içinden bozulma, kendiliğinden eksilme ve olağan akma ve sızma yüzünden

⁶⁵ çağa ve Kender (n 10), 225; M Sami Okay, *Deniz Ticareti Hukuku II: Navlun Mukaveleleri, Denizde Yolcu Taşıma ve Deniz Ödünü Mukaveleleri* (gözden geçirilmiş ilaveli 2. Bası, 1971), 157; Sami Akıncı, *Deniz Hukuku: Navlun Mukaveleleri* (1968), 469; Yazıcıoğlu, *Kender/etingil Deniz Ticareti Hukuku* (n 21), 417; Sözer, *Deniz Ticareti Hukuku* (n 15), 568. Bu düzenlemenin kökenini teşkil eden mülga ř 617 HGB bakımından bkz ve karşı: Wüstendörfer (n 10), 344; Schaps ve Abraham (n 10), ř 617/3, 697; Prüssmann ve Rabe (n 10), ř 617/4 vd, 641. Düzenlemede "kaza" yerine "taşıyanın sorumlu olmadığı bir sebep" ifadesinin kullanılmasının daha yerinde olacağı, 6102 sayılı Kanun'unun yasalaşmasından önce öğretide ifade edilmiştir. Bkz Ergon etingil, Rayegân Kender, Samim Ünân ve Emine Yazıcıoğlu, 'TTK Tasarısı'nın 'Deniz Ticareti' Başlıklı 5. Kitabında Yer Alan Hükümler Hakkında' (2006) (Özel Sayı: Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Hakkında Değerlendirmeler) Deniz Hukuku Dergisi 1, 175.

⁶⁶ Okay (n 67), 158; Akıncı (n 67), 469. Düzenlemenin kökenini teşkil eden mülga ř 617 HGB bakımından bkz ve karşı: Wüstendörfer (n 10), 344; Schlegelberger ve Liesecke (n 10), ř 617/4; Schaps ve Abraham (n 10), ř 617/3, 697; Prüssmann ve Rabe (n 10), ř 617/4 vd, 641. Aksi götüşte: ağa ve Kender (n 10), 225 vd

⁶⁷ Bkz <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss96.pdf>. Erişim tarihi 18.8.2020.

zıyaa uğrayan eşya ile yolda ölen hayvanlar için, teslim edilmiş olup olmadıklarına bakılmaksızın navlun ödenir. Bu hâllerde eşyanın zıyaa uğramasının sebebi eşyanın kendisinden kaynaklanmaktadır. Konumuz bakımından pandemi bağlamında gündeme gelebilecek olasılık, pandemi ile bağlantılı sebepler yüzünden yaşanan gecikme nedeniyle canlı hayvan yükünün zayı olmasıdır. Zira salgının insandan hayvana geçişi ve hayvanlarda ölüme yol açması ile ilgili olarak henüz bir bulgu yoktur. Kendiliğinden eksilme ile olağan akma ve sızmada, zıyain sebebi yükün kendine özgü doğal özelliğidir. İçten bozulmada ise, yükün bir ayıbı dolayısıyla yolculuk sırasında zıyaa uğraması söz konusudur. Tüm bu hâller pandemi sürecinde ortaya çıksa dahi, bu hâllerde zararın sebebi aslında pandemi değil; yükün kendi özelliğidir. Canlı hayvanlar bakımından ise durum farklıdır. Canlı hayvan taşımada tamamen sağlıklı ve bir sorunu olmayan hayvanlar salt pandeminin etkileri ile örneğin yolculuğun uzaması sebebiyle ölürse, acaba TTK m 1199/1 uyarınca taşıyanın navlun talep etme hakkı ortadan mı kalkacaktır, yoksa TTK m 1199/2 uyarınca her hâlde taşıyan navlunu talep edebilecek midir? Fıkra da sayılan diğer sebeplerden farklı olarak burada kanun koyucu zararın yükün kendisinden kaynaklanmasına yönelik sınırlayıcı bir ifade kullanmamıştır. Dolayısıyla kanaatimizce canlı hayvan taşımada, ne sebeple olursa olsun, hayvanların yolda ölmesi durumunda taşıyan kararlaştırılan navlunu talep edebilecektir. Bunun tek istisnası, hayvanların diğer hayvanları veya insanları tehlikeden korumak için öldürülmesidir. Bu durum istisna kapsamında değerlendirilmemekte ve böyle bir olasılıkta navlunun ödenmeyeceği kabul edilmektedir⁶⁸.

TTK m 1216 uyarınca yolculuk başladıktan sonra taşınan eşyanın umulmayan bir hâl yüzünden tamamının zayı olması ile iki taraftan biri diğerine tazminat vermeye zorlu olmaksızın, navlun sözleşmesi hükümden düşer. Taşıyana sadece, sözleşmenin sona erdiği ana kadar doğmuş bulunan diğer alacakları ödenir. 1199. maddenin ikinci ve üçüncü fıkraları saklıdır. Düzenlemede navlun sözleşmesinin sona ereceği hüküm altına alınmış; sona erme anına kadar doğmuş olan *diğer* alacakların ödeneceğinden söz edilmiştir. Navlunun diğer alacakların kapsamına girmediği; daha açık bir anlatımla navlunun ödenmeyeceği kabul edilmelidir⁶⁹. Acaba pandemi bu kapsamda umulmayan hâl olarak değerlendirilebilir mi? Diğer bir ifadeyle pandemiye bağlı sebeplerle, örneğin limandaki işlemlerin olağandan uzun sürmesi sonucu yaşanan gecikme nedeniyle bozulabilir gıda yükünün zayı olması durumunda navlun sözleşmesinin hükümden düşeceği söylenebilir mi? Yukarıda

⁶⁸ Bkz Çağa ve Kender (n 10), 226 dn (896). Düzenlemenin kökenini teşkil eden mülga § 618 HGB bakımından bkz Schaps ve Abraham (n 10), § 618/2, 699; Prüssmann ve Rabe (n 10) § 618/4, 643.

⁶⁹ Aytakin (n 66), 89. 6762 sayılı (mülga) TTK m 1087 hakkında aynı yönde: Mertol Can, 'Navlun Sözleşmesinin Sona Ermesi' (1998) (330) Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 112 vd Aksi görüşün kabulü hâlinde düzenlemenin TTK m 1199/1 ile çelişeceği hususunda bkz Çetingil, Kender, Ünan ve Yazıcıoğlu (n 67), 186. Bu düzenlemeye tekbül eden mülga § 633 HGB'de navlunun kısmen dahi ödenmeyeceği açıkça hüküm altına alınmış; yalnızca TTK m 1199/2'ye karşılık gelen mülga § 618 HGB'de sayılan hâllerin, navlunun ödenmeyeceği kuralına istisna teşkil ettiği belirtilmiştir. Bu konuda bkz Schaps ve Abraham (n 10), § 633/2, 728; Prüssmann ve Rabe (n 10), § 633/1, 676.

başka bir vesileyle ifade edildiği üzere, bu ancak pandeminin ilk ortaya çıktığı dönemde gündeme gelebilecek bir olasılıktır. Sonrasında ise, artık bir limanda salgın görölmesi yahut karantina sınırlaması uygulanması, beklenebilir, taşıyanın hesaba katarak önlem almasını gerektiren, öngörülebilir bir durum hâlini almıştır.

TTK m 1217 hükmü uyarınca ise, yolculuk başladıktan sonra eşyanın umulmayan bir hâl yüzünden bir kısmının zayı olması, taraflar arasındaki sözleşmeyi hükümden düşürmez. Eşyanın, zayı olan kısmı hiç taşınmamış veya yolculuk devam ederken gemiden uzaklaştırılmış olsa bile, taşıyana tam navlun ödenir; şu kadar ki, 1199. maddenin ikinci ve üçüncü fıkrası hükümleri saklıdır. Bu düzenlemenin TTK m 1199 ile çeliştiği haklı olarak ifade edilmektedir⁷⁰. Zira TTK m 1199/1’de, eşyanın bir kısmının zıyı hâlinde, navlunun o oranda indirilmesinin istenebileceği hüküm altına alınmıştır.

B. Pandemi Dolayısıyla Yolculuğun Uzamasının Zaman Üzerine Navlunun Hesabına Etkisi

Navlun, taşınacak eşyanın miktarına, zaman ölçüsüne, götürü usule yahut tanker taşımacılığında ayrıca “*worldscale*” yöntemine göre belirlenebilir⁷¹. Kırkambar taşımalarında navlunun, sayılan yöntemlerin yanı sıra tarife esaslı olarak belirlenmesi de mümkündür⁷². Navlunun zaman üzerine kararlaştırılması olasılığında taraflar çeşitli durumların navlunun hesabı üzerindeki etkisini ayrıntılı şekilde belirleyebilirler. Aksi takdirde TTK m 1194 hükmü uygulanır.

TTK m 1194 hükmü uyarınca (1) zaman üzerine kararlaştırılmış olan navlun, yüklemenin belli bir günde başlayacağı öngörölmüşe o günden, değilse 1152 nci madde uyarınca hazırlık bildiriminde bulunulduğu günü izleyen günden itibaren işlemeye başlar. Safra ile yolculukta ise, yolculuğa hazır olunduğunun haber verildiği günü izleyen günden ve bu haber yolculuğun başlamasından bir gün öncesine kadar verilmemişe, geminin yola çıktığı günden itibaren işlemeye başlar. (2) Sürastarya öngörölmüşe, sürastarya süresince zaman üzerine kararlaştırılmış navlun işlemez. (3) Zaman üzerine kararlaştırılmış navlun, boşaltmanın tamamlandığı günden sonra işlemez. (4) Taşıyanın kusuru olmaksızın yolculuk gecikir veya kesilirse, zaman üzerine kararlaştırılmış navlun, 1221 inci maddenin birinci fıkrası ve 1222 nci maddenin ikinci fıkrası hükümleri saklı kalmak üzere, araya giren günler için de ödenir.

Buna göre, taraflar sözleşmede aksini kararlaştırmamışsa, taşıyana atfı mümkün bir kusur bulunmaksızın yolculukta gecikme yaşanır veya yolculuk kesintiye uğrarsa, araya giren günler içinde zaman üzerine kararlaştırılmış olan navlun işlemeye

⁷⁰ Çetingil, Kender, Ünán ve Yazıcıoğlu (n 67), 186; Aytekin (n 66), 88.

⁷¹ Navlunun belirlenmesi yöntemleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz Aytekin (n 49), 54 vd

⁷² Bu konuda bkz Aytekin (n 66), 64 vd

devam edecektir. Şu hâlde yolculuğun pandemi nedeniyle gecikmesi veya kesilmesi durumunda bunda taşıyanın bir kusurunun bulunup bulunmadığı belirleyicidir. Eğer taşıyanın bir kusuru yoksa zaman üzerine kararlaştırılmış navlun işlemeye devam eder.

TTK m 1194’te atıf yapılan düzenlemelerden konumuz bakımından önem arz eden, TTK m 1222/2 hükmüdür. Buna göre, gecikmenin bir kamu tasarrufundan kaynaklandığı hâllerde, zaman üzerine kararlaştırılan navlun işlemez. Acaba karantina sınırlamaları veya boşaltma limanında pandemi dolayısıyla uygulanan ek önlemler dolayısıyla yaşanan gecikmeler bu kapsamda değerlendirilebilir mi? Kanaatimize göre, gecikmeye yol açan önlemler “kamu tasarrufu” olarak nitelendirilebildiği ölçüde TTK m 1222/2’nin kapsamına girer, dolayısıyla zaman üzerine kararlaştırılan navlun işlemez.

Sonuç

COVID-19 pandemisinin gündelik hayata olduğu kadar uluslararası ticarete ve ekonomiye de son derece olumsuz tesirleri olmuştur ve olmaya devam etmektedir. Dünya çapında yaşanan bu ölçekte bir salgın, elbette deniz ticaretini de etkilemiştir.

Deniz ticareti hukukunun bazı kadim kavram ve kurumlarından, örneğin taşıyanın kusursuzluk ve uygun illiyet bağı karinelerinden yararlandığı hâllerden biri olan “karantina sınırlamaları”ndan, pandemi dolayısıyla ortaya çıkan ihtilaflara çözüm bulmak bakımından yararlanılabilirse de, pek çok uyuşmazlıkta mevcut düzenlemeleri dünya çapında yaşanan bir salgının etki ve sonuçlarını hesaba katarak yeniden yorumlamak gerekmektedir. Bu yapılırken salgının ilk ortaya çıktığı dönemle daha sonrasını birbirinden ayırmak icap eder. Salgının ilk ortaya çıktığı ve henüz dünya çapında bu ölçüde yaygınlaşmadığı dönem ile sonrası bakımından, örneğin taşıyanın gereken özeni gösterip göstermediğinin belirlenmesinde, dikkate alınacak kriterler farklı olmalıdır. Ancak pandeminin yeni başladığı dönemde dahi olsa, çok büyük çoğunlukla bir ticaret şirketi olan taşıyanın gerekli tıbbi danışmanlığı alması ve faaliyetlerinin planlanmasında bu danışmanlıktan faydalanması beklenir. Esasen bu husus, basiretli bir iş adamı gibi davranma yükümlülüğü kapsamında yer alır.

Bu genel esaslar çerçevesinde, çalışmada COVID-19 pandemisinin taşıyanın sorumluluğuna ve navlun alacağına etkileri bakımından varılan sonuçlar aşağıdaki gibi özetlenebilir:

1. Salgının kişiden kişiye bulaşma hızı; hastalığın 14 günlük bir kuluçka süresinin olması ve gemi adamlarının kapalı bir ortamda uzun süre bir arada bulunması gibi hususlar göz önüne alındığında, henüz gemide bir salgın boyutuna ulaşması ve bir kişide görülse dahi, bunun bile geminin yola elverişsizliğine yol açması olasıdır. Ancak gemi adamları arasında COVID-19 salgını yaşanmasının gemiyi

yola elverişsiz hâle getirmesi ile taşıyanın bundan TTK m 1141 hükmü uyarınca sorumlu tutulabilmesi birbirinden farklı meselelerdir. Taşıyanın sorumluluğunun doğması için sorumluluğun tüm şartlarının gerçekleşmesi gerekir. Bu bakımdan özellikle üzerinde durulması gereken, “tedbirli bir taşıyanın harcamakla yükümlü olduğu dikkat ve özen” kavramıdır. Bunun içeriğinin pandemi bakımından belirlenmesinde, salgının ilk ortaya çıktığı dönemle daha sonrasını birbirinden ayırmak gerekir. Mayıs ayında Türk Armatörler Birliği, “Gemide Covid Vakası Tespit Edildiğinde Yapılacak İşlemler Uygulama Rehberi” yayınlamıştır. Önümüzdeki dönemde COVID-19 nedeniyle geminin yola elverişsiz hâle gelip gelmediği ve gelmişse taşıyanın bundan ileri gelen zararlardan sorumlu tutulup tutulamayacağı uyuzmazlık konusu olduğu takdirde, taşıyanın üzerine düşen özen yükümlülüğünü yerine getirip getirmediğinin belirlenmesinde anılan Rehber mutlaka dikkate alınmalıdır. Genel olarak sefere elverişsizlikten sorumluluk bakımından, taşıyan eksikliğin farkına varmış, ancak eksikliğin önemini anlamamışsa bunun da elverişsizliğin keşfedilememesiyle aynı sonucu doğuracağı kabul edilmektedir. İşte pandeminin başlangıcında daha sık karşılaşılabilecek ihtimal bu olabilir. Ancak taşıyanın keşfedilen eksiklik hususunda bir uzmana danışmaması, somut olayın şartları çerçevesinde gereken özeni göstermemesi olarak yorumlanabilir. Bu kriterler işığında durum değerlendirilecek olursa, çok büyük çoğunlukla bir ticaret şirketi olan taşıyanın tıbbi danışmanlık olarak alınacak tedbirleri ve uygulanacak prosedürleri belirlemesi beklenir. Zira pandeminin yeni başladığı dönemde dahi olsa, taşıyanın gerekli tıbbi danışmanlığı alması ve faaliyetlerinin planlanmasında bu danışmanlıktan faydalanması, basiretli bir iş adamı gibi davranma yükümlülüğü (TTK m 18/2) kapsamında yer alır.

2. Taşıyanın eşyanın zıyaa veya hasara uğramasından yahut geç tesliminden doğan zararlardan sorumluluğu, TTK m 1178 vd maddelerinde düzenlenmiştir. Sorumluluğun şartlarından biri, zarara yol açan olayın eşya taşıyanın hakimiyetinde iken meydana gelmesidir. Bu nedenle limandaki ya da gemideki salgın yüzünden geminin yükleme limanına girip yanaşması ve yükü alması hiç mümkün olmazsa veya gecikme yaşanırsa, yükle ilgilinin bundan dolayı uğradığı zarardan taşıyanın sorumlu tutulup tutulamayacağı TTK m 1178 ve devamı hükümlerine göre değil, TBK m 112 ve devamı hükümlerine göre belirlenir.
3. Geminin boşaltma limanına yanaşamaması ise, bozulabilir gıda gibi eşyaların zıyaa veya hasara uğramasına neden olabileceği gibi, eşyanın geç teslimi nedeniyle fiziksel varlığında bir kötüleşme olmaksızın, ekonomik nitelikte bir zarar meydana gelmesine, örneğin piyasa değerinin düşmesi nedeniyle zarar doğmasına yol açabilir. TTK m 1178/5 uyarınca eşyanın zayı olmasına dayanarak tazminat isteminde bulunabilecek kişi, dördüncü fıkraya uyarınca teslim süresinin dolmasından itibaren aralıksız altmış gün içinde teslim olunmayan eşyayı zayı

olmuş sayabilir. İşte limandaki karantina sınırlamaları dolayısıyla eşyanın gemiden boşaltılıp tesliminin mümkün olmaması ve bu arada teslim süresinin aşılması durumunda, aralıksız altmış gün geçerse yükle ilgili bu hükme dayanabilir. Yükle ilgili TTK m 1178/5'e dayanarak tazminat talebinde bulunursa taşıyan, eşyanın gemide bulunduğu ve karantina sınırlamaları kalkar kalkmaz teslim edilebilecek durumda olduğu gerekçesiyle buna itiraz edemez. Zira burada eşyanın zıyaa uğradığına dair aksi taşıyan tarafından ispatlanamayan kesin bir karine söz konusudur. TTK m 1178/5 uyarınca eşyanın zıyaa uğradığı kabul edilip zarar tazmin edildikten sonra yük bulunursa durumun ne olacağı düzenlenmemiştir. Böyle bir hâlde gönderilen dilerse, TTK m 1188'de düzenlenen bir yıllık hak düşürücü süre içinde, kendisine ödenen tazminatı iade ederek taşıyandan eşyanın teslimini talep ve dava edebilir.

4. Limana giriş çıkışın veya gemiden yük boşaltılmasının pandemi nedeniyle mümkün olmaması ya da olağana nazaran uzun sürmesi nedeniyle eşya zıyaa veya hasara uğrar yahut geç teslim edilirse, yükle ilgili zararının tazminini talep ettiğinde taşıyan TTK m 1179 uyarınca kendisinin ve adamlarının kusursuzluğunu ispatlamak zorunda değildir. TTK m 1182'ye dayanarak zararın karantina sınırlamasından ileri gelmesinin muhtemel olduğunu ortaya koyması yeterlidir. Bundan sonra taşıyandan tazminat talep eden yükle ilgilinin taşıyan lehine oluşan karineleri çürütmesi gerekir. TTK m 1182/2 uyarınca, düzenlemede sayılan sebeplerin ortaya çıkmasına taşıyanın sorumlu olduğu bir olayın yol açtığı ispatlanırsa taşıyan sorumluluktan kurtulamaz. Yükle ilgilinin taşıyanın ve adamlarının kusursuzluğuna ilişkin karineyi çürütmek için, örneğin taşıyanın karantina sınırlaması olan liman yerine güvenli bir limana zamanında yönelmesinin mümkün olduğunu ve bunu yapmayan taşıyanın zararın meydana gelmesinde kusurlu bulunduğunu ortaya koyması gerekir. Belirtmek gerekir ki güvenli bir limana zamanında yönelmek mümkün olduğu hâlde bunun yapılmamış olması, duruma göre taşıyanın sınırlı sorumluluktan yararlanma hakkının kaybına da yol açabilir.
5. Pandemiyle ilişkili uyuşmazlıklar bakımından uygulanması sıklıkla gündeme gelebilecek düzenlemelerden biri de TTK m 1220 hükmüdür. Anılan düzenleme uyarınca kaptanın denizde can ve eşya kurtarmak veya diğer bir haklı sebeple rotadan sapmış olması, tarafların hak ve yükümlülüklerini etkilemez ve taşıyan bu yüzden doğacak zararlardan sorumlu olmaz. Ancak güvenli bir limanın daha baştan belirlenmesi mümkün idiye, yolculuğa başladıktan sonra rotadan sapılması hâlinde taşıyanın sorumluluktan kurtulması da mümkün olmayacaktır. Bu bakımdan pandemi ile bağlantılı sebeplerle geminin rotadan sapması, her hâlde haklı nedenle sapma kapsamında değerlendirilemez. Somut olayın şartları çerçevesinde taşıyana izafe edilebilecek bir kusur söz konusu ise, taşıyan

sorumluluktan kurtulamaz. TTK m 1220 anlamında haklı neden teşkil eden bir diğer durum, yolculuğun izlenen rotadan devamına umulmayan bir hâlin engel olmasıdır (TTK m 1113). Belirtmek gerekir ki, pandeminin umulmayan hâl kapsamında değerlendirilmesi ancak ilk ortaya çıktığı dönemde gündeme gelebilecek bir olasılıktır. Sonrasında ise, artık bir limanda salgın görölmesi yahut karantina sınırlaması uygulanması, beklenebilir, taşıyanın hesaba katarak önlem almasını gerektiren, öngörülebilir bir durum hâlini almıştır.

6. COVID-19 hastalığı dolayısıyla can kurtarma amacıyla girişilen bir faaliyetin, gemide taşınmakta olan eşyanın zıyaa veya hasara uğraması yahut geç teslim edilmesi ile sonuçlanması mümkündür. İşte böyle bir olasılıkta taşıyanın TTK m 1181'e dayanarak sorumluluktan kurtulması gündeme gelebilecektir. Örneğin diğer bir gemideki salgın dolayısıyla o gemide bulunan gemi adamlarına yardımda bulunulması, sapma olmaksızın yolculuğun gecikmeyle tamamlanmasına yol açabilir. Eşya kurtarma faaliyetinden farklı olarak can kurtarma faaliyetinin ve bu kapsamda alınan önlemlerin makul olması gibi bir koşul aranmamıştır. Dolayısıyla böyle bir olasılıkta taşıyanın ayrıca alınan önlemlerin makul olduğunu kanıtlaması gerekmediği gibi; tazminat talep eden yüküle ilgilinin de girişilen faaliyetin makul olmadığını yahut riskli olduğunu ileri sürerek taşıyanı sorumlu tutması mümkün değildir.
7. TTK m 1199/1 uyarınca boşaltma süresinin sonuna kadar bir kaza sonucunda zıyaa uğrayan eşya için navlun ödenmez ve peşin ödenmiş ise geri alınır. "Kaza" ile ifade edilmek istenen, taşıyanın veya fiillerinden sorumlu tutulabileceği kişilerin yahut yüküle ilgililer ile bunların adamlarının sebep olmadığı; taşıyanın sorumlu tutulamayacağı olaylardır. TTK m 1199/2'de, birinci fıkradaki bu kurala bir istisna getirilmiştir. Pandemi bağlamında gündeme gelebilecek istisna, pandemi ile bağlantılı sebepler yüzünden yaşanan gecikme nedeniyle canlı hayvan yükünün zayi olmasıdır. Böyle bir durumda yolda ölen hayvanlar için, teslim edilmiş olup olmadıklarına bakılmaksızın navlun ödenir.
8. TTK m 1216 uyarınca yolculuk başladıktan sonra taşınan eşyanın umulmayan bir hâl yüzünden tamamının zayi olması ile iki taraftan biri diğerine tazminat vermeye zorunlu olmaksızın, navlun sözleşmesi hükümden düşer. Pandeminin bu kapsamda umulmayan hâl olarak değerlendirilmesi ancak ilk ortaya çıktığı dönemde gündeme gelebilecek bir olasılıktır. Sonrasında ise, artık bir limanda salgın görölmesi yahut karantina sınırlaması uygulanması, beklenebilir, taşıyanın hesaba katarak önlem almasını gerektiren, öngörülebilir bir durum hâlini almıştır.
9. TTK m 1217 hükmü uyarınca, yolculuk başladıktan sonra eşyanın umulmayan bir hâl yüzünden bir kısmının zayi olması, taraflar arasındaki sözleşmeyi hükümden düşürmez. Eşyanın, zayi olan kısmı hiç taşınmamış veya yolculuk

devam ederken gemiden uzaklaştırılmış olsa bile, taşıyana tam navlun ödenir; şu kadar ki, 1199. maddenin ikinci ve üçüncü fıkrası hükümleri saklıdır. Bu düzenleme TTK m 1199 ile çelişmektedir. Zira TTK m 1199/1’de, eşyanın bir kısmının zıyı hâlinde, navlunun o oranda indirilmesinin istenebileceği hüküm altına alınmıştır. Pandeminin bu kapsamda umulmayan hâl olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği hususunda ise, yukarıda 8. maddede yapılan açıklamalar burada da aynen geçerlidir.

10. TTK m 1194/4 uyarınca taraflar sözleşmede aksini kararlaştırmamışsa, taşıyana atfı mümkün bir kusur bulunmaksızın yolculukta gecikme yaşanır veya yolculuk kesintiye uğrarsa, araya giren günler içinde zaman üzerine kararlaştırılmış olan navlun işlemeye devam edecektir. Şu hâlde yolculuğun pandemi nedeniyle gecikmesi veya kesilmesi durumunda bunda taşıyanın bir kusurunun bulunup bulunmadığı belirleyicidir. Eğer taşıyanın bir kusuru yoksa zaman üzerine kararlaştırılmış navlun işlemeye devam eder.
11. TTK m 1194’te atfı yapılan düzenlemelerden konumuz bakımından önem arz eden, TTK m 1222/2 hükmüdür. Buna göre, gecikmenin bir kamu tasarrufundan kaynaklandığı hâllerde, zaman üzerine kararlaştırılan navlun işlemez. Kanaatimize göre, karantina sınırlamaları veya boşaltma limanında pandemi dolayısıyla uygulanan ek önlemler “kamu tasarrufu” olarak nitelendirilebildiği ölçüde, TTK m 1222/2’nin kapsamına girer.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

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

Peer-review: Externally peer-reviewed.

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

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

Bibliyografya/Bibliography

- Abraham HJ, *Das Seerecht: Ein Grundriß mit Hinweisen auf die Sonderrechte anderer Verkehrsmittel, vornehmlich das Binnenschiffahrts- und Luftrecht*, (gözden geçirilmiş 4. Bası, Walter de Gruyter 1974).
- Akan P, *Deniz Taşımacılığında Taşıyanın Yüke Özen Yükümlüğünün İhlalinden Doğan Sorumluluğu (TTK m. 1061)* (Adalet 2007). (Yüke Özen Yükümlüğünün İhlali)
- Akan P, ‘Taşıyanın Gemiyi Sefere Elverişli Halde Bulundurma Yükümlülüğü’ (2000), Prof Dr. Tahir Çağa’nın Anısına Armağan 1-13. (Gemiyi Sefere Elverişli Halde Bulundurma Yükümlülüğü)
- Akıncı S, *Deniz Hukuku: Navlun Mukaveleleri* (1968).
- Antalya G, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt V/1, 3* (genişletilmiş 2. Baskı, Seçkin 2019)
- Aytekin MU, *Taşıyanın Navlun Sözleşmesinden Doğan Hakları ve Teminatları* (Seçkin 2019).
- Can M, ‘Navlun Sözleşmesinin Sona Ermesi’ (1998) (330) Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü.
- Carver TG ve Colinvault R, *Carver’s Carriage by Sea Vol. 1* (13. Bası, Stevens § Sons 1982).
- Carver TG, Treitel SG ve Reynolds FMB, *Carver on Bills of Lading* (Sweet § Maxwell 2005).
- Czerwenka B, *Das Gesetz zur Reform des Seehandelsrechts: Einleitung, Erläuterung, Synopsen* (Bundesanzeiger Verlag 2014).
- Çağa T ve Kender R, *Deniz Ticareti Hukuku II: Navlun Sözleşmesi* (gözden geçirilmiş 10. Bası, On İki Levha 2010).
- Çetingil E, Kender R, Ünán S ve Yazıcıoğlu E, ‘TTK Tasarısı’nın ‘Deniz Ticareti’ Başlıklı 5. Kitabında Yer Alan Hükümler Hakkında’ (2006) (Özel Sayı: Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Hakkında Değerlendirmeler) Deniz Hukuku Dergisi 1-297.
- Damar D, *Wilful Misconduct in International Transport Law*, (Springer 2011).
- Eren F, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, (24. Baskı, Yetkin 2019).
- Hartmann K, *Die Haftung des Verfrachters aus Seefrachtvertrag nach den Haager Regeln, Abhandlungen zum schweizerischem Recht 221 Heft* (Verlag von Stämpfli & Cie 1945).
- Herber R, *Seehandelsrecht: Systematische Darstellung* (2. Bası, De Gruyter 2016).
- Hoffmann A, *Die Haftung des Verfrachters nach deutschem Seefrachtrecht, Schriften zum Transportrecht Heft 15* (Neuwied-Kriftel-Berlin 1996).
- Karan H, *The Carrier’s Liability Under International Maritime Conventions: The Hague, Hague-Visby, and Hamburg Rules* (The Edwin Mellen Press 2004).
- Okay MS, *Deniz Ticareti Hukuku II: Navlun Mukaveleleri, Denizde Yolcu Taşıma ve Deniz Ödüncü Mukaveleleri* (gözden geçirilmiş ilaveli 2. Bası, 1971).
- Örsel S, *Navlun Sözleşmesi Bakımından Taşıyanın Zıya, Hasar ve Geç Teslimden Kaynaklanan Sorumluluğu ve Sorumluluğunun Sınırlandırılması*, (On İki Levha 2019).
- Prüssmann Heinz ve Rabe Dieter, *Seehandelsrecht: Fünftes Buch des Handelsgesetzbuches mit Nebenvorschriften und Internationalen Übereinkommen* (yenilenmiş 4. Bası) , Verlag C.H. Beck, 2000)
- Rabe D ve Bahnson KU, *Seehandelsrecht: Fünftes Buch des Handelsgesetzbuches mit Nebenvorschriften und Internationalen Übereinkommen* (5. Bası, 2018).
- Richardson J, *A Guide to the Hague and Hague-Visby Rules: A revised Special Report* (Lloyd’s of London Press 1989).

- Schaps G Abraham HJ, *Das Seerecht in der Bundesrepublik Deutschland: Kommentar und Materialsammlung, Seehandelsrecht – Erster Teil* (yenilenmiş 4. Bası, Walter de Gruyter 1978).
- Schlegelberger F ve Liesecke R, *Seehandelsrecht: Zugleich Erganzungsband zu Schlegelberger Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, (yenilenmiş 2. Bası, Verlag Franz Vahlen 1964).
- Scrutton TE ve BC vd, *Scrutton on Charterparties and Bills of Lading* (21. Bası , Sweet § Maxwell 2008).
- Seven V, *Taşıyanın Yüke Özen Borcunun İhlalinden (Yük Zıya ve Hasarıdan) Doğan Sorumluluğu* (Yetkin 2003).
- Sözer B, *Deniz Ticareti Hukuku I (Ders Kitabı) Giriş-Gemi-Donatan ve Navlun Sözleşmeleri*, (gözden geçirilmiş ve genişletilmiş 5. Bası, Vedat Kitapçılık 2019). (Deniz Ticareti Hukuku)
- Sözer B, *Taşıyanın Gemiye Sefere Elverişli Halde Bulundurmak Borcu* (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 1975). (Sefere Elverişlilik)
- Stachow J C, *Schweres Verschulden und Durchbrechung der beschreankten Haftung in modernen Transportrechtsabkommen*, (Lit 1998).
- Süzel C, *Deniz Ticareti Hukukunda Taşıtan ve Yükleten* (On İki Levha 2014).
- Taşdelen N, ‘Deniz Yoluyla Yapılan Taşımalarda Taşıyanın Başlangıçtaki Elverişsizlikten Doğan Sorumluluğu’ (2003) Bilgi Toplumunda Hukuk Ünal Tekinalp’e Armağan (939-957).
- Tekil F, *Deniz Hukuku* (6. Bası, Alkım 2001).
- Tekin SM, *Navlun Sözleşmesinde Taşıyanın Sorumluluğu*, (On İki Levha 2017).
- Türken Ş, *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’na Göre Deniz Taşımacılığında Taşıyanın Eşyanın Zıyaı, Hasarı Ya da Geç Tesliminden Doğan Sorumluluğu*, (Bilge 2019).
- Ülgener MF, *Taşıyanın Sorumsuzluk Halleri* (Der 1991).
- Wilson JF, *Carriage of Goods by Sea* (7. Bası, Pearson 2010).
- Wüstendörfer H, *Neuzeitliches Seehandelsrecht mit besonderer Berücksichtigung des angloamerikanischen und internationalen Rechts* (gözden geçirilmiş ve iyileştirilmiş 2. Bası, 1950).
- Yazıcıoğlu E, *Hamburg Kurallarına Göre Taşıyanın Sorumluluğu: Lahey/Visby Kuralları ile Karşılaştırmalı Olarak* (Beta 2000). (Hamburg Kuralları)
- Yazıcıoğlu E, *Kender/Çetingil Deniz Ticareti Hukuku* (gözden geçirilmiş ve genişletilmiş 15. Bası, Filiz Kitapevi 2020). (Kender/Çetingil Deniz Ticareti Hukuku)
- Yetiş Şamlı K, ‘Lahey-Lahey/Visby, Hamburg Ve Rotterdam Kuralları’nda Sefere Elverişlilik’ (2013) 71(2) Prof Dr. Ersin Çamoğlu’na Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası. (Sefere Elverişlilik)
- Yetiş Şamlı K, *Uluslararası Kara, Hava ve Deniz Yoluyla Eşya Taşımalarında Taşıyıcının / Taşıyanın Sınırlı Sorumluluktan Yararlanma Hakkının Kaybı* (On İki Levha 2008). (Sınırlı Sorumluluktan Yararlanma Hakkının Kaybı)
- Yetiş Şamlı K, *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’na Göre Taşıyanın Zıya, Hasar ve Geç Teslimden Sorumluluğu* (On İki Levha 2013). (Taşıyanın Sorumluluğu)

ELEKTRONİK KAYNAKLAR:

- <https://www.denizhaber.com/guncel/kuzey-webinar-bulusmalari-3-i-covid-19-pandemisinin-personel-degisimleri-ne-h86540.html>. Erişim tarihi 15.5.2020.
- <https://www.denizhaber.com/guncel/gemide-covid-vakasi-tespit-edildiginde-yapilacak-islemler-uygulama-h86416.html>. Erişim tarihi 15.5.2020.

<https://www.denizhaber.com/guncel/itf-murettebat-degisimi-icin-sabir-tukendi-h87152.html>.
Erişim tarihi 19.6.2020.

<https://blog.lexpera.com.tr/covid-19-salgin-i-cercevesinde-alinan-onlemlerin-sozlesme-hukuku-ve-mucbir-sebep-kavrami-acisindan-degerlendirilmesi/>. Erişim tarihi 19.08.2020.

https://covid19bilgi.saglik.gov.tr/depo/Kitapcik/COVID-19_YENI_KORONAVIRUS_HASTALIGI_KITAPCIK_A6.pdf Erişim tarihi 19.08.2020.

<https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/advice-for-public> Erişim tarihi 19.08.2020.



İstanbul Hukuk Mecmuası

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Başvuru: 15.06.2020
Revizyon Talebi: 26.07.2020
Son Revizyon Tarihi: 27.07.2020
Kabul: 04.09.2020

COVID-19 Pandemisinin Zaman Çarteri Sözleşmeleri Üzerindeki Etkilerinin “Off-Hire” Klozu Bağlamında İncelenmesi

Melda Taşkın^{*}

Öz

Tüm dünyayı kısa süre içinde etkisi altına alan ve 11 Mart 2020 tarihinde Dünya Sağlık Örgütü tarafından pandemi ilan edilmesi ile birlikte pek çok alanda sert önlemler alınmasına sebebiyet veren COVID-19 salgını, ticaret hayatını da önemli ölçüde etkilemiştir. Uluslararası ticaretin önemli bir kısmının denizyolu ile yapılması karşısında, denizcilik sektörünün COVID-19 salgınından en çok etkilenen alanların başında geldiği söylenebilir. Bilindiği üzere, uygulamada deniz yolu ile eşya taşımacılığı sıklıkla zaman çarteri sözleşmesine istinaden yapılmaktadır. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun (TTK) 1131-1137. maddeleri arasında düzenlenen zaman çarteri sözleşmelerinde esas itibarıyla “tahsis eden, donatılmış bir geminin ticari yönetimini belli bir süre için ve bir ücret karşılığında tahsis olunana bırakmayı üstlenmekte”dir. Uygulamada, çarter partilerde, gemilerin denizde seyrüseferini engelleyebilecek bazı sebeplerin ortaya çıkması halinde, “geminin sözleşme süresi içinde çartererin ticari kullanımına tahsis edilememesi” nedeniyle çartererin “ücret ödeme borcundan kurtulmasını” sağlayan ve “off-hire” klozu olarak adlandırılan bazı kayıtlara yer verildiği görülmektedir.

Çalışmada, COVID-19 salgınının zaman çarteri sözleşmeleri üzerindeki etkileri, BALTIME, NYPE, SUPPLYTIME, SHELLTIME başta olmak üzere uygulamada sıklıkla kullanılan standart çarter partilerde yer verilen ilgili klozlar gözetilerek incelenmektedir.

Anahtar Kelimeler

Zaman çarteri sözleşmesi, Off-Hire Klozu, BALTIME, NYPE, SUPPLYTIME, SHELLTIME, COVID-19

Assessment of the Effects of COVID-19 Pandemic on Time Charter Contracts in the Context of “Off-Hire” Clause

Abstract

COVID-19 epidemic, which has surrounded all over the world in a short time and caused severe measures to be taken after the World Health Organization declared it as a pandemia on March 11th, 2020, has also affected trade significantly. Given that most international trade is dependent on marine transportation, the maritime has been one of the sectors most severely impacted by the COVID-19 pandemic. In practice, the transportation and delivery of goods is often conducted based on time charter contracts. As set forth in Article 1131–1137 of the Turkish Commercial Code (TCC), a time charter contract ensures that “a dedicator undertakes the giving of commercial management of an equipped vessel for a certain period of time and for a fee to a charterer.” Time charter parties include clauses, known as “off-hire” those set forth that the charterer is not required to pay for time the vessel can not be managed commercially because of reasons which can prevent the efficient working of the vessel.

This study reviews the effects of the COVID-19 pandemic on time charter contracts in the context of “off-hire” clause and within the framework of some frequently used standard charter parties, including BALTIME, NYPE, SUPPLYTIME and SHELLTIME.

Keywords

Time charter contract, Off-Hire Clause, BALTIME, NYPE, SUPPLYTIME, SHELLTIME, COVID-19

* **Sorumlu Yazar:** Melda Taşkın (Dr. Öğr. Üyesi), İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Deniz Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye. E-posta: melda.taskin@istanbul.edu.tr ORCID: 0000-0002-4922-2451

Atf: Taşkın M, “COVID-19 Pandemisinin Zaman Çarteri Sözleşmeleri Üzerindeki Etkilerinin “Off-Hire” Klozu Bağlamında İncelenmesi” (2020) 78(2) İstanbul Hukuk Mecmuası 333. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2020.78.2.0003>



Extended Summary

On March 11th, 2020, the World Health Organization declared a Coronavirus pandemic. This has affected society throughout the world, leading to severe precautions being taken and resulting in a sharp downturn in global trade. The World Health Organization has emphasized that the interruption of transportation of people and goods will halt the spread of the pandemic and issued a series of advisory recommendations. Most seafaring nations have enacted stringent restrictions in keeping with World Health Organization recommendations. These restrictions have increased the difficulty of arriving and departing from port, and taking delivery of and discharging goods. In some cases, it has not been possible to commercially manage ships or to nominate voyages.

Time charter parties include clauses, known as “off-hire” clauses those set forth that the charterer is not required to pay for time when a ship does not work efficiently. These clauses contain different provisions concerning the causes of off-hire, assessments for lost time, and calculation for deductions from the total hire amount. This study reviews the effects of the COVID-19 pandemic on time charter contracts, with a particular emphasis on the off-hire clauses included in standard charter parties.

Some standard charter parties prescribe “diseases on board or quarantine of ship” as a clear cause for off-hire. Coronavirus has caused the illness and deaths of many seamen and has led to the quarantining of many crews. Therefore, due to the global pandemic, “disease and quarantine” are increasingly common off-hire causes and both SUPPLTIME 2017 and SHELLTIME 4 charter parties clearly specify “quarantine of ship” as causes of off-hire.

On the other hand, “deficiency of some documents” related to the ship or crew is also specified as an off-hire cause, which interrupts the charterer’s payment obligations. However, it is important to emphasize that most of the seafaring countries have extended the validity time of some seamen-related certificates and have provided alternative methods to resolve the challenges of acquiring certain documents during the pandemic, in keeping with IMO recommendations. Therefore, claiming that a ship is off-hire based upon “deficiency of documents” is, at present very difficult.

Standard charter parties, such as SHELLTIME 4 and NYPE 2015, which are often used to conclude time charter contracts in practice, include general off-hire provisions in addition to particular off-hire causes. Given that the particular off-hire causes of these charter parties are related to the “ship” and the “maintenance or technical management of the ship,” the COVID-19 pandemic is classified as an external cause and, therefore, cannot be admitted as “any other similar cause that prevents the efficient working of the ship.” However, if the parties have added to the

clause the expression “*any other cause whatsoever preventing the full working of the ship*” the ship will be “off-hire” for time lost due to the COVID-19 pandemic.

The final part of the study explores the “special clauses for infectious or contagious diseases” of time charter contracts. In 2015, BIMCO drew up a special infectious diseases muster clause for charter parties. Although BIMCO’s Infectious or Contagious Diseases Clause for Time Charter Party was intended for cases of Ebola virus, in the frame of the BIMCO explanation, there is no doubt that this clause can also be implemented for COVID-19. On the other hand, INTERTANKO has created a special clause specific to COVID-19. “INTERTANKO COVID-19 Clause for Time Charterparties” prescribes similar principles with BIMCO Clause except insignificant differences in wording.

COVID-19 Pandemisinin Zaman Çarteri Sözleşmeleri Üzerindeki Etkilerinin “Off-Hire” Klozu Bağlamında İncelenmesi

I. Genel Olarak Zaman Çarteri Sözleşmeleri

Denizyolu ile yapılan taşımalarda uygulamada sıklıkla başvuru deniz ticareti sözleşmesi türlerinden biri de zaman çarteri sözleşmesidir. Zaman çarteri sözleşmesinde, donatılmış bir geminin ticari yönetiminin belli bir süre için ve ücret karşılığında eşya ve yolcu taşımak veya kararlaştırılan diğer bir edimi ifa etmek üzere çarterere bırakılması söz konusudur¹. Buna göre, zaman çarteri sözleşmesinde

¹ Dieter Rabe ve Kay Uwe Bahnsen, *Seehandelsrecht: Fünftes Buch des Handelsgesetzbuches mit Nebenvorschriften und Internationalen Übereinkommen* (C.H. Beck 2018) Vor § 557, Nr 30; Marian Paschke, “§557”, iç Harmut Oetker (ed), *Oetker- Handelsgesetzbuch: Kommentar* (6. Bası, C.H. Beck 2019), § 557 Nr 3; Harmuth Sager, ‘§ 557’, iç Rolf Herber ve Christine Schmidt (edr), *Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch: Band 7- Transportrecht*, (4. Bası C. H. Beck Verlag 2020) § 557 Nr 3; Beate Czerwenka, *Das Gesetz zur Reform des Seehandelsrechts: Einleitung, Erläuterung, Synopsen* (Bundesanzeiger Verlag 2014) § 557 Nr 5; Emine, Yazıcıoğlu, *Kender/Çetingil Deniz Ticareti Hukuku*, (Oniki Levha 2020), 322; Zhou Meirong, Yang Yi ve Tan Wei, ‘An Analysis of the Legal Issues in Lien Clause in the Time Charter Par y’ (2009) 2009(1) China Oceans Law Rev 350, 350; Hideo Yoshimoto, ‘The Time Charter in Japan: A Comparison’ (1988) 1(2) Transnational Lawyer 449, 449.

TTK m. 1131’de, zaman çarteri sözleşmesi, “tahsis edenin, donatılmış bir geminin ticari yönetimini belli bir süre için ve bir ücret karşılığında tahsis olunana bırakmayı üstlendiği sözleşme” olarak son derece geniş bir şekilde tanımlanmıştır. Alman Kanun Koyucu ise, HGB § 557’de, “zaman çarteri sözleşmesinde, zaman üzerine kiraya verenin, belli bir geminin kullanımını belirli bir süreliğine mürettebatı ile birlikte çarterere tahsis etmeyi ve bu gemi ile yük veya yolcu taşımaya veya sözleşmede kararlaştırılan diğer bir edimi ifa etmekle yükümlü olduğunu” hüküm altına almıştır. Görüldüğü üzere, TTK m. 1131’deki düzenlemede sadece genel olarak “geminin ticari yönetiminin bırakılması” yükümlülüğü hüküm altına alınmışken, Alman Kanun Koyucu HGB § 557’de, “gemi ile yük veya yolcu taşıma veya sözleşmede kararlaştırılan diğer bir edimin ifasına” tahsis edilmesi (“...verpflichtet ein bestimmtes Seeschiff mit Besatzung auf Zeit zu überlassen und mit diesem Schiff Güter oder Personen zu befördern oder andere vereinbarte Leistungen zu erbringen.”) yükümlülüğü açıkça belirtilmiştir.

Bununla birlikte öğretilerde, zaman çarteri sözleşmesine yönelik, navlun sözleşmesinin bir alt türü olduğuna ilişkin görüşler çerçevesinde, eşya taşıma taahhüdünün ön plana çıkarıldığı tanımların da yapıldığı belirtilmelidir. Navlun sözleşmesi unsurları ve terimlerine de yer verilerek suretiyle yapılan bir zaman çarteri sözleşmesi tanımı için bkz Fehmi Ülgener, *Çarter Sözleşmeleri II: Zaman Çarteri Sözleşmeleri*, (2016) 10: Yazarn ifade ettiği üzere, “zaman çarteri sözleşmesi öyle bir sözleşmedir ki, onunla taşıyan zaman esası üzerinden ödenecek olan navlun karşılığında, gemiyi yük taşınması için belirli bir süre taşıtana tahsis etmeyi ve bu amaçla geminin ticari kontrolünü devretmeyi taahhüt eder.” Ayrıca bkz Tahir Çağa ve Rayegân Kender, *Deniz Ticareti Hukuku II*, (9. Bası, 2009) 8.

Zaman çarteri sözleşmelerinin hukuki niteliğine ilişkin açıklamalar için bkz Rabe ve Bahnsen, (n 1) Vor § 557, Nr 28; Fehmi Ülgener, ‘Türk Ticaret Kanunu Tasarısında Zaman Çarteri Sözleşmesi’, (2007) LXV(2) İÜHF 353, 354 vd. Zaman çarteri sözleşmesinin, çartererin belirli bir süre için gemiyi yük taşımada kullanmasına olanak sağlamak amacıyla donatan ve çarterer arasında akdedilen bir deniz yolu ile eşya taşıma sözleşmesi (*contract of affreightment*) olduğu”na ilişkin bir Amerikan Eyalet Mahkemesi Kararı için bkz *Interocean Shipping Co. v M/V Lygaria, U.S. District Court for the District of Maryland - 512 F. Supp. 960 (D. Md. 1981), April 16, 1981*; karar için bkz Timothy R Hager, ‘Fifth Circuit Extends Maritime Lien to Time Charter Contract before Cargo Is Loaded: E.A.S.T., Inc. of Stamford, Connecticut v. M/V Alaia’, (1990) 15(1) Tulane Maritime Law Journal 133, 136. Benzer bir yaklaşım için bkz Tony Nunes, ‘Charterer’s Liabilities under the Ship Time Charter’ (2004) 26 Hous J Int’l L 561, 567.

Bununla birlikte, uygulamada zaman çarteri sözleşmelerinin akdinde kullanılan standart tip sözleşmelerde “çartererin malikin, malikin çalışan ve temsilcilerine çartererin isteği üzerin eşyanın teslim edilmesi ile bağlantılı olarak ortaya çıkan ziya ve hasardan dolayı tazminat ödeme yükümlülüğü (SHELLTIME 4 Par 13(b)); malikin gemide taşınan tüm yükler, navlun ücreti, alt navlun ücreti üzerinde zaman çarteri sözleşmesinden doğan alacakları için rehin hakkını haiz olduğu (SHELLTIME 4, Par 16); çartererlerin, kargonun yüklenmesi ve boşaltılması masraflarını karşılamakla yükümlü olduğu (SHELLTIME 4, Par 7(a)); geminin deniz elverişli ve ambarların temiz ve yükü almak üzere hazır olmasının gerektiği (NYPE 2015, Par 2; NYPE46 Par 22); kaptanın yükün havalandırılması hususunda gerekli özeni göstermekle yükümlü olduğu (NYPE Par 90)” yönünde hükümlere yer verilmektedir. Görüldüğü üzere, bu sayılan standart çarter partilerin tamamı eşya taşımalarına ilişkin kurallar getirmektedir ve uygulamada da zaman çarteri sözleşmeleri çerçevesinde gemini tahsis edilmesi, esas itibarıyla eşya taşınması taahhüdünün ifasına hizmet etmeyi amaçlamaktadır.

donatan², geminin teknik yönetiminden sorumlu iken, geminin ticari yönetimi çarterere bırakılmakta ve geminin zilyetliği donatanda kalmaya devam etmektedir³. Zaman çarteri sözleşmesi süresince geminin teknik yönetimini elinde tutan donatan, gemiyi kararlaştırılan yerde ve tarihte hazır bulundurmak, sözleşme süresi boyunca ise gemiyi denize, yola ve sözleşmede belirtilen amaca uygun halde bulundurmak ve en önemlisi tahsis olunanın geminin ticari yönetimine ilişkin talimatlarına uymak ve uyulmasını sağlamak yükümlülüğü altındadır⁴. Bu çerçevede, geminin bakım ve tutumunun yapılması, tahsis süresince denize, yola ve yüke elverişliliğinin sağlanması, özellikle geminin denizde hareket edebilmesi için gerekli olan sertifikaların temin edilmesi, geminin değişim, muayene, gözetim, denetimi ve gerekli yenilemelerin sürekli şekilde yerine getirilmesi, tekne ve makine sigortasının yapılması, gemi adamlarının maaş ve diğer alacaklarının ödenmesi donatanın üzerindedir⁵.

² TTK m. 1131 ve devamında yer alan zaman çarteri sözleşmesine ilişkin düzenlemelerde, zaman çarteri sözleşmesinin taraflarını ifade etmek üzere, “donatan” veya “çarterer” kavramları yerine “tahsis eden” ve “tahsis olunan” ifadelerinin tercih edildiği görülmektedir. Maddede, “tahsis eden” ve “tahsis olunan” gibi uygulamada kullanılmayan terimlere yer verilmesinin isabetli olmadığı; bunlar yerine uygulamada zaman çarteri sözleşmesinin taraflarını ifade etmek üzere kullanılan “çarterer/zaman çartereri” ve “donatan” terimlerinin kullanılmasının daha uygun olduğu hususunda haklı bir eleştiri için bkz Ergon Çetingil, Rayegân Kender, Samim Ünvan ve Emine Yazıcıoğlu, ‘TTK Tasarısının “Deniz Ticareti” Başlıklı 5. Kitabında Yer Alan Hükümler Hakkında’, Deniz Hukuku Dergisi (Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Hakkında Değerlendirmeler - Özel Sayı), (2006) 1, 123.

Karş HGB § 557 vd: Alman Kanun Koyucu, zaman çarteri sözleşmesini “gemi tahsis sözleşmeleri” başlığı altında düzenlemiş olmakla birlikte, TTK’da olduğu gibi tahsis eden-tahsis olunan yerine zaman çartereri (*Zeitcharterer*) ve zaman (üzlerine) kiraya veren (*Zeitvercharterer*) kavramlarını kullanmıştır. Uygulamada, zaman çarteri, bareboat çarterer ve yolculuk çarteri sözleşmeleri arasındaki farklılığın netleştirilmesi bakımından çarterer (*Charterer*) yerine zaman çartereri; kiraya veren (*Vercharterer*) yerine zaman üzerine kiraya veren ifadelerinin kullanılmasının uygun olduğu; sadece çarterer veya kiraya veren ifadelerinin kullanılmasının yasal belirsizliğe sebebiyet vereceği hakkında bkz Czerwenka (n 1) § 557 Nr 4.

Uygulamada sıklıkla kullanılan standart form sözleşmelerde ise çok defa, donatan (*owner, shipowner*) ve çarterer (*charterer*) ifadelerinin kullanıldığı görülmektedir. (Bu yönde örnekler için bkz SHELLTIME 4; SUPPLYTIME 2017, Definitions, (Par II); NYPE 93; NYPE 2015)

³ Rabe ve Bahnsen (n 1) Vor § 557 Nr 33; Nunes (n 1) 567; Yoshimoto (n 1) 450, 455. TTK m. 1131/2’de, “Geminin teknik yönetimini elinde bulunduran tahsis eden, geminin zilyedi sayılır.” şeklinde bir hükme yer verilmiştir. Bununla birlikte, zaman çarteri sözleşmesinden geminin zilyetliğinin devredileceği yönünde bir hükme yer verilmediğine sadece geminin “ticari yönetiminin” devredileceğinin hüküm altına alındığına dikkat çekmek gereklidir. Bu nedenle TTK m. 1131’de yer alan bu düzenlemenin, öğretide, geminin zilyetliğinin devrolunması halinde esasen zaman çarteri sözleşmesinden bahsedilemeyeceği gerekçesiyle gereksiz bir düzenleme olduğu kanaatimizce de isabetli şekilde ifade edilmektedir. Açıklamalar için bkz Yazıcıoğlu, *Deniz Ticareti Hukuku* (n 1) 324.

Alman Kanun Koyucu zaman çarteri sözleşmesine ilişkin hükümler arasında zilyetliğe ilişkin bir düzenlemeye yer vermemiş ise de TTK m. 1137’deki ile benzer bir şekilde, sözleşme süresinin sonunda çartererin gemiyi iade (*Rückgabe des Schiffes*) yükümlülüğü ifadesi burada da kullanılmıştır (HGB § 569). Bkz Paschke (n 1), § 557 Nr 4 vd. Donatanın zaman çarteri sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinin hüküm altına alındığına HGB § 559’da bilinçli şekilde, “geminin teslimi (*Übergabe*)” yerine “kararlaştırılan tarihte ve yerde çartererin kullanımına hazır bulundurmak (*...zur vereinbarten Zeit am vereinbarten Ort in einem zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustand bereitzustellen...*)” ifadesinin tercih edildiğini; “geminin teslimi (*delivery*)” ifadesinin genellikle İngiliz zaman çarter partilerinde kullanıldığını; HGB § 569’da yer verilen “geminin iadesi” ifadesinin yasal olarak uygun bir ifade olmadığı hakkında bkz Rabe ve Bahnsen (n 1) Vor § 557 Nr 30. Aynı yönde bkz Czerwenka (n 1) § 559 Nr 4.

⁴ Donatanın bu yükümlülüğü, TTK m. 1133’te açıkça hüküm altına alınmıştır. Buna göre, “Tahsis eden, geminin teknik yönetimini üstlenir. Bu amaçla tahsis eden, belirlenen gemiyi; Kararlaştırılan tarihte ve yerde hazır bulundurmak ve Sözleşme süresince gemiyi denize ve yola elverişli ve sözleşmede belirtilen amaca uygun bir hâlde bulundurmak” yükümlülüğü altındadır. Aynı yönde düzenlemelere HGB § 559 ve § 560’da yer verilmiştir. Bununla birlikte öğretide de belirtildiği üzere, uygulamada kullanılan pek çok standart çarter partide bu yükümlülüğe ilişkin esaslar ayrıntılı bir şekilde düzenlendiği için kanuni düzenlemeler pek az önemi haizdir. Bkz Paschke (n 1) 559 Nr 1; Sager (n 1) § 557 Nr 8 ve § 559 Nr 4; § 560 Nr 4 vd; Rabe ve Bahnsen (n 1) § 557, Nr 20 vd.; Czerwenka (n 1) § 560 Nr 4,5; Yoshimoto (n 1) 456; Meirong, Yi ve Wei (n 1) 350; Ülgener (n 1) 354.

⁵ Ülgener, *Çarter Sözleşmeleri II* (n 1) 13 vd; Sager (n 1) § 557 Nr 8; Rabe ve Bahnsen (n 1) § 557 Nr 20 vd, Nr 30 vd, § 564, Nr 3 vd; Czerwenka (n 1) § 564, Nr 4 vd; Yazıcıoğlu, *Deniz Ticareti Hukuku* (n 1) 323. Geminin teknik yönetimi çerçevesinde karşılanması gereken masraf kalemlerine ilişkin ayrıntılı açıklama ve örnekler için bkz Yoshimoto (n 1) 457. Zaman çarteri sözleşmelerinde geminin teknik yönetimi çerçevesinde donatanın temin etmekle yükümlü olduğu hususlara ilişkin bkz NYPE 2015 Par 6; NYPE 93 Par 6; SUPPLYTIME 2017 Par 8; SHELLTIME 4 Par 6

Zaman charteri sözleşmesinde chartererin sözleşmeden doğan temel borcu, gemiyi ticari olarak yönetme hakkının karşılığı olarak sözleşmede kararlaştırılan tahsis ücretini ödemektir⁶. Bunun yanı sıra, charterer, geminin ticari yönetiminin gerektirdiği giderleri de ödemekle yükümlüdür⁷. Geminin “ticari yönetimi”nin kapsamı ise öğretilerde, “geminin yük veya yolcu taşımak veya tahsis edilmiş olduğu bunların dışındaki bir amaca uygun kullanımı ile kazanç elde etmeye yönelik sözleşmelerin akdedilmesi ve bu sözleşmelerden doğan borçların ifasına yönelik işlerin planlanması” olarak ifade edilmektedir⁸.

6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nda açıkça düzenlenmeyen zaman charteri sözleşmelerine ilişkin bazı genel esaslar, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun 1131-1137. maddeleri arasında özel olarak hüküm altına alınmıştır. Bununla birlikte zaman charteri sözleşmeleri çok defa ticaret hayatının yarattığı birtakım somut ihtiyaçlar ve uygulamanın gerekli kıldığı bazı hususlar gözetilerek hazırlanan ve sıklıkla revize edilen GENTIME, BALTIME, NYPE (*New York Produce Exchange*), SHELLTIME

⁶ Nunes (n 1) 567. Bununla birlikte, zaman charteri sözleşmesini navlun sözleşmesinin bir alt türü olarak kabul eden görüşler çerçevesinde, zaman charteri sözleşmesinde chartererin ticari yönetim hakkının karşılığı olarak ödemekle yükümlü olduğu tutarın öğretilerde “navlun” olarak adlandırıldığı görülmektedir. Bkz Ülgener, *Çarter Sözleşmeleri II* (n 1) 10. Bununla birlikte, uygulamada kullanılan standart charter partilerde, chartererin ödemekle yükümlü olduğu bu ücret genellikle “hire” olarak isimlendirilirken (Bkz NYPE 93 Par .10-11; SHELLTIME 4 Par .9; NYPE 2015 Par .11; SUPPLYTIME 2017 Par .12), TTK’da “tahsis ücreti”; HGB §565’de ise bilinçli olarak navlun sözleşmelerindekinden farklı olarak “*Fracht*” yerine “*Zeitfracht*” (zaman üzerine taşıma ücreti) olarak ifade edilmiştir. Bu hususta bkz Rabe ve Bahnsen (n 1) § 557 Nr 30. Uygulamada kullanılan charter partilerde genellikle bu ücretin ödenmesinde, günlük olarak kararlaştırılan belli bir ücreti esas alınmaktadır. TTK m.1136’da ücretin, aksi kararlaştırılmadıkça “aylık olarak ve peşin”; HGB § 565’te ise, “iki haftada bir” ödeneceği öngörülmüştür. Chartererin ücret ödeme borcuna ilişkin açıklamalar için ayrıca bkz Czerwenka (n 1) §565 Nr 4 vd; Paschke (n 1) § 557 Nr 6; Sager (n 1) § 565 Nr 1 vd; Yazıcıoğlu, *Deniz Ticareti Hukuku* (n 1) 323; Meirong, Yi ve Wei (n 1) 350.

Zaman charteri sözleşmeleri bakımından “*Freight*” ve “*Hire*” kavramları ve bunların anlamı hakkında açıklama ve örnek İngiliz yargı kararları için bkz Rabe ve Bahnsen (n 1) Vor § 557 Nr 24. Uygulamada sefer charteri sözleşmelerinde, karşı edim olarak ödenecek ücretin “*freight*”, zaman charteri sözleşmelerinde ise “*hire*” şeklinde isimlendirildiği ve bu iki terime ilişkin temel esaslar ve farklılıklar hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz Francis J O’Brien, “Freight and Charter Hire” (1974-1975) 49(4) Tulane Law Review 956, 956 vd.

⁷ TTK m. 1134’te zaman charteri sözleşmesinde geminin ticari yönetiminin tahsis olunana ait olduğu hüküm altına alındıktan sonra, 1135. maddede, “Geminin ticari işletilmesinden doğan giderlere tahsis olunanın katlanacağı katları” hükmüne yer verilmiştir. Aynı maddede, geminin ticari işletilmesinden doğan giderlere örnek olarak “makinelere düzenli bir şekilde işlemini sağlayacak nitelik ve miktarda yakıtın sağlanması için gerekli giderler” açıkça ve sınırlayıcı olmamak üzere belirtilmiştir. HGB’de ise, geminin ticari olarak işletilmesi ifadesine yer verilmemekle birlikte, geminin işletilmesinden doğan ücretlerin, bu kapsamda özellikle liman ücretlerinin, kılavuzluk ücretlerinin ve geminin işletilmesi için ihtiyaç duyulan yakıtın tedariki için yapılan masrafların charterer tarafından karşılayacağı düzenlenmiştir (HGB §564). Uygulamada kullanılan standart charter partilerde chartererin geminin ticari işletilmesinin gereği olarak karşılamakla yükümlü olduğu kalemler ayrıntılı şekilde düzenlenmektedir. Ayrıca bkz Paschke (n 1) § 564 Nr 1; Sager (n 1) § 557 Nr 5; Rabe ve Bahnsen (n 1) § 564 Nr 1 vd; Yoshimoto (n 1) 458. Standart charter partilerde yer verilen örnek şartlar için bkz NYPE 93 Par .7; SHELLTIME 4 Par .7; NYPE 2015 Par .7; SUPPLYTIME 2017 Par .9,10.)

⁸ Yazıcıoğlu, *Deniz Ticareti Hukuku* (n 1) 325. Geminin işletilmesinden ileri gelen ve chartererin ödemekle yükümlü olduğu giderler hakkında ayrıntılı açıklamalar ve örnekler için bkz Yoshimoto (n 1) 458.

Zaman charteri sözleşmesinde “ticari yönetimin” devrinin sözleşmenin esaslı unsuru olduğu belirtilmelidir. Öyle ki, HGB §557,1’de zaman charteri sözleşmesinde tarafların yükümlülüklerinin belirlendiği maddede, TTK’daki gibi “ticari yönetim” ifadesini açıkça kullanmayan ve “belli bir geminin kullanımının belirli bir süreliğine mürettebatı ile birlikte charterere tahsis etmeyi ve bu gemi ile yük veya yolcu taşımayı veya sözleşmede kararlaştırılan diğer bir edimi ifa etmekle yükümlü olduğunu” hüküm altına alan Alman Kanun Koyucu, hükmün sonraki fıkrasında, açıkça “zaman charteri sözleşmesine ilişkin §557-569 arasındaki düzenlemelerin ancak chartererin zaman charteri sözleşmesini deniz seyrüseferi ile kazanç elde etme amacı ile akdettiği haller bakımından uygulanacağı” yönünde bir hüküm getirmiştir. (HGB §557,2). Ayrıntılı açıklamalar için bkz Paschke (n 1) § 557 Nr 7; Rabe ve Bahnsen (n 1) § 557 Nr 6; Czerwenka (n 1) §557 Nr 11 vd.

gibi standart form sözleşmeler esas alınmak suretiyle akdedilmektedir⁹. Diğer taraftan, taraflar bazen zaman çarteri sözleşmesinin akdinde esas aldıkları bu standart çarter partilere de somut olayın şartlarına göre bazı klozlar da eklemekte ve çarter partilerde neredeyse istisnasız şekilde uygulanacak hukuka, yetkili mahkemeye ve tahkime ilişkin şartlara da yer verilmektedir¹⁰. Bu durum, 6102 sayılı TTK’da yer alan zaman çarteri sözleşmesi hükümlerinin uygulanması ihtimalini önemli ölçüde zayıflatmaktadır¹¹.

II. “Off Hire” Klozuna İlişkin Genel Esaslar ve COVID-19 Salgınının Yarattığı Olağanüstü Şartlar Bakımından Standart Çarter Partilerdeki “Off-Hire” Klozlarının İncelenmesi

A. Tanımı ve Özellikleri

Zaman çarteri sözleşmesinde, çarterer gemiyi ticari yönetim hakkının karşılığı olarak tahsis ücretini kararlaştırıldığı şekilde ödemek yükümlülüğü altındadır. Zaman rizikosunun çarterer tarafında olduğu bu sözleşme türünde, bazı olağanüstü durumlarda gecikme rizikosunu çarterer lehine dengelemek amacıyla çarter partilere bazı kayıtlar eklenmektedir. “Off-hire” olarak adlandırılan¹² bu klozlar sayesinde, donatanın zaman çarteri sözleşmesi hükümleri çerçevesinde “gemiyi çartererin ticari kullanımına tahsis etmek” borcunu yerine getiremediği bazı istisnai haller bakımından, çartererin, “klozda öngörülen” şartlara göre tahsis ücreti ödeme borcundan kurtulacağı öngörülmektedir¹³.

⁹ Zaman çarteri sözleşmelerine ilişkin TTK m. 1131-1137’ye ilişkin madde gerekçesinde, “..... 6762 sayılı Kanunda bu sözleşmelere ilişkin kapsamlı bir düzenleme bulunmamaktadır. Uygulamada taraflar böyle bir sözleşme ile borç altına girmek istediklerinde çoğunlukla tip sözleşmelere başvurumaktadırlar. Bu sözleşmelerde hüküm bulunmayan hallerde hangi genel hükümlerin uygulanabileceği tereddütlere sebep olmuştur. Bu sebeple milletlerarası uygulamanın ışığında, 1966 tarihli Fransız Kanunu ve Kararnamesi dikkate alınarak zaman çarteri sözleşmesinin düzenlenmesine gerek görülmüştür.” şeklinde izah edilmiş ise de, uygulamada kullanılan standart çarter partilerde son derece ayrıntılı düzenlemelerin yer aldığı; TTK m.1131-1137 arasındaki düzenlemelerin bu hükümlere kıyasla çok daha genel nitelikli olduğu ve uygulamada akdedilen zaman çarteri sözleşmelerinin neredeyse istisnasız olarak bu ayrıntılı hükümlerin yer aldığı standart form sözleşmelere istinaden yapıyor olması karşısında TTK hükümlerine ihtiyaç duyulmayacağına dikkat çekilmelidir. Bu nedenle gerekçe de yer verilen ifadeler kanaatimizce isabetli ve gerçekçi değildir.

¹⁰ Açıklamalar için bkz Ülgener, *Çarter Sözleşmeleri II* (n 1) 6.

¹¹ 6102 sayılı TTK’nın madde gerekçelerinde, zaman çarteri sözleşmelerine ilişkin 1131 vd.daki düzenlemelerin ihdas amacı, “Bu sözleşmelerde hüküm bulunmayan hallerde hangi genel hükümlerin uygulanabileceği tereddütlere sebep olmuştur. Bu sebeple milletlerarası uygulamanın ışığında, 1966 tarihli Fransız Kanunu ve Kararnamesi dikkate alınarak zaman çarteri sözleşmesinin düzenlenmesine gerek görülmüştür.” şeklinde ifade edilmiş ise de, uygulamada kullanılan zaman çarteri sözleşmelerinde uygulamada ihtilafa sebebiyet verebilecek pek çok hususun zaten son derece ayrıntılı şekilde düzenlenmiş olması ve TTK’daki zaman çarteri hükümlerinin ise bir o kadar “genel” nitelikli olması karşısında gerekçedeki bu açıklamaya katılmak mümkün görünmemektedir.

Bununla birlikte, Alman ve Fransız Kanun Koyucuların da zaman çarteri sözleşmelerini TTK’dakine benzer şekilde genel esaslarıyla düzenlediği belirtilmelidir. Öyle ki, TTK’daki zaman çarteri sözleşmelerine ilişkin hükümler, gerekçe de ifade edildiği üzere, 1966 tarihli Fransız Kanunu ve Kararnamesi esas alınmak suretiyle düzenlenmiştir.

¹² Bu tür kayıtlar çok defa “off-hire” olarak adlandırılıyor ise de, çartererin olağanüstü bazı sebepler nedeniyle ücret ödeme borcunun kesintiyi uğradığı bu halleri ifade etmek üzere, “suspension of hire”, “breakdown”, “cesser of hire” ifadelerinin de kullanıldığı görülmektedir. Açıklamalar için bkz O’Brien (n6) 965. Bu hususta bkz BALTIME 1939, Par. 11’de geminin kullanım dışı sayılacağı halleri ifade etmek üzere “Suspension of Hire” kavramı tercih edilmiştir.

¹³ Ayrıntılı açıklamalar için bkz Braden Vandeventer, ‘Analysis of Basic Provisions of Voyage and Time Charter Par ies’ (1974-1975) 49 Tul Law Rev 806, 826 vd; O’Brien (n 6) 962 ve 966, 968; Michael Marks Cohen, ‘Confusion in the Drafting and Application of Off-Hire Clauses’ (1978) 9 J Mar L & Com 343, 343. Off-hire klozlarının, istisnai nitelikte olduğu ve sadece çartererin yararına hizmet ettiği gözetildiğinde dar yorumlanması gerektiği hakkında bkz John Weale, ‘The NYPE Off-Hire Clause and Third Par y Intervention: Can an Efficient Vessel Be Placed Off-Hire’ (2002) 33 J Mar L & Com 133, 138. Off-hire klozlarının yorumlanması hakkında bkz Rabe ve Bahnsen (n 1) Nr 36-39.

Uygulamada sıklıkla ihtilaflara sebebiyet veren off-hire klotları, donatanın veya fiillerinden sorumlu olduğu kişilerin kusurundan bağımsız olarak ve sözleşmedeki tarafların sorumluluğunu ortadan kaldıran mücbir sebep, deniz tehlikesi gibi sözleşme şartlarından etkilenmeksizin uygulanmaktadır¹⁴. Bununla birlikte, standart çarter partilerin her birinde farklı off-hire klotlarına yer verilmekte, bu nedenle geminin kullanım dışı (off-hire) sayılmasına imkân veren sebepler ile off-hire halinde tahsis ücretinin ödenmesine ve geminin kullanım dışı sayılacağı sürenin belirlenmesine ilişkin esaslar çarter partide yer alan klotun kapsamına göre değişiklik göstermektedir¹⁵.

Uygulamada off-hire halinde zaman kaybının belirlenmesi bakımından farklı iki türde kayıt kullanılabilir; bazı off-hire klotlarında, “geminin tahsis edildiği gayeye uygun olarak faaliyette “bulunmadığı” zaman parçası” kayıp zaman olarak değerlendirilirken (*net loss of time clauses*), bir diğer kısmında ise kayıp zamanın tespitinde geminin tahsis edildiği gayeye uygun olmaktan çıktığı zaman dilimi dikkate alınmaktadır (*period clauses*)¹⁶. Diğer taraftan, çarter partilerin önemli bir kısmında uygulamada ortaya çıkabilecek ihtilafların önüne geçmek amacıyla, off-hire kuralının uygulanabilmesi ve bu çerçevede çarterlerin tahsis ücreti ödemekten kurtulabilmesi için “belli bir sürenin geçmiş olması” aranmaktadır¹⁷. Bu yöndeki düzenlemelerin varlığı halinde ortaya çıkan bir sakınca ise, çok defa geminin ticari bakımdan kullanılabilir durumda olmadığı sürenin hükümde öngörülen “belli süreden” daha kısa olması nedeniyle off-hire klotunun işlerlik kazanamamasıdır¹⁸. Bu sakıncanın önüne geçebilmek amacıyla ise, uygulamada kullanılan bazı çarter partilerde “toplam gecikme süresi” düzenlemesine yer verilmektedir. Bu halde, sürenin sona ermesi ile birlikte tüm zaman kayıpları toplanarak buna göre tahsis ücreti kesintisi yapılmaktadır.

¹⁴ Weale (n 13) 137; Vandeventer (n 13) 826; Ülgener, *Çarter Sözleşmeleri II* (n 1) 128. Bununla birlikte, uygulamada kullanılan standart çarter partilerde, çok defa off-hire sebebi teşkil eden olayın ortaya çıkışı bakımından çarterlerin veya onun fiillerinden sorumlu olduğu kişilerin kusurlarına sonuç bağlandı; geminin kullanım dışı kabul edilmesine sebebiyet veren olayın ortaya çıkmasında çarterler veya onun fiillerinden sorumlu kişilerin kusurunun etkili olduğu durumlarda geminin ticari bakımdan kullanılabilir olmadığı bu süre için çarterlerin tahsis ücreti ödeme borcunun devam edeceği yönünde kayıtlara yer verildiği görülmektedir.

Uygulamada kullanılan bazı çarter partilerdeki off-hire klotlarında, off hire sebebi olarak zikredilen bazı hallerin çarterler veya onun sorumlu olduğu şahısların kusur ve ihmallerinden ileri gelebileceğinin göz ardı edildiği; bu durumun bir sonucu olarak donatanın aslında çarterlerin kusuru nedeniyle sebebiyet vermiş olduğu bir durum nedeniyle aslında hak etmiş olduğu navlunu alamayabileceği; ancak sonradan zarara uğradığını ileri sürerek dava yolu ile bunu tazminat esasları çerçevesinde talep edebildiği; bu sakıncanın çarter partilerde yer alan kaydın değiştirilmesi ve “çarterlerin kusuru bulunmadığı takdirde” cümlesinin eklenmesi ile bertaraf edilebileceği yönünde bkz. Fehmi Mehmet Ülgener, “Zaman Çarteri Sözleşmesinde Gecikmeden Dolayı Donatanın Sorumluluğu (Off-Hire Klotu)” (1990) 15 Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 21, 26. Yazar ayrıca, navlun sözleşmesinin ifası sırasında ortaya çıkabilecek ve çarterlerin faaliyet sahasından kaynaklanmakla birlikte çarterlerin kusurunun sebebiyet vermediği off-hire sebepleri bakımından, çarter partilere sonradan eklenecek bu yöndeki kayıtların da zaman zaman yetersiz kalabileceğini ifade etmektedir. Açıklamalar için ayrıca bkz. Cohen (n 13) 346.

¹⁵ Vandeventer (n 13) 826.

¹⁶ Ayrıntılı açıklamalar için bkz. Rabe ve Bahnsen (n 1) § 565 Nr 34; Terence Coghlin, Andrew Baker, Julian Kenny ve John Kimball, *Time Charters* (6. Bası 2008) 453 vd. Ayrıca bkz. O’Brien (n6) 968 vd; Vandeventer (n 13) 826. Brüt kayıp zamanın esas alındığı off hire klotlarının (period clauses) çarterler lehine iken, net zaman kaybına ilişkin olanlarının ise donatan lehine sonuç doğuracağı hakkında bkz. Ülgener, *Çarter Sözleşmeleri II* (n 1) 130 vd.

¹⁷ O’Brien (n6) 968-969.

¹⁸ Açıklamalar için bkz. Ülgener, Off Hire (n 15) 31.

Off-hire klozunun uygulanabilmesi ve çartererin geminin hareketsiz kalması nedeniyle kaybedilen zaman dilimi bakımından tahsis ücreti ödemekten kurtulabilmesi için sözleşmede “off-hire” sebebi olarak sayılan hallerden herhangi birinin gerçekleşmiş olması, tek başına yeterli değildir. Aynı zamanda geminin tahsis edilmiş olduğu amaca uygun olarak kullanılamamış olması nedeniyle ortaya çıkan zaman kaybı ile çarter partide açıkça zikredilen bu off-hire sebebinin gerçekleşmiş olması arasında illiyet bağı bulunması gerektiğine dikkat çekilmelidir¹⁹. Buna göre, uygulamada kullanılan standart çarter partiler ve mahkeme kararları uyarınca, çartererin tahsis ücreti ödeme borcundan kurtulabilmesi için, çarter partide off-hire sebepleri arasında sayılan hallerden birinin gerçekleştiğini; bu sebeple geminin belirli bir süre istihdam edilemediğini ve geminin tahsis edildiği gayeye uygun olarak kullanımının kesintiye uğradığını ispat etmesi gerekmektedir²⁰.

B. Geminin Kullanım Dışı (Off-Hire) Kalmasına Sebep Olan Haller

1. Genel olarak

Uygulamada zaman çarteri sözleşmeleri, neredeyse istisnasız şekilde standart form sözleşmeler çerçevesinde akdedilmektedir. Bu standart çarter partilerde, tarafların sözleşmeden doğan temel edimleri bakımından genel itibarıyla yeknesaklık söz konusu ise de, bunun dışında sözleşmenin ifasına yönelik pek çok hususta farklı düzenlemelere yer verilmektedir. Ayrıca, bazen somut olayın gerekli kıldığı ihtiyaçlar doğrultusunda, tarafların standart form sözleşmelerde yer alan hükümleri de değiştirdikleri veya duruma göre bu standart sözleşmelere yeni hükümler ekledikleri de görülmektedir. Standart çarter partilerin hemen hemen hepsinde off-hire hükümlerine yer verilmeyle birlikte, “geminin kullanım dışı sayılmasını mümkün kılan sebepler” ile geminin kullanım dışı sayılması halinde tahsis ücreti kesintisine esas teşkil edecek “zaman kaybının” ve “ücrette yapılacak kesintinin” belirlenmesi bakımından her birinde farklı esaslar getirilmiştir. Çarter partilerde çok defa farklı şekilde ifade edilmekle birlikte, “personel yetersizliği, gemideki arızalar ve buna bağlı zararlar, hız kayıpları, aşırı yakıt tüketimi, yükleme ve boşaltma kapasitesinde düşüş, yükleme-boşaltma teçhizatındaki elverişsizlik, çatma- karaya oturma, ihtiyati haciz, müsadere ve sapma” gibi hallerin yanı sıra, “savaş, hastalık ve karantina tedbirleri” gibi doğrudan gemiden kaynaklanmayan durumların da “off-hire” sebebi olarak sayıldığına dikkat çekilmelidir. Bunun yanı sıra, aşağıda daha ayrıntılı şekilde inceleneceği üzere, uygulamada kullanılan standart çarter partilerde, özel off-hire sebepleri ile birlikte genel nitelikte off-hire kayıtlarına da yer verildiği görülmektedir. Uygulamada akdedilen sözleşmelerde off-hire sebeplerinin çeşitliliği nedeniyle, geminin ticari bakımdan kullanılabilir durumda bulunmadığı zaman

¹⁹ Bkz Ülgener, *Off-Hire* (n 15) 27; Weale (n 13) 141.

²⁰ Ülgener, *Çarter Sözleşmeleri II* (n 1) 134; Weale, 138.

diliminde kullanım dışı sayılıp sayılmayacağı, her bir somut olay bakımından ayrıca değerlendirilmelidir.

2. COVID-19 Salgınının Tahsis Ücreti Ödeme Borcu Üzerindeki Etkisinin Standart Çarter Partilerdeki Off-Hire Klozları Çerçevesinde Değerlendirilmesi

Tüm dünyayı kısa süre içinde etkisi altına alan ve 11 Mart 2020 tarihinde, Dünya Sağlık Örgütü tarafından pandemi ilan edilmesiyle birlikte pek çok alanda sert önlemler alınmasına sebebiyet veren korona virüs salgını, ticaret hayatında önemli bir gerileme yaratmıştır. Salgından, dünya ticaretinde etkin rol oynayan deniz taşımacılığı da büyük ölçüde etkilenmiş; salgının yayılmasını önlemek amacıyla getirilen sınırlamalar, deniz yoluyla yük veya yolcu taşınmasını zorlaştırmış hatta zaman zaman imkânsız hale getirmiştir.

Dünya Sağlık Örgütü, daha salgının ilk dönemlerinde, ticaret hayatının işlemlerini engelleyecek dahi olsa, insanların ve eşyaların dolanımının durdurulmasının, salgınla mücadelede önem taşıdığını vurgulamış ve bir dizi tavsiye kararı yayınlamıştır²¹. Dünya Sağlık Örgütünün tavsiye kararları doğrultusunda, salgınının da etkisini arttırması ile birlikte, ülkemiz de dâhil pek çok ülkede çok sıkı önlemler alınmış ve zaman zaman deniz yolu ile taşımacılık durma noktasına gelmiştir. Pek çok ülkede COVID-19 salgınının olumsuz etkilerini en aza indirmek ve salgının yayılmasını engellemek amacıyla limanlara gelen “gemilere yönelik” birtakım tedbirler aldıktan başka, “ticaretin devamını sağlamaya” yönelik bazı yeni uygulamalar geliştirilmiştir. Bu çerçevede, gemilerin limana girişinden önceki safhada yapılması gereken bildirimle ilişkin süreler uzatılmış; limanlara giriş bakımından geminin limana girişinde tıbbi yönden sakınca bulunmadığına dair serbest pratika²² düzenlenmesi, gemilerin giriş yaptıkları son limanların tespit edilerek yakın zamanda riskli liman olarak nitelendirilen limanlara giriş yapan gemilerin limana girişinin engellenmesi; gemilerin dezenfekte edilmesi; gerektiği takdirde karantinaya alınması; temasın asgari seviyeye indirilmesi için fiziki evrak teslimi ile yapılan bazı işlemlerin ve bildirimlerin elektronik posta yolu ile veya online olarak yapılması gibi birtakım tedbirlere başvurulmuş hatta bu süreçte limanların gemi giriş-çıkışına kapatılmasına kadar varan ciddi sınırlamalar getirilmiştir²³.

²¹ Dünya Sağlık Örgütü tavsiyeler için bkz (Çevrimiçi), <https://www.who.int/news-room/articles-detail/updated-who-recommendations-for-international-traffic-in-relation-to-covid-19-outbreak>, 8 Haziran 2020

²² 9 Mayıs 2008 tarihli Gemi Sağlık Resmi Kanunu Uygulama Yönetmeliği m.4(f) uyarınca “sebest pratika”, “Genel olarak, gemideki sağlık durumunun incelenmesi suretiyle, geminin Türk kıyı ve limanlarıyla ihtilâ altında sıhhi bir sakınca olmadığını tespit edip belgelemeyi” ifade etmektedir.

²³ Ülkemizde limanlarda alınması gereken önlemler esas itibarıyla, Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığı tarafından hazırlanan 16.03.2020 tarih ve 2020/2 sayılı Genelge ile düzenlenmiş, bununla birlikte sonraki süreçte de ihtiyaçlar çerçevesinde yeni düzenlemeler de getirilmiştir.

COVID-19 salgınından dolayı alınan önlemler nedeniyle, deniz yolu eşya taşımacılığında uzun zamandan beri süregelen ve eşyanın uzak limanlar arasında hızlı bir şekilde nakledilmesini sağlayan olağan yöntemler terk edilmiş; bu durum, eşyanın bir yerden diğer bir yere taşınması sürecini oldukça uzatmış ve hatta limanlara girişin yasaklandığı durumlarda eşyanın taşınmasını limanın tekrar açılmasına kadar olan zaman dilimi boyunca imkânsız hale getirmiştir. Dolayısıyla, salgın süresince zaman çarteri sözleşmeleri bakımından, çarterlerin ticari yönetim hakkı kapsamında vermiş olduğu talimatların yerine getirilmesi de zorlaşmış olup, gemilerin limana girişi, yüklerin limandan teslim alınması ve varna limanında teslim edilmesindeki zorluklar karşısında çarterlerin sözleşme hükümleri çerçevesinde elde ettiği ticari yönetim hakkını kullanması zaman zaman mümkün olamamıştır. Yukarıda da ifade edildiği üzere, zaman çarteri sözleşmelerinde, geminin ticari bakımdan kullanılabilir olmadığı süreçte çarterlerin tahsis ücreti ödeme borcundan kurtulmasını öngören off-hire klozlarına yer verilmekte ise de, bu kayıtlar her çarter partide farklı şekilde düzenlenmekte ve çok defa hâlihazırdaki COVID-19 salgını gibi bir salgın hastalığın mevcudiyeti, geminin kullanım dışı sayılması bakımından tek başına yeterli olmamaktadır.

Standart çarter partilerde, COVID-19 salgını nedeniyle geminin kullanım dışı sayılmasını mümkün kılacak farklı türde off-hire klozlarının bulunması karşısında, çarter partilerde yer alan ve salgın nedeniyle geminin off-hire hale gelerek çarterlerin bu süreç için ücret ödeme yükümlülüğünden kurtulmasına imkân verebilecek bazı off hire sebeplerinin ve bu klozlar çerçevesinde geminin hangi esaslara göre kullanım dışı sayılacağına tespiti, içinde bulunduğumuz koşullarda önem arz etmektedir.

a. Gemideki Hastalık ve Karantina Tedbirleri

Uygulamada kullanılan bazı standart çarter partilerde, “gemideki hastalık ve karantina tedbirleri”, off-hire sebepleri arasında açıkça sayılmaktadır. COVID-19 salgını süresince, gerçekleşme ihtimali son derece yüksek olan bu hallerin geminin kullanım dışı sayılmasına sebebiyet verebilmesi için somut olayda kullanılan çarter partide bu hususta açık bir hükmün yer alması ve hükümde belirtilen şartların gerçekleşmiş olması gerekmektedir. Her bir standart çarter partide farklı off-hire sebeplerine yer verilmesi ve geminin kullanım dışı sayılması halinde tahsis ücretinde yapılacak kesintinin belirlenmesi de dâhil olmak üzere geminin “off-hire” durumu bakımından farklı esasların öngörülmesi karşısında, uygulamada kullanılan standart çarter partilerdeki ilgili hükümlerin incelenmesi önem taşımaktadır.

Uygulamada sıklıkla tercih edilen ve 2003 tarihinde güncellenen SHELLTIME 4 standart çarter partisinde karantina uygulanması halinde geminin kullanım dışı kabul edilmesine imkân verecek açık bir kayıt yer almaktadır (SHELLTIME 4, Par.21/

iv). Bu kayda göre, kaptan, mürettebat veya görevlilerin karadaki enfekte olmuş bir bölge (*infected area*) ile irtibat geçmiş olması nedeniyle uygulanan karantinadan kaynaklanan gecikmeler off-hire sebebi olarak sayılmıştır²⁴. Bununla birlikte, bu sözleşme hükmünde, geminin ticari olarak kullanılmamasında chartererin katkısının bulunması ihtimali bakımından ise açık bir istisna getirilmiş; hükme, “çartererin veya çartererin temsilcilerinin yazılı izni veya talimatı olmaksızın” şeklinde bir ifade eklenmiştir. Bu şekilde, çartererin yazılı izin veya talimatı çerçevesinde karadaki enfekte olmuş bir bölge ile temas nedeniyle uygulanan karantina tedbirlerinden dolayı çartererin tahsis ücreti ödeme borcunda kesinti yapılmasının önu kesilmiştir. Diğer taraftan bu kayıt uyarınca, karantina tedbirinin uygulanması tek başına yeterli olmayıp, ayrıca karantina nedeniyle bir gecikmenin meydana gelmiş olması aranmaktadır. Bu şart, ilgili kaydın başında, “gemi hizmetinin kesintiye uğraması, geminin performansında azalma veya diğer herhangi bir surette zaman kaybının ortaya çıkmış olması” şeklinde ifade edilmiştir²⁵.

SHELLTIME 4’te, “Off-hire” başlıklı paragrafta, geminin COVID-19 salgını çerçevesinde kullanım dışı sayılmasını mümkün kılacak bir diğer sebep daha yer almaktadır. Buna göre, “tıbbi yardım veya tedavi alınması amacıyla veya hasta veya yaralı bir kişinin veya cesedin karaya çıkarılması” nedeniyle kaybedilen süre de geminin kullanım dışı kalmasına sebebiyet verebilecektir²⁶ (SHELLTIME 4, Par.21/(iii)). Yukarıda bahsedildiği üzere, “karantina” klozu ile benzer şekilde, geminin kullanımını engelleyen bu off-hire sebebinin de çarterer veya temsilcisi ile bağlantılı olarak ortaya çıkmış olması ihtimali özel olarak düzenlenmiştir. Buna göre, karaya çıkarılması gereken yaralı veya hasta kişinin veya cesedin çartererin temsilcileri²⁷ olması durumunda gemi kullanım dışı sayılmayacaktır. Bununla birlikte, bu off-hire sebebinde, “karantina” halinden farklı olarak, “tıbbi yardım/tedavi alınmasını veya hasta veya yaralı kişinin karaya çıkarılması”nı gerektiren durumun geminin kullanım dışı kalmasına sebebiyet verebilmesi için belli bir ağırlığa ulaşmış olması aranmıştır. Bu hüküm çerçevesinde, bu sebeple ortaya çıkan zaman kaybının kesintisiz üç saatten uzun bir süre boyunca devam etmemesi durumunda gemi kullanım dışı sayılmayacak ve çartererin ücret ödeme borcu kesintiye uğramadan devam edecektir²⁸.

²⁴ “..... due to any delay in quarantine arising from the master, officers or crew having had communication with the shore at any infected area without the written consent or instructions of Charterers or their agents,.....”

²⁵ “On each and every occasion that there is loss of time (whether by way of interruption in the vessel’s service or, from reduction in the vessel’s performance, or in any other manner....” (SHELLTIME 4, Par 21/a)

²⁶ “for the purpose of obtaining medical advice or treatment for or landing any sick or injured person (other than a Charterers’ representative carried under Clause 17 hereof) or for the purpose of landing the body of any person (other than a Charterers’ representative).....”

²⁷ Hükümde yer verilen “çartererin temsilcisi (*charterers’ representative*) ile kastedilen ise SHELLTIME 4, Par 17’deki düzenleme çerçevesinde çartererin gemiye gönderdiği temsilcilerdir. “İhtiyaç fazlası çalışanlar (*Supernumeraries*)” başlıklı sözleşme hükmü çerçevesinde, çarterer gönderdiği her bir temsilci için günlük belli bir meblağ ödemek suretiyle, çarter sözleşmesine istinaden yapılmakta olan seferlerde geminin uygun konaklama alanlarında kalmak üzere gemiye temsilciler gönderilecektir.

²⁸ “...such loss continues for more than three consecutive hours”

Bu halde, SHELLTIME 4 Par.21 çerçevesinde, hükümde sayılan ve içinde bulunduğumuz COVID-19 salgını döneminde karşılaşılması kuvvetle muhtemel olan bu şartların sağlanması durumunda karantina tedbirini uygulanan geminin, zaman kaybının başladığı andan tekrar hazır ve hizmetini devam ettirebilmeye elverişli hale gelmesine kadar olan süreç boyunca off-hire konumunda sayılmasının ve çarter partideki açık hüküm gereği, karantinadan dolayı kaybedilen süre için tahsis ücreti ödenmeyeceğinin ihtimal dâhilinde olduğu söylenebilir. Bununla birlikte, geminin bu hüküm çerçevesinde off-hire konumunda kabul edildiği zaman diliminde geminin vermiş olduğu hizmet veya yaptığı seyir, tahsis ücretinde yapılacak indirimin belirlenmesinde dikkate alınacaktır²⁹ (SHELLTIME 4 Par. 21).

SHELLTIME 4 standart çarter partisine benzer şekilde SUPPLYTIME 2017’de de “geminin karantinası” çarterlerin ödeme yükümlülüğünün kesintiye uğramasını sağlayan bir off-hire sebebi olarak düzenlenmiştir³⁰. Nitekim SUPPLYTIME 2017’nin “Off-hire” başlıklı ve 13 numaralı paragrafı uyarınca, enfekte olmuş alandaki liman veya başka bir gemi ile mürettebatın temasından kaynaklanan ‘karantina veya karantina riski’, geminin off-hire sayılmasına sebebiyet verecektir. Bununla birlikte, karantina veya karantina riskinin, mürettebatın enfekte olmuş alanda bulunan liman veya diğer gemi ile “çarterlerin talimatı çerçevesinde veya çarterlerin yazılı iznine istinaden” temas etmiş olmasından ileri gelmesi ihtimalinde, hükümdeki off-hire şartı sağlanmayacak ve çarterer geminin ticari bakımdan kullanılabilir durumda olmadığı zaman dilimi için de ücret ödemeye devam edecektir³¹ (SUPPLYTIME 2017, Par.13/a (ii)).

COVID-19 salgınının, ortaya çıktığı günden bu yana çok sayıda yük gemisinde istihdam edilen gemi adamları arasında hastalık belirtilerinin görüldüğü, gemideki mürettebatın hastalık nedeniyle yaşamını yitirdiği³² ve gemi ile mürettebatın karantinaya

²⁹ “.....provided, however, that any service given or distance made good by the vessel whilst off-hire shall be taken into account in assessing the amount to be deducted from hire.....”

³⁰ Uygulamada zaman çarteri sözleşmelerinin akdinde sıklıkla kullanılan BALTIME 1939, NYPE 93 ve NYPE 2015 standart çarter partilerinde ise, doğrudan “gemideki hastalık ve karantina tedbirleri”ni doğrudan off-hire sebebi olarak nitelendiren bir hüküm yer almamaktadır

³¹ “... shall not cease in the event of the Vessel being prevented from working as aforesaid as a result of:.....quarantine or risk of quarantine unless cause by the crew having communication with the shore other vessel at any infected area not in connection with the employment of the Vesse without the consent or the instructions of the Charterers.....”

³² Çok yakın zamanda, ülkemiz karasularında da benzer bir olay yaşanmıştır. Çin merkezli COSCO Shipping Bulker Şirketine ait olan ve Hong Kong bayraklı Feng De Hai isimli gemi, İstanbul Boğazı’ndan geçmek üzere demirleme alanında beklediği sırada gemi kaptanının korona virüs nedeniyle hayatını kaybettiği belirlenmiş ve gemi karantinaya alınmıştır. <https://www.lojport.com/cosco-kaptani-bogaz-girisinde-virusten-oldu-107429h.htm> Erişim tarihi: 11 Haziran 2020.

alındığı bilinmektedir³³. Bu nedenle, SUPPLYTIME 2017 ve SHELLTIME 4'te açıkça off-hire sebebi olarak zikredilen “gemideki hastalık ve geminin karantinası”, zaman çarteri sözleşmeleri bakımından salgın süresince karşılaşılma olasılığı oldukça yüksek bir off-hire sebebi olarak karşımıza çıkmaktadır³⁴.

b. Belgelerin Eksikliği

Zaman çarteri sözleşmelerine ilişkin standart çarter partilerde, geminin seyri için gerekli olan “gemiyle ilgili bazı belgeler” ile “gemi adamlarına ilişkin belgelerin” eksikliği off-hire sebebi olarak düzenlenmekte ve bu nedenle kaybedilen zaman bakımdan çartererin ücret ödemekle yükümlü olmayacağına ilişkin kayıtlara yer verilmektedir.

Daha önce de ifade edildiği üzere, zaman çarteri sözleşmelerinde geminin ticari yönetimi çarterere bırakılırken, teknik yönetimi ise donatanda kalmaya devam etmektedir. Geminin teknik yönetimini elinde bulunduran donatan, gemiyi kararlaştırılan tarihte ve yerde hazır ve tahsis amacına elverişli halde bulundurmaktan başka ayrıca gemiye ve gemi adamlarına ilişkin bazı belgeleri temin etmek, sözleşme süresi boyunca bu belgelerin devamlılığını sağlamak ve gemide bulundurmakla da yükümlüdür³⁵. Nitekim uygulamada kullanılan standart sözleşmelerde, donatanın temin etmesi gereken belgeler ayrıntılı bir şekilde düzenlenmektedir. NYPE 2015 standart çarter partisinde, donatanın yükümlülükleri arasında, “Uluslararası tonaj sertifikası, Süveyş ve Panama tonaj sertifikaları, sicil kayıt belgeleri, geminin dayanıklılığı, güvenliği ve geminin donanımının elverişliliğine ilişkin belgeler de dâhil olmak ancak bunlarla sınırlı olmamak üzere, geminin kabul edilen sınırlar dâhilinde ticaret yapabilmesi için gerekli olan belgelerin temin edilmesi ve devamlılığının

³³ Salgının başladığı günden beri dünya çapında çok sayıda yük ve yolcu gemisi için karantina tedbiri uygulanmıştır. Örnek bir olay için bkz <http://www.maritimebulletin.net/2020/05/13/panamax-container-ship-under-quarantine-until-may-16-brazil> Erişim tarihi: 13 Haziran 2020. 17 Mayıs 2020’de, Panama bayraklı Barbara isimli konteyner gemisi, gemideki 10 mürettebatın covid-19 testlerinin pozitif çıkmasının ardından, test sonucu pozitif çıkan mürettebatın herhangi bir yoğun bakım veya tedavi ihtiyacı olmadığı ve hastalık belirtisi dahi göstermediği halde Brezilya’nın Santos Liman’nda karantinaya alınmıştır.

İleride ayrıntılı şekilde ifade edileceği üzere, gemi ve mürettebat üzerinde karantina uygulaması aynı zamanda gemi hizmetlerinin ifasında önemli rol oynayan gemi adamlarının yetersizliği (*deficiency of crew*) ihtimalini gündeme getirecektir. Hastalık nedeniyle uygulanan karantina tedbirlerinin gemi adamlarının yetersizliğine sebebiyet verebileceği ve bu nedenle gemiye yeni gemi adamları alınıp gemi çalışabilir hale gelinceye kadar “gemi adamlarının yetersizliğinden” ileri gelen bir off-hire durumunun söz konusu olabileceği hakkında bkz Coghlin, Baker, Kenny ve Kimball (n 16) 460.

³⁴ Bununla birlikte bazı çarter partilerde, güvenli liman (*safe port/safe berth*) kavramının bir görünümü olarak, çartererin güvenli olmayan ve salgın hastalığın mevcut olduğu bir liman bakımından talimat veremeyeceği yönünde hükümlere yer verildiği belirtilmelidir. SHELLTIME 4 Par 4(c)’de de bu yönde bir kloz yer almaktadır. Söz konusu kloza göre, “çartererler, geminin sadece güvenli yerlerde kullanılmasını sağlamak hususunda gerekli özeni göstermekle yükümlü”dür. Klozun devamından anlaşıldığı üzere, çarter partide geçen “güvenli yerler (*safe places*)” terimi, geminin her zaman güvenli şekilde yüzebildiği limanlar, rıhtımlar, demir yerleri, denizaltı hatları, iskeleleri, gemi bordalarını ve denizin kapsadığı diğer alanları ifade etmektedir. (“.....*Charterers shall use due diligence to ensure that the vessel is only employed between and at safe places (which expression when used in this charter shall include ports, berths, wharves, docks, anchorages, submarine lines, alongside vessels or lighters, and other locations including locations at sea) where she can safely lie always afloat*....). Güvenli liman kavramı hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz Ülgener, *Çarter Sözleşmeleri II* (n 1) 163 vd; Nunes (n 1) 569 vd; Steven M Rubin, ‘Safe Port and Berth Provisions in Time Charter Agreements: Apportioning Liability to Deter Accidents and Minimize Costs’ (1982) 36 U Miami L Rev 465, 470 vd.

³⁵ Açıklamalar için bkz Coghlin, Baker, Kenny ve Kimball (n 16) 169 vd.

sağlanması” da yer almaktadır (NYPE 2015 Par.6(b)). Bu belgelerin yanı sıra, NYPE 2015’te “petrol kirliliği için mali sorumluluk sertifikaları da sözleşme süresince devamlılığı sağlanması gereken belge”ler arasında sayılmaktadır³⁶. Bununla birlikte, çarter partide, gemide bulundurulması gereken, gemiye veya gemi adamlarına ilişkin belgelerin eksikliği açıkça off-hire sebebi olarak zikredilmemiş ise de, “off-hire” başlıklı 17. paragrafta, “geminin, gemideki eksikliklerden dolayı liman devleti veya diğer yetkili mercilerce alkonulması” nedeniyle kaybedilen süre bakımından kullanım dışı sayılacağı ve tahsis ücretinin ödenmeyeceği düzenlenmiştir³⁷.

FONASBATIME standart çarter partisinde, mürettebatın sağlık sertifikaları, gemi ile ilgili sertifikalar ve Panama ve Süveyş Kanalları ölçüm sertifikaları da dâhil olmak üzere olağan hizmetlerin ifası için gerekli sertifikaların eksikliği off-hire sebebi olarak düzenlenmiştir. Bununla birlikte, sınıflandırma kuruluşları tarafından verilen denize elverişlilik sertifikalarının eksikliğinden ileri gelen gecikmeler de bu kloz çerçevesinde off-hire sebebi teşkil etmektedir³⁸. Çarter partide yer alan bir başka paragrafta ise “yük donanımı sertifikalarındaki eksiklikten ileri gelen gecikme”nin geminin kullanım dışı olmasına sebebiyet vereceği hüküm altına alınmıştır³⁹.

COVID-19 salgınının denizcilik alanındaki önemli bir etkisi de gemiye ve gemi adamlarına ilişkin sertifikaların verilmesi bakımından ortaya çıkmış, salgın nedeniyle bu sertifikaların düzenlenmesi veya yenilenmesi son derece zorlaşmış veya mümkün olamamıştır. Bu durumu göz önünde bulunduran IMO⁴⁰, salgın ortaya çıkmasından sonraki süreçte IMO üyesi devletler için gemiye ve gemi adamlarına ilişkin zorunlu sertifikalar ile ilgili bir dizi tavsiye kararı yayınlamıştır. Bu çerçevede, gemi adamlarının alması gereken sertifikaların salgın süresince temin edilmesindeki zorluk gözetilerek tavsiye niteliğinde bazı istisnai kurallar getirilmiş; 2 Nisan 2020 tarihli IMO Genelgesinde⁴¹, düzenleme mercilerine ve yetkili liman devleti mercilerine, içinde bulunan salgın koşullarında sağlık sertifikaları da dâhil

³⁶ “The Owners shall provide any documentation relating to the Vessel as required to permit the Vessel to trade within the agreed limits, including but not limited to International Tonnage Certificate, Suez and Panama tonnage certificates, Certificates of Registry, and certificates relating to the strength, safety and/or serviceability of the Vessel’s gear. Such documentation shall be maintained during the currency of the Charter Par y as necessary..... also provide and maintain such Certificates of Financial Responsibility for oil pollution to permit the Vessel to trade within the agreed limits as may be required at the commencement of the Charter Par y.”

Benzer hüküm önemsiz ifade farklılıkları ile, NYPE 93 (Par 40); SUPPLYTIME 2017 (Par 8(a), Par 11(a)); GENTIME (Par 11(e))’de de yer almaktadır. Bununla birlikte özellikle SUPPLYTIME 2017’de, sözleşme uyarınca donatan tarafından temin edilmesi gereken belgelerin, sağlık sertifikası (*sanitation certificate*) da dâhil olmak üzere oldukça ayrıntılı şekilde düzenlendiğine dikkat çekilmelidir.

³⁷ “.....or detention by Port State control or other competent authority for Vessel deficiencies.....or by any other similar cause preventing the full working of the Vessel, the payment of hire and overtime, if any, shall cease for the time thereby lost.....”

³⁸ Açıklamalar için bkz Cohen (n 13) 353; Ülgener, *Çarter Sözleşmeleri II* (n 1)144 vd.

³⁹ Fonasbatime 25.

⁴⁰ “International Maritime Organization”

⁴¹ IMO Circular Letter No.4204/Add.5/Rev.1, 4 April 2020 (*Coronavirus (COVID-19) – Guidance relating to the certification of seafarers and fishing vessel personnel*). Genelge hükümlerinin tam metni için bkz <http://www.imo.org/en/MediaCentre/HotTopics/Documents/Circular%20Letter%20No.4204%20Add.5%20Rev.1.pdf> Erişim tarihi: 11 Haziran 2020.

olmak üzere, “1978 tarihli Gemi Adamlarının Eğitim, Belgelendirilme ve Vardiya Standartları Hakkında Uluslararası Sözleşme⁴²” hükümlerine istinaden alınması gereken sertifikaların sürelerinin uzatılması ve kabulü – onaylanmasında pragmatik bir yaklaşım sergilemeleri yönünde tavsiyede bulunulmuştur.

IMO, daha sonraki bir tarihte “gemiye ilişkin bazı sertifikalar” bakımından da benzer bir Genelge yayınlamıştır. Söz konusu Genelgede⁴³, tüm gemilerin bayrak devleti idaresi ve yetkilendirilmiş kuruluşlarca sörveyinin yapılması ve bu çerçevede gerekli sertifikaların düzenlenmesi gereği belirtilmekle birlikte, COVID-19 salgınının gemi sörveylerinin yapılmasında ve diğer pek çok olağan denizcilik hizmetlerinde, birtakım aksaklıklara sebebiyet verdiği; salgın süresince sörveyi yapacakların limanlara girişinin reddedilebildiği veya salgına bağlı diğer herhangi bir sebeple gemilerin denetimlerinin yapılamadığı; sertifika alınması amacıyla sörvey yapılmasının, içinde bulunulan koşullar altında imkânsız olduğu durumlarda, bazı bayrak devletlerinin “kısa süreli sertifikalar düzenlenmesi” veya “sertifika sürelerinin mümkün oldukça uzatılması” gibi alternatif yöntemler geliştirdiği vurgulanmıştır. Salgının sebebiyet verdiği bu zorluklar gözetilerek, Genelgede, “Genel Sekreterliğin görüşünün, ‘sertifikaların geçerlik süresinin uzatılmasının, ancak olağanüstü şartlarda ve kısa süreli sertifikalar düzenlenmesi gibi alternatif bir yöntemin söz konusu olmadığı durumlarda başvurulabilecek bir çözüm olarak kabul edilebileceği’ yönünde olduğu”na ilişkin bir ifadeye de yer verilmiştir.

IMO tarafından COVID-19 salgınının yarattığı olağanüstü koşullar nedeniyle yayınlanan ve üye devletlere “tavsiye niteliğinde” kararlar içeren bu Genelgeler çerçevesinde, ülkemizin de dâhil olduğu pek çok üye devlet gemi ve gemi adamlarına yönelik sertifikalar ile ilgili olarak anılan IMO Genelgeleri ile uyumlu bazı düzenlemeler yapmıştır⁴⁴. Yapılan bu düzenlemeler ile, salgının sebebiyet vereceği aksaklıklar göz önünde bulundurularak, alınması ve gemide bulundurulması zorunlu olan gemiye ve gemi adamlarına ilişkin belgelerin süresi uzatılmış veya salgının

⁴² *International Convention on Standards of Training, Certification and Watchkeeping for Seafarers – STCW 1978*. Türkiye, söz konusu Sözleşmeye taraf olup, Sözleşmeye katılmamız, 20.04.1989 tarihli ve 3539 sayılı Kanun ile uygun bulunmuştur.

⁴³ *Circular Letter No.4204/Add.19, 2 June 2020 (Coronavirus (COVID-19) – Guidance for flag States regarding surveys and renewals of certificates during the COVID-19 pandemic)*
Genelgenin tam metni için bkz [http://www.imo.org/en/MediaCentre/HotTopics/Documents/COVID%20CL%204204%20adds/Circular%20Letter%20No.4204-Add.19%20-%20Coronavirus%20\(COVID-19\)%20-%20Guidance%20For%20Flag%20States%20Regarding%20SurveysAnd%20Renewals%20Of%20Cert.pdf](http://www.imo.org/en/MediaCentre/HotTopics/Documents/COVID%20CL%204204%20adds/Circular%20Letter%20No.4204-Add.19%20-%20Coronavirus%20(COVID-19)%20-%20Guidance%20For%20Flag%20States%20Regarding%20SurveysAnd%20Renewals%20Of%20Cert.pdf) Erişim tarihi: 11 Haziran 2020.

⁴⁴ IMO'nun COVID-19 Genelgeleri doğrultusunda üye devletlerce alınan kararlara ilişkin haftalık olarak güncellenen liste ekte için bkz <http://www.imo.org/en/MediaCentre/HotTopics/Pages/COVID-19-Member-States-Communications.aspx> Erişim tarihi: 11 Haziran 2020.

Ülkemizde de, Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığı, IMO Genelgeleri ile uyumlu bir dizi karar almıştır. 30 Mart 2020 tarihli bu karar çerçevesinde, “24 Haziran 2020 tarihinden önce sonra eren ve açıkça zikredilen bazı gemi adamı sertifikalarının süresi sona erme tarihinden itibaren herhangi bir başvuru veya onaya gerek olmaksızın 3 ay süre ile uzatılmış”; Bakanlık ayrıca, “tanınmış kuruluşları, sertifika sürelerini ve sörvey - kontrol süresini uzatmanın yanı sıra, denetimlerini uzaktan yöntemler kullanarak yerine getirme ve elektronik sertifika düzenlemek hususunda yetkilendirmiş”tir. Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığı tarafından alınan 30.03.2020 tarihli kararın IMO’ya iletilen İngilizce tam metni (“COVID-19 - Extension of Certificates of Vessel, Certificates of Seafarers and Instructions for Recognized Organizations”) için bkz https://www.hssgm.gov.tr/onlineislemler/resources/Circular_Letter%20No_4245.pdf Kararın erişim tarihi: 11 Haziran 2020.

belgelerin temini sürecinde sebebiyet verdiği zorlukları bertaraf etmeye yönelik bazı alternatif yöntemler öngörülmüştür. Dünya üzerindeki pek çok denizci devlet tarafından salgın nedeniyle alınan bu kararların, yukarıda işaret edildiği üzere bazı çarter partilerde yer verilen ve belirli belgelerin eksikliği nedeniyle geminin kullanım dışı sayılacağını düzenleyen klozların uygulanma ihtimalini zayıflatacağını söylemek mümkün görünmektedir. Bu nedenle, COVID-19 salgını döneminde IMO üyesi devletlerce gemi ve gemi adamlarına ilişkin belgeler bakımından getirilen bu düzenlemeler çerçevesinde, belge eksikliğinin bir off-hire sebebi olarak gündeme gelmesi ihtimali son derece düşük görünmektedir.

c. Gemi Adamlarının Yetersizliği

Gemi adamlarının yetersizliği, uygulamada kullanılan standart çarter partilerin neredeyse tamamında yer verilen bir off-hire sebebidir. SUPPLYTIME 2017 (Par.13(a)), NYPE 46 (Par.15), NYPE 93 (Par.17), NYPE 2015 (Par.17), BALTIME (Par.11(a)) ve GENTIME (Par.9(a)) başta olmak üzere, pek çok standart çarter partide geminin ticari bakımdan kullanılabilirliğini etkileyen “gemi adamlarının yetersizliği”⁴⁵ (*deficiency of crew*)” nedeniyle kaybedilen zaman için çarterlerin ücret ödemekle yükümlü olmadığı yönünde hükümlere yer verilmiştir⁴⁶.

Gemi hizmetlerinin gemi adamları aracılığı ile yerine getiriliyor olması karşısında, COVID-19 salgını süresince, gemi adamlarının hastalığa yakalanma riskinin son derece yüksek olduğu hususunda şüphe bulunmamaktadır. Sefer süresince gemi adamlarının herhangi birinin hasta olması, hastalığın aynı gemide çalışan diğer gemi adamlarına da kısa süre içinde bulaşmasına ve gemiye/gemi adamlarına karantina tedbirinin uygulanmasına sebebiyet verebilecektir⁴⁷. Bu nedenle, gemi adamlarının herhangi birinde hastalık belirtilerinin görülmesi durumunda dahi, gemi hizmetleri yerine getirilmesinin sekteye uğrayabilecektir. Dolayısıyla da, zaman çarteri sözleşmelerinde çarterlerin talimatlarının belirli bir süre için yerine

⁴⁵ Bununla birlikte, bu off-hire sebebinin farklı standart çarter partilerde farklı şekilde ve farklı kapsamda kaleme alındığı görülmektedir. Shelltime 4 Par 21,a(i)'de, “*deficiency of personnel*”; NYPE 2015, Par 17'de, “*deficiency of officers*”; GENTIME Par 9(b)'de, “*any deficiency of master, officers and/or crew*”; SUPPLYTIME Par 13(a)'da, “*deficiency of crew*”; NYPE 2015, Par 17'de “*deficiency of officers*” ifadeleri kullanılmıştır. Uygulamada sıklıkla kullanılan bu klozla ilgili açıklamalar için bkz Coghlin, Baker, Kenny ve Kimball (n 16) 446; Cohen (n 13) .350-351; Ülgener, *Çarter Sözleşmeleri II* (n 1)137 vd.

⁴⁶ Bu hususta ufak ifade farklılıkları ile bu standart çarter partilerin hemen hemen hepsinin gemi adamlarının yetersizliği bakımından benzer hükümler getirdiği söylenebilir. Bir örnek için bkz NYPE 2015, Par 17: “*In the event of loss of time from deficiency and/or default and/or strike of officers..... or by any other similar cause preventing the full working of the Vessel, the payment of hire and overtime, if any, shall cease for the time thereby lost.....*”

⁴⁷ Öyle ki, salgının başladığı andan günümüze kadar çok sayıda yük ve yolcu gemisinin covid-19 şüphesi ile karantinaya alındığı bilinmektedir. Çok yakın zamanda, ülkemiz karasularında da COVID-19 salgını nedeniyle gemi ve mürettebatına karantina uygulaması yapılmıştır. Çin merkezli COSCO Shipping Bulker Şirketine ait olan ve Hong Kong bayraklı *Feng De Hai* isimli gemi, İstanbul Boğazı'ndan geçmek üzere demirleme alanında beklediği sırada gemi kaptanının korona virüs nedeniyle hayatını kaybettiği belirlenmiş ve gemi karantinaya alınmıştır. <https://www.lojiport.com/cosco-kaptani-bogaz-girisinde-virusten-oldu-107429h.htm> Erişim tarihi: 11.06.2020. Hastalık nedeniyle uygulanan karantina tedbirlerinin gemi adamlarının yetersizliğine sebebiyet verebileceği ve bu nedenle gemiye yeni gemi adamları alınıp gemi çalışabilir hale gelinceye kadar “gemi adamlarının yetersizliğinden” ileri gelen bir off-hire durumunun söz konusu olabileceği hakkında bkz Coghlin, Baker, Kenny ve Kimball (n 16) 460.

getirilemeyecek olması ihtimali karşısında, somut olayda esas alınan charter parti hükümleri çerçevesinde, chartererin “gemi adamlarının eksikliği” sebebiyle geminin ticari bakımdan kullanılabilir durumda olmadığı zaman dilimi bakımından geminin kullanım dışı sayılmasını istemesi ve ücret ödeme borcundan kurtulması mümkün görünmektedir⁴⁸.

d. Genel Nitelikli Off-Hire Kayıtları

Charter partilerde, çok defa belirli ve özel off-hire sebepleri sayılmakla birlikte, bazen geminin kullanım dışı olmasını sağlayacak genel nitelikli sebeplere de yer verilmektedir. Genel nitelikteki off-hire kayıtlarının COVID-19 salgını bakımından önemi, salgın nedeniyle geminin ticari bakımdan kullanılabilir durumda olmadığı ancak somut olaydaki charter partide geminin çalışmadığı zaman dilimi boyunca kullanım dışı sayılmasını mümkün kılan herhangi bir özel off-hire sebebinin bulunmadığı haller bakımından söz konusu olacaktır.

Genel nitelikli off-hire kayıtlarının kapsamı, tercih edilen ifadelere göre önemli ölçüde farklılık gösterebilmektedir. Bu nedenle, uygulamada kullanılan standart charter partilerde yer alan genel off-hire kayıtlarının tespit edilerek kapsamının incelenmesi son derece önemlidir. NYPE 2015 standart charter partisindeki “Off-hire” başlıklı 17. paragrafta, özel ve belirli sebeplerden başka ayrıca genel nitelikte bir off-hire hükmüne yer verildiği görülmektedir. Buna göre, “personel yetersizliği, personelin işini yerine getirmemesi, grev, yangın, gövde arızası veya gövdedeki zararlar, karaya oturma, (chartererin, alt chartererlerin, çalışanlarının, temsilcilerinin veya alt akitlerin sorumlu olduğu bir sebepten ileri gelmedikçe) geminin seferden men edilmesi, gemideki eksiklikler nedeniyle liman devleti kontrol veya diğer yetkili mercilerce geminin müsaderesi, geminin havuzlanması, geminin su altına kalan kısımlarının temizlenmesi, boyanması veya tamiri” sebepleri teker teker sayıldıktan sonra “geminin çalışmasını engelleyen diğer herhangi benzer sebep (*any other similar cause preventing the full working of the Vessel*) ifadesine yer verilmiştir⁴⁹. Benzer bir genel off-hire kaydı,

⁴⁸ Daha önce de ifade edildiği üzere, zaman charteri sözleşmelerinde, donatan, gemiyi kararlaştırılan tarih ve yerde hazır durumda ve sözleşme süresince denize ve yola elverişli halde bulundurma yükümlülüğü altındadır. Gemi adamlarının eksikliği bazı charter partilerde bir off-hire sebebi olarak zikredilmekle birlikte, gemi adamlarının salgın hastalık etkisiyle çalışamaz durumda olmaları veya ölmeleri ihtimalinde geminin aynı zamanda yola elverişsiz hale geleceği hususunda tereddüt etmemek gerekir. Denize, yola elverişlilik kavramları için bkz Jan-Erik Pötschke, ‘§ 485’ iç Rolf Herber ve Christine Schmidt (edr), *Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch: Band 7- Transportrecht* (4. Bası, C. H. Beck Verlag 2020) § 485 Nr 4 vd; Paschke (n 1) § 485 Nr 1 vd; (Alman Hukukunda HGB § 485’teki düzenlemede sadece denize ve yüke elverişlilik kavramlarına yer verilmiş ise de, öğretilerde denize elverişliliğin geniş anlamı ve dar anlamı şeklinde bir ayırım yapılmakta; gemi adamlarının yeterliliğini de kapsamına alan geniş anlamda deniz elverişlilik yola elverişlilik şeklinde ifade edilmektedir. Bkz Pötschke, § 485 Nr 4) Kübra Yetiş Şamlı, ‘Lahey-Lahey/Visby, Hamburg ve Rotterdam Kuralları’nda Seferle Elverişlilik’, (2013) LXXI (2), İÜHF 479, 480 vd.

⁴⁹ “deficiency of stores, fire, breakdown of, or damage to hull, machinery or equipment, grounding, detention by the arrest of the Vessel, (unless such arrest is caused by events for which the Charterers, their sub-charterers, servants, agents or sub-contractors are responsible), or detention by Port State control or other competent authority for Vessel deficiencies, or detention by average accidents to the Vessel or cargo, unless resulting from inherent vice, quality or defect of the cargo, drydocking for the purpose of examination, cleaning and/or painting of underwater parts and/or repair, or by any other similar cause preventing the full working of the Vessel, the payment of hire and overtime, if any, shall cease for the time thereby lost.....”

SHELLTIME 4 standart çarter partisinde de bulunmaktadır. SHELLTIME 4, Par. 21/a(i) uyarınca ise, “personel yetersizliği, gas-free işlemi yapılması⁵⁰, geminin havuzlanması, makinede ortaya çıkan kısmi veya genel arızalar, sövreyin devamlılığının sağlanması, bakım, geminin karaya oturması, çatma, geminin kaza yapması veya zarar görmesi” nedeniyle kaybedilen süre boyunca geminin kullanım dışı sayılacağı düzenlenmiştir⁵¹. Aynı paragrafta, geminin etkin bir şekilde çalışmasını engelleyen diğer herhangi benzer sebep de (*any other similar cause preventing the efficient working of the vessel*) off-hire sebebi olarak düzenlenmiştir. Bununla birlikte, SHELLTIME 4 ve NYPE 2015 çarter partilerinden başka, uygulamada kullanılan pek çok standart çarter partide de yer verilen “geminin çalışmasını/verimli-etkin çalışmasını engelleyen herhangi benzer diğer sebep” şeklindeki genel off-hire kayıtları, gerek öğreti gerekse de mahkeme kararları ile de kabul edildiği üzere, dar şekilde yorumlanmakta ve bu tür kayıtların, sadece “kendisinden önce tek tek sayılmış olan off-hire sebepleri ile aynı türdeki sebepler” bakımından geminin kullanım dışı sayılmasına olanak sağlayacağı ifade edilmektedir⁵². Diğer taraftan, uygulamada bazen, bu şekildeki genel off hire klozlarının kapsamına “harici olayları” da dâhil etmek üzere, “whatsoever” ifadesi eklendiği görülmektedir. “Her ne olursa olsun geminin çalışmasını engelleyen herhangi sebep (*any other cause whatsoever preventing the full working of the ship*)” ifadesinin bulunduğu çarter partilerde, daha önceden zikredilen özel off-hire sebepleri ile aynı türde olup olmadığı önem taşımaksızın geminin ticari bakımdan kullanılabilir olmadığı zaman dilimi bakımından gemi kullanım dışı sayılacak ve çarterer kaybedilen zaman dilimi bakımından ücret ödemeyecektir⁵³.

Bu halde, yukarıda verilen SHELLTIME 4 ve NYPE 2015 standart çarter partilerinde, sayılan özel off-hire sebeplerinin tamamının gemi ve geminin bakımı ve teknik yönetimi ile doğrudan ilgili olduğu da gözetildiğinde, harici bir sebep olan COVID-19 salgınının sebebiyet vereceği zaman kayıplarının, “geminin çalışmasını engelleyen diğer herhangi benzer sebep” olarak nitelendirilmesi mümkün görünmemektedir. Bununla birlikte, çarter partideki genel off-hire kaydına “her ne olursa olsun geminin çalışmasını engelleyen diğer herhangi sebep” ifadesinin eklendiği durumlarda, salgından dolayı geminin ticari bakımdan kullanılamaması

⁵⁰ “Gas-free” işlemi, en basit şekilde, gemi ambarlarının buharla yıkanmak suretiyle tehlikeli gazlardan arındırılmasını ifade etmektedir. 2004 tarihli “Gemi Söküm Yönetmeliği”nde, gas-free işlemine yönelik bir tanıma yer verilmiştir. Yönetmeliğin 3. maddesi uyarınca, “gas-free işlemi”, “Sökümü yapılacak gemide yanıcı, patlayıcı ve parlayıcı maddelerin kullanıldığı veya depolandığı kapalı mahallerin söküm öncesinde ortamda serbest halde bulunan gazlardan arındırılarak, sıcak çalışma uygulanacak ve insan çalışacak vaziyete getirilmesi işlemi” ifade etmektedir. Yönetmeliğin tam metni için bkz RG 08.03.2020/25396.

⁵¹ “.....due to deficiency of personnel or stores; repairs; gas-freeing for repairs; time in and waiting to enter dry dock for repairs; breakdown (whether partial or total) of machinery, boilers or other parts of the vessel or her equipment (including without limitation tank coatings); overhaul, maintenance or survey; collision, stranding, accident or damage to the vessel.....”

⁵² Ülgener, *Çarter Sözleşmeleri II* (n 1) 147; Weale (n 13) 140; Rabe ve Bahnsen (n 1) § 565 Nr 36.

⁵³ Açıklamalar için bkz Ülgener, *Çarter Sözleşmeleri II* (n 1) 149-150. Çarter partide “whatsoever” ifadesine yer verilmesi halinde “*eiusdem generis*” prensibinin uygulanmayacağı ve geminin off-hire kabul edilebileceği hakkında bkz Weale (n 13) 141 ve 149; Rabe ve Bahnsen (n 1) § 565 Nr 36.

nedeniyle kaybedilen zaman dilimi boyunca geminin off-hire durumunda olduğu kabul edilebilecektir⁵⁴. Diğer taraftan, somut olaydaki charter parti hükümleri çerçevesinde, “gemi adamlarının-personelin yetersizliği”, “belgelerin eksikliği”, “gemideki hastalık ve karantina tedbirleri” sebeplerinden birine dayanarak geminin off-hire durumunda olduğunu ileri sürme imkânı bulunmakta ise, genel off-hire kayıtlarına gerek kalmaksızın gemi kullanım dışı sayılacaktır.

C. Bulaşıcı Hastalıklara İlişkin Özel Klozların İncelenmesi

1. BIMCO Zaman Charteri Sözleşmeleri için Enfeksiyöz ve Bulaşıcı Hastalıklar Klozu (BIMCO Infectious or Contagious Diseases Clause for Time Charter Parties)

COVID-19 salgınının zaman charteri sözleşmeleri üzerindeki etkisi bağlamında 2015 yılında BIMCO tarafından hazırlanan “Zaman Charteri Sözleşmeleri için Enfeksiyöz ve Bulaşıcı Hastalıklar Klozu”nun (BICDC) incelenmesi çalışma konumuz bakımından önem arz etmektedir. Bilindiği üzere, dünya üzerinde zaman zaman çeşitli salgın hastalıklar ortaya çıkmakta ve bu hastalıklar karşısında, liman devletlerince salgının yayılmasını önlemek amacıyla getirilen sınırlamalar ve hatta geminin ve mürettebatın karantinaya alınmasına kadar varan birtakım tedbirler gerek işleyenler gerekse de gemi malikleri bakımından çeşitli zorluklar ortaya çıkarmaktadır. 2015 yılında BIMCO bu durumu göz önünde bulundurarak olası bir salgın hastalık durumunda zaman charteri sözleşmelerinin akdinde kullanılmak üzere örnek bir Kloz hazırlamış ve bu Klozun uygulamada akdedilen sözleşmelere eklenmesini tavsiye etmiştir⁵⁵. Bununla birlikte, söz konusu Kloz her ne kadar 2015 yılında ebola salgını için kaleme alınmış ise de sadece ebola salgını bakımından değil, sonradan ortaya çıkan ve gemilerin denizde seyrini zorlaştıran salgın ve bulaşıcı hastalıklar bakımından da kullanılmaya elverişlidir⁵⁶.

⁵⁴ Bu hususta bkz. *Sidermar S.p.A. v. Apollo Corp. (The Apollo)* davası. Dava konusu olayda, Buchanan’da liman sağlık yetkilileri vermeleri gereken serbest pratikayı gemide tifüs hastalığının bulunduğu yönündeki haklı sebeple vermeyi geciktirmişlerdir. Bununla birlikte söz konusu olayda gemi tamamen çalışabilir durumda olduğu halde yine de off-hire kabul edilmiştir. Sağlık yetkililerince gemiye temiz raporu verilmiş, sağlık testleri negatif çıkmış; bununla birlikte öncesinde gemiye tifüs şüphesi bulunan iki kişinin bulunmuş olması önlem alınmasını gerektirmiştir. Olayda gemi tamamen çalışabilir durumda olduğu, gemide yeterli sayıda sağlıklı gemi adamı bulunduğu halde, liman sağlık yetkililerinin makul ve haklı görülebilecek kararı nedeniyle yaklaşık 30 saat kadar serbest pratika verilmesini beklediğinden gecikmiştir. Bununla birlikte, dava konusu olayda kullanılan NYPE charter partisinde off hire sebepleri arasında eklenen “whatsoever” ifadesi nedeniyle, geminin off-hire durumunda olduğu kabul edilmiştir. Karar hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. Weale (n 13) 134-135 ve 165.

⁵⁵ Öyle ki, klozun (I) bendinde, “*chartererin bu klozun, tüm alt charter ve alt konşimentolara, alt denizde taşıma senetlerine veya Charter Par i hükümlerine istinaden taşıma sözleşmesinin yapıldığını gösteren diğer belgelere derç edilmesini sağlayacağı*” yönünde açık hükme yer verilmiştir.

⁵⁶ Enfeksiyöz ve Bulaşıcı Hastalıklar Klozuna ilişkin açıklamalar arasında bu husus özel olarak vurgulanmış; “bu klozun yazıldığı sırada ebola virüsü salgınının gündemde olduğu ancak bundan 10 sene önce SARS’ın ortaya çıktığını ve ilerleyen günlerde zaman zaman yeni tanımlanmış hastalıkların görülebileceği; bu nedenle BIMCO’nun zaman ve yolculuk charteri sözleşmelerinde kullanılmak üzere açıkça ve ayrıntılı şekilde kaleme alınmış bir kloz hazırlamayı tercih ettiği; bu Enfeksiyöz ve Bulaşıcı Hastalıklar klozunun sadece ebola salgını bakımından değil ileride ortaya çıkabilecek benzer virütik hastalıklar için de kullanılabilirliği” ifade edilmiştir. Klozun ve kloza ilişkin açıklamaların tam metni için bkz. https://www.bimco.org/contracts-and-clauses/bimco-clauses/current/infectious_or_contagious_diseases_clause_for_time_charter_parties_2015 Erişim tarihi: 11 Haziran 2020.

Klozda, öncelikle kısa bir “Tanımlar” listesine yer verilmiş ve “Hastalık”, “Etkilenmiş Bölge” kavramları tanımlanmıştır. Buna göre “Hastalık (Disease)”, insanlara ciddi şekilde zararlı, yüksek derecede enfeksiyöz ve bulaşıcı hastalığı” ifade etmektedir. Etkilenmiş bölge (Affected area) ise, “geminin, mürettebatın veya gemideki diğer insanların hastalık riskine maruz bulunduğu veya hastalıkla bağlantılı karantina riski veya diğer sınırlamaların söz konusu olduğu liman veya bölge” olarak tanımlanmıştır. Enfeksiyöz ve Bulaşıcı Hastalıklar Klozuna ait açıklamalarda, Klozun herhangi virütik hastalık bakımından uygulama alanı bulabileceği ve bu yüzden özel şartlara yer verilmeksizin genel terimler kullanılarak kaleme alındığı; bununla birlikte Kloz hükümlerinin ancak çok olağanüstü-şiddetli durumlarda uygulanmak amacı ile hazırlandığı; uygulama bakımından “yüksek bir eşığın” öngörüldüğü ve ticari amaçlarla kötüye kullanımının bu şekilde engellendiği ancak ortaya çıkması muhtemel tereddütlerin önüne geçmek bakımından Klozun başlığında bilinçli olarak “infectious or contagious” ifadelerinin tercih edildiği; “epidemics” teriminin kullanımından bilinçli olarak kaçınıldığı” belirtilmiştir. BIMCO’nun, Klozun uygulama alanına yönelik bu açıklamaları da dikkate alındığında COVID-19 salgınının bu Kloz çerçevesinde “Hastalık” olarak değerlendirilmesi ve Kloz hükümleri çarter partiye eklendiği takdirde⁵⁷, somut olay şartları da gözetilerek COVID-19 salgını bakımından uygulanması mümkün görünmektedir⁵⁸.

Klozda herhangi bir salgın hastalık durumunun gemilerin seyri bakımından genel olarak sebebiyet verebileceği aksaklıklar göz önünde bulundurularak tarafların edimlerine yönelik bazı kurallar getirilmiştir. Buna göre, gemi, kaptan veya donatanın makul kararı çerçevesinde etkilenmiş bölge olarak nitelendirilen bir yere gitmek veya böyle bir yerde kalmak zorunda değildir (BICDC Par. (b)). Bu hüküm çerçevesinde, gemi eğer etkilenmiş bölgeye gitmeyecek ise, bu ihtimalde çartererin derhal bilgilendirilmesi zorunluluğu bulunmaktadır (BICDC Par. (c)). Kaptanın makul kararı çerçevesinde etkilenmiş bölge olarak nitelendirilen bir yerde bulunan gemi, çartereri derhal bilgilendirmek şartıyla, yüklü veya yüksüz olarak alandan ayrılabilir (BICDC Par.(d)). Geminin çartereri bilgilendirerek, kaptan tarafından etkilenmiş bölge olarak kabul edilen bir alana gitmemesi veya böyle bir bölgeden ayrılması durumunda çartererlere alternatif sefer talimatı düzenleme yükümlülüğü getirilmiştir⁵⁹. Çartererin 48 saat içinde bu yönde bir talimat vermemesi halinde,

⁵⁷ SUPPLYTIME 2017 standart çarter partisinin 25 numaralı paragrafına, BIMCO Infectious and Contagious Diseases Clause, değişiklik yapılmaksızın dercedilmiştir.

⁵⁸ Bununla birlikte, her ne kadar COVID-19 salgını, BICDC çerçevesinde “Hastalık” kavramı kapsamında yer almakta ise de, bu kloz hükümlerinin uygulanabilmesi için somut olaydaki limanın veya bölgenin kloz uyarınca “etkilenmiş bölge” olarak nitelendirilmesi gerekmektedir. Bu nedenle COVID-19 salgını dönemin kloz hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı kanaatimizce her somut olay bakımından ayrıca değerlendirilmelidir.

⁵⁹ Hükümde sadece “alternatif sefer talimatı düzenleme yükümlülüğünden” bahsedilmiş ise de (*Charterers shall be obliged, ... to issue alternative voyage orders*), bunun alternatif güvenli bir limana yönelik verilmiş bir talimat olarak anlaşılması gerekmektedir. Nitekim BIMCO’nun Sefer Çarteri Sözleşmeleri için hazırladığı Enfeksiyöz ve Bulaşıcı Hastalıklar Klozunda (BIMCO Infectious or Contagious Diseases Clause for Voyage Charter Par ies) , alternatif sefer talimatı yerine “such alternative safe port” ifadesi kullanılmıştır (Par c/(ii)).

donatan gemideki yükü herhangi bir bölge veya limanda boşaltma hakkını haiz olacaktır. Bu süreç boyunca gemi kullanım dışı sayılmayacak; charterer ek masraflardan, harcamalardan ve chartererin bu yöndeki talimatları ile yükün tesliminden ileri gelen yükümlülüklerden sorumlu olacaktır⁶⁰ (BICDC Par.(e)).

Klozda, geminin etkilenmiş bölgeye girmesi veya burada kalmaya devam etmesi ihtimaline bağlanan sonuçlar da açık ve ayrıntılı şekilde hüküm altına alınmıştır. Gemi etkilenmiş bölge olarak kabul edilen bir bölgeye gider veya burada kalmaya devam ederse, donatan, bu yöndeki kararı hakkında chartereri bilgilendirecek ve donatanın etkilenmiş bölgeye gitme veya burada kalmaya devam etme kararı alması, bu charter parti ile verilen haklarından vazgeçtiği anlamına gelmeyecektir (h/i)). Etkilenmiş bölgeye gitme veya böyle bir yerde kalma kararı veren donatan, zaman zaman Dünya Sağlık Örgütü tarafından duyurulan tavsiyelere uygun – makul önlemler almak için çaba gösterecektir (h/(ii)). Bununla birlikte, örnek Kloz uyarınca, donatan tarafından etkilenmiş bölgeye gitme veya kalma yönünde karar verildiğinde dahi, etkilenmiş bölgeye gidilmesinden veya gidiliyor olmasından ileri gelen tarama, temizleme, dezenfekte etme ve geminin ve mürettebatın karantinaya alınmasından ileri gelenler de dahil olmak ancak bunlarla sınırlı olmamak kaydıyla, tüm ek masraflar, harcamalar ve sorumluluklar chartererin üzerinde olacak ve gemi bu süre içinde kullanım dışı sayılmayacaktır (h/(iii)). Ayrıca, Klozun (j) bendinde açık bir hüküm getirilmiş ve “bu Kloz çerçevesinde bir şeyin yapılması veya yapılmamasının, sözleşmenin ihlali sayılmayacağı; geminin kullanım dışı olması durumunu doğurmayacağı aksine, charter parti hükümlerinin ifa edilmesi” olarak kabul edileceği” hüküm altına alınmıştır. Aynı hükümde, istisnai hükümler getiren Klozun eklendiği charter parti hükümleri ile arasında çıkması muhtemel uyumsuzluk gözetilerek, Kloz hükümleri ile charter partinin açık veya zımni hükümleri arasında bir çatışma olması halinde, bu çatışmanın konusu ile sınırlı olmak üzere Kloz hükümlerinin öncelikli olarak uygulanacağı yönünde bir kurala yer verilmiştir.

Klozda, etkilenmiş bölge olarak nitelendirilebilen bir limana gitme hususunda donatana seçim hakkı tanınmıştır. Donatan, seçim hakkını hangi yönde kullanırsa kullansın, her hâlükârda geminin etkilenmiş bölgeye gitmesinden ileri masraf⁶¹ ve sorumluluğun chartererin üzerinde olduğu düzenlenmiştir. Donatan, etkilenmiş bölgeye

⁶⁰ “.....the Charterers shall be obliged, notwithstanding any other terms of this Charter Par y, to issue alternative voyage orders. If the Charterers do not issue such alternative voyage orders within fortyeight (48) hours of receipt of the Owners’ notification, the Owners may discharge any cargo already on board at any port or place. The Vessel shall remain on hire throughout and the Charterers shall be responsible for all additional costs, expenses and liabilities incurred in connection with such orders/delivery of cargo.....”

⁶¹ Bununla birlikte hükümde yer verilen ve “etkilenmiş bölgeye gidilmesinden veya gidiliyor olmasından ileri gelen tarama, temizleme, dezenfekte etme ve geminin ve mürettebatın karantinaya alınmasından ileri gelenler de dahil olmak ancak bunlarla sınırlı olmamak kaydıyla, tüm ek masraflar, harcamalar” şeklinde ifade edilen giderlerin esasen, geminin (ticari olarak) işletilmesinden ileri gelen giderler olduğunu ve bu nedenle, zaman zaman charteri sözleşmelerindeki genel esaslar çerçevesinde bu masrafların charterer tarafından karşılanmasının olağan olduğu söylenebilir. Geminin işletilmesinden ileri gelen ve chartererin ödemekle yükümlü olduğu giderler hakkında ayrıntılı açıklamalar ve örnekler için bkz Yoshimoto (n 1) 458. Ayrıca bkz Vandeventer (n 13)827.

gitmeme yönünde karar verdiği ve bu durumu derhal çarterere bildirdiği takdirde ise, Klozun açık hükmü uyarınca, çarterer 48 saat içinde alternatif bir sefer talimatı vermekle yükümlü olacaktır. COVID-19 salgını, etkisini dünya çapında göstermekte ise de, bazı limanlarda salgın nedeniyle sert önlemler alınırken, belli dönemlerde salgından daha az etkilenen veya hatta hiç etkilenmemiş olan limanların mevcut olduğu bilinen bir gerçektir. Kanaatimizce “alternatif liman belirleme yükümlülüğü” ile, geminin sözleşme süresince mümkün oldukça “çalışır” halde bulunması ve bu şekilde salgın koşullarında ticari işlerin imkânlar elverdiği ölçüde ve makul önlemler alınarak yürütülmesi de sağlanacaktır⁶².

2. INTERTANKO – Zaman Çarteri Sözleşmeleri için COVID-19 Klozu (*INTERTANKO COVID-19 (‘Coronavirus’) Clause – Time charterparties*)

COVID-19 salgının etkilerinin denizcilik sektöründe görülmesi ile birlikte, henüz Dünya Sağlık Örgütü tarafından pandemi ilan edilmesinden önceki dönemde Uluslararası Bağımsız Tanker Sahipleri Birliği (INTERTANKO)⁶³ tarafından zaman çarteri sözleşmelerinde kullanılmak üzere bir COVID-19 klozu oluşturulmuştur. Klozda, salgının zaman çarteri sözleşmelerinde çarterer ve donatanın ifa yükümlülükleri üzerindeki etkileri dikkate alınarak, BIMCO’nun Enfeksiyöz ve Bulaşıcı Hastalıklar Klozundaki ile benzeşen ayrıntılı hükümler getirilmiştir.

⁶² Klozla ilgili dikkat çekilmesi gereken bir husus, “etkilenmiş bölge” kavramının ve “bir limanın etkilenmiş bölge olarak nitelendirilmesine bağlanan sonuçların”, Klozda açık bir şekilde zikredilmese de pek çok çarter partide açıkça düzenlenen “güvenli liman (safe port)” kavramını çağrıştırdığıdır. Bilindiği üzere, zaman çarteri sözleşmelerinde genellikle geminin uğrayacağı liman sözleşme süresi içinde belirlenmekte ve bu nedenle çarter partilerde çok defa *safe berth/safe port* kaydına yer verilmektedir. Çarter partilerde yer verilen bu düzenlemeler çerçevesinde, çarterer geminin yapacağı seferler için güvenli bir liman seçmek yükümlülüğü altındadır. Diğer bir ifade ile, geminin yük almak veya boşaltmak için gittiği limanlar güvenli olmalı; çartererin verdiği talimatlar, gemiye zarar vermemelidir. Aksi takdirde, çarterer, donatanın bu sebeple uğradığı zararları karşılamak zorunda kalacaktır. Bir limanın güvenli olup olmadığı, geminin limana ulaşması gereken an bakımından değerlendirilmektedir. Buna göre seçimin yapıldığı esnada güvenli olan bir liman, sonradan güvenli olmaktan çıkmış ise, bu halde çarterer güvenli liman seçme yükümlülüğünü ihlal etmiş sayılır. Ancak bu halde ise çartererin ikinci bir yükümlülüğünün ortaya çıktığı kabul edilmekte, seçilen limanın sonradan güvenli liman niteliğini kaybettiği durumlarda çarterere “ikinci bir (güvenli) liman (*second safe port*) seçme” yükümlülüğü getirilmektedir. Bu hususta örnek bir kloz için bkz. SHELLTIME 4: SHELLTIME 4 Par 4(c)’de de bu yönde bir kloz yer almaktadır. Söz konusu kloza göre, “çartererler, gemin sadece güvenli yerlerde kullanılmasını sağlamak hususunda gerekli özeni göstermekle yükümlü”dür. Klozun devamından anlaşıldığı üzere, çarter partide geçen “güvenli yerler (safe places)” terimi, geminin her zaman güvenli şekilde yüzebildiği limanlar, rıhtımlar, demir yerleri, denizaltı hatları, iskeleleri, gemi bordalarını ve denizin kapsadığı diğer alanları ifade etmektedir. (“.....Charterers shall use due diligence to ensure that the vessel is only employed between and at safe places (which expression when used in this charter shall include ports, berths, wharves, docks, anchorages, submarine lines, alongside vessels or lighters, and other locations including locations at sea) where she can safely lie always afloat...”). Güvenli liman kavramı hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz Ülgener, *Çarter Sözleşmeleri II* (n 1)163 vd. 187 vd.; Nunes (n 1) 569 vd.; Rubin (n33) 470 vd.; Andrei Kharchanka, *The Meaning of a Good Safe Port and Berth in a Modern Shipping World* (2014) 6 vd. BICDC’da, yukarıda da izah edildiği üzere “etkilenmiş bölge”, “geminin, mürettebatın veya gemideki diğer insanların hastalık riskine maruz bulunduğu veya hastalıkla bağlantılı karantina riski veya diğer sınırlamaların söz konusu olduğu liman veya bölge” olarak tanımlanmıştır. Bilindiği üzere öğretilde, “uygun bir seyir ve denizcilik bilgisi ile sözleşme konusu geminin ulaşmasının, kullanmasının ve ayrılmasının mümkün olmadığı limanın, güvenli bir liman olmadığı” ifade edilmektedir. Bu halde, BICDC (a)’da yapılan “etkilenmiş bölge” tanımı ve BIMCO tarafından “Kloz hükümlerinin ancak çok olağanüstü-şiddetli durumlarda uygulanmak amacı ile hazırlandığı; uygulama bakımından “yüksek bir eşğin” öngörüldüğü”nün belirtilmesi karşısında, “etkilenmiş bölge”nin çok defa, somut olay şartları da gözetilmek suretiyle, “güvenli liman” kavramını karşılamayacağı söylenebilir. Diğer taraftan, BIMCO’nun Sefer Çarteri Sözleşmeleri için hazırladığı Enfeksiyöz ve Bulaşıcı Hastalıklar Klozunda (BIMCO Infectious or Contagious Diseases Clause for Voyage Charter Parties), alternatif sefer talimatı yerine “such alternative safe port” ifadesinin kullanıldığına dikkat çekilmelidir (Par c/(ii)).

⁶³ “The International Association of Independent Tanker Owners”

Klozda, BIMCO tarafından hazırlanan Klozdakinin aksine, herhangi bir hastalık veya etkilenmiş bölge tanımına yer verilmemiştir. INTERTANKO COVID-19 Clause Par.1 uyarınca, tıpkı, BICDC'daki düzenleme ile benzer bir şekilde, geminin donatan veya kaptanın makul kararı çerçevesinde mürettebat veya gemideki diğer insanları COVID-19 riskine maruz bırakacağı düşünülen herhangi bir liman, bölge veya ülkeye uğramak zorunda olmadığı yönünde bir hüküm bulunmaktadır (Par.1). Çartererin, geminin COVID-19'dan etkilenmiş bir liman, bölge veya ülkeye (COVID-19 Affected Area) gitmesine yönelik bir talimat verdiği hallerde, bu talimatın donatan tarafından reddedilmemesine bağlanan sonuçlar da Klozda kapsamlı şekilde düzenlenmiştir. Buna göre, geminin etkilenmiş bölgeye gitmesi yönündeki talimat reddedilmediği takdirde, ilgili yükleme veya boşaltma limanına girmeden önce donatan veya kaptanın makul değerlendirmesi çerçevesinde mürettebat veya gemideki diğer kişilerin korona virüse yakalanma riskinin kabul edilemeyecek derecede olduğu kanaatine varılması halinde⁶⁴, donatan, çartererden yeni sefer talimatı vermesini talep etmek hakkını haiz olacaktır (INTERTANKO COVID-19 Clause, Par 2/(a)). Bu ihtimalde, Klozun getirirdiği bir diğer düzenleme ise hazırlık ihbarı ile ilgilidir. Par 2(c)'ye göre, serbest pratika alınması için harcanan zaman, çartererin hesabına işleyecek ve bu nedenle geçerli ve etkili bir hazırlık ihbarı yapılmasına engel teşkil etmeyecektir. Bununla birlikte, COVID-19 salgınına yönelik alınan önlemler çerçevesinde, çarterer, tarama, dezenfeksiyon, temizleme, geminin ve/veya gemideki mürettebatın ve insanların karantina altına alınması ve tıbbi yardım ve tedavi sağlanması da dâhil ancak bunlarla sınırlı olmamak üzere, geminin uğradığı liman bakımından gerekli olan denetim ve sertifikasyon işlemleri için yapılan harcamaları karşılayacak ve bunları zamanında yerine getirecektir.

Klozun, 3 numaralı paragrafı uyarınca, “Gemi boykot edilir, limana girişi kabul edilmez, karantina altına alınır veya corona virüsten etkilenmiş bölgeye girmesinden ileri gelen diğer herhangi bir sebeple gecikirse” kaybedilen zaman dilimi boyunca kullanım dışı sayılmayacaktır. Bu halde, çarterer, ortaya çıkan doğrudan kayıpları, zararları ve donatan tarafından yapılan masrafları ödemekle yükümlü olacaktır. Hükümün devamında ise, geminin sayılan sebeplerle, çarter parti hükümlerine göre iade edileceği günden sonra 30 gün içerisinde gecikmesi halinde, çarterer ortaya çıkan doğrudan kayıpları, zararları ve masrafları karşıladıktan başka gemi hala kullanımdaymış gibi ödeme yapacaktır. BIMCO'nun hazırladığı Enfeksiyöz ve Bulaşıcı Hastalıklar Klozu ile benzer şekilde geminin salgın nedeniyle alınan önlemler çerçevesinde kaybettiği süre çarter süresine dahil edilmiş, hatta daha corona virüs sebebiyle salgınının mücbir sebep veya engelleyici sebep⁶⁵ olarak değerlendirilemeyeceği hususunda da açık hükme yer verilmiştir (INTERTANKO COVID-19 Cl., Par 4).

⁶⁴ “.....in the reasonable judgement of the Master or Owners, the level of risk of exposure of the crew and other persons on board to the Coronavirus virus becomes unacceptable,.....”

⁶⁵ “Frustrating event”

INTERTANKO COVID-19 Klozu, adından da anlaşılacağı üzere “genel olarak enfeksiyöz ve bulaşıcı hastalıklara” değil, “sadece ve özel olarak COVID-19 salgınına” uygulanmak üzere kaleme alınmıştır. Bununla birlikte Klotda herhangi bir COVID-19’dan “etkilenmiş bölge” tanımına yer verilmemiştir. Ancak Klotda yer verilen hükümlerin uygulanabilmesi için limanda COVID-19 vakasının tespit edilmiş olması tek başına yeterli olmayıp, Par.1’de de ifade edildiği üzere, “geminin donatan veya kaptanın makul kararı çerçevesinde mürettebat veya gemideki diğer insanları COVID-19 riskine maruz bırakacağı düşünülen bir limanın” söz konusu olması gerekmektedir. Kloza ilişkin olarak INTERTANKO tarafından yapılan açıklamalarda, “COVID-19 salgını sonucunda ortaya çıkan riskin seviyesinin kaptan veya donatan tarafından belirleneceği; Dünya Sağlık Örgütü gibi dış bir kuruluşun belirli bir bölgenin riskli olup olmadığı hususunda kesin bir karar vermeyeceği hususu da gözetildiğinde, riskin seviyesinin tespitinin kaptan veya donatana bırakılması yönünde tercihte bulunulmasının daha isabetli olduğu” hususu ifade edilmiştir. INTERTANKO tarafından kaleme alınan notlarda açıkça ifade edilmemiş ise de, BIMCO’nun Enfeksiyöz ve Bulaşıcı Hastalıklar Klozu bakımından belirttiği şekilde, kanaatimizce, INTERTANKO’nun COVID-19 klotunun uygulanmasında da “eşiğin yüksek belirlenmesi” ve buna göre yorumlanması, klot hükümlerinin ticari bakımdan kötüye kullanımının önlenmesi bakımından gerekli ve önemlidir. Bunun dışında, INTERTANKO COVID-19 Klozu hükümlerinin genel olarak incelenmesi neticesinde, bu Klotda, pek çok hususun önemsiz ifade farklılıkları ile BIMCO’nun örnek Klotundakine benzer şekilde düzenlendiği sonucuna ulaşılmaktadır. Bu nedenle yukarıda “BIMCO Zaman Çarteri Sözleşmeleri için Enfeksiyöz ve Bulaşıcı Hastalıklar Klozu” başlığı altında yaptığımız açıklamalar, INTERTANKO tarafından hazırlanan bu özel klot bakımından da geçerli olmalıdır.

III. Sonuç ve Değerlendirme

Tüm dünyayı kısa süre içinde etkisi altına alan ve 11 Mart 2020 tarihinde, Dünya Sağlık Örgütü tarafından pandemi ilan edilmesiyle birlikte pek çok alanda sert önlemler alınmasına sebebiyet veren korona virüs salgını, ticaret hayatında önemli bir gerilemeye sebep olmuştur. Dünya Sağlık Örgütü, daha salgının ilk dönemlerinde, insanların ve eşyaların dolanımının durdurulmasının, salgınla mücadelede önem taşıdığını vurgulamış ve bir dizi tavsiye kararı yayınlamıştır. Dünya Sağlık Örgütünün tavsiye kararları doğrultusunda, salgınının da etkisini arttırması ile birlikte, pek çok ülkede çok sıkı önlemler alınmış ve zaman zaman deniz yolu ile taşımacılık durma noktasına gelmiştir. Dolayısıyla, salgın süresince zaman çarteri sözleşmeleri bakımından, çartererin ticari yönetim hakkı kapsamında vermiş olduğu talimatların yerine getirilmesi de zorlaşmış olup, gemilerin limana girişi, yüklerin limandan teslim alınması ve varma limanında teslim edilmesindeki zorluklar karşısında çartererlerin sözleşme hükümleri çerçevesinde elde ettiği ticari yönetim hakkını kullanması zaman zaman mümkün olamamıştır.

Zaman charteri sözleşmelerinde, geminin ticari bakımdan kullanılabilir olmadığı süreçte chartererin tahsis ücreti ödeme borcundan kurtulmasını öngören off-hire klozlarına yer verilmekte ise de, bu klozların her birinde “geminin kullanım dışı sayılmasını mümkün kılan sebepler” ile geminin kullanım dışı sayılması halinde tahsis ücreti kesintisine esas teşkil edecek “zaman kaybının” ve “ücrette yapılacak kesintinin” belirlenmesi bakımından farklı esaslar getirilmiştir. Çalışmada, uygulamada sıklıkla kullanılan standart charter partilerdeki off-hire klozları çerçevesinde, COVID-19 salgınının yarattığı olağanüstü şartlarda zaman charteri sözleşmelerinde geminin kullanım dışı sayılmasının mümkün olup olmadığı irdelenmiştir. Buna göre, çalışmada varılan sonuçlar esas itibarıyla şu şekildedir:

1. Uygulamada kullanılan bazı standart charter partilerde, “gemideki hastalık ve karantina tedbirleri”, off-hire sebepleri arasında açıkça sayılmaktadır. COVID-19 salgını süresince, gerçekleşme ihtimali son derece yüksek olan bu hallerin geminin kullanım dışı sayılmasına sebebiyet verebilmesi için somut olayda kullanılan charter partide bu hususta açık bir hükmün yer alması ve hükümde belirtilen şartların gerçekleşmiş olması gerekmektedir. COVID-19 salgının, ortaya çıktığı günden bu yana çok sayıda yük gemisinde gemi adamları arasında hastalık belirtilerinin görüldüğü, gemideki mürettebatın hastalık nedeniyle yaşamını yitirdiği ve gemi ile mürettebatın karantinaya alındığı bilinmektedir. Bu nedenle, SUPPLYTIME 2017 ve SHELLTIME 4’te açıkça off-hire sebebi olarak zikredilen “gemideki hastalık ve geminin karantinası”, zaman charteri sözleşmeleri bakımından salgın süresince karşılaşıma olasılığı oldukça yüksek bir off-hire sebebi olarak karşımıza çıkmaktadır.
2. Zaman charteri sözleşmelerinde geminin ticari yönetimi charterere bırakılırken, teknik yönetimi ise donatanda kalmaya devam etmektedir. Geminin teknik yönetimini elinde bulunduran donatan, gemiyi kararlaştırılan tarihte ve yerde hazır ve tahsis amacına elverişli halde bulundurmaktan başka ayrıca gemiye ve gemi adamlarına ilişkin bazı belgeleri temin etmek, sözleşme süresince bu belgelerin devamlılığını sağlamak ve gemide bulundurmakla da yükümlüdür. Zaman charteri sözleşmelerine ilişkin standart charter partilerde, geminin seyri için gerekli olan “gemiyle ilgili bazı belgeler” ile “gemi adamlarına ilişkin belgelerin” eksikliği off-hire sebebi olarak düzenlenmekte ve bu nedenle kaybedilen zaman bakımından chartererin ücret ödemekle yükümlü olmayacağına ilişkin kayıtlara yer verilmektedir.

Bununla birlikte, IMO tarafından COVID-19 salgınının yarattığı olağanüstü koşullar nedeniyle yayımlanan ve üye devletlere “tavsiye niteliğinde” kararlar içeren bu Genelgeler çerçevesinde, ülkemizin de dâhil olduğu pek çok üye devlet gemi ve gemi adamlarına yönelik sertifikalar ile ilgili olarak anılan IMO

Genelgeleri ile uyumlu bazı düzenlemeler yapmıştır. Yapılan bu düzenlemeler ile, salgının sebebiyet vereceği aksaklıklar göz önünde bulundurularak, alınması ve gemide bulundurulması zorunlu olan gemiye ve gemi adamlarına ilişkin belgelerin süresi uzatılmış veya salgının belgelerin temini sürecinde sebebiyet verdiği zorlukları bertaraf etmeye yönelik bazı alternatif yöntemler öngörülmüştür. Dünya üzerindeki pek çok denizci devlet tarafından salgın nedeniyle alınan bu kararların, yukarıda işaret edildiği üzere bazı çarter partilerde yer verilen ve belirli belgelerin eksikliği nedeniyle geminin kullanım dışı sayılacağını düzenleyen klotların uygulanma ihtimalini zayıflatacağını söylemek mümkün görünmektedir. Bu nedenle, COVID-19 salgını döneminde IMO üyesi devletlerce gemi ve gemi adamlarına ilişkin belgeler bakımından getirilen bu düzenlemeler çerçevesinde, belge eksikliğinin bir off-hire sebebi olarak gündeme gelmesi ihtimali son derece düşük görünmektedir.

3. Gemi adamlarının yetersizliği, uygulamada kullanılan standart çarter partilerin neredeyse tamamında yer verilen bir off-hire sebebidir. SUPPLYTIME 2017 (Par.13(a)), NYPE 46 (Par.15), NYPE 93 (Par.17), NYPE 2015 (Par.17), BALTIME (Par.11(a)) ve GENTIME (Par.9(a)) başta olmak üzere, pek çok standart çarter partide geminin ticari bakımdan kullanılabilirliğini etkileyen “gemi adamlarının yetersizliği (*deficiency of crew*)” nedeniyle kaybedilen zaman için çarterlerin ücret ödemekle yükümlü olmadığı yönünde hükümlere yer verilmiştir. Gemi hizmetlerinin gemi adamları aracılığı ile yerine getiriliyor olması karşısında, COVID-19 salgını süresince, gemi adamlarının hastalığa yakalanma riskinin son derece yüksek olduğu hususunda şüphe bulunmamaktadır. Gemi adamlarının herhangi birinde hastalık belirtilerinin görülmesi durumunda dahi, gemi hizmetlerinin yerine getirilmesinin sekteye uğrayabilecek ve dolayısıyla da, zaman çarteri sözleşmelerinde çarterlerin talimatlarının belirli bir süre için yerine getirilemeyecek olması ihtimali karşısında, somut olayda esas alınan çarter parti hükümleri çerçevesinde, çarterlerin “gemi adamlarının eksikliği” sebebiyle geminin ticari bakımdan kullanılabilir durumda olmadığı zaman dilimi bakımından geminin kullanım dışı sayılmasını istemesi ve ücret ödeme borcundan kurtulması mümkün görünmektedir.
4. SHELLTIME 4 ve NYPE 2015 standart çarter partilerinde, sayılan özel off-hire sebeplerinin tamamının gemi ve geminin bakımı ve teknik yönetimi ile doğrudan ilgili olduğu da gözetildiğinde, harici bir sebep olan COVID-19 salgınının sebebiyet vereceği zaman kayıplarının, “geminin çalışmasını engelleyen diğer herhangi benzer sebep” olarak nitelendirilmesi mümkün görünmemektedir. Bununla birlikte, çarter partideki genel off-hire kaydına “her ne olursa olsun geminin çalışmasını engelleyen diğer herhangi sebep” ifadesinin eklendiği durumlarda, salgından dolayı geminin ticari bakımdan kullanılamaması nedeniyle

kaybedilen zaman dilimi boyunca geminin off-hire durumda olduğu kabul edilebilecektir. Diğer taraftan, somut olaydaki charter parti hükümleri çerçevesinde, “gemi adamlarının-personelin yetersizliği”, “belgelerin eksikliği”, “gemideki hastalık ve karantina tedbirleri” sebeplerinden birine dayanarak geminin off-hire durumda olduğunu ileri sürme imkânı bulunmakta ise, genel off-hire kayıtlarına gerek kalmaksızın gemi kullanım dışı sayılacaktır.

5. COVID-19 salgınının zaman charteri sözleşmeleri üzerindeki etkisi bağlamında 2015 yılında BIMCO tarafından hazırlanan “Zaman Charteri Sözleşmeleri için Enfeksiyöz ve Bulaşıcı Hastalıklar Klozu”nun (BICDC) incelenmesi çalışma konumuz bakımından önem arz etmektedir. BIMCO’nun, Klozun uygulama alanına yönelik açıklamaları da dikkate alındığında COVID-19 salgınının bu Klok çerçevesinde “Hastalık” olarak değerlendirilmesi ve Klok hükümleri charter partiye eklendiği takdirde, somut olay şartları da gözetilerek COVID-19 salgını bakımından uygulanması mümkün görünmektedir.

Bilindiği üzere, zaman charteri sözleşmelerinde genellikle geminin uğrayacağı liman sözleşme süresi içinde belirlenmekte ve bu nedenle charter partilerde çok defa *safe berth/safe port* kaydına yer verilmektedir. BICDC’da, öncelikle “etkilenmiş bölge” tanımı yapılarak, etkilenmiş bölge, “geminin, mürettebatın veya gemideki diğer insanların hastalık riskine maruz bulunduğu veya hastalıkla bağlantılı karantina riski veya diğer sınırlamaların söz konusu olduğu liman veya bölge” olarak tanımlanmıştır. Bilindiği üzere öğretilde, “uygun bir seyir ve denizcilik bilgisi ile sözleşme konusu geminin ulaşmasının, kullanmasının ve ayrılmasının mümkün olmadığı limanın, güvenli bir liman olmadığı” ifade edilmektedir. Bu halde, BICDC (a)’da yapılan “etkilenmiş bölge” tanımı ve BIMCO tarafından “Klok hükümlerinin ancak çok olağanüstü-şiddetli durumlarda uygulanmak amacı ile hazırlandığı; uygulama bakımından “yüksek bir eşiğin” öngörüldüğü”nün belirtilmesi karşısında, “etkilenmiş bölge”nin çok defa, somut olay şartları da gözetilmek suretiyle, “güvenli liman” kavramını karşılamayacağı söylenebilir. Diğer taraftan, Klokta, etkilenmiş bölge olarak nitelendirilebilen bir limana gitme hususunda donatana seçim hakkı tanınmıştır. Donatan, seçim hakkını hangi yönde kullanırsa kullansın, her hâlükârda geminin etkilenmiş bölgeye gitmesinden ileri masraf ve sorumluluğun chartererin üzerinde olduğu düzenlenmiştir. Donatan, etkilenmiş bölgeye gitmeme yönünde karar verdiği ve bu durumu derhal charterere bildirdiği takdirde ise, Klokun açık hükmü uyarınca, charterer 48 saat içinde alternatif bir sefer talimatı vermekle yükümlü olacaktır. COVID-19 salgını, etkisini dünya çapında göstermekte ise de, bazı limanlarda salgın nedeniyle sert önlemler alınırken, belli dönemlerde salgından daha az etkilenen veya hatta hiç etkilenmemiş olan limanların mevcut olduğu bilinen bir gerçektir. Kanaatimizce “alternatif liman belirleme yükümlülüğü” ile, geminin sözleşme süresince mümkün oldukça “çalışır” halde bulunması ve bu şekilde salgın

koşullarında ticari işlerin imkânlar elverdiği ölçüde ve makul önlemler alınarak yürütülmesi de sağlanacaktır.

6. COVID-19 salgının etkilerinin denizcilik sektöründe görülmesi ile birlikte, henüz Dünya Sağlık Örgütü tarafından pandemi ilan edilmesinden önceki dönemde Uluslararası Bağımsız Tanker Sahipleri Birliği (INTERTANKO) tarafından zaman çarteri sözleşmelerinde kullanılmak üzere bir COVID-19 klozu oluşturulmuştur.

INTERTANKO COVID-19 Klozu, adından da anlaşılacağı üzere “genel olarak enfeksiyöz ve bulaşıcı hastalıklara” değil, “sadece ve özel olarak COVID-19 salgınına” uygulanmak üzere kaleme alınmıştır. Bununla birlikte Klotda herhangi bir COVID-19’dan “etkilenmiş bölge” tanımına yer verilmemiştir. Ancak Klotda yer verilen hükümlerin uygulanabilmesi için limanda COVID-19 vakasının tespit edilmiş olması tek başına yeterli olmayıp, Par.1’de de ifade edildiği üzere, “geminin donatan veya kaptanın makul kararı çerçevesinde mürettebat veya gemideki diğer insanları COVID-19 riskine maruz bırakacağı düşünülen bir limanın” söz konusu olması gerekmektedir. Kloza ilişkin olarak INTERTANKO tarafından yapılan açıklamalarda, “COVID-19 salgını sonucunda ortaya çıkan riskin seviyesinin kaptan veya donatan tarafından belirleneceği; Dünya Sağlık Örgütü gibi dış bir kuruluşun belirli bir bölgenin riskli olup olmadığı hususunda kesin bir karar vermeyeceği hususu da gözetildiğinde, riskin seviyesinin tespitinin kaptan veya donatana bırakılması yönünde tercihte bulunulmasının daha isabetli olduğu” hususu ifade edilmiştir. INTERTANKO tarafından kaleme alınan notlarda açıkça ifade edilmemiş ise de, BIMCO’nun Enfeksiyöz ve Bulaşıcı Hastalıklar Klozu bakımından belirttiği şekilde, kanaatimizce, INTERTANKO’nun COVID-19 klozunun uygulanması bakımından da “eşiğin yüksek belirlenmesi” ve buna göre yorumlanması, klot hükümlerinin ticari bakımdan kötüye kullanımının önlenmesi bakımından gerekli ve önemlidir. Bunun dışında, INTERTANKO COVID-19 Klozu hükümlerinin genel olarak incelenmesi neticesinde, bu Klotda, pek çok hususun önemsiz ifade farklılıkları ile BIMCO’nun örnek Klotundakine benzer şekilde düzenlendiği sonucuna ulaşılmaktadır. Bu nedenle yukarıda “a. BIMCO Zaman Çarteri Sözleşmeleri için Enfeksiyöz ve Bulaşıcı Hastalıklar Klozu” başlığı altında yaptığımız açıklamalar, INTERTANKO tarafından hazırlanan bu özel klot bakımından da geçerli olmalıdır.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

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

Peer-review: Externally peer-reviewed.

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

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

Bibliyografya/Bibliography

- Cohen M, 'Confusion in the Drafting and Application of Off-Hire Clauses' (1978) 9 J Mar L & Com 343-362.
- Coghlin T, Baker A, Kenny J ve Kimball J, *Time Charters* (6. Bası, 2008)
- Czerwenka B, *Das Gesetz zur Reform des Seehandelsrechts: Einleitung, Erläuterung, Synopsen* (Bundesanzeiger Verlag 2014)
- Çağa T ve Kender R, *Deniz Ticareti Hukuku II*, (9. Bası, 2009).
- Çetingil E, Kender R, Ünan S ve Yazıcıoğlu E, 'TTK Tasarısının "Deniz Ticareti" Başlıklı 5. Kitabında Yer Alan Hükümler Hakkında', *Deniz Hukuku Dergisi (Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Hakkında Değerlendirmeler - Özel Sayı)*, (2006) 1, 123-297.
- Hager T, 'Fifth Circuit Extends Maritime Lien to Time Charter Contract before Cargo Is Loaded: E.A.S.T., Inc. of Stamford, Connecticut v. M/V Alaia', (1990) 15(1) *Tulane Maritime Law Journal* 133-140.
- Kharchanka A, *The Meaning of a Good Safe Port and Berth in a Modern Shipping World* (2014).
- Meirong Z, Yi Y ve Wei T, 'An Analysis of the Legal Issues in Lien Clause in the Time Charter Party' (2009) 2009(1) *China Oceans Law Rev* 350-366.
- Nunes T, 'Charterer's Liabilities under the Ship Time Charter' (2004) 26 *Hous J Int'l L* 561-598.
- Pötschke J, '§ 485' iç Rolf Herber ve Christine Schmidt (edr), *Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch: Band 7- Transportrecht* (4. Bası, C. H. Beck 2020)
- O'Brien F, 'Freight and Charter Hire' (1974-1975) 49(4) *Tulane Law Review* 956-969.
- Paschke M, "§557", iç Harmut Oetker (edr), *Oetker- Handelsgesetzbuch: Kommentar* (6. Bası, C.H. Beck Verlag 2019).
- Rabe D ve Bahnsen K, *Seehandelsrecht: Fünftes Buch des Handelsgesetzbuches mit Nebenvorschriften und Internationalen Übereinkommen* (C.H. Beck Verlag 2018)
- Rubin S, 'Safe Port and Berth Provisions in Time Charter Agreements: Apportioning Liability to Deter Accidents and Minimize Costs' (1982) 36 *U Miami L Rev* 465-488.
- Sager H, '§ 557' iç Rolf Herber ve Christine Schmidt (edr), *Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch: Band.7- Transportrecht* (4. Bası, C. H. Beck 2020)
- Ülgener, *Çarter Sözleşmeleri II: Zaman Çarteri Sözleşmeleri*, (2016). (Çarter Sözleşmeleri II)
- Ülgener F Mehmet, Zaman Çarteri Sözleşmesinde Gecikmeden Dolayı Donatanın Sorumluluğu (Off-Hire Klozu), (1990) 15 *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 21-48. (Off-hire)
- Ülgener F, 'Türk Ticaret Kanunu Tasarısında Zaman Çarteri Sözleşmesi', (2007) LXV(2) *IÜHFM* 353-370 (Tasarı).
- Vandeventer B, 'Analysis of Basic Provisions of Voyage and Time Charter Parties' (1974-1975) 49 *Tul L Rev* 806-844.
- Weale J, 'The NYPE Off-Hire Clause and Third Party Intervention: Can an Efficient Vessel Be Placed Off-Hire' (2002) 33 *J Mar L & Com* 133-178.
- Yazıcıoğlu E, *Kender/Çetingil Deniz Ticareti Hukuku*, (Oniki Levha 2020) (Deniz Ticareti Hukuku)
- Yoshimoto H, 'The Time Charter in Japan: A Comparison' (1988) 1(2) *Transnational Lawyer* 449-482.
- Yetiş Şamlı K, 'Lahey-Lahey/Visby, Hamburg ve Rotterdam Kuralları'nda Sefere Elverişlilik', (2013) LXXI (2), *IÜHFM* 479-496.



COVID-19'un İş Kazası ve Meslek Hastalığı Bakımından Değerlendirilmesi

Seda Arslan Durmuş*

Öz

COVID-19 hastalığı (Korona virüsü), Çin'in Wuhan kentinde ortaya çıkmış ve tüm dünyada hızla yayılmıştır. Salgın, çalışma yaşamını derinden etkilemiş ve bu sebeple çalışma hayatına dair birçok yeni düzenleme yapılmıştır. Pandemi döneminde iş sağlığı ve güvenliği hukuku ise işçi-işveren ilişkisine dair en çok etkisini gösteren alanlardan biri olmuştur. İşveren, COVID-19 hastalığının işyerinde yayılmasını engellemek için alması gereken her türlü önlemi almakla yükümlüdür. İşverenin yükümlülüklerine aykırı hareket etmesi, şüphesiz ki sorumluluğunu gündeme getirecektir. Bu noktada COVID-19 hastalığının iş kazası veya meslek hastalığı bakımından değerlendirilmesi söz konusu olmaktadır. COVID-19'un iş kazası veya meslek hastalığı sayılıp sayılmayacağı hususu, öğretide ve uygulamada tartışmalı konuların başında gelmektedir. COVID-19 virüsüne bağlı bedensel veya ruhsal bir zarar ortaya çıktığında, koşullar varsa iş kazası olarak nitelendirilebilecektir. Bunun gibi COVID-19 hastalığının meslek hastalığı olarak nitelendirilmesi de mümkündür. Sağlık çalışanları bakımından ise konuyu ayırarak incelemekte fayda vardır. Çalışmamızda iş kazası ve meslek hastalığı kavramları üzerinde kısaca durulduktan sonra COVID-19'un neden iş kazası sayılması gerektiği açıklanacaktır.

Anahtar Kelimeler

COVID-19, İş kazası, Meslek hastalığı, İş sağlığı ve güvenliği, İşverenin yükümlülükleri

Evaluation of COVID-19 in Terms of Work Accident and Occupational Disease

Abstract

Coronavirus 2019 (COVID-19) emerged in Wuhan, China and spread rapidly around the world, causing an epidemic that has deeply affected working life and resulted in many new regulations regarding working life. Occupational health and safety law is one of the areas that showed the most impact on employee-employer relationships during the pandemic period. Employers are obliged to take every precaution to prevent the spread of COVID-19 in the workplace. The employer is responsible if he acts against his obligations. At this point, COVID-19 is evaluated in terms of work accident or occupational disease. Whether COVID-19 can be counted as a work accident or occupational disease is among the most controversial issues in teaching and practice. When a physical or mental injury resulting from the COVID-19 virus occurs, conditions can be considered a work accident. It is also possible to characterize COVID-19 as an occupational disease. In terms of health workers, it is useful to separate the subject by examining it. In our study, after briefly focusing on the concepts of work accident and occupational disease, we will explain why COVID-19 should be considered as a work accident.

Keywords

COVID-19, General employer responsibility, Occupational disease, Occupational health and safety, Work accident

* **Sorumlu Yazar:** Seda Arslan Durmuş (Dr. Arş. Gör.), Çukurova Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, Adana, Türkiye. E-Posta: arslans@cu.edu.tr Orcid: 0000-0002-0561-3741

Atf: Arslan Durmuş S, "COVID-19'un İş Kazası ve Meslek Hastalığı Bakımından Değerlendirilmesi" (2020) 78(2) İstanbul Hukuk Mecmuası 363. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2020.78.2.0004>



Extended Summary

Coronavirus 2019 (COVID-19), which appeared in Wuhan City in the Hubei province of China in December 2019, began to show its effect all over the world in time and has affected many countries globally. COVID-19 first emerged in Turkey on March 11, 2020. During the extraordinary period declared a pandemic, many problems occurred in the field of occupational health and safety. It is essential that the workers are employed in a healthy and safe environment, and employers are obliged to take all precautions on this matter. The main legal problem in the field of occupational health and safety is whether COVID-19 will be considered as a work accident and occupational disease. COVID-19 can be described as a work accident if it occurs within the framework of the conditions written in Law No. 5510.

If an individual is infected with the virus while at work, it must be considered as a work accident. It is also within the scope of infection of the worker while carrying out the orders and instructions given by the employer. It is also considered a work accident when the employee contracts COVID-19 from a customer, such as when he goes to repair a faucet in the home of a customer, owing to the work being carried out by the employer. When the worker is sent to another place outside the office as a worker, the situation of being infected with COVID-19 while using public transport will also be counted as a work accident. Even when there is no vehicle provided to the employee, the employer's authority continues. Likewise, if COVID-19 exposure occurs while using public transportation in the milk permit allocated to give milk to the child of the breastfeeding female insured while going to the workplace, a work accident may come up. If transmission occurs in a service vehicle provided by the employer, this will also be considered as a work accident. It is possible to replicate these examples, but the important thing is to determine when and how COVID-19 was transmitted to the worker. Instead of counting every COVID-19 occurrence as a work accident, events should be counted when they have a causality link.

Considering the 2- to 14-day incubation period of COVID-19, the virus must be proven to be infected by one of the elements as written in Article 13 of Law No. 5510. To consider it as a work accident, the worker must experience physical or mental harm. The coronavirus may have caused major damage to the lung of the insured, or the insured may have died as a result of his illness. Being infected with the virus may have created a mental disability in the insured. These examples indicate that the insured experienced bodily or mental harm as a result of being infected with the virus.

The concepts of counting a work accident in terms of social security law and counting a work accident in terms of work law are different. According to Law No. 5510, in the case of a work accident, insurance benefits are provided by the Social Security Institution. In order to provide insurance benefits, the employer is

not required to be at fault. To put it more clearly, qualifying an incident as a work accident may not always result in the employer's legal or criminal liability. For the employer to have legal responsibility from a work accident, an appropriate causal link must be established between the accident and the work performed. The employer will be responsible for not complying with the necessary occupational health and safety obligations. Therefore, if the worker experiences damage owing to COVID-19, the employer will need to be proven defective to be held responsible. The inevitability principle should also be taken into account in determining the responsibility of the worker and the employer.

We believe that the Supreme Court's decision that the death caused by the H1N1 virus (swine flu) as a work accident should be a precedent for COVID-19. In its decision, the Supreme Court stated that there was an appropriate causal link between the subsequent damage and the incident. In COVID-19 disease, depending on the incubation period, it is necessary to acknowledge that the subsequent disease state or death state is a work accident.

COVID-19'un İş Kazası ve Meslek Hastalığı Bakımından Değerlendirilmesi

I. Giriş

Çin'in Hubei eyaletinin Wuhan şehrinde Aralık 2019'da ortaya çıkan korona virüs, zamanla tüm dünyada etkisini göstermeye başlamış ve küresel olarak birçok ülkeyi etkisi altına almıştır. En son bulunan korona virüsün neden olduğu bulaşıcı hastalık COVID-19 adıyla anılmaktadır¹. Dünya Sağlık Örgütü, COVID-19 salgını 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 2020'de küresel salgın (pandemi) olarak tanımlamıştır. Türkiye'de de ilk COVID-19 vakası 11 Mart 2020 tarihinde görülmüştür². Virüsün yayılma hızını azaltmak amacıyla ülkemizde birtakım tedbirler alınmış, sokağa çıkma kısıtlamaları söz konusu olmuş, riskli gruplarda yer alanlar bakımından özel koruyucu düzenlemeler getirilmiştir.

İlk vakanın tespit edilmesinden bu yana geçen süreçte işyerleri ve çalışanlar, korona virüsten en çok etkilenenlerin başında gelmektedir. Pandeminin halen sürmesi sebebiyle de çalışma hayatını etkilemeye devam etmektedir. Kimi işyerlerinde üretim tamamen veya kısmen durma noktasına gelmiş iken kimi işyerlerinde ise üretim daha da çok artmıştır. COVID-19'dan kaynaklı olası hukuki sorunları çözebilmek adına mevzuatımızda yeni/geçici hukuki düzenlemeler yapılmıştır. Ancak pandemi ilan edilen olağanüstü dönem için iş sağlığı ve güvenliği alanına ilişkin sorunlar ve soru işaretleri giderilmiş değildir. Şüphesiz ki üretimin en asli unsuru olan işçilerin sağlıkları, her şeyden önce gelmelidir. İş sağlığı ve güvenliğine ilişkin işverenin yükümlülükleri de bu noktada oldukça önemlidir. İşçilerin sağlıklı ve güvenli bir ortamda çalıştırılmaları esas olup işveren bu konuda üstüne düşen her türlü önlemi almakla yükümlüdür.

İş sağlığı ve güvenliği alanına ilişkin en temel hukuki sorun COVID-19'un iş kazası ve meslek hastalığı sayılıp sayılmayacağı hususudur. Güncel gelişmelere bakıldığında tartışmalı uygulamaların olduğu görülmektedir. Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı Emekli Hizmetleri Genel Müdürlüğü'nün 7.5.2020 tarihli ve 2020/12 sayılı Genelgesi'nde "*COVID-19 virüsünün bulaşıcı bir hastalık olduğu dikkate alındığında, söz konusu salgına maruz kalan ve sağlık hizmet sunucularına müracaat eden sigortalılara hastalık kapsamında provizyon alınması gerektiği*" ifade edilmiştir. Söz konusu Genelge ile Sosyal Güvenlik Kurumu, COVID-19'a maruz kalan sigortalıları "iş kazası ve meslek hastalığı sigortası" kapsamında değil

¹ <https://www.who.int/health-topics/coronavirus#tab=tab_1> Erişim Tarihi 13 June 2020.

² T.C. Sağlık Bakanlığı Halk Sağlığı Genel Müdürlüğü, 'COVID-19 (Sars-Cov-2 Enfeksiyonu), Genel Bilgiler, Epidemioloji ve Tanı, Bilimsel Danışma Kurulu Çalışması', Ankara, (1 Haziran 2020) 5 <https://covid19bilgi.saglik.gov.tr/depo/rehberler/covid-19-rehberi/COVID-19_REHBERI_GENEL_BILGILER_EPIDEMIOLOJI_VE_TANI.pdf> Erişim Tarihi 13 June 2020.

de “hastalık sigortası” kapsamında değerlendirmiştir. Şüphesiz ki idari kararlar yargı kararlarını bağlamamaktadır. Bu sebeple COVID-19 virüsünün Genelge ile hastalık kapsamına alınmasının bağlayıcı olmadığı kanaatindeyiz.

Nitekim Yargıtay 21. Hukuk Dairesinin 15.04.2019 tarihli emsal diyebileceğimiz bir kararında³, tır şoförü olan işçinin işveren tarafından Ukrayna'ya sefere gönderildiği, H1N1 virüsünün (domuz gribi) bulaşması sonucu daha sonra ölümün gerçekleştiği olayda, işveren tarafından yürütülmekte olan iş nedeniyle Ukrayna'ya yapılan sefer sırasında bulaştığı rapor kapsamından anlaşılan H1N1 virüsüne bağlı olarak, meydana gelen ölüm, oy çokluğu ile iş kazası olarak değerlendirilmiştir. Yargıtayın bu yaklaşımının Korona virüsten kaynaklı ölüm olaylarında da sürdürmesi gerektiği ve virüsün çalışan ve işyeri ile ilişkili olduğu ispatlanabildiği ölçüde meydana gelen zararların iş kazası sayılması gerektiği kanaatindeyiz. Aynı şekilde özellikle sağlık çalışanları bakımından sigortalı, Korona virüsten kaynaklı bedensel veya ruhsal bir zarara uğrarsa meslek hastalığı kapsamında değerlendirilebilir. COVID-19 hastalığının iş kazası veya meslek hastalığı olarak değerlendirilmesinin yapılabilmesi için öncelikle 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu⁴ ve 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunundaki⁵ düzenlemelere bakılacak ve unsurlar kısaca teker teker incelenecektir.

II. İş Kazası Kavramı

A. Genel Olarak

Kaza kavramı, borçlar hukuku, iş hukuku ve sosyal güvenlik hukuku bakımından ayrı kavramları ifade eder ve hukuki sonuçları da farklıdır⁶. Genel tanımıyla kaza, kişinin isteği dışında, öngörülemeyen, dıştan gelen bir etkenle, ani olarak ortaya çıkan bir olaydır⁷. İş kazasının söz konusu olabilmesi için, insan vücudunun zarar görmesi gerekir. Bu sebeple eşyaya ilişkin zararlar, iş kazası olarak nitelendirilemezler⁸.

³ Yargıtay 21 HD, 5018/2931, 15.04.2019 <www.kazanci.com>.

⁴ Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu, Kanun Numarası: 5510, Kabul Tarihi: 31.05.2003, RG 16.06.2006/26200.

⁵ İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu, Kanun Numarası: 6331, Kabul Tarihi: 20.06.2012, RG 30.06.2012/28339.

⁶ Ali Güzel, Ali Rıza Okur and Nursen Caniklioglu, *Sosyal Güvenlik Hukuku* (18th edition, Beta 2020) 354; Can Tuncay and Ömer Ekmekçi, *Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri*, (20th edition, Beta 2019) 390-391; Nursen Caniklioglu, ‘Sosyal Sigorta Türleri Açısından Yargıtayın 2002 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi’, (2004) İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 339, 342; Ali Nazım Sözer, *Türk Sosyal Sigortalar Hukuku*, (4th edition, Beta 2019) 335-337; Zeki Okur, ‘Yargıtay Kararları Çerçevesinde İş Kazası’ (2013), VII. Ulusal İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Kongresi Bildiriler Kitabı 18-20 Nisan 2013, 325, 326; Sabahattin Yürekli, ‘Çalışma Hayatında Koronavirüs (COVID-19) Salgınının Etkileri’ (2020) 19(38) İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, COVID-19 Hukuk Özel Sayısı, 34, 42.

⁷ Güzel, Okur and Caniklioglu (n 6) 361; Tuncay and Ekmekçi (n 6) 394; Haluk Hadi Sümer, *İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku* (3th edition, Seçkin 2019) 91; Levent Akın, ‘COVID-19’un İş İlişkilerine Olası Etkileri’ (2020) 34(3) Çimento İşveren Dergisi, 16, 21; Yürekli (n 6) 43.

⁸ ibid 365.

İş kazası kavramı hem 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununda hem de 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununda düzenlenmiştir. İş kazaları, sadece işçi-işveren ilişkisi bağlamında düşünülemez. Toplumunu derinden etkileyen, uluslararası belgelerde ve TC Anayasasında korunan yaşama hakkı, en temel insan hakkı olup iş kazaları ile ihlal edilmemelidir. Sonuçları bakımından sadece iş hukuku, iş sağlığı ve güvenliği hukuku ile ilgili olmayan iş kazaları, aynı zamanda hem sosyal güvenlik hukuku boyutuyla hem de borçlar hukuku ve ceza hukuku boyutlarıyla da ele alınmalıdır. İş kazaları ve meslek hastalıklarını en aza indirmek için öncelikle devlete, işverenlere, sendikalara ve nihayet çalışanlara büyük görevler düşmektedir. Her iş kazası, kazaya uğrayana, ailesine, işverene ve topluma maddi manevi büyük kayıplar getirmektedir. Önleyici tedbirlere ağırlık vermek, öncelikli amaç olmalıdır. Bu sebeptendir ki 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu, 2012 yılında önleme amacına yönelik bir Kanun olarak yürürlüğe girmiştir⁹.

5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu bakımından iş kazası kavramı ile 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu bakımından iş kazası kavramları birbirinden farklıdır. İşverenin iş kazasından sorumlu olabilmesi için, sorumluluk hukukunun genel ilkeleri doğrultusunda işçinin gördüğü iş veya işverenin yürüttüğü iş ile kaza arasında uygun nedensellik bağı olmalıdır¹⁰. Bir başka ifadeyle, işveren, ancak iş sağlığı ve güvenliği yükümlülüklerini yerine getirmemişse, oluşan zarardan sorumlu tutulabilecektir. İş sağlığı ve güvenliği yükümlülükleri yerine getirilmiş ve işçinin gördüğü iş ile nedensellik bağı içinde olmayan ancak işyerinde meydana gelen bir kaza da 5510 sayılı Kanun bakımından iş kazası sayılacaktır. Ancak böyle bir durumda işverenin sorumluluğu söz konusu olmayacaktır. Kısaca iş hukuku anlamında her kaza, sosyal güvenlik hukuku anlamında da bir iş kazasıdır. Bununla birlikte sosyal güvenlik hukukuna göre bir iş kazası, iş hukuku bakımından iş kazası olmayabilir¹¹. Sigortalının kendi kusuru sonucu uğradığı kaza da, iş kazası sayılmalıdır¹².

5510 sayılı Kanun madde 13'te bazı hal ve durumlar sayılarak kaza olayının belirtilen durumlardan birinde meydana gelmesinin iş kazası olduğu ifade edilmiştir. Bir kaza, sosyal güvenlik hukuku bakımından bir iş kazası ise, 5510 sayılı Kanunda öngörülen sigorta yardımlarına hak kazanacaktır. 5510 sayılı Kanun madde 13'e göre iş kazası; *"a) Sigortalının işyerinde bulunduğu sırada, b) İşveren tarafından yürütülmekte olan iş nedeniyle sigortalı kendi adına ve hesabına bağımsız çalışıyorsa yürütmekte olduğu iş nedeniyle, c) Bir işverene bağlı olarak çalışan*

⁹ ibid 351, 356.

¹⁰ Güzel, Okur and Caniklioğlu (n 6) 359 vd.; Tuncay and Ekmekçi (n 6) 391; Sarper Sütsek, *İş Hukuku* (16th edition, Beta 2018) 425; Erdem Özdemir, *İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku*, (Vedat 2014) 519; Levent Akın, 'İşverenin İşçiyi Gözetme Borcundan Doğan Hukuki Sorumluluğunda Uygun Nedensellik Bağı' (Karar İncelemesi) (Mart 2011) Çimento İşveren Dergisi, 26, 34; Sümer (n 7), 208-209.

¹¹ ibid 391; Levent Akın, *İş Kazasından Doğan Maddi Tazminat* (Yetkin 2001) 44-45; ibid 211.

¹² Güzel, Okur and Caniklioğlu (n 6) 366.

sigortalının, görevli olarak işyeri dışında başka bir yere gönderilmesi nedeniyle asıl işini yapmaksızın geçen zamanlarda, d) Bu Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamındaki emziren kadın sigortalının, iş mevzuatı gereğince çocuğuna süt vermek için ayrılan zamanlarda, e) Sigortalıların, işverence sağlanan bir taşıtla işin yapıldığı yere gidiş gelişi sırasında, meydana gelen ve sigortalıyı hemen veya sonradan bedenen ya da ruhen engelli hâle getiren olaydır". Sosyal güvenlik hukuku bakımından iş kazası denilebilmesi için kazanın 5510 sayılı Kanun madde 13'te sayılan beş durumdan birinde gerçekleşmiş olması gerekir. Bu sebeple 5510 sayılı Kanun madde 13'te yer verilen iş kazasının unsurlarının teker teker ele alınmasında fayda vardır. 5510 sayılı Kanun madde 13'te iş kazası olduğu belirtilen hal ve durumlar şunlardır:

B. İş Kazasının Unsurları

1. Sigortalı Olma

İş kazasının unsurlarından ilki, kazaya uğraya kişinin 5510 sayılı Kanun hükümlerine göre sigortalı sayılmasıdır. 5510 sayılı Kanun madde 3/I, 6'ya göre sigortalı, kısa ve/veya uzun vadeli sigorta kolları bakımından adına prim ödenmesi gereken veya kendi adına prim ödemesi gereken kişidir. Sigortalı kavramı, 506 sayılı Kanuna göre daha geniş bir kavramı ifade etmektedir¹³. İş kazası ve meslek hastalığı sigorta kolu, kısa vadeli sigorta kolları arasındadır (5510 sayılı Kanun madde 3/I-4). 5510 sayılı Kanunun kısa vadeli sigorta kollarına ilişkin hükümleri ise aynı Kanunun dördüncü maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi kapsamında sigortalı sayılanlara bu kapsamda oldukları sürece uygulanmaz (5510 sayılı Kanun madde 4/VI). Dolayısıyla iş kazası ve meslek hastalığı sigorta kolu, 5510 sayılı Kanun madde 4/I, a ve madde 4/I, b kapsamına giren sigortalılar hakkında uygulanacak; madde 4/I, c bendine giren sigortalılar hakkında uygulanmayacaktır. O halde kazanın 5510 sayılı Kanun bakımından bir iş kazası sayılabilmesi için, öncelikle bir iş sözleşmesine bağlı olarak çalışan sigortalı veya bağımsız çalışan bir sigortalı olmak gerekir. Kamu görevlileri, için kısa vadeli sigorta kolları bakımından 5434 sayılı Emekli Sandığı Kanunu uygulanacaktır.

İş kazası ve meslek hastalığı sigorta kolu ayrıca 5510 sayılı Kanun madde 5'te düzenlenen iş kazası ve meslek hastalığı sigortasının kapsamında olduğu belirtilen kişiler hakkında da uygulama alanı bulur. Madde 5'te düzenlenen iş kazası ve meslek hastalığı sigortasının kapsamında olduğu belirtilen kişiler şunlardır:

İş sözleşmesi ile çalışmamakla birlikte, ceza infaz kurumları ile tutukevleri bünyesinde oluşturulan tesis, atölye ve benzeri ünitelerde çalıştırılan hükümlü

¹³ Bağımlı çalışanlar yanında bağımsız çalışanlar da sigortalı sayılacaktır; ancak bağımsız çalışanlar, sadece yürütmekte oldukları iş sebebiyle kazaya uğramaları durumunda bu sigortadan faydalanacaklardır, ibid 362.

ve tutuklular (5510 sayılı Kanun madde 5/I, a). Meslekî Eğitim Kanununda belirtilen aday çırak, çırak ve işletmelerde meslekî eğitim gören öğrenciler (5510 sayılı Kanun madde 5/I, b). Meslekî ve teknik ortaöğretim ile yükseköğrenimleri sırasında staja tabi tutulan öğrenciler, mesleki ve teknik ortaöğretim sırasında tamamlayıcı eğitim ya da alan eğitimi gören öğrenciler, kamu kurum ve kuruluşları tarafından desteklenen projelerde görevli bursiyerler ile 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununun 46'ncı maddesine tabi olarak kısmi zamanlı çalıştırılan öğrencilerden aylık prime esas kazanç tutarı, günlük prime esas kazanç alt sınırının otuz katından fazla olmayanlar (5510 sayılı Kanun madde 5/I, b). Harp malulleri ile 2330 sayılı Nakdi Tazminat ve Aylık Bağlanması Hakkında Kanuna veya 2330 sayılı Kanun hükümleri veya 5434 sayılı Kanunun 56'ncı maddesi uygulanarak aylık bağlanmasını gerektiren Kanunlara göre vazife malullüğü aylığı bağlanmış malullerden, madde 4/I, a ve b bentleri kapsamında sigortalı olarak çalışmaya başlayanların aylıkları kesilmeksizin madde 4/I, a ve b bentleri kapsamında çalışanlar (5510 sayılı Kanun madde 5/I, c). Türkiye İş Kurumu tarafından düzenlenen meslek edindirme, geliştirme ve değiştirme eğitimine katılan kursiyerler (5510 sayılı Kanun madde 5/I, e). Ülkemiz ile sosyal güvenlik sözleşmesi olmayan ülkelerde iş üstlenen işverenlerce yurt dışındaki işyerlerinde çalıştırılmak üzere götürülen Türk işçileri (5510 sayılı Kanun madde 5/I, g).

Tarım veya orman işlerinde iş sözleşmesiyle süreksiz olarak çalışanlar da 5510 sayılı Kanun madde 4/I, a bendi kapsamında sigortalı sayılırlar. Bu kişiler hakkında da iş kazası ve meslek hastalığı sigorta kolu uygulanır (5510 sayılı Kanun ek madde 5/IV). Ayrıca ev hizmetlerinde çalışanlar ile konut kapıcılığı işyerlerinde çalıştırılan sigortalılar da iş kazası ve meslek hastalığı sigortasından yararlanacaklardır (5510 sayılı Kanun ek madde 9).

Sigortalılık niteliğinin kazanılması için, sigortalılık niteliğinin edinilebileceği bir işte çalışmaya başlamak yeterlidir. Bu kişilerin Sosyal Güvenlik Kurumuna bildirilmemiş olmaları, bu niteliklerini ortadan kaldırmaz. Dolayısıyla Sosyal Güvenlik Kurumuna bildirilmemiş bir kişi, kazaya uğrasa dahi uğradığı kaza, iş kazası olarak sayılabilecektir¹⁴.

İş kazası ve meslek hastalıkları sigorta kolundan yararlanabilmek için, sigortalının çalışmaya başlaması yeterlidir. Ayrıca belli bir süre sigortalılık veya belirli bir süre prim ödemiş olma koşulunun gerçekleşmesi aranmayacaktır¹⁵. Bu yönüyle belirli bir süre sigorta primi bildirilmesinin şart olduğu hastalık sigortası kolunun uygulanmasına göre daha avantajlıdır.

¹⁴ ibid 362; Sümer (n 7) 91.

¹⁵ ibid 362; ibid 91.

2. Kazaya Uğrama

a. Sigortalının İşyerinde Bulunduğu Sırada Kazaya Uğraması

Sigortalının işyerinde bulunduğu sırada meydana gelen kazalar, başka bir koşula gerek duyulmaksızın iş kazası sayılırlar. Böyle bir durumda ayrıca kaza ile iş arasında uygun nedensellik bağının bulunması gerekmez¹⁶. 5510 sayılı Kanun madde 11'e göre, işyeri, sigortalı sayılanların maddî olan ve olmayan unsurlar ile birlikte işlerini yaptıkları yerlerdir. İşyerinde üretilen mal veya verilen hizmet ile nitelik yönünden bağlılığı bulunan ve aynı yönetim altında örgütlenen işyerine bağlı yerler, dinlenme, çocuk emzirme, yemek, uyku, yıkanma, muayene ve bakım, beden veya meslek eğitimi yerleri, avlu ve büro gibi diğer eklentiler ile araçlar da işyerinden sayılır. Görüldüğü üzere, sadece asıl işyerinde meydana gelen kazalar değil, asıl işyerine bağlı yerlerde meydana gelen kazalar da iş kazası sayılacaktır.

Sigortalının uğradığı kazanın iş kazası sayılabilmesi için mutlaka iş saatleri içinde meydana gelmesi de gerekmez. İşyerinde meydana gelen kaza, ara dinlenmesi sırasında da gerçekleşse iş kazası olarak kabul edilebilecektir¹⁷.

b. İşveren Tarafından Yürütülmekte Olan İş Nedeniyle Meydana Gelen Kazalar

İşveren tarafından işyeri dışında da birtakım işlerin yürütülmesi mümkündür. İşveren tarafından yürütülmekte olan işin sonucunda ortaya çıkan kazalar, işyeri dışında da meydana gelse iş kazası kabul edilecektir. Bu sebeple işçinin işini yurt dışında yerine getirdiği bir sırada geçirdiği kaza da iş kazası olarak kabul edilebilecektir¹⁸.

c. Görevli Olarak Başka Yere Gönderilen Sigortalının Uğradığı Kaza

Bir işverene bağlı olarak çalışan sigortalının, görevli olarak işyeri dışında başka bir yere gönderilmesi nedeniyle asıl işini yapmaksızın geçen zamanlarda meydana gelen kazalar da iş kazası sayılmıştır. Sigortalı, işverenin işi için başka bir yere gittiğinden işverenin otoritesi altındadır. Bu sebeple sigortalının asıl işini yapmaksızın geçen zamanlarda meydana gelen kazalar da iş kazası sayılacaktır. Asıl işin yapılmadığı zamanlar, işyerine gidiş geliş yolculuğunu kapsadığı gibi işçinin özel yaşamındaki yemek, uyku, eğlence vb. boş zamanları da madde kapsamında kalmalıdır¹⁹.

¹⁶ Sözer (n 6) 339; ibid 92.

¹⁷ Güzel, Okur and Caniklioğlu (n 6) 367-368; ibid 344-345; ibid 92, 94.

¹⁸ ibid 94.

¹⁹ Güzel, Okur and Caniklioğlu (n 6) 371; Sözer (n 6) 347; ibid 95.

d. Süt İzninde Meydana Gelen Kazalar

Emziren kadın sigortalının, iş mevzuatı gereğince çocuğuna süt vermek için ayrılan zamanlarda meydana gelen kazalar da iş kazası sayılacaktır. 4857 sayılı İş Kanunu²⁰ madde 74/VII'ye göre kadın işçilere bir yaşından küçük çocuklarını emzirmeleri için günde toplam bir buçuk saat süt izni verilir. Bu sürenin hangi saatler arasında ve kaç bölünerek kullanılacağını işçi kendisi belirler ve bu süre günlük çalışma süresinden sayılır. Bu süre içinde kadın işçi evde veya yolda bir kazaya uğrar ise bu kaza, iş kazası sayılmalıdır²¹.

e. İşverence Sağlanan Bir Taşıtlı İşin Yapıldığı Yere Gidiş Geliş Sırasında Meydana Gelen Kaza

Sigortalıların, işverence sağlanan bir taşıtlı işin yapıldığı yere gidiş geliş sırasında, meydana gelen kazalar, iş kazası sayılacaktır. Hükümde vurgu yapılan husus, aracın işverence sağlanmış olması ve kazanın bu araçla işe gidiş-geliş sırasında meydana gelmiş olmasıdır. İşveren, işçilere servis aracını işin niteliği gereği veya sosyal yardım yapılması amacıyla sağlayabilir. Hangi amaçla olursa olsun eğer kaza işverence sağlanan bir araçla ve işin yapıldığı yere gidiş geliş sırasında ortaya çıkmışsa, iş kazası olarak değerlendirmek gerekecektir²². Kazanın iş kazası sayılması için, aracın işverenin mülkiyetinde olması zorunlu değildir²³. İşveren, aracı kiralamış dahi olsa kaza işin yapıldığı yere gidiş geliş sırasında meydana gelmiş ise iş kazası olarak nitelendirilebilecektir.

3. Bedensel veya Ruhsal Bir Zarara Uğrama

Meydana gelen bir kazanın iş kazası olarak sayılabilmesi için, Kanunda sayılan durumlarda ortaya çıkmasının yanında sigortalıyı hemen veya sonradan bedenlen ya da ruhen engelli hâle getirmesi gerekmektedir. Bedensel zarar; kırık, çıkık, yanık, kesik, beyin kanaması, iç kanama ve hatta ölüm de olabilir. Ancak dikkat edilmesi gereken, uğranılan zararın en azından sosyal sigorta yardımlarının Kurumca sağlanmasını gerektirecek nitelikte ve derecede olmasıdır²⁴.

İş kazası sonunda sigortalının bedensel zarar görmesi yanında ruhsal zarar görmesi de mümkündür. Ayrıca zarar, iş kazasının meydana geldiği anda ortaya çıkabileceği gibi kazadan sonra da ortaya çıkabilir. Bir olayın iş kazası olarak değerlendirilmesi için mutlaka sigortalının bedensel ya da ruhsal bir zarara uğraması gerekmekte olup

²⁰ İş Kanunu, Kanun Numarası: 4857, Kabul Tarihi: 22.5.2003, RG 10.6.2003/25134.

²¹ Sözer (n 6) 348.

²² Güzel, Okur and Caniklioğlu (n 6) 373-374; Tuncay and Ekmekçi (n 6) 407; Sözer (n 6) 349; Sümer (n 7) 97.

²³ ibid 373; ibid 407; Sözer (n 6) 350; ibid 97.

²⁴ Gündelik iş yaşamında sıkça karşılaşılan yaralar, sıyrıklar iş kazası olarak nitelendirilmeyecektir, ibid 374; ibid 412; Sözer (n 6) 353.

bedensel veya ruhsal zararlar dışındaki mal kaybına neden olan olaylar, iş kazası olarak değerlendirilmeyecektir²⁵.

4. Kaza ile Sigortalının Uğradığı Zarar Arasında Nedensellik Bağının Bulunması

İş kazası ile sigortalının uğradığı zarar arasında bir ilişkinin, uygun neden-sonuç bağlantısının olması gerekir. Kaza ile zarar arasındaki uygun nedensellik bağının tespiti her zaman kolay olmayabilir. Hayatın olağan akışına göre zarar, sigortalının maruz kaldığı kazanın sonunda gerçekleşmiş olmalıdır²⁶. Kaza ile zarar arasında uygun nedensellik bağının olup olmadığı somut olayın özelliklerine göre değişecektir²⁷.

Nedensellik bağının tespitinde “işverenin otoritesi altında olma” belirleyici bir ölçüt olarak değerlendirilebilir. Buna göre sigortalı eğer işverenin emir ve talimatı altında bulunduğu sırada bir kazaya uğramışsa, nedensellik bağı gerçekleşmiş olacağı için, kaza da iş kazası sayılabilecektir²⁸.

III. COVID-19'un İş Kazası Olarak Değerlendirilmesi

A. İşverenin Yükümlülükleri

1. Genel Olarak

İşverenin işçiyi koruma (gözetme) borcu, işverenin en temel yükümlülüklerinden biridir. Türk Borçlar Kanunu²⁹ madde 417'de işverenin işyerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli her türlü önlemi almak, araç ve gereçleri noksansız bulundurmakla yükümlü olacağı düzenlenmiştir. İşverenin, kanuna ve sözleşmeye aykırı davranışı nedeniyle işçinin ölümü, vücut bütünlüğünün zedelenmesi veya kişilik haklarının ihlaline bağlı zararların tazmini ise sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine tabi olacaktır (TBK madde 417/son). Buna göre işverenin, işçiyi koruma borcunu yerine getirmemesi sebebiyle ortaya çıkan iş kazası ve meslek hastalıklarından sorumluluğu doğacaktır.

İşverenin iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin yükümlülükleri 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu ile somutlaştırılmıştır. 6331 sayılı Kanunda işverenin genel yükümlülükleri madde 4'te sayılmış ve aslında iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin olarak işverenin yapması gerekenler Kanunun bütününde belirtilmiştir. 6331 sayılı Kanunun

²⁵ Sigortalıya takılan ve organ görevi yapan protezlerde meydana gelen zararlar, iş kazası olarak kabul edilmelidir, ibid 375; ibid 412; Sözer (n 6) 352-353; Okur (n 6) 329.

²⁶ ibid 375; ibid 410; Sümer (n 7) 98; Yürekli (n 6) 43; Okur (n 6) 330.

²⁷ ibid 376; ibid 397; ibid 44.

²⁸ ibid 375-376.

²⁹ Türk Borçlar Kanunu, Kanun Numarası: 6098, Kabul Tarihi: 11.01.2011, RG 04.02.2011/27836.

temelinde “önlemenin ödemedenden daha ucuz olduğu” yaklaşımı benimsenerek önleme ve koruma politikası yer almaktadır³⁰. Buna göre işveren, iş kazası veya meslek hastalığı meydana geldikten sonra değil, iş kazası veya meslek hastalığı meydana gelmeden önce gerekli sistemi kurma yükümlülüğü altındadır.

İşveren hem TBK hem de 6331 sayılı Kanun uyarınca bilim, teknik ve tecrübenin o anda ulaştığı son duruma göre gerekli iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini almak zorundadır. Buna göre işverenler, iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini sürekli izlemek, geliştirmek; tehlikeli olanı tehlikesiz olanla değiştirmekle yükümlüdürler. Bu doğrultuda işveren, iş sağlığı ve güvenliği mevzuatında öngörülmemiş önlemleri de almalı, bilimsel ve teknolojik gelişmelerin gerekli kıldığı bütün iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini uygulamalıdır³¹.

2. İşverenin COVID-19 Özelinde Yükümlülükleri

İşverenin iş sağlığı ve güvenliği konusunda göstermesi gereken özen derecesi, tehlike arttığı ölçüde artmaktadır. COVID-19’un Dünya Sağlık Örgütü tarafından pandemi ilan edilen salgın bir hastalık olduğu, virüsün yayılma hızı, öldürücülüğü dikkate alındığında, işverenin göstermesi gereken özen yükümlülüğü de en üst seviyeye çıkmalıdır. İşveren, bu konuda gerekli önlemleri almazsa, yükümlülüklerini yerine getirmese, özen yükümlülüğünü de yerine getirmemiş olacaktır. Zira salgın hastalık halinde toplumsal risk söz konusudur. Toplumsal risk konusunda da iş ile ilgisi kurulabildiği sürece işverenin iş sağlığı ve güvenliği yükümlülükleri devam etmektedir. COVID-19 salgın hastalığı, işyerinde bulaşma riskini artırabildiği sürece, COVID-19’un iş ile ilgisi kurulabilir³².

İşveren gözetme borcu gereği, dünyayı tehdit eden salgın hastalığın işyerinde bulaşma riskini önleyecek önlemler almalıdır. Hatta olağanüstü dönem dikkate alınarak İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununda yazılan standartların üzerine çıkılmalı, iş güvenliği profesyonelleri ile sık sık görüşülmeli ve önlemler sürekli yenilenmelidir. TC Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı “İşyerlerinde Koronavirüse (COVID-19) Karşı Alınması Gereken Önlemler”i yayınlamıştır³³. Örneğin, COVID-19 ile ilgili

³⁰ Nuri Çelik, Nurşen Caniklioğlu and Talat Canbolat, *İş Hukuku Dersleri* (32th edition, Beta, 2019) 376; Nurşen Caniklioğlu ‘6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununda Öngörülen İşveren Yükümlülükleri’ (2012) Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası, Çalışma Mevzuatı Seminer Notları, Antalya, 26-30 Eylül 2012, 27, 29; Sümer (n 7) 11; Efe Yamakoğlu, *İşverenin İşyeri Hekimi ve İş Güvenliği Uzmanı Çalıştırma Yükümlülüğü*, (Seçkin 2016) 21; Seda Arslan, ‘İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu’na Göre İşverenin Genel Yükümlülükleri’ (2014) 20(1) MÜFHAD, Özel Sayı, Prof. Dr. Ali Rıza Okur’a Armağan, 767, 807.

³¹ Çelik, Caniklioğlu and Canbolat, (n 30) 373 vd.; Süzek (n 10) 412; Ömer Ekmekçi, *4857 Sayılı İş Kanunu’na Göre İş Sağlığı ve Güvenliği Konusunda İşyeri Örgütlenmesi*, (Legal 2005) 39 vd.; Caniklioğlu, ‘İşveren Yükümlülükleri’ (n 30) 36; Özdemir (n 10) 65 vd.; Yamakoğlu (n 30) 49; Arslan (n 30) 776 vd.; Zehra Gizem Ateş, ‘COVID-19’un İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği Konusunda Alması Gereken Önlemlere Etkisi’, (2020) 19(38) İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, COVID-19 Hukuk Özel Sayısı, 161, 166.

³² Akın, ‘COVID-19’un İş İlişkilerine Etkileri’ (n 7) 18.

³³ <<https://www.ailevecalisma.gov.tr/media/40969/isyerlerinde-koronaviruse-covid-19-karsi-alinmasi-gereken-onlemler.pdf>> Erişim Tarihi 14 June 2020.

işyeri özelindeki tehlikeler belirlenerek ayrı bir risk değerlendirmesi veya mevcut risk değerlendirmesi üzerinde güncelleme yapılması gerekmektedir. Çalışanların işe başlamadan önce temassız ateş ölçerle kontrol edilmesi ve ateşi olanların işyeri hekimine yönlendirilmesi gerekir. İşyeri genelinde çalışanların sosyal mesafesini sağlamak için uygun bir çalışma modeli geliştirilmelidir. Çalışanlar, işyeri ortamına girmeden ve çalışma sırasında en az yirmi saniye boyunca sabun ve suyla ellerini yıkamaları konusunda bilgilendirilmelidir, su ve sabuna erişim olmadığı takdirde alkol bazlı bir el dezenfektanı kullanarak ellerini sık sık temizlemeleri sağlanmalıdır. Çalışanlara verilecek olan iş sağlığı ve güvenliği eğitimleri uzaktan eğitim şeklinde, işyeri temizliği ve düzeni, hijyen ve psikososyal risk faktörleri konuları öncelikli olarak verilmelidir. İşyeri belirli aralıklarla mümkünse doğal yolla havalandırılmalıdır. Bu ve buna benzer önlemlere işverenin uyup uymadığı, işverenin sorumluluğunun tespitinde dikkate alınmalıdır. Yine TC Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı İş Sağlığı ve Güvenliği Genel Müdürlüğü tarafından “Yeni Koronavirüs Salgını ile Mücadele Kapsamında İş Sağlığı ve Güvenliği Yönünden Sıkça Sorulan Sorular ve Cevapları” kitapçığı yayınlanarak işverenlere yol gösterici tavsiyelerde bulunulmuştur³⁴.

TC Sağlık Bakanlığı Bilim Danışma Kurulu tarafından “COVID-19 Salgın Yönetimi ve Çalışma Rehberi” yayınlanmış ve farklı iş kollarına yönelik olarak alınması gereken önlemler ayrıntılı olarak belirtilmiştir³⁵. Örneğin AVM ve AVM içindeki işyerlerinde, bakkalarda, kasaplarda, kuyumcu, Pazar yerleri, terzi, kent içi ulaşım araçlarında, madenlerde, akaryakıt istasyonlarında, restoran, lokanta vb yeme-içme sunan işletmelerde, spor salonlarında alınması gereken önlemler, işyerlerine, müşterilere, personeli korumaya yönelik olarak ayrıntılı bir şekilde açıklanmıştır. İşveren, Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığının, Sağlık Bakanlığının, Bilim Kurulunun tavsiyelerini, onların yayınladığı rehberleri ve çalışmalarını takip etmekle ve kendi işyeri için tavsiye edilen önlemleri almakla yükümlüdür³⁶.

İşveren, işçinin sağlığını tehdit eden salgının işyerinde bulaşma ihtimalini ortadan kaldırmak için işyerini tamamıyla kapatabilir. Bu durumda işçiler işyerinde söz konusu virüsün bulaşma riskine maruz bırakılmadıkları için, olası enfekte olmaları durumunda, hastalık ile iş arasında uygun illiyet bağının kurulması engellenmiş olacaktır³⁷. Bilim Kurulunun önerilerine, uyarılarına rağmen hala işyerinde işçi çalıştırmaya devam ettiren her işverenin kusurlu sayılması gerektiği ifade edilmiştir³⁸. Ancak işyerinde faaliyetine devam eden her işvereni mutlak kusurlu kabul etmemek

³⁴ <<https://drive.google.com/file/d/1wyqKwK18db87PkEtfBO4FgrHBM9FY3tt/view>> Erişim Tarihi 26 June 2020.

³⁵ <https://covid19bilgi.saglik.gov.tr/depo/toplumda-salgin-yonetimi/salgin-yonetimi-ve-calisma-rehberi/COVID-19_SALGIN_YONETIMI_VE_CALISMA_REHBERI.pdf> Erişim Tarihi 26 June 2020.

³⁶ Ateş (n 31) 166.

³⁷ Akın, ‘COVID-19’un İş İlişkilerine Etkileri’ (n 7) 18.

³⁸ Söz konusu görüşe göre, COVID-19’un iş kazası sayılması bakımından fiili karine olmalıdır. COVID-19’un işyerinde bulaşma ihtimali yüksektir ve aksinin ispatı işverende olmalıdır, Murat Özveri, ‘Pandemi Sürecinin İş Hukukuna Yansımaları’, (2020) İzmir Barosu Bülten, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Komisyonu Pandemi Özel Bülteni, 25, 35.

gerekir. İşveren, gözetme borcunun gereğini yerine getirerek her türlü önlemi almış ve üretimine/hizmetine devam etmiş olabilir. İşveren, işletmesel karar gereği tercih hakkına sahiptir. İşyerinde üretimi/hizmeti sürdürmeyi seçiyor ise virüsün bulaşma ihtimalini en aza indirecek/yok edecek önlemler alması gerekir. İşveren, COVID-19 virüsünün kaçınılmaz olduğunu veya mücbir sebep oluşturduğunu ileri sürerek iş sağlığı ve güvenliği yükümlülüklerini yerine getirmekten kaçınamaz ve sorumluluktan kurtulamaz³⁹.

B. COVID-19'daki Anilik Unsuru

Bir kazanın söz konusu olabilmesi için yukarıda ifade edildiği üzere zarar doğuran olayın aniden veya çok kısa bir zaman içinde ortaya çıkması gerekir. Anilik, olayın bir anda değil, bütün olarak bir kerede doğmasını ifade etmektedir⁴⁰. Ani olayın gerçekleşmesinden sonraki bir zamanda sigortalıda bedenen veya ruhen zararlar meydana gelebilmektedir.

COVID-19 hastalığının belirtilerine bakıldığında en çok karşılaşılan belirtilerin ateş, öksürük ve nefes darlığı olduğu ifade edilmiştir. Belirtisiz olgular olabileceği bildirilmekle birlikte, bunların oranı da bilinmemektedir. Şiddetli olgularda zatürre, ağır solunum yetmezliği, böbrek yetmezliği ve ölüm gelişebilmektedir. Korona virüsün kuluçka süresi ise 2 gün ile 14 gün arasında değişmektedir⁴¹. Dolayısıyla zarar doğuran olayın kısa bir zaman içinde ortaya çıkmasından dolayı bir kazada aranan anilik unsuru COVID-19'da gerçekleşmiştir diyebiliriz. Zira virüs ile enfekte olmadan kısa bir zaman sonra sigortalıda bedenen zarar meydana gelmektedir.

Yargıtay 21. Hukuk Dairesinin emsal olabilecek 15.04.2019 tarihli kararında H1N1 virüsünün (domuz gribi) bulaşması sonucu vefat eden işçinin ölümünün iş kazası olduğu belirtilmiştir⁴². H1N1 virüsünün kuluçka süresinin 1-4 gün arasında değiştiği raporda bildirilmiştir. İş kazası ani bir olay şeklinde ortaya çıkabilir ve buna bağlı olarak zarar derhal gerçekleşebilir. Bununla birlikte gazdan zehirlenme olayında olduğu gibi olayın etkileri daha sonra da ortaya çıkabilir. Yargıtay böyle bir durumda sonradan oluşan zarar ile olay arasında uygun illiyet bağı bulunması koşuluyla olayın iş kazası kabul edilmesi gerektiğini belirtmiştir. Söz konusu kararda 1-4 gün arasında değişen kuluçka süresi, kazadaki anilik unsurunu karşılamaktadır. Korona virüsün kuluçka süresinin 2 ila 14 gün arasında gerçekleştiği göz önüne alındığında içtihatla belirtilen yaklaşıma paralel olarak COVID-19'a yakalanma olayının da kaza sayılması mümkündür. Zira söz konusu Kararda da belirtildiği üzere, olayın etkilerinin bir süre devam ederek zaman içinde artması ve buna bağlı

³⁹ Akın, 'COVID-19'un İş İlişkilerine Etkileri' (n 7) 18.

⁴⁰ ibid 22.

⁴¹ <<https://covid19bilgi.saglik.gov.tr/tr/sss/halka-yonelik.html>> Erişim Tarihi 16 June 2020.

⁴² Yargıtay 21 HD, 5018/2931, 15.04.2019 <www.kazanci.com>.

olarak sonucun daha sonra gerçekleşmesi mümkündür. Öğretide domuz gribindeki 1-4 günlük kuluçka süresinin Korona virüsdeki 2-14 günlük kuluçka süresine göre daha kısa olduğu, Korona virüsdeki kuluçka süresinin uzunluğunun illiyet bağının kurulmasını engelleyebileceği ifade edilmiştir⁴³.

Yargıtayın H1N1 virüsüne bağlı olarak ölüm olayının gerçekleştiği olayı iş kazası sayması kararının isabetli olduğunu ve Korona virüsü bakımından da emsal teşkil etmesi gerektiği kanaatindeyiz⁴⁴. Buna göre COVID-19 hastalığının işin görülmesi sırasında, iş ortamının koşullarından doğması halinde iş kazası sayılması gerekecektir. Öğretide baskın görüş, bunun bir iş kazası sayılması gerektiği şeklindedir⁴⁵. İşçinin işyerinden kaynaklı bir COVID-19 virüsünü kapması ve buna bağlı olarak hastalanıp ölmesi halinde, olay iş kazası olarak değerlendirilecektir. Virüsün çalışan ve işyeri ile ilişkili olduğu ispatlanabildiği ölçüde COVID-19'dan kaynaklı zararları iş kazası saymak gerekecektir. COVID-19 hastalığında virüsün bulaşıp bulaşmadığının anında derhal belli olmaması, belirli bir kuluçka süresinin aranması ve buna bağlı olarak zararın sonradan ortaya çıkması iş kazası olarak nitelendirilmesinde ispat zorluğu yaratmaktadır. Önemli olan, virüsün işyeri ile ilgisini tespit edebilmektir. İşyeri ile ilgisi tespit edildiğinde, işçiyi hemen veya sonradan engelli hale getiren olay, sosyal güvenlik kurumu bakımından iş kazası sayılacaktır. İşverenin kusuru oranında da sorumluluğuna gitmek mümkündür.

C. COVID-19'daki Dışsallık Unsuru

Bir kazanın borçlar hukuku ve iş hukuku bakımından kaza olarak nitelendirilebilmesi için, kazanın kişinin isteği dışında, dıştan gelen bir etkinin sonucu olarak ortaya çıkması gerekir. Ancak aynı durum, sosyal güvenlik hukuku bakımından kaza kavramında mutlak şart değildir. Sosyal güvenlik hukuku bakımından kaza kavramının kapsamına, dış etkenlerin dışında iç etkenlerin de alınması gerekebilir⁴⁶. Dolayısıyla bir olayın iş kazası sayılabilmesi için mutlaka dıştan gelen bir etkinin varlığı şart değildir. Zira 5510 sayılı Kanun m. 13'te iş kazasının unsurlarına yer verilirken dıştan gelen bir etkinin varlığından bahsedilmemiştir. Bu durum pek tabii olayın sosyal güvenlik hukuku bakımından iş kazası sayılması içindir. İşverenin sorumluluğu için kusurunun bulunması şart olup nedensellik bağının varlığı için sigortalının yaptığı iş ile gerçekleşen kaza arasında bir bağ olması gerekmektedir. Korona virüs de dıştan gelen bir sebeptir. İçide hemen veya sonradan bir zarar

⁴³ Nurşen Caniklioğlu, Koronavirüs Döneminde Güncel Hukuki Meseleler Sempozyumu, İbn Haldun Üniversitesi, 29.05.2020, <<https://www.youtube.com/watch?v=sQPmdcl-G4c>> Erişim Tarihi 10 June 2020.

⁴⁴ Akın, 'COVID-19'un İş İlişkilerine Etkileri' (n 7) 24.

⁴⁵ Akın, 'COVID-19'un İş İlişkilerine Etkileri' (n 7) 24; Hakan Keser, 'Korona Virüs (Covid 19) Özelinde Bir Salgın Durumunda İş Mevzuatı Kapsamında İşçi ve İşverenin Kullanabileceği İzin, Esnek Çalışma Süreleri ve Fesih Hakları Üzerine Bir Değerlendirme' (2020) 17(65) Legal İSGHD, 23, 70; Yürekli (n 6) 45; Özveri, (n 38) 27-28; Mehmet Zahid Yener, 'COVID-19 Salgınının İş Kazası ve Meslek Hastalığı Bakımından Değerlendirilmesi' (2020) Koronavirüs Döneminde Güncel Hukuki Meseleler Sempozyumu Bildiri Özeti Kitabı, İbn Haldun Üniversitesi Yayınları, 108, 110.

⁴⁶ Sözer (n 6) 336; Okur (n 6) 326.

birakabilir. COVID-19 hastalığı, işçinin iradesinden bağımsız, dışsal bir etkinin sonucu olarak meydana geldiği için dışsallık unsurunu taşımaktadır⁴⁷.

Yargıtay 10. Hukuk Dairesi ve 21. Hukuk Dairesi kararlarında sigortalının kalp krizi⁴⁸ veya beyin kanaması⁴⁹ geçirmesi, iş kazası kapsamında değerlendirildiği gibi sigortalının intihar etmesi⁵⁰ de iş kazası kapsamında değerlendirilmektedir. Yargıtay, sosyal güvenlik hukuku anlamında bir iş kazası sayılabilmesi için, isabetli bir yaklaşımla kalp krizi veya beyin kanaması olaylarında, etkinin mutlaka dıştan gelmesini aramıyor. Kalp krizi olaylarında etkinin içten mi ya da dıştan mı geldiğinin ispatı kolay olmamaktadır. Sigortalı, işyerinin koşullarından ya da kendi kalp rahatsızlığından dolayı kalp krizi geçirmiş olabilir. Sigortalının kalp krizi geçirmesi, sigortalının işyerinde bulunduğu sırada veya işveren tarafından yürütülmekte olan iş dolayısıyla meydana geliyorsa iş kazası saymak için yeterli olacaktır. Bu sebeple geniş yorumlamak isabetli bir yaklaşımdır⁵¹. Bununla birlikte konu öğretilerde tartışmalı olup içten gelen olayların iş kazası olarak kabul edilemeyeceği de ileri sürülmektedir⁵². Yargıtayın sigortalının kalp krizi veya beyin kanaması geçirmesi halinde sosyal devlet ilkesi gereği geniş yorumladığı yaklaşımını COVID-19 özelinde de sürdüreceği kanaatini taşıyoruz. Zira Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 5510 sayılı Kanun madde 13 hükmünü sosyal güvenlik hukuku ilkeleri içinde değerlendirmekte, maddede yer alan herhangi bir hâle uygunluk varsa zararlandırıcı sigorta olayının kaynağının işçi olup olmaması ya da ortaya çıkmasındaki diğer etkenlerin değerlendirilmesinde dar bir yoruma gitmemektedir⁵³.

D. COVID-19 Özelinde Nedensellik Bağı

1. Genel Olarak

Sosyal güvenlik hukuku bakımından iş kazasının varlığı için kaza ile zarar arasında uygun nedensellik bağının olması gerekli ve yeterli iken iş hukuku bakımından iş kazasından işverenin sorumlu olabilmesi için kaza ile zarar arasındaki nedensellik

⁴⁷ Talat Canbolat and Hasan Kayırgan, 'Korona Virüs Salgınının İş Sözleşmesi ile İşçi İşveren İlişkilerine Etkisi ve Sonuçları', (2020) 5(1) Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Arş. Gör. Ceren Damar Şenel Armağanı, 637, 646.

⁴⁸ Yargıtay 10 HD, 1292/10164, 23.12.2019 <www.kazanci.com>; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 21-816/457, 16.04.2019 <www.kazanci.com>; Yargıtay 21 HD, 2721/2084, 18.03.2019 <www.kazanci.com>.

⁴⁹ Yargıtay 21 HD, 7249/48, 14.01.2019 <www.kazanci.com>.

⁵⁰ Yargıtay 21 HD, 5063/902, 17.02.2020 <www.kazanci.com>.

⁵¹ "Daha açık ifadeyle; sigortalının, işyerinde çalışmakta iken kalp krizi geçirerek ölümü, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 11. maddesinin (A) fıkrasının (a) bendinde gösterilen ""Sigortalının işyerinde bulunduğu sırada meydana gelme"" haline uygun bir olay olduğu gibi, aynı maddenin (b) bendinde yer alan ""işveren tarafından yürütülmekte olan iş dolayısıyla meydana gelme"" haline de uygun olup; iş kazası sayılması gerekir. Maddede, başkaca bir şart ya da kısıtlamaya yer verilmemiş olduğundan, yasada olmayan bir kısıtlamanın yorum yoluyla getirilmesine de olanak yoktur.", Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 21-529/527, 13.10.2004 <www.kazanci.com>.

⁵² Kişinin bedeni yapısının arızalı olmasından kaynaklanan zarar varsa iş kazası olarak kabul edilemeyeceği yönünde bkz, Caniklioğlu 'Değerlendirme 2002' (n 6), s. 343; Tuncay and Ekmekçi (n 6) 395, 405.

⁵³ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 21-816/457, 16.04.2019, <www.kazanci.com>; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 21-400/432, 14.10.2009 <www.kazanci.com>.

bağının yanında kaza ile yapılan iş arasında uygun nedensellik bağının varlığı da gerekmektedir⁵⁴. Nihayetinde yapılan iş ile zarar arasında da nedensellik bağı gerekecektir. COVID-19 bakımından konuya yaklaşırsa, işverenin sorumluluğunun tespiti için, Korona virüsü ile enfekte olan bir işçinin bu durumunun yapılan işten kaynaklanması gerekir. Korona virüsüne yakalanma ile işçinin yaptığı iş arasında nedensellik bağının olması gerekir. Örneğin eğer işçi, işyerine toplu taşıma ile gidiyor ve toplu taşıma ile işyerine giderken virüs ile enfekte olmuş ise bu da tespit ve ispat edilebiliyorsa işverenin sorumluluğuna gidilmemesi gerekir. Diğer taraftan işverenin sağladığı bir servis aracılığıyla işin yapıldığı yere gidiş geliş sırasında, virüsün bulaşmış olduğu tespit edilebiliyorsa, iş kazası sayılacaktır.

İşverenin sorumlu olabilmesi için, işçinin COVID-19 hastalığına yakalanmasında işverenin kusurlu olması gerekir. COVID-19 özelinde nedensellik bağının tespiti, oldukça zordur. Zira hızlı bulaşma ihtimali olan virüsün işyeri ortamından mı işyeri dışından mı bulaştığının ispatı kolay değildir. Ancak işverenin gerekli önlemleri alıp almadığı, filyasyon çalışmaları gibi bazı durumlar nedensellik bağının tespitinde yardımcı olabilir. İşveren, iş sağlığı ve güvenliği yükümlülüklerine uymamışsa ve iş kazası da işverenin yükümlülüklerini yerine getirmemesinden kaynaklanmışsa, işveren oluşan zararlardan sorumlu olacaktır. Yargıtaya göre işverenin kusurlu eylemi ile zarar arasında uygun bir nedensellik bağı yoksa işverenin sorumluluğundan da söz edilemeyecektir⁵⁵.

2. Nedensellik Bağını Kesen Nedenler

İşverenin sorumluluğu, yapılan iş ile kaza arasındaki nedensellik bağının kesildiği durumlarda ortadan kalkar. Uygun nedensellik bağını kesen nedenler; kazaya uğrayan işçinin ağır kusuru, üçüncü kişinin ağır kusuru ve zorlayıcı nedendir⁵⁶. Yargıtaya göre de illiyet bağının mücbir sebep, zarar görenin veya üçüncü kişinin ağır kusuru nedenleriyle kesilmesi halinde işverenin sorumluluğuna gidilmesi mümkün değildir⁵⁷. Bunun için işçinin eyleminin iş ile kaza arasındaki uygun nedensellik bağını ikinci plana itebilecek yoğunluğa ulaşması gerekir⁵⁸. Eğer işçinin kusuru nedensellik bağını kesecek ağırlıkta değilse, birlikte (müterafık) kusur söz konusu olur ve işverenin ödeyeceği tazminattan indirim yapılır⁵⁹. Yine aynı şekilde uyarılara

⁵⁴ Sözer (n 6) 338; Sümer (n 7) 98, 208; Akın, 'COVID-19'un İş İlişkilerine Etkileri' (n 7) 27; Yürekli (n 6) 45.

⁵⁵ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 21-1121/386, 20.03.2013, <www.kazanci.com>.

⁵⁶ Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (21th edition, Yetkin, 2017) 579; Fikret Eren, *Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi*, (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No:361 1975) 174-175; Çelik, Caniklioğlu and Canbolat (n 30) 401, 403; Özdemir (n 10) 522; Sümer (n 7) 211; Yürekli (n 6) 46.

⁵⁷ "Kusurlu olmadığı halde işvereni, meydana gelen zarardan sorumlu tutmak adalet ve hakkaniyet duygularını incitir.", Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 21-1121/386, 20.03.2013, <www.kazanci.com>; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 21-586/95, 12.02.2014, <www.kazanci.com>.

⁵⁸ Özdemir (n 10) 522.

⁵⁹ Süzek (n 10) 427; Çelik, Caniklioğlu and Canbolat, (n 30) 402; Özdemir (n 10) 523; Sümer (n 7) 211; Akın 'Nedensellik Bağı' (n 10) 34.

rağmen COVID-19 tedbirlerine uymayan üçüncü bir kişinin ağır kusuru sonucu işçi ile teması halinde nedensellik bağının kesilebileceğinden bahsedilebilir⁶⁰.

3. Zorlayıcı Neden ve Kaçınılmazlık İlkesinin COVID-19'da Görünümü

Zorlayıcı nedenin ne olduğu konusunda Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununda ve İş Kanununda bir tanım yoktur. Zorlayıcı neden kavramına ilişkin olarak Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Ödeneği Hakkında Yönetmelikte⁶¹ bir tanım yapılmıştır. Söz konusu Yönetmelik m. 3/1-(h)'ye göre; “zorlayıcı sebep: İşverenin 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 eder. Zorlayıcı neden, genel bir davranış normunun veya borcun ihlaline mutlak ve kaçınılmaz bir şekilde yol açan öngörülemeyen, karşı konulamaz ve dışarıdan gelen olağanüstü bir olay olarak tanımlanabilir⁶². Buna göre zorlayıcı neden, çoğunlukla yıldırım düşmesi, kasırga, deprem, sel gibi bir doğa olayı olabileceği gibi bazen savaş, genel grev, askeri darbe gibi beşeri ya da sosyal bir olay, hatta ithal yasağı, kamulaştırma gibi hukuki bir olay da olabilir⁶³.

Yargıtaya göre; “Mücbir sebepte öngörülemeyenlik ve kaçınılmazlık objektif yani herkes için geçerli olup, mutlak bir anlam taşır. Kaçınılmazlığın mutlaklığından amaç, teknik ve bilimin o andaki verilerine göre mevcut her türlü önlem alınsa, her türlü özen gösterilse bile ihlalin, dolayısıyla zararlı sonucun hiç kimse tarafından önlenememesidir.⁶⁴” İfade edilmelidir ki mücbir sebep olarak nitelendirilen her olay mutlak nitelikte olmayabilir. Her olay, oluş şekline, olayın meydana geldiği yere göre farklı değerlendirilebilir⁶⁵.

COVID-19 özelinde konuya yaklaşıldığında salgın hastalığın mücbir sebep oluşturup oluşturmadığı incelenmelidir. Mücbir sebebin en önemli özelliği öngörülemeyen olmasıdır. İşveren, her türlü önlemi almasına rağmen, işyeri dışından öngörülemeyen bir sebebin ortaya çıkması gerekir. Korona virüsünün öngörülebilen olması, onu mücbir sebep olarak değerlendirilmesi görüşünden uzaklaştırmaktadır.

⁶⁰ Akın, ‘COVID-19’un İş İlişkilerine Etkileri’ (n 7) 30.

⁶¹ Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Ödeneği Hakkında Yönetmelik, RG 30.04.2011/27920.

⁶² Eren, *Borçlar Genel* (n 56) 579; Can Tuncay, ‘Kurumun İşverene Rücuu-Olayda Kaçınılmazlık Durumu’ (Aralık 2006)(4) Sicil İHD 183, 187; Canbolat and Kayırgan (n 47) 639.

⁶³ Eren, *Borçlar Genel* (n 56) 580; Eren (n 56) 177; Tuncay (n 62) 187; Sümer (n 7) 213; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 10-2682/986, 01.10.2019 <www.kazanci.com>; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 10-1141/282, 27.02.2013, <www.kazanci.com>.

⁶⁴ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 10-1141/282, 27.02.2013 <www.kazanci.com>.

⁶⁵ Eren (n 56) 178; Akın, ‘COVID-19’un İş İlişkilerine Etkileri’ (n 7) 30; “Mücbir sebepte önlenememe (kaçınılmazlık) mutlak ve kaçınılmazlığa sebep olan unsur tazminat borçlusunun riziko alanı dışında gerçekleşir. Buna karşılık beklenmeyen hale sebep olan kaçınılmazlık, borçlunun riziko alanından kaynaklanır; dolayısıyla aslında önlenemezlik (kaçınmama) sadece borçlu açısından söz konusudur; mutlak değil, nispidir”. Gaye Baycık, ‘Sosyal Güvenlik Kurumunun İş Kazası veya Meslek Hastalığından Kaynaklanan Rücu Davalarına Eleştirel Bakış’ (2017) 7(1) Sosyal Güvenlik Dergisi, 31, 57.

Bu noktada kaçınılmazlık ilkesi, zorlayıcı neden ile birlikte incelenmelidir. Zira kaçınılmazlık, uygun nedensellik bağıını kesen sebeplerden en önemli olanı olup zorlayıcı nedenin bir unsurudur⁶⁶. Öngörülebilir bir olay olmasına rağmen beklenilmeyen hal olarak kaçınılmazlık söz konusu olabilir.

Kaçınılmazlık ilkesinin tanımı 5510 sayılı Kanunda yapılmamıştır. Ancak Kanunda işverenin sorumluluğunun tespitinde kaçınılmazlık ilkesinin dikkate alınacağı belirtilmiştir. (5510 sayılı Kanun madde 21/I, madde 76/IV). Kaçınılmazlık ilkesinin tanımı Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği madde 45/3'te düzenlenmiştir. Yönetmelikte işverenin sorumluluğunun tespitinde kaçınılmazlık ilkesinin dikkate alınacağı belirtildikten sonra kaçınılmazlık, *“olayın meydana geldiği tarihte geçerli bilimsel ve teknik kurallar gereğince alınacak tüm önlemlere rağmen, iş kazası veya meslek hastalığının meydana gelmesi durumu”* olarak tanımlanmıştır. İşveren, alınması gerekli herhangi bir önlemi almamış ise olayın kaçınılmazlığından söz edilemeyecektir. Yargıtay da kaçınılmazlığı *“önüne geçmenin imkânsız olduğu veya ne kadar özen gösterirse gösterebilir, hangi tedbir alınır alınsın oluşması engellenemeyen bir durum”* olarak ifade etmiştir. İşverenin mevzuatta yer alması bile, iş sağlığı ve güvenliği yönünden aklın, bilimin, tekniğin gerekli gördüğü her türlü önlemi almak zorunda olduğu, Yargıtayın yerleşik içtihatlarındandır. Alınması gereken her türlü önlem, objektif olarak işverenden beklenen makul önlemler olmalıdır. Yargıtay devamla, hastalığın ortaya çıkmasında kaçınılmazlığın varlığı halinde işveren ve üçüncü kişilerin, belirlenen kaçınılmazlık oranında sorumluluktan kurtulacağını da belirtmektedir⁶⁷.

Yargıtaya göre iş kazasının meydana gelmesinde tamamen kaçınılmazlığın etkili olduğu durumlarda, hâkim tarafından TBK madde 51 çerçevesinde tazminat belirlenirken hakkaniyet ilkeleri gözetilerek işverenin %60, işçinin ise %40 kusurlu olduğunun kabulü gerekmektedir. İş kazasının tamamen kaçınılmazlıktan kaynaklandığı durumlarda kaçınılmazlığın yükünü taraflardan sadece birisine yüklemek, adalet duygusunu zedelemektedir. Kaçınılmazlık, her iki taraf açısından da önlenemez bir olay olduğuna göre, beklenmeyen olayın neden olduğu olumsuz sonuçlara her iki taraf da katlanmalıdır. Bu sebeple Yargıtaya göre kaçınılmazlığın etki ettiği zarar, hakkaniyetin gerektirdiği ölçüde taraflara yüklenmelidir. Yargıtay, olayın kaçınılmazlıktan kaynaklanması hâlinde sorumluluğun işçi ve işveren arasında %50'şer oranında paylaşılması uygun gibi görünebilir de, *“işçinin işverene karşı daha güçsüz oluşu, nimet - külfet dengesi, işçiyi koruma ve sosyal devlet ilkesi”* gibi nedenler karşısında işverene daha fazla sorumluluk verilmesinin hakkaniyet gereği olduğunu belirtmektedir. Dolayısıyla Yargıtay uygulamalarında kaçınılmazlık

⁶⁶ Eren, *Borçlar Genel* (n 56) 582; Eren (n 56) 181; Canbolat and Kayırgan (n 47) 643; Yargıtay 10 HD, 5151/164, 15.01.2020 <www.kazanci.com>; Yargıtay 10 HD, 7385/58, 13.01.2020 <www.kazanci.com>; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 10-1141/282, 27.02.2013 <www.kazanci.com>.

⁶⁷ Yargıtay 10 HD, 5151/164, 15.01.2020 <www.kazanci.com>.

durumunda sorumluluğun paylaşılması kural olarak %60 işveren, %40 kazalı kusuru olarak sorumluluğun paylaşılması şeklinde olmaktadır⁶⁸.

COVID-19 bağlamında işçinin enfekte olması ve bunun sonucunda bir zarar görmesi, kaçınılmazlık kapsamında değerlendirilebilir⁶⁹. Bu noktada korana virüs salgını, zorlayıcı neden olarak kabul edilebilir⁷⁰. İşveren alması gereken tüm önlemleri aldıysa işverenin sorumluluğuna gidilirken kaçınılmazlık ilkesi göz önünde bulundurulabilir. Ancak salgının başladığı ilk dönemdeki etkisi ile normalleşme sürecinin yaşandığı sonraki dönemin etkisi birbirinden farklıdır ve kaçınılmazlık ilkesinin değerlendirilmesinde aradaki zaman ilişkisi de göz önünde bulundurulmalıdır⁷¹. COVID-19 hastalığının tedavisi için çare bulunmuş olabilir veya yayılmasının önüne geçilmiş olabilir. Bu durumda “kaçınılmazlık” da zamanla azalacaktır.

4. Filyasyon Çalışmalarının Nedensellik Bağına Katkısı

Filyasyon, bulaşıcı hastalık varlığında, hastalığı taşıyan kişinin temas ettiği herkesin o hastalık açısından taranmasıdır⁷². Filyasyon çalışmaları ile amaçlanan, etkeni ve kaynağı erken dönemde saptayarak hastalığın yayılmasını engellemektir. Filyasyon çalışmaları işverenin sorumluluğunun doğması bakımından nedensellik bağının tespitine yardımcı olabilir. Şöyle ki COVID-19 tanısı konan bir işçinin filyasyon çalışmaları sonucunda temas ettiği kişiler arasında iş arkadaşlarından kimsenin olmaması, zarar ile iş arasındaki nedensellik bağının kurulmasını engelleyebilir. Yine aynı şekilde COVID-19 tanısı konan bir işçinin filyasyon çalışmalarında iş arkadaşları ile teması saptanıyor ise, nedensellik bağının varlığı söz konusu olabilecektir⁷³. Filyasyon raporlarında işyerinde çalışan bir işçinin COVID-19 ile enfekte olmasının saptanmasına rağmen işveren aynı işyerinde gerekli önlemleri almıyorsa kusuru söz konusu olacaktır ve böyle bir durumda işverenin kusurunun tespiti daha kolay olabilir. İşyerinde hiç vaka tespit edilmemiş de olabilir, ancak bir işçinin yakını Korona virüsüne yakalanmışsa, işveren gerekli önlemleri alarak o işçinin işyerine gitmemesini sağlamalıdır. Bu noktada işveren, işçinin enfeksiyon riski olan yerlere gidip gitmediğini ve yakınında COVID-19 hastasının olup olmadığını sorma hakkına sahiptir.

⁶⁸ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 21-983/252, 07.03.2019, <www.kazanci.com>; Yargıtay 21 HD, 5246/975, 20.02.2020, <www.kazanci.com>; Yargıtay 21 HD, 6023/10373, 21.06.2016 <www.kazanci.com>.

⁶⁹ Akın, ‘COVID-19’un İş İlişkilerine Etkileri’ (n 7) 31; Yener (n 45) 110; Aksi görüşe göre, Bilimsel ve teknik kararlar gereğince alınacak önlemlerin bulunduğu ve hangi önlemlerin alınması gerektiği hususunda kişiler uyarıldığı için kaçınılmazlık ilkesi söz konusu olmaz, Mehmet Bulut, ‘Türkiye’de Pandemi Sürecinde İş Sağlığı ve Güvenliği Mevzuatına İlişkin Meseleler’ (2020), Koronavirüs Döneminde Güncel Hukuki Meseleler Sempozyumu Bildiri Özeti Kitabı, İbn Haldun Üniversitesi Yayınları, 99, 100.

⁷⁰ Canbolat and Kayırgan (n 47) 646.

⁷¹ Akın, ‘COVID-19’un İş İlişkilerine Etkileri’ (n 7) 32.

⁷² <https://covid19bilgi.saglik.gov.tr/tr/> Erişim Tarihi 22 June 2020.

⁷³ Akın, ‘COVID-19’un İş İlişkilerine Etkileri’ (n 7) 29-30.

Filyasyon raporları sayesinde, işçiye virüsün kimden bulaştığı tespit edilebilir. İşçiye ailesinden veya yakınlarından Korona virüsün bulaştığı tespit edildiğinde, bu durum iş kazası olarak değerlendirilemeyecektir. Bu sebeple filyasyon çalışmaları iş hukuku ve sosyal güvenlik hukuku bakımından da önem arz eder. Filyasyon raporlarının, Sosyal Güvenlik Kurumu ile paylaşılması durumunda, sorumluluğun tespiti noktasında ispat kolaylığı sağlayabilir⁷⁴.

E. İşverenin COVID-19 Vakasını Bildirmesi

İşverenin iş kazalarını kazadan sonraki üç iş günü içinde Sosyal Güvenlik Kurumuna bildirme yükümlülüğü, 6331 sayılı Kanun madde 14'te düzenlenmiştir. Yine 5510 sayılı Kanun madde 13/II'de iş kazasının 4 üncü maddenin birinci fıkrasının; (a) bendi ile 5 inci madde kapsamında bulunan sigortalılar bakımından bunları çalıştıran işveren tarafından, o yer yetkili kolluk kuvvetlerine derhal ve Kuruma da en geç kazadan sonraki üç iş günü içinde, (b) bendi kapsamında bulunan sigortalı bakımından kendisi tarafından, bir ayı geçmemek şartıyla rahatsızlığının bildirim yapmaya engel olmadığı günden sonra üç iş günü içinde, iş kazası ve meslek hastalığı bildirgesi ile doğrudan ya da taahhütlü posta ile Kuruma bildirilmesinin zorunlu olduğu düzenlenmiştir. İşveren, iş kazasını bildirme yükümlülüğünü yerine getirmese, 5510 sayılı Kanun madde 21 gereğince bildirim tarihine kadar geçen süre için sigortalıya ödenecek geçici iş göremezlik ödeneği, Kurumca işverenden tahsil edilecektir. İşverenin kusurlu olup olmadığına bakılmaksızın bildirim yükümlülüğüne aykırılığın sonucu düzenlenmiştir.

Sosyal Güvenlik Kurumu genelgesinde her ne kadar COVID-19 vakalarının hastalık kapsamında bildirilmesi gerektiği ileri sürülmüş ise de işverenlerin bunu iş kazası olarak bildirmeleri gerektiği kanaatindeyiz⁷⁵. *Balcı*'ya göre, COVID-19 hastalığının iş kazası olup olmadığı tartışmalı olduğu için işveren, COVID-19 vakasını Genelge'ye dayanarak hastalık kapsamında da bildirirse, geçici iş göremezlik ödeneğinden sorumlu olmamalıdır⁷⁶. Ancak işverenin kusuru varsa, şüphesiz ki sorumluluğu doğacaktır.

⁷⁴ Bulut (n 69) 101.

⁷⁵ Yürekli (n 6) 48.

⁷⁶ Mesut Balcı, 'Covid-19'un İş Güvenliği Yönünden Hukuki Niteliğinin', Türkiye Barolar Birliği Eğitim Merkezi Online Eğitim Programları, TBB TV, 29 Nisan 2020, <<https://www.youtube.com/watch?v=RwHqOMwMqq8>>, Erişim Tarihi 7 June 2020.

IV. Meslek Hastalığı Kavramı

A. Genel Olarak

Meslek hastalığı kavramı 5510 sayılı Kanun madde 14/I’de 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*”. 6331 sayılı Kanunda da meslek hastalığı, “*mesleki risklere maruziyet sonucu ortaya çıkan hastalık*” biçiminde tanımlanmıştır.

Meslek hastalığının iş kazasından farkı, tekrarlanan bir sebeple çalışanın yapmış olduğu işin koşullarından ve bu koşullara maruz kalma nedeniyle ortaya çıkmasıdır. Dolayısıyla iş kazası, aniden veya kısa bir zaman diliminde; meslek hastalığı ise uzun bir zaman diliminde ortaya çıkmaktadır⁷⁷. Ortaya çıkış nedenleri farklı olan “iş kazası” ve “meslek hastalığı”, iki ayrı risk olarak kapsama alınmıştır ve söz konusu her iki risk grubu farklı özelliklere sahiptir. Bir hastalığın meslek hastalığı olarak tespit edilebilmesi için aşağıdaki unsurlara sahip olması gerekir.

B. Meslek Hastalığının Unsurları

1. Sigortalı Olma

5510 sayılı Kanunda meslek hastalığının tanımı verilirken “*sigortalının*” çalıştığı veya yaptığı işin niteliğinden dolayı tekrarlanan bir sebeple veya işin yürütüm şartları yüzünden uğradığı geçici veya sürekli hastalık, bedensel veya ruhsal engellilik halleri meslek hastalığı olarak ifade edilmiştir. Bu durumda bir kişinin meslek hastalığı sigortasından yararlanabilmesi için her şeyden önce sigortalı olması gerekmektedir. İş kazası bakımından sigortalı sayılan kişiler ile meslek hastalığı bakımından sigortalı sayılan kişiler örtüşmektedir. İş kazası kavramının unsurları incelenirken kimlerin sigortalı sayılacağı ele alınmıştır⁷⁸. Aynı bilgiler meslek hastalığı bakımından da geçerli olduğu için tekrara düşmemek adına yukarıdaki bilgilere atıf yapmakla yetinilmiştir.

2. İşin Niteliği veya Yürütüm Şartlarına Bağlı Olarak Geçici veya Sürekli Bir Hastalığın Ortaya Çıkması

Meslek hastalığının unsurlarından bir diğeri, 5510 sayılı Kanun madde 14’te belirtildiği üzere hastalığın işin niteliği veya yürütüm şartlarına bağlı olarak ortaya çıkmasıdır. Dolayısıyla bir hastalığın meslek hastalığı olarak kabul edilebilmesi

⁷⁷ Güzel, Okur and Caniklioğlu (n 6) 381 vd.; Tuncay and Ekmekçi (n 6) 417; Yürekli (n 6) 44-45; Sümer (n 7) 99; Ayşe Ledün Akdeniz, *Meslek Hastalığı Kavramı Üzerine*, (Beta 2015) s. 21.

⁷⁸ Bkz., II. İş Kazası Kavramı, B. İş Kazasının Unsurları, I. Sigortalı Olma.

için her şeyden önce hastalık ile sigortalının yaptığı iş arasında nedensellik bağının bulunması gerekir⁷⁹. “İşin niteliği”, çalışanın ifa etmekte olduğu görevle ilgilidir. “İşin yürütüm şartları” ise mevcut çalışma koşullarının özelliğinden kaynaklanmaktadır⁸⁰. Meslek hastalığının tümüyle mesleki özellikler taşıması, onu iş kazasından ayırır. Zira iş kazasının yapılan iş ile ilgili bulunması zorunlu olmadığı halde, meslek hastalığının sigortalının yaptığı işin sonucunda ortaya çıkması gerekir⁸¹.

Hangi hastalığın işin niteliği veya yürütüm şartlarına bağlı olduğunun tespiti her somut olayın özellikleri dikkate alınarak belirlenmelidir ve tespiti zordur. Çalışma Gücü ve Meslekte Kazanma Gücü Kaybı Oranı Tespit İşlemleri Yönetmeliği⁸² (bundan sonra Güç Kaybı Yönetmeliği olarak anılacaktır) ile meslek hastalıkları bir liste halinde sayılmıştır. Güç Kaybı Yönetmeliği madde 17/1'e göre; hangi hastalıkların meslek hastalığı sayılacağı ve bu hastalıkların, işten fiilen ayrıldıktan en geç ne kadar zaman sonra meydana çıkması hâlinde sigortalının mesleğinden ileri geldiğinin kabul edileceği Meslek Hastalıkları Listesine (Ek-2) göre tespit ve tayin edilir. Söz konusu hükme göre, bir hastalığın meslek hastalığı olarak nitelendirilebilmesi için, kural olarak, Meslek Hastalıkları Listesinde yer alması ve yine bu listede belirtilen süre içinde ortaya çıkmış olması gerekir. Meslek Hastalıkları Listesine göre meslek hastalıkları beş grupta toplanmıştır (Güç Kaybı Yönetmeliği madde 18/1). Bunlar, A Grubu: Kimyasal maddelerle olan meslek hastalıkları, B Grubu: Meslekî cilt hastalıkları, C Grubu: Pnömonozlar ve diğer meslekî solunum sistemi hastalıkları, D Grubu: Meslek bulaşıcı hastalıklar, E Grubu: Fizik etkenlerle olan meslek hastalıklarıdır.

Meslek Hastalıkları Listesinde yer almayan bir hastalık hali de meslek hastalığı olarak değerlendirilebilir. Zira 5510 sayılı Kanun madde 14/son'a göre, Güç Kaybı Yönetmeliğinde belirlenmiş hastalıklar dışında herhangi bir hastalığın meslek hastalığı sayılıp sayılmaması hususunda çıkabilecek uyuşmazlıklar, Sosyal Sigorta Yüksek Sağlık Kurulunca karara bağlanır. Buna göre listede yer almayan bir hastalığın, işin niteliği veya işin yürütüm şartları yüzünden ortaya çıktığı sağlık kurulu raporu ve dayanağı tıbbi belgeler ispatlanması halinde Yüksek Sağlık Kurulu kararı ile meslek hastalığı olarak kabul edilebilecektir.

Meslek hastalığı, sigortalı çalışırken ortaya çıkabileceği gibi, sigortalının işten ayrılmasından sonra da ortaya çıkabilir. Meslek hastalığı, işten ayrıldıktan sonra meydana çıkmış ve sigortalı olarak çalıştığı işten kaynaklanmış ise, sigortalının 5510 sayılı Kanunla sağlanan haklardan yararlanabilmesi için, eski işinden fiilen ayrılmasıyla hastalığın meydana çıkması arasında bu hastalık için Güç Kaybı

⁷⁹ Güzel, Okur and Caniklioğlu (n 6) 383; Tuncay and Ekmekçi (n 6) 416-417; Sümer (n 7) 99; Akdeniz (n 77) 59 vd.

⁸⁰ Sözer (n 6) 359.

⁸¹ Güzel, Okur and Caniklioğlu (n 6) 383.

⁸² Çalışma Gücü ve Meslekte Kazanma Gücü Kaybı Oranı Tespit İşlemleri Yönetmeliği, RG 11.10.2008/27021.

Yönetmeliğinde belirtilen süreden daha uzun bir zamanın geçmemiş olması şarttır (5510 sayılı Kanun madde 14/III). Ancak sözü edilen yükümlülük süresi mutlak değildir. Herhangi bir meslek hastalığının klinik ve laboratuvar bulgularıyla belirlendiği ve meslek hastalığına yol açan etkenin işyerindeki inceleme sonunda tespit edildiği hallerde, meslek hastalıkları listesindeki yükümlülük süresi aşılmış olsa bile, söz konusu hastalık Kurumun veya ilgilinin başvurusu üzerine Sosyal Sigorta Yüksek Sağlık Kurulunun onayı ile meslek hastalığı sayılabilir (5510 sayılı Kanun madde 14/III-son cümle).

3. Bedensel veya Ruhsal Bir Zarara Uğrama

Sigortalının meslek hastalığından yararlanabilmesi için, uğradığı meslek hastalığı sonucunda bedensel veya ruhsal bir zarara uğraması gerekir. Söz konusu hastalık hali geçici olabilir, sigortalı bütünüyle iyileşebilir ya da hastalık hali sürekli olabilir ve vücutta kalıcı hasara yol açabilir. Hastalık halinin geçici veya sürekli olması, meslek hastalığı olarak nitelendirilmesinde herhangi bir farklılığa yol açmayacaktır. İş kazasında olduğu gibi, meslek hastalığında da sigortalının uğradığı zarar bedensel olabileceği gibi ruhsal da olabilir.

4. Meslek Hastalığı ile Zarar Arasında Nedensellik Bağının Bulunması

Sigortalının yaptığı iş ile yakalandığı meslek hastalığı arasında uygun nedensellik bağının bulunması gerekir. Nedensellik bağının varlığı, Meslek Hastalıkları Listesi ile ortaya konulmaktadır. Zira hangi hastalıkların meslek hastalığı sayılacağı, Meslek Hastalıkları Listesi ile düzenlenmiş bulunmaktadır. Bu durumda sigortalının yakalandığı hastalık, Meslek Hastalıkları Listesinde yer alıyor ve çalışması ile bağı kurulmuş ise nedensellik bağının varlığını ispata gerek kalmayacaktır⁸³.

V. COVID-19'un Meslek Hastalığı Olarak Değerlendirilmesi

A. Genel Olarak

Meslek hastalığı, iş kazasında olduğu gibi aniden veya çok kısa bir zaman içerisinde ortaya çıkmamakta, işin niteliğinden dolayı sürekli tekrarlanan bir sebeple veya yürütüm şartları yüzünden yavaş yavaş meydana gelmektedir. Sigortalı uzun süre aynı işi yapmakta, aynı şekilde çalışmakta, işin yürütümü ve niteliği nedeniyle belirli bir zaman sonra yaptığı işten etkilenmekte ve meslek hastalığına tutulmaktadır⁸⁴. COVID-19'un meslek hastalığı olarak değerlendirilmesinde sağlık çalışanlarını diğer çalışanlardan ayırarak konunun incelenmesinde fayda vardır. Zira Korona

⁸³ Güzel, Okur and Caniklioglu (n 6) 384; Sözer (n 6) 360; Akdeniz (n 77) 67.

⁸⁴ Yargıtay 10 HD, 5151/164, 15.01.2020 <www.kazanci.com>, Erişim Tarihi 25 June 2020.

virüsün sağlık çalışanları açısından meslekleri gereği bulaşma riski daha yüksektir. Bununla birlikte konu salgın hastalık olduğunda kişilerin çalıştıkları yerlere göre ayrılmalari gerektiği ifade edilmektedir. Bu görüşe göre, sağlık çalışanlarının diğer çalışan grubuna göre riski daha fazla olduğu kabul edilebilir. Ancak kargo çalışanları, belediye otobüsü şoförleri gibi çalışanlar da en az sağlık çalışanları kadar risk altındadır. Zira kargo çalışanlarının, internet üzerinden satıştan dolayı iş yükleri daha da artmakta ve sürekli temas halinde olmaları dolayısıyla da virüsle temas riskleri artmaktadır. Bu sebeple sağlık çalışanı ayırımına girilmeden Korona virüsü ile enfekte olan işçilerin durumu meslek hastalığı değil fakat iş kazası kapsamında değerlendirilmelidir⁸⁵.

COVID-19'un "iş kazası" veya "meslek hastalığı" olarak kabul edilmesi, aslında yararlanmaya ilişkin haklar konusunda bir fark yaratmamaktadır. Korona virüsüne maruz kalan kişiye veya yakınlarına Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından bağlanması gereken geçici veya sürekli yardımlar yönünden veya işverenden talep edilebilecek maddi ve manevi tazminatlar yönünden de bir fark olmayacaktır. Zira 5510 sayılı Kanun sistematüğinde iş kazası ve meslek hastalığı risklerine tek bir sigorta kolundan "İş kazası ve meslek hastalığı" sigorta kolundan güvence sağlanmaktadır. Sigortalıya sağlanacak yardımlar bakımından bir farklılık olmayacağı için COVID-19'un iş kazası veya meslek hastalığı olarak değerlendirilmesi, "akademik" düzeyde kalacaktır⁸⁶. İş kazası ile meslek hastalığının örtüştüğü durumlarda, işçi açısından takip etmesi daha kolay bir prosedür olduğu için nihai olarak iş kazasına öncelik vermek yararlı olacaktır⁸⁷.

B. Sağlık Çalışanları Bakımından Konunun Değerlendirilmesi

Sağlık çalışanlarının⁸⁸ korona virüsü ile karşılaşma ihtimalleri, diğer çalışan gruplarına kıyasla daha yüksek görünmektedir. Sağlık çalışanlarının COVID-19'a maruz kalan en yüksek riskli meslek grubu olduğu ifade edilebilir. Zira hastane ortamı, virüsün her an yayılarak sağlık çalışanlarına bulaşmasına olanak sağlamaktadır. Sağlık çalışanlarının enfekte olması halinde, bunun hastanede olma ihtimali, hastane dışında olma ihtimaline göre daha yüksektir⁸⁹.

Yapılan çalışmalarda, çalışanların virüsle karşılaşma risklerine göre dört maruz kalım düzeyi tanımlanmıştır. Bu sınıflamaya göre sağlık çalışanları COVID-19

⁸⁵ Balcı (n 76).

⁸⁶ 'COVID-19 Pandemisi Günlerinde İş Kazası ve Meslek Hastalığı Rehberi', İstanbul Tabip Odası Hukuk Bürosu, 25.04.2020, s. 1, <https://www.istabip.org.tr/site_icerik/2020/mayis/covid_19_is_kazasi_meslek_hastaligi.pdf>, Erişim Tarihi 25 June 2020.

⁸⁷ Özveri, (n 38) 27-28.

⁸⁸ Dünya Sağlık Örgütü'ne göre hekim, hemşire, diş hekimi, sağlık memuru, ebe, eczacı, biyolog, diyetisyen, veteriner, fizyoterapist vb. kişiler sağlık çalışanı kabul edilmektedir, bkz <https://www.who.int/hrh/statistics/Health_workers_classification.pdf> Erişim Tarihi 25 June 2020.

⁸⁹ Akın, 'COVID-19'un İş İlişkilerine Etkileri' (n 7) 25.

maruz kalımı için en yüksek riskli meslek grubu kabul edilmiştir⁹⁰. Sağlık sektörünün yanı sıra, turizm ve taşımacılık gibi sektörlerde çalışanlarda da riskin fazla olduğu gözlenmiştir. Bunlar arasında koruyucu hizmet meslekleri (polis memurları, ıslah memurları, itfaiyeciler), ofis ve idari destek meslekleri (kuryeler ve haberciler, hasta servis temsilcileri), eğitim (okul öncesi ve kreşler), toplum ve sosyal hizmet meslekleri (sağlık çalışanları, sosyal hizmet uzmanları, danışmanlar) ve inşaat sektörü (tesisatçılar, foseptik tesisatçıları, asansör onarımı işçileri) mevcuttur⁹¹.

Öğretide bir görüşe göre; bir hastalığın meslek hastalığı sayılabilmesi için, yapılan işin niteliğinden kaynaklanan bir sonucun olması gerekir. COVID-19, yapılan işin niteliğinden veya yürütüm şartlarından kaynaklanan bir sebeple bulaşmadığı için meslek hastalığı olarak değerlendirilemez. COVID-19 hastalığı, bulaşıcı bir hastalıktır ve yapılan iş ile ilgili değildir. Mesleğe bağlı olmadan ortaya çıkmaktadır. Salgın geçici bir durumdur. Sürekliliği olmadığı için mesleki sayılmamalıdır. Meslek hastalığı olabilmesi için tekrarlanan bir sebeple devam etmesi gerekir. Korona virüsünün bulaşması ise ani olmaktadır. İş kazasındaki anilik unsuru, Korona virüs bulaşan işçinin durumunun iş kazası sayılması ihtimalini güçlendirmektedir⁹². Bu sebeple sağlık çalışanları bakımından da COVID-19 hastalığının meslek hastalığı olarak değerlendirilmemesi gerektiği; zira COVID-19 hastalığına yakalanmanın, sağlık çalışanları bakımından da işin yürütüm şartlarından doğmadığı gibi işyeri şartlarından da oluşmadığı belirtilmiştir. Bununla birlikte Korona virüsün bulaşması sebebiyle, işçinin akciğerlerinde sürekli, kalıcı bir hastalık durumu ve giderek sürekli iş göremezlik oluşursa COVID-19 hastalığının, meslek hastalığı olarak nitelendirilebileceği de ileri sürülmüştür⁹³. Alman öğretisinde iş kazasının kısa bir zaman diliminde, meslek hastalığının ise uzun bir zaman diliminde ortaya çıkmasının mutlak olmadığı belirtilmektedir. Dolayısıyla meslek hastalıkları listesinde yer alan bir hastalığın zararlı etkene bir defa veya kısa süreli maruz kalmak yoluyla ortaya çıkabileceği ifade edilebilir⁹⁴.

Öğretide diğer görüşe göre ise, sağlık çalışanları bakımından COVID-19 hastalığı, çalışanların hastane ortamında virüse yakalanmış olmaları halinde meslek hastalığı olarak değerlendirilmelidir⁹⁵. İşin yürütümü gereği hastalarla çok yakın temas halinde

⁹⁰ “Yakın temaslı, bilinen ve şüphelenilen COVID-19 vakasında aerosol üreten prosedürler; numune toplama ve işleme prosedürleri, ölen vakaların otopsi prosedürlerini içeren iş kolları (Doktorlar, hemşireler, diş hekimleri, sağlık görevlileri, acil tıp teknisyenleri, numune toplayan sağlık ve laboratuvar personeli, otopsi yapan morg çalışanı)”, COVID-19 Pandemisi’nde Meslek Hastalığı Tanı Kılavuzu, s. 8, 9, <<https://www.istabip.org.tr/koronavirus/Haberler/5578/covid-19-pandemisi-nde-meslek-hastaligi-tani-kilavuzu>> Erişim Tarihi 25 June 2020.

⁹¹ COVID-19 Pandemisi’nde Meslek Hastalığı Tanı Kılavuzu, (n 90) 8.

⁹² Yürekli (n 6) 45; Balcı (n 76); Yener (n 45) 110; Sami Narer and Cebrail Şimşek, ‘Sağlık Çalışanları İçin COVID-19 Hastalığı İş Kazası veya Meslek Hastalığı Mıdır?’ (2020/16) Karatahta İş Yazıları Dergisi 139, 163 vd.

⁹³ ‘COVID-19 Pandemisi Günlerinde İş Kazası ve Meslek Hastalığı Rehberi’ (n 86) 3.

⁹⁴ Akdeniz (n 77) 21.

⁹⁵ Caniklioglu (n 43); Bulut (n 69) 100; Yener (n 45) 110; ‘COVID-19 Pandemisi Günlerinde İş Kazası ve Meslek Hastalığı Rehberi’, (n 86) 2.

olmaları, sağlık çalışanlarını riskli gruba dâhil etmektedir. Bu sebeptendir ki sağlık çalışanları bakımından nedensellik bağı daha kolay kurulabilir.

Güç Kaybı Yönetmeliği ile meslek hastalıklarının bir liste halinde sayıldığı daha önce belirtilmişti. Güç Kaybı Yönetmeliğinin ekindeki Meslek Hastalıkları Listesi'nin (D) Grubunda Mesleki Bulaşıcı Hastalıklar düzenlenmiştir. Güç Kaybı Yönetmeliği madde 19/1'de Mesleki Bulaşıcı Hastalıklar Listesinin (D) Grubunda yer alan bulaşıcı hastalıkların, görülen işin gereği olarak veya işyerinin özel koşullarının etkisiyle oluşması ve enfeksiyonun laboratuvar bulguları ile de kanıtlanmasının gerekli olacağı belirtilmiştir. Aynı maddenin ikinci fıkrasına göre, mesleki bulaşıcı hastalıklar listesinde yer almayan fakat görülen iş ve görev gereği olarak bulaştığı kesin olarak saptanan diğer bulaşıcı hastalıklar da meslek hastalığı sayılacaktır. Bu husustaki teşhisin laboratuvar deneyleriyle kanıtlanması gereklidir. Hastalığın en uzun kuluçka süresi yükümlülük süresi olarak alınacaktır. Söz konusu Meslek Hastalıkları Listesinde COVID-19 hastalığı yer almamaktadır. Bununla birlikte anılan Yönetmeliğin ikinci fıkrası gereği COVID-19 hastalığı (D) Grubunda yer alan mesleki bulaşıcı hastalıklardan sayılabilir. Diğer taraftan bir hastalığın Listede sayılmaması o hastalığın meslek hastalığı sayılmayacağı anlamına da gelmemelidir. 5510 sayılı Kanun madde 14/son gereğince Güç Kaybı Yönetmeliğinde belirlenmiş hastalıklar dışında herhangi bir hastalığın meslek hastalığı sayılıp sayılmaması hususunda çıkabilecek uyuşmazlıklar, Sosyal Sigorta Yüksek Sağlık Kurulunca karara bağlanacaktır.

VI. Sonuç

COVID-19 hastalığı, 5510 sayılı Kanunda yazılı koşullar çerçevesinde ortaya çıkarsa iş kazası olarak nitelendirilebilecektir. Sigortalının işyerinde bulunduğu sırada Korona virüse yakalanması, şüphesiz ki iş kazası olarak değerlendirilmelidir. İşveren tarafından verilen emir ve talimatları yerine getirirken işçinin virüsle enfekte olması da aynı kapsamdadır. Yine işveren tarafından yürütülmekte olan iş nedeniyle bir müşterinin evinde musluk tamiri için gittiği sırada, işçinin müşteriden Korona virüsü kapması da iş kazasıdır. Sigortalı görevli olarak işyeri dışında başka bir yere gönderildiğinde, toplu taşıma araçlarını kullanırken Korona virüsü ile enfekte olması durumu iş kazası sayılacaktır. Zira işverence sağlanan bir taşıt olmasa bile işverenin otoritesi devam etmektedir. Aynı şekilde emziren kadın sigortalının çocuğuna süt vermek için ayrılan süt izni içinde işyerine gidiş gelişinde toplu taşıma aracını kullanırken Korona virüse yakalanması halinde iş kazası gündeme gelebilecektir. İşverence sağlanan servis aracında sigortalının işin yapıldığı yere gidiş geliş sırasında virüs bulaşması da iş kazası sayılacaktır. Bu örnekleri çoğaltmak mümkündür ancak olası bir yargılamada tespit edilmesi gereken, COVID-19'un işçiye ne zaman ve nasıl bulaştığıdır. Olması gereken, her COVID-19 hastalığını iş kazası saymak yerine,

nedensellik bağının olduğu olayları iş kazası saymak olmalıdır. COVID-19'un 2-14 günlük kuluçka süresi de dikkate alınarak virüsün 5510 sayılı Kanun madde 13'te yazılan unsurlardan birinde bulaştığının kanıtlanması gerekir.

İşçinin sadece Korona virüs testinin pozitif çıkması iş kazası sayılması için yeterli olmayacak; virüs sonucunda sigortalının bedensel veya ruhsal bir zarara uğraması gerekecektir. Korona virüs sigortalının akciğeri üzerinde büyük bir hasar bırakmış olabilir veya sigortalı geçirdiği hastalık sonucu vefat etmiş olabilir. Veyahut virüse yakalanma olayı sigortalıda ruhsal bir engel yaratmış olabilir. Bütün bunlar sigortalının enfekte olduğu virüs sonucu bedensel veya ruhsal bir zarara uğradığını gösterir.

Bir kazanın sosyal güvenlik hukuku bakımından iş kazası sayılması ile iş hukuku bakımından iş kazası sayılması kavramları birbirinden farklıdır. 5510 sayılı Kanuna göre iş kazası sayılan bir durumda, Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından sigorta yardımları yapılır. Sigorta yardımlarının yapılabilmesi için işverenin kusurlu olması şartı aranmamaktadır. Daha açık bir ifadeyle bir olayın iş kazası olarak nitelendirilmesi, her zaman işverenin hukuki veya cezai sorumluluğunu doğurmayabilir. İşverenin iş kazasından hukuki sorumluluğunun doğabilmesi için kaza ile yapılan iş arasında uygun nedensellik bağının kurulması gerekir. İşverenin iş sağlığı ve güvenliği yükümlülüklerine uymaması sebebiyle sorumluluğu söz konusu olacaktır. Bu nedenle işçi, COVID-19 hastalığından dolayı bir zarara uğrarsa, işverenin sorumlu olabilmesi için kusurlu olması gerekecektir. İşçi ve işverenin sorumluluğunun tespitinde kaçınılmazlık ilkesi de dikkate alınmalıdır.

Yargıtayın 2019 tarihli H1N1 virüsüne (domuz gribi) bağlı olarak meydana gelen ölümü iş kazası olarak kabul ettiği kararının Korona virüsü (COVID-19 hastalığı) bakımından da emsal teşkil etmesi gerektiği kanaatindeyiz. Yargıtay bu kararında sonradan oluşan zarar ile olay arasında uygun illiyet bağının bulunduğunu belirtmiştir. COVID-19 hastalığında da aynı şekilde kuluçka süresine bağlı olarak sonradan oluşan hastalık durumu veya vefat halinin iş kazası olduğunun kabulü gerekmektedir. Zira Yargıtayın da belirttiği gibi 5510 sayılı Kanun madde 13 hükmü, sosyal güvenlik hukuku ilkeleri içinde değerlendirilerek geniş yorumlanmalıdır.

COVID-19'un meslek hastalığı bakımından değerlendirilmesinde konunun sağlık çalışanı için ayrı bir değerlendirmeye tabi tutulması gerektiği kanaatindeyiz. Sağlık çalışanı, ister kamu isterse de özel sağlık kuruluşunda çalışsın, sağlık çalışanının COVID-19 hastalığına yakalanması durumu, meslek hastalığı olarak değerlendirilebilir. Meslek hastalığı olarak nitelendirilebilmesi için, sağlık çalışanının COVID-19 hastalığına yakalanması ve tedavi olsa dahi buna bağlı olarak sürekli bir akciğer hastalığının oluşması ve maluliyet durumunun ortaya çıkması gerekmektedir.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

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

Peer-review: Externally peer-reviewed.

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

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

Bibliyografya/Bibliography

- Akdeniz AL, *Meslek Hastalığı Kavramı Üzerine*, (Beta 2015).
- Akın L, 'COVID-19'un İş İlişkilerine Olası Etkileri' (2020) 34(3) Çimento İşveren Dergisi, 16-71 (COVID-19'un İş İlişkilerine Etkileri).
- Akın L, 'İşverenin İşçiyi Gözetme Borcundan Doğan Hukuki Sorumluluğunda Uygun Nedensellik Bağı' (Karar İncelemesi) (Mart 2011) Çimento İşveren Dergisi, 26-39 (Nedensellik Bağı).
- Akın L, *İş Kazasından Doğan Maddi Tazminat* (Yetkin 2001).
- Arslan S, 'İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'na Göre İşverenin Genel Yükümlülükleri' (2014) 20(1) MÜHFHAD, Özel Sayı, Prof. Dr. Ali Rıza Okur'a Armağan, 767-807.
- Ateş ZG, 'COVID-19'un İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği Konusunda Alması Gereken Önlemlere Etkisi', (2020) 19(38) İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, COVID-19 Hukuk Özel Sayısı, 161-179.
- Balcı M, 'Covid-19'un İş Güvenliği Yönünden Hukuki Nitelendirmesi', Türkiye Barolar Birliği Eğitim Merkezi Online Eğitim Programları, TBB TV, 29 Nisan 2020, <<https://www.youtube.com/watch?v=RwHqOMwMqq8>>, Erişim Tarihi 7 June 2020.
- Baycık G, 'Sosyal Güvenlik Kurumunun İş Kazası veya Meslek Hastalığından Kaynaklanan Rücu Davalarına Eleştirel Bakış' (2017) 7(1) Sosyal Güvenlik Dergisi, 31-70.
- Bulut M, 'Türkiye'de Pandemi Sürecinde İş Sağlığı ve Güvenliği Mevzuatına İlişkin Meseleler' (2020), Koronavirüs Döneminde Güncel Hukuki Meseleler Sempozyumu Bildiri Özeti Kitabı, İbn Haldun Üniversitesi Yayınları, 99-107.
- Canbolat T and Kayırgan H, 'Korona Virüs Salgınının İş Sözleşmesi ile İşçi İşveren İlişkilerine Etkisi ve Sonuçları', (2020) 5(1) Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Arş. Gör. Ceren Damar Şenel Armağanı, 637-688.
- Caniklioğlu N, 'Sosyal Sigorta Türleri Açısından Yargıtayın 2002 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi', (2004) İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 339-393 (Değerlendirme 2002).
- Caniklioğlu N, '6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununda Öngörülen İşveren Yükümlülükleri' (2012) Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası, Çalışma Mevzuatı Seminer Notları, Antalya, 26-30 Eylül 2012, 27-84 (İşveren Yükümlülükleri).
- Caniklioğlu N, Koronavirüs Döneminde Güncel Hukuki Meseleler Sempozyumu, İbn Haldun Üniversitesi, 29.05.2020, <<https://www.youtube.com/watch?v=sQPmdeI-G4c>> Erişim Tarihi 10 June 2020.
- Çelik N, Caniklioğlu N and Canbolat T, *İş Hukuku Dersleri* (32th edition, Beta, 2019).
- Ekmekçi Ö, *4857 Sayılı İş Kanunu'na Göre İş Sağlığı ve Güvenliği Konusunda İşyeri Örgütlenmesi*, (Legal 2005).
- Eren F, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (21th edition, Yetkin, 2017) (Borçlar Genel).
- Eren F, *Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi*, (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No:361 1975).
- Güzel A, Okur AR and Caniklioğlu N, *Sosyal Güvenlik Hukuku* (18th edition, Beta 2020).
- Keser H, 'Korona Virüs (Covid 19) Özelinde Bir Salgın Durumunda İş Mevzuatı Kapsamında İşçi ve İşverenin Kullanabileceği İzin, Esnek Çalışma Süreleri ve Fesih Hakları Üzerine Bir Değerlendirme' (2020) 17(65) Legal İSGHD, 23-94.
- Narter S and Şimşek C, 'Sağlık Çalışanları İçin COVID-19 Hastalığı İş Kazası veya Meslek Hastalığı Mıdır?' (2020/16) Karatahta İş Yazıları Dergisi 139-168.

- Okur Z, 'Yargıtay Kararları Çerçevesinde İş Kazası' (2013), VII. Ulusal İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Kongresi Bildiriler Kitabı 18-20 Nisan 2013, 325-331.
- Özdemir E, *İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku*, (Vedat 2014).
- Özveri M, 'Pandemi Sürecinin İş Hukukuna Yansımaları', (2020) İzmir Barosu Bülten, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Komisyonu Pandemi Özel Bülteni, 25-38.
- Sözer AN, *Türk Sosyal Sigortalar Hukuku*, (4th edition, Beta 2019).
- Sümer HH, *İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku* (3th edition, Seçkin 2019).
- Süzek S, *İş Hukuku* (16th edition, Beta 2018).
- Tuncay C, 'Kurumun İşverene Rücuu-Olayda Kaçınılmazlık Durumu' (Aralık 2006)(4) Sicil İHD 183-188.
- Tuncay C and Ekmekçi Ö, *Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri*, (20th edition, Beta 2019).
- Yamakoğlu E, *İşverenin İşyeri Hekimi ve İş Güvenliği Uzmanı Çalıştırma Yükümlülüğü*, (Seçkin 2016).
- Yener MZ, 'COVID-19 Salgınının İş Kazası ve Meslek Hastalığı Bakımından Değerlendirilmesi' (2020) Koronavirüs Döneminde Güncel Hukuki Meseleler Sempozyumu Bildiri Özeti Kitabı, İbn Haldun Üniversitesi Yayınları, 108-117.
- Yürekli S, 'Çalışma Hayatında Koronavirüs (COVID-19) Salgınının Etkileri' (2020) 19(38) İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, COVID-19 Hukuk Özel Sayısı, 34-61.

Elektronik Kaynaklar

- <www.kazanci.com>
- <https://www.who.int/health-topics/coronavirus#tab=tab_1, Erişim Tarihi 13 June 2020.
- T.C. Sağlık Bakanlığı Halk Sağlığı Genel Müdürlüğü, "COVID-19 (Sars-Cov-2 Enfeksiyonu), Genel Bilgiler, Epidemioloji ve Tanı, Bilimsel Danışma Kurulu Çalışması, Ankara, 1 Haziran 2020, s. 5, <https://covid19bilgi.saglik.gov.tr/depo/rehberler/covid-19-rehberi/COVID-19_REHBERI_GENEL_BILGILER_EPIDEMIOLOJI_VE_TANI.pdf> Erişim Tarihi 13 June 2020.
- <<https://www.ailevecalisma.gov.tr/media/40969/isyerlerinde-koronaviruse-covid-19-karsi-alinmasi-gereken-onlemler.pdf>> Erişim Tarihi 14 June 2020.
- <<https://covid19bilgi.saglik.gov.tr/tr/sss/halka-yonelik.html>> Erişim Tarihi 16 June 2020.
- <<https://covid19bilgi.saglik.gov.tr/tr/>> Erişim Tarihi 22 June 2020.
- COVID-19 Pandemisi'nde Meslek Hastalığı Tanı Kılavuzu, s. 8, 9, <<https://www.istabip.org.tr/koronavirus/Haberler/5578/covid-19-pandemisi-nde-meslek-hastaligi-tani-kilavuzu>> Erişim Tarihi 25 June 2020.
- 'COVID-19 Pandemisi Günlerinde İş Kazası ve Meslek Hastalığı Rehberi', İstanbul Tabip Odası Hukuk Bürosu, 25.04.2020, s. 1, <https://www.istabip.org.tr/site_icerik/2020/mayis/covid_19_is_kazasi_meslek_hastaligi.pdf>, Erişim Tarihi 25 June 2020.
- <https://www.who.int/hrh/statistics/Health_workers_classification.pdf> Erişim Tarihi 25 June 2020.
- <<https://drive.google.com/file/d/1wyqKwK18db87PkEtfBO4FgrHBM9FY3tt/view>> Erişim Tarihi 26 June 2020.
- <https://covid19bilgi.saglik.gov.tr/depo/toplumda-salgin-yonetimi/salgin-yonetimi-ve-calisma-rehberi/COVID-19_SALGIN_YONETIMI_VE_CALISMA_REHBERI.pdf> Erişim Tarihi 26 June 2020.



İstanbul Hukuk Mecmuası

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Başvuru: 29.06.2020
Revizyon Talebi: 22.08.2020
Son Revizyon Tarihi: 24.08.2020
Kabul: 04.09.2020

COVID-19 Salgınının İcra ve İflâs Hukuku Alanına Etkileri

Murat Atalı* , Ersin Erdoğan** 

Öz

Dünya Sağlık Örgütü tarafından pandemi ilan edilen COVID-19 salgını, ülkemizde ve dünya genelinde ekonomik faaliyetlere önemli ölçüde zarar vermiştir. Ekonomik hayatın durma noktasına gelmesi, bireylerin daha önce üstlenmiş oldukları edimlerini yerine getirmeleri konusunda çok büyük zorluklar, hatta imkansızlıklara sebebiyet vermiştir. Ülkemizde salgının yaratacağı ekonomik zorlukların bireylerin mahvına sebebiyet vermemesi amacıyla, takip hukuku açısından birtakım tedbirler alınmıştır. İlk olarak 2279 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı ile İcra ve İflâs Kanunu'nun 330'uncu maddesinde düzenlenen fevkalade tatil kurumuna işlerlik kazandırılmış, daha sonra ise 7226 sayılı Kanun ile bir bütün olarak cebri icra faaliyetlerinin durdurulması öngörülmüştür. İşbu çalışmada, takip hukuku açısından alınan tedbirler ve bunların hukuki sonuçları üzerinde ele alınmaktadır. Bu çerçevede, takip hukukuna ilişkin süreler ile icra ve iflâs takipleri ile takip işlemleri açısından alınan tedbirler ve yarattığı sorunlar incelenmiştir. Kanun koyucu, bir bütün olarak takip hukukuna ilişkin bütün sürelerin durmasını düzenlemiştir. Bu noktada sürelerin taraflar veya icra ve iflâs daireleri açısından düzenlenmiş olması arasında bir ayırım yapılmamıştır. Ayrıca kanun koyucu hem cüz'i icra takiplerinin hem de iflâs takiplerinin yapılmasının önüne geçmiştir. Kanun tarafından belirlenen durma süresi boyunca yeni icra veya iflâs takibi başlatılmayacağı gibi daha önce başlatılmış olan takipler de duracaktır. Ayrıca kanun koyucu ihtiyatî haciz kararlarının da icra ve infazını da durma süresi boyunca engellemiştir. 7226 sayılı Kanun ile konkordato açısından ortaya çıkan sorunlar da ele alınmıştır.

Anahtar Kelimeler

COVID-19, İcra hukuku, Fevkalade tatil, Takiplerin durması

The Impact of COVID-19 on Enforcement and Bankruptcy Law

Abstract

The COVID-19 outbreak, which was declared a pandemic by the World Health Organization in March, has significantly damaged economic activities in Turkey and worldwide. Most economic activities have stopped or slowed down because of this pandemic. This situation has caused enormous difficulties and impossibilities for individuals to fulfill the obligations they had previously undertaken. These economic difficulties may economically destroy individuals. Therefore, to help individuals cope with these difficulties, some measures have been taken regarding Enforcement and Bankruptcy Law. First, with the Presidential Decree numbered 2279 regulated in article 330 of the Enforcement and Bankruptcy Law, the extraordinary suspension institution has entered into force. All mandatory execution processes have stopped as per Law 7226. In this paper, measures undertaken regarding Enforcement and Bankruptcy Law and their legal consequences are discussed. Moreover, possible problems are discussed, and the measures taken with respect to the periods in the Enforcement and Bankruptcy Law have been explained. In addition, all enforcement and bankruptcy proceedings have been stopped during this pandemic period. Individuals are not allowed to commence new proceedings. Here, the paper also examines the measures taken regarding the arrest orders and concordat proceedings.

Keywords

COVID-19 Outbreaks, Measures taken regarding Enforcement and Bankruptcy Law, Suspension of proceedings

* **Sorumlu Yazar:** Murat Atalı (Prof. Dr.), İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye. E-posta: muratataliistanbul.edu.tr ORCID: 0000-0003-0279-365X

** Ersin Erdoğan (Doç. Dr.), Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı, Ankara, Türkiye. E-posta: eerdogan@ybu.edu.tr ORCID: 0000-0002-3401-940X

Atf: Atalı M, Erdogan E, "COVID-19 Salgınının İcra ve İflâs Hukuku Alanına Etkileri" (2020) 78(2) İstanbul Hukuk Mecmuası 395. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2020.78.2.0005>



Extended Summary

With the emergence of the COVID-19 pandemic, governments have undertaken several measures involving legal precautions to provide economic protection to individuals and entrepreneurs. On March 22, 2020, the Turkish government declared an “extraordinary recess” for all enforcement and bankruptcy proceedings with the decree numbered 2279. However, this decree was not sufficient to solve the many problems regarding the periods. All substantial prescriptions and limitation periods are to continue. Consequently, the Turkish Grand National Assembly passed a new law numbered 7226 to provide measures for all areas of law, including enforcement and bankruptcy. The article is as follows:

“The periods specified in the Execution and Bankruptcy Law No. 2004 and the periods specified in other laws related to the execution and bankruptcy proceedings, and the periods determined by the judge or enforcement and bankruptcy offices within the scope of these laws; except for the execution proceedings related to ex-spouse and child support receivables, all enforcement and bankruptcy proceedings, party transactions and proceedings, initiating new enforcement and bankruptcy proceedings, transactions regarding the enforcement and execution of provisional arrest order shall, from March 22, 2020 (including this date), stop until 30/4/2020 (including this date).”

With the Presidential Decree numbered 2480, the final date has been extended until June 15, 2020.

According to provisional article 1 of the Code subpara. b, the following measures have been taken regarding Enforcement and Bankruptcy Law:

First, the Code provides relief to individuals in terms of periods. All periods regulated in the Turkish Code of Enforcement and Bankruptcy shall stop from March 22 to June 15, 2020. Furthermore, between these dates, all periods determined by the judge or enforcement and bankruptcy offices within the scope of Enforcement and Bankruptcy Law shall stop. Thus, if the deadlines are to expire within or less than 15 days as of the start date (June 15) of the suspension period, 15 days of extension will be provided.

Second, all enforcement and bankruptcy proceedings shall stop from March 22 to June 15, 2020. They are suspended and will stay as they were before March 22, 2020. In addition, individuals are not allowed to commence new enforcement and bankruptcy proceedings during this period.

Third, parties shall not conduct any transactions regarding enforcement and bankruptcy proceedings. For example, they may not request arrest or sale of arrested

assets. The enforcement and bankruptcy offices shall arrange a new sale date without a new request of parties at the end of this period if the date of sale has been decided between March 22 and June 15, 2020. The sale announcements will only be conducted electronically, and there shall not be any demand of expense for these announcements. However, we argue that it can be paid to the creditor if the debtor pays their debts directly to enforcement offices. Therefore, the suspension period shall not stop the voluntary payments to the creditor. The enforcement offices must accept voluntary payments. Otherwise, it would be considered unproportional limitation for parties to access their rights. Similarly, the enforcement offices must accept and do what is required by parties if the parties reach any agreements regarding enforcement proceedings.

Fourth, parties may request for provisional arrest orders during this period. Nevertheless, they shall not be enforced and executed until June 15, 2020.

Finally, the consequences of the respites of concordat regarding creditor and debtor will be maintained during this period. This formulation may create some confusion because during the concordat process, some parties may initiate new enforcement proceedings. However, we argued that the consequences of concordat regarding the creditor and their right to commence enforcement proceedings must also be suspended during this period.

COVID-19 Salgınının İcra ve İflâs Hukuku Alanına Etkileri

Giriş

11.03.2020 tarihinde Dünya Sağlık Örgütü tarafından pandemi haline geldiği belirtilen COVID-19 küresel salgını, ülkemizi de olumsuz etkilemiş, bu çalışmanın hazırlandığı tarihte yaklaşık 200.000 kişi bu hastalığa yakalanmış, 5.000 kişi ise hayatını kaybetmiştir. Bu süreçte haziran ayına kadar çeşitli tarihlerde ve yerlerde, farklı kapsamlarda sokağa çıkma yasakları uygulanmış ve insanlara evde kalmaları salık verilmiştir. Bu denli kapsamlı tedbirlerin ülke ekonomisini olumsuz etkilememesi düşünülemez. Ticari hayatın neredeyse durma noktasına geldiği böyle bir dönemde, bireylerin daha önce üstlendikleri edimlerini ifa edemedikleri için cebri yaptırımlara tabi kılınması, onların ekonomik olarak mahvına sebep olacak ve netice itibarıyla ortaya çıkacak toplam ekonomik zarar, daha büyüyecektir. İnsanların hayatta kalmak için tedbirler aldığı bu dönemde, kanun koyucu da hukuki açıdan birtakım düzenlemeler yapma gereği hissetmiş, evvela 2279 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile icra ve iflâs takipleri açısından İcra ve İflâs Kanunu'nun 330'uncu maddesi uyarınca fevkalade tatil kararı alınmış ve ayrıca ilave birtakım tedbirler düzenlenmiştir. Bunu müteakip 7226 sayılı *Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun*'un Geçici 1'inci maddesi ile hem yargılamalar hem de icra takipleri açısından kapsamlı tedbirler alınmıştır. Bu çalışmada söz konusu düzenlemeler uyarınca alınan tedbirler icra ve iflâs hukuku açısından değerlendirilmektedir.

I. 2279 Sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı ile Alınan Tedbirler

İcra ve İflâs Kanunu'nun 330'uncu maddesine göre *salgın hastalık, umumi bir musibet veya harb halinde Cumhurbaşkanı kararıyla memleketin bir kısmında veya bazı iktisadi zümreler lehine muayyen bir müddet için icra takipleri durdurulabilir.* İşte 22.03.2020 Tarih ve 31076 Sayılı Resmî Gazete'de yayınlanan 2279 Sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı ile İcra ve İflâs Kanunu'nun 330'uncu maddesine dayalı olarak 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 iflâs takiplerinin **durdurulmasına** ve
- bu çerçevede **taraf ve takip işlemlerinin yapılmamasına,**
- **yeni icra ve iflâs takip taleplerinin alınmamasına ve**
- **ihtiyati haciz kararlarının icra ve infaz edilmemesine**

karar verilmiştir. Söz konusu düzenleme incelendiğinde, fevkalade tatilin uygulanacağı coğrafi alan ve belirli iktisadi zümreler açısından bir sınırlama

getirilmediği görülmektedir. Buna göre, karar ile belirlenen 30.04.2020 tarihine kadar nafaka alacakları hariç olmak üzere bütün icra ve iflâs takipleri durdurulmuş, yeni takip de başlatılamaması kabul edilmiştir. Ayrıca ayırım yapılmaksızın bütün taraf ve takip işlemlerinin duracağı belirtilmiştir. Karar uyarınca ihtiyati haciz kararı alınmasının önünde bir engel bulunmasa da bu kararın icra ve infaz edilmesinin de önüne geçilmiştir. Böylece Kararın Resmî Gazete’de yayımlandığı 22.03.2020 tarihi ile 30.04.2020 tarihleri arasında takip işlemleri açısından öngörülen süreler işlemeyecektir.

Bu noktada, muhtemel bir karışıklığın giderilmesinde fayda vardır. Fevkalade hallerde tatil kurumu (İİK m. 330) ile fevkalade mühlet (İİK m. 317-329) amaçları ve buna karar verecek makamlar itibariyle benzeşse de nitelik ve sonuçları itibariyle birbirinden farklıdır. Fevkalade mühletin söz konusu olduğu hallerde Cumhurbaşkanlığı kararı yalnızca fevkalade mühlete ilişkin hükümlerin yürürlüğe konulduğunu belirtir, hangi borçluların bundan istifade edebilecekleri ise icra mahkemesi kararı ile ayrı ayrı tespit edilir. Fevkalade hallerde tatil kurumunda ise karar ile birlikte kapsamda yer alan (coğrafi veya ekonomik zümre olarak) bütün borçlular kendiliğinden istifade eder¹. 2279 sayılı Karar ile fevkalade hallerde tatil kurumuna işlerlik kazandırılmıştır. Ancak İcra ve İflâs Kanunu’nun 330’uncu maddesinde yalnızca “icra takiplerinin” durdurulması düzenlenmişken, 2279 sayılı Karar ile iflâs takipleri de kapsama dahil edildiği gibi yeni takip (icra veya iflâs) yapılması da engellenmiştir. Ayrıca ihtiyati haciz kararlarının da icra ve infaz edilemeyeceği belirtilmiştir. Kanunda açıkça bir dayanağı bulunmayan söz konusu sınırlamaların Cumhurbaşkanlığı Kararı ile getirilebilmesi esasen mümkün değildir. Zira Anayasa’nın 13’üncü maddesinde belirtildiği üzere temel hak ve özgürlükler ancak kanunla sınırlanabilir. Keza Anayasa’nın 104’üncü maddesi uyarınca Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile temel hak ve özgürlükler düzenlenemez. Somut durumda, bir Kararname de değil, idari nitelikte bir işlem olan Cumhurbaşkanlığı Kararı söz konusudur². Bireylerin hak arama özgürlüğünün gereği olan icra ve iflâs takiplerinin başlatılmasının durdurulabilmesi, ihtiyati haciz kararlarının icra ve infazının engellenebilmesi için açık bir kanuni düzenlemeye ihtiyaç bulunmaktadır. Ancak aşağıda inceleneceği üzere 7226 sayılı Kanun’un Geçici 1’inci maddesi ile bu tartışma önemini yitirmiştir.

Fevkalade hallerde tatil kararı alınması üzerine Kanunda yalnızca takiplerin duracağı düzenlenmiş, hem icra hukukuna özgü sürelerin hem de maddi hukuka ait zamaşımı ve hak düşürücü sürelerin akıbeti konusunda bir hükme yer verilmemiştir. Keza 2279

¹ Ejder Yılmaz, ‘Olağanüstü Durumlarda Borçlulara Süre Verilmesi ve İcra Takiplerinin Durdurulması’ (1977), IX(1), BATIDER 153, 178.

² Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile Cumhurbaşkanlığı Kararı arasındaki farklar için bkz Şeref İba ve Yasin Söyler, ‘Yeni Hükümet Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile Cumhurbaşkanlığı Kararının Nitelik Farkı ve Hukuki Sonuçları’ (2019), 36(1), Anayasa Yargısı 195, 223.

sayılı Kararda da bu yönde bir açıklık bulunmamaktadır. Ancak yukarıda belirtildiği üzere amaçlarının müşterek olması sebebiyle fevkalade mühlete ilişkin hükümlerin, niteliğine uygun düştüğü ölçüde fevkalade hallerde tatil kurumu açısından da kıyasen uygulanabilmesi gerekir. Bu çerçevede, İcra ve İflâs Kanunu'nun 323'üncü maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen Kanunun 106, 150/e, 156, 206, 278, 279 ve 280'inci maddelerinde öngörülen sürelerin tatil halinde de durduğu kabul edilmelidir³. Buna karşılık fevkalade hallerde tatil kararı üzerine maddi hukuka ait zamanaşımı süreleri ile hak düşürücü sürelerin durması söz konusu değildir⁴. Ancak aşağıda inceleneceği üzere 7226 sayılı Kanun'un Geçici 1'inci maddesi ile bu tartışma önemini yitirmiştir.

2279 sayılı Karar yalnızca icra ve iflâs takipleri ile ihtiyati haciz kurumu açısından alınan tedbirleri düzenlemektedir. Hukuk davaları ve yargılamaların işleyişi noktasında bir tedbir içermemektedir.

II. 7226 Sayılı Kanun ile Takip Hukuku Açısından Alınan Tedbirler

26.03.2020 tarihinde Resmî Gazete'de yayımlanan 7226 sayılı *Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun*'un Geçici 1'inci maddesi, salgının yol açacağı hak kayıplarının önüne geçilebilmesi amacıyla, maddi hukuka ait süreler yanında hem **icra ve iflâs hukukuna** hem de **yargılama hukuku alanına** dönük tedbirler içermektedir. Söz konusu 7226 sayılı Kanun'un Geçici 1'inci maddesinin birinci fıkrasının a bendinde yargılama hukuku açısından bazı sürelerin durması tedbir olarak düzenlenmekteyken b bendinde ise icra takiplerine özgü tedbirler yer almaktadır.

İcra hukukuna özgür tedbirler açısından 7226 sayılı Kanun'un Geçici 1'inci maddesi ile özellikle İcra ve İflâs Kanunu'nun 330'uncu maddesini uygulamaya koyan 2279 sayılı Cumhurbaşkanlığı kararı ile zaman bakımından uygulanma sorunu tartışması doğmaktadır⁵.

2279 sayılı Cumhurbaşkanlığı kararının idari nitelikte olması, 7226 sayılı Kanun'un uygulama zamanının söz konusu karar ile aynı tarihte olacak şekilde geçmişe yürütülmüş olması, 7226 sayılı Kanun ile getirilen düzenlemenin hem

³ Baki Kuru, *İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı* (2. Bası, Yetkin 2013) 1583; Taylan Özgür Kiraz, 'Fevkalâde Hallerde Mühlet ve Tatil' (2000), 2, Manisa Barosu Dergisi 7, 13; Yılmaz, (n 3) 182.

⁴ Öğretide fevkalade tatil kararı üzerine maddi hukuka ait zamanaşımı sürelerinin de duracağı belirtilmekteyse de buna dair bir pozitif dayanak bulunmamaktadır. Örneğin **Kuru**, İcra ve İflâs Kanunu'nun fevkalade mühlete ilişkin 323'üncü maddesinin ikinci fıkrasının kıyasen uygulanması suretiyle zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerin duracağından bahsetmektedir ki ilgili madde yalnızca icra hukukuna özgü bazı sürelerin durmasını öngörmektedir. Kuru, (n 5) 1583. Fevkalade mühlet halinde zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerin duracağına dair bir hüküm yer almamaktadır. Takip başlatılmasının mümkün olması karşısında, böyle bir ihtiyacın bulunduğundan da söz edilemez. Fevkalade tatil hallerinde zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerin duracağı yönünde ayrıca bkz Hakan, Pekcanitez, '2279 sayılı Cumhurbaşkanlığı (Fevkalâde Mühlet) Kararı ile 7226 Sayılı Kanunun Geçici 1. Maddesinin Birlikte Değerlendirilmesi', (*Lexpera Blog*, 28.03.2020) <https://blog.lexpera.com.tr/2279-sayili-karar-ile-7226-sayili-kanunun-birlikte-degerlendirilmesi> Erişim Tarihi 18 Haziran 2020.

⁵ Oğuz Atalay ve Muhammet Özkes, '7226 Sayılı Kanun ile İcra ve İflâs Kanunu m. 330 Hükümünü Uygulayan Cumhurbaşkanlığı Kararı (2279 Sayılı) Çerçevesinde Ortaya Çıkan Bazı Sorular ve Tartışmalara Cevaplar', (*Lexpera Blog*, 27.03.2020) <https://blog.lexpera.com.tr/7226-sayili-kanun-ile-cumhurbaşkanlığı-karari-neticesinde-ortaya-cikan-sorunlar> Erişim Tarihi 18 Haziran 2020.

sonraki hem özel hem de üstün norm olması birlikte değerlendirildiğinde, 2279 sayılı Cumhurbaşkanlığı kararının (fiilen uygulandığı 22.03.2020 ila 26.03.2020 tarihleri hariç olmak üzere) uygulama alanının bulunmadığının kabulü gerekir⁶. Bu çerçevede, işbu çalışmada takip hukukuna özgü tedbirler değerlendirilirken 7226 sayılı Kanun'un Geçici 1'inci maddesi dikkate alınmıştır.

7226 sayılı Kanun'un Geçici 1'inci maddesinin birinci fıkrasının b bendinde, takip hukuku açısından alınan tedbirler özel olarak düzenlenmektedir. Buna göre, *9/6/1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu ile takip hukukuna ilişkin diğer kanunlarda belirlenen süreler ve bu kapsamda hâkim veya icra ve iflâs daireleri tarafından tayin edilen süreler; nafaka alacaklarına ilişkin icra takipleri hariç olmak üzere tüm icra ve iflâs takipleri, taraf ve takip işlemleri, yeni icra ve iflâs 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.*

7226 sayılı Kanun'un Geçici 1'inci madde ile Cumhurbaşkanı'na verilen yetki kapsamında, 30.04.2020 Tarih ve 31114 Sayılı Resmî Gazete'de yayınlanan 2480 Sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı ile durma süresi, *4734 sayılı Kamu İhale Kanununda öngörülen zorunlu idari başvuru yoluna ilişkin süreler hariç* olmak üzere 01.05.2020 tarihinden itibaren **15.06.2020 tarihine** kadar (salgın hastalığın yayılma tehlikesinin daha önce ortadan kalkması halinde yeniden değerlendirilmek üzere) uzatılmıştır.

Söz konusu düzenleme dikkate alındığında, takip hukukuna özgü alınan tedbirleri üç ayrı başlık altında incelemek mümkün görünmektedir: Süreler, takipler ve takip işlemleri, ihtiyati haciz kararları.

A. Takip Hukuku Açısından Süreler Yönünden Alınan Tedbirler

7226 sayılı Kanun'un Geçici 1'inci maddesinin birinci fıkrasının b bendinde, *İcra ve İflâs Kanunu ile takip hukukuna ilişkin diğer kanunlarda belirlenen süreler ve bu kapsamda hâkim veya icra ve iflâs daireleri tarafından tayin edilen sürelerin 22.03.2020 tarihi itibarıyla durması öngörülmüştür.* Buna göre;

- İcra ve İflâs Kanunu'nda düzenlenen (bütün) süreler
- Takip hukukuna ilişkin diğer kanunlarda belirlenen süreler
- Takip hukukuna ilişkin hâkim tarafından belirlenen süreler
- Takip hukukuna ilişkin icra veya iflâs daireleri tarafından belirlenen süreler

⁶ Atalay ve Özkes, (n 7) <https://blog.lexpera.com.tr/7226-sayili-kanun-ile-cumhurbaskanligi-karari-neticesinde-ortaya-cikan-sorunlar> Erişim Tarihi 18 Haziran 2020. Ayrıca bkz Hakan Pekcanitez ve Evrim Erişir, 'Koronavirüs (Covid-19) Salgınına Karşı Alınan, Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukunu İlgilendiren Önlemler', (Legal Blog, 03.06.2020) <https://legal.com.tr/blog/genel/koronavirus-covid-19-salginina-karsi-alinan-medeni-usul-ve-icra-iftlas-hukukunu-ilgilendiren-onlemler> Erişim Tarihi 18 Haziran 2020; Aziz S. Arslan, 'Covid-19 Salgını Sebebiyle İcra Takiplerine İlişkin Düzenlemelerin Değerlendirilmesi' (2020), 33(148), TBBD 197, 205.

22.03.2020 tarihi itibariyle durmuştur⁷.

Örneğin, İcra ve İflas Kanunu'nda düzenlenen;

- Taşınırın teslimine ilişkin icra emrinin gereğinin yerine getirilmesi için öngörülen yedi günlük süre (İİK m. 24)
- Çocuk teslimine ilişkin olarak düzenlenen yedi günlük süre (İİK m. 25)
- Taşınmazın tahliye ve teslimi için düzenlenen yedi günlük süre (İİK m. 26)
- Para alacaklarına ilişkin icra emrinin gereğinin yerine getirilmesi için düzenlenen yedi günlük süre (İİK m. 32)
- İlâma dayanan takipler için öngörülen on yıllık zamanaşımı süresi (İİK m. 39)
- Para ve teminat alacaklarına ilişkin gönderilen ödeme emri uyarınca mal beyanında bulunmak, ödemek veya itiraz etmek için düzenlenen yedi günlük süre (İİK m. 60, m. 62)
- Gecikmiş itiraz yoluna başvurmak için engelin kalktığı günden itibaren hesaplanan üç günlük süre (İİK m. 65)
- İtirazın bertaraf edilmesi üzerine mal beyanında bulunmak için öngörülen üç günlük süre (İİK m. 75)
- Haciz talep edebilmek için düzenlenen bir yıllık süre (İİK m. 78)
- Haciz ihbarnamesine karşı itiraz süresi (İİK m. 89)
- İstihkak iddiasında bulunmak için düzenlenen yedi günlük süre (İİK m. 96)
- Satış istemek için düzenlenen altı aylık ve bir yıllık süre (İİK m. 106)
- Taşınırın satışı için düzenlenen iki aylık süre (İİK m. 112)
- Taşınmazların satışı için düzenlenen üç aylık süre (İİK m. 123)

22.03.2020 tarihi itibariyle, 15.06.2020 tarihine kadar durmuştur.

Bu noktada İcra ve İflâs Kanunu'nun 111'nci maddesince taksitle ödemeye ilişkin sürelerin de açıklığı kavuşturulması gerekir. Borçlu, Kanun'da öngörülen koşullara uygun olmak kaydıyla, alacaklının ve icra dairesinin onayına ya da rızasına ihtiyaç olmaksızın taksitle ödeme teklifinde bulunabilir ve borcunu taksitle ödeyebilir. Kanun'un 111'inci maddesinin en tipik özelliği, burada öngörülen şartlara uygun bir teklifin yapılması halinde alacaklının rızasına gerek olmamasıdır. Kanunda öngörülen şartlara uygun bir taksitle ödeme teklifi alacaklıyı bağlar ve takibe devam edilmesine engel olur. Kanun'un 111'nci maddesinde taksitle ödemenin gerçekleşebilmesi için, borçlunun yeter miktarda malının haczedilmiş olması, alacaklının satış talebinden evvel borçlunun ilk taksiti peşin ödeyecek şekilde, aydan aya ve toplamda üç ayı

⁷ Bu çalışma kapsamı dışında kalmakla birlikte maddi hukuka ilişkin zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerin durması 7226 sayılı Kanun'un Geçici 1'inci maddesinin birinci fıkrasının a bendinde düzenlenmektedir. Bu çerçevede, maddi hukuka ait süreler açısından fevkalade hallerde tatil ile ilişkin 2279 sayılı Cumhurbaşkanlığı kararı üzerine yaşanabilecek tartışma, 7226 sayılı Kanun ile ortadan kaldırılmıştır.

geçmemek üzere ödeme teklifinde bulunması gerekir. Bu çerçevede bir teklif üzerine artık alacaklının veya icra dairesinin kabulü aranmaksızın sonuç doğurur. İcra ve İflâs Kanunu teklif için asgari şartları düzenlemiştir. Borçlunun daha iyi bir teklifinin de (örneğin iki taksitle borcu ödeyeceğini belirtmesi, onbeş günde bir ödeme yapacağını belirtmesi gibi) aynı sonucu doğuracağı tereddütsüzdür. Dolayısıyla, İcra ve İflâs Kanunu yalnızca azami süreleri düzenlemektedir, gerçekte süreyi tespit eden ise borçludur. Keza taksitle ödeme açısından öngörülen bu süreler, aynı zamanda maddi hukuka aittir⁸. Şu hâlde, azami süre kanunda düzenlenmiş olmakla birlikte, taksitlere ilişkin borçlu tarafından tayin edilen sürelerin 7226 sayılı Kanun'un Geçici 1'inci maddesinin birinci fıkrasının b bendi kapsamında durduğundan söz edilemez⁹. İcra ve İflâs Kanunu'nun 111'inci maddesindeki şartlar dışında, alacaklı ve borçlunun taksitle ödemeye ilişkin bir sözleşme yapmış olması durumunda, taraflar arasındaki sözleşmede belirlenen sürelerin ise 7226 sayılı Kanun'un Geçici 1'inci maddesinin birinci fıkrasının b bendi kapsamında durmadığı şüpheden uzaktır.

Takip hukukuna ilişkin diğer kanunlarda yer alan sürelere ise 7155 sayılı Abonelik Sözleşmesinden Kaynaklanan Para Alacaklarına İlişkin Takibin Başlatılması Usûlü Hakkında Kanun'da yer alan süreler veya Türk Ticaret Kanunu'nun deniz ticareti kitabında yer alan cebri icraya ilişkin süreler verilebilir.

İcra ve İflâs Kanunu hükümlerine göre icra dairesi tarafından, icranın geri bırakılması kararı getirilmesi için verilen süre (İİK m. 36), depo ve garajlarda ve yediemin olarak kendisine haczedilen malın bırakılmış olduğu üçüncü kişilerde saklanıp da hukuken artık muhafazasına gerek kalmayan malın geri alınması için verilen süre (İİK m. 88), yedi veya on günü geçmemek üzere alıcıya verilen süre (İİK m. 118 ve m. 130) ile icra mahkemesi hakimince terekenin borca batık olduğu iddiasında bulunan tarafa verilecek süre (İİK m. 68) de 22.03.2020 itibariyle (15.06.2020 tarihine kadar) durmuştur.

7226 sayılı Kanun'un Geçici 1'inci maddesinin birinci fıkrasının a bendinde, Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve usûl hükmü içeren diğer kanunlardaki sürelerin 13.03.2020 itibariyle durduğu düzenlenmiştir. Esasen İcra ve İflâs Kanunu'nda yer alan yargılamaya ilişkin sürelerin de bu kapsamda olması beklenirdi. Ancak, İcra ve İflâs Kanunu'nda düzenlenen davalar ve hukuki başvuru yollarına ilişkin sürelerin durması, Geçici 1'inci maddesinin birinci fıkrasının b bendinde ayrıca ve özel olarak düzenlendiği için (zira İcra ve İflâs Kanunu'nda düzenlenen sürelere genel bir atıf vardır), bu davalar bakımından zikredilen hükmün (b bendinin) dikkate alınması gerekir.

⁸ Atalay ve Özkes, (n 7) <https://blog.lexpera.com.tr/7226-sayili-kanun-ile-cumhurbaskanligi-karari-neticesinde-ortayacikan-sorunlar> Erişim Tarihi 18 Haziran 2020.

⁹ Durma süresi içerisinde borçlunun ödeme yükümlülüğü olmadığı yönünde bkz Pekcanitez ve Erişir, (n 8) <https://legal.com.tr/blog/genel/koronavirus-covid-19-salginina-karsi-alinan-medeni-usul-ve-icra-iftlas-hukukunu-ilgilendiren-onlemler> Erişim Tarihi 18 Haziran 2020.

7226 sayılı Kanun'un Geçici 1'inci maddesinin birinci fıkrasının a bendinde sürelerin durmasına ilişkin olarak getirilen ölçüt ile takip hukuku açısından alınan süreler noktasında iki fark bulunmaktadır. İlk olarak, takip hukuku açısından sürelerin durması açısından, durma süresinin başlangıcı farklı düzenlenmiştir. Yargılamalar açısından durma süresi 13.03.2020 tarihinden itibaren başlamakta iken takip hukuku açısından sürenin başlangıcı 22.03.2020 olarak belirlenmiştir. İkincisi, takip hukuku bakımından duracak süreler belirlenirken, bunların “ **taraflar bakımından**” öngörülmüş olması şartı aranmamış, kanun koyucu *İcra ve İflâs Kanunu ile takip hukukuna ilişkin diğer kanunlarda belirlenen bütün sürelerin* (ve bu kapsamda hâkim veya icra ve iflâs daireleri tarafından tayin edilen süreler) duracağını düzenlemektedir. Esasen bu farklılığın, süreç içerisinde yapılamayacak işlemler ile de bağlantısı vardır. Kural olarak durma süresi boyunca yargılama faaliyetleri durdurulmuş değildir. Mahkeme usûl işlemlerinin (duruşma, keşif müzakere hariç) yapılmaya devam edilmesi gerektiği gibi, bu süre içerisinde dava açmak, cevap vermek, istinaf ve temyiz yoluna başvurmak gibi taraf usûl işlemlerinin yapılması da mümkündür. Ancak aşağıda inceleneceği üzere icra takipleri açısından hem taraf takip işlemlerinin hem de icra takip işlemlerinin 22.03.2020 itibarıyla yapılamayacağı düzenlenmiştir. Bu kapsamda icra takiplerinin (yargılamalardan farklı olarak) durduğundan söz etmek mümkündür. Dolayısıyla duran sürelerin kapsamı bakımından “ **taraflar bakımından**” öngörülmüş olma gibi bir şart, İcra ve İflâs Kanunu'nda düzenlenen süreler için geçerli değildir.

Yargılamaya ilişkin süreler bakımından bir ayırım yapılmasının pek çok tartışmaya ve tereddüte yol açacak olmasına rağmen, pozitif düzenleme gereğince yargılamaya ilişkin olmasına rağmen İcra ve İflâs Kanunu'nda düzenlendiği için durma süresinin 22.03.2020 itibarıyla başladığı hallerin şu şekilde zikredilmesi mümkündür:

- İcra mahkemesine yapılacak yedi günlük şikâyet süresi
- İcra mahkemesince, duruşma yapılmayacak işlerde, şikâyet hakkında karar vermek için öngörülen on günlük süre
- İcra mahkemesine yapılacak altı aylık itirazın kaldırılması süresi
- Genel mahkemelerde açılacak yedi günlük borçtan kurtulma davası süresi
- Genel mahkemelerde açılacak bir yıllık itirazın iptali davası süresi
- İcra mahkemesinde açılacak istihkak davası süresi
- İcra mahkemesine ihalenin feshi talebinde bulunmak için düzenlenen süreler
- İcra mahkemesine yapılacak sıra cetveline şikâyet başvurusu süresi
- Genel mahkemelerde açılacak sıra cetveline itiraz davası açma süresi
- Genel mahkemelerde açılacak olan tasarrufun iptali davası açılmasına ilişkin düzenlenen bir, iki ve beş yıllık süreler

İcra ve İflâs Kanunu'nda düzenlenen ve yukarıda yer verilen söz konusu kurumlara ilişkin olarak, yargılama sırasında hâkim tarafından taraflara verilen süreler de 7226 sayılı Kanun'un Geçici 1'inci maddesinin birinci fıkrasının b bendi uyarınca 22.03.2020 tarihi itibarıyla durmuştur. Buna karşılık, söz konusu yargılamalar açısından İcra ve İflâs Kanunu'nda düzenlenmeyen ve buna göre hâkim tarafından tayin edilmeyen süreler açısından 7226 sayılı Kanun'un Geçici 1'inci maddesinin birinci fıkrasının a bendinin dikkate alınması gerekir. Yargılamaya ilişkin söz konusu süreler açısından a bendi kapsamında alınan tedbirlerin, b bendinden farklı olarak bireylerin hak arama özgürlüğünü temin amacı gittiği mutlaka dikkate alınmalıdır. Dolayısıyla, İcra ve İflâs Kanunu'nda (veya takip hukukuna ilişkin diğer bir kanunda) düzenlenmeyen yargılamaya ilişkin süreler açısından a bendinin esas alınması, hukuki dinlenilme hakkının da gereğidir. Örneğin, itirazın iptali davasında veya istihkak davasında cevap süresi, aşağıda incelendiği üzere, a bendi kapsamında 13.03.2020 tarihi itibarıyla durmuştur. Keza icra mahkemesi kararlarına karşı istinaf kanun yolu süresi de İcra ve İflâs Kanunu'nda düzenlendiğinden, söz konusu süre de 22.03.2020 tarihi itibarıyla durmuştur. Buna karşılık, temyiz süresi özel olarak düzenlenmemiş, temyiz incelemesinin Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na göre yapılacağı belirtilmiştir (İİK m. 364/II). Şu hâlde, icra mahkemesinde gerçekleştirilen yargılamalar üzerine bölge adliye mahkemesince verilen kararlara karşı temyiz süresi, 7226 sayılı Kanun'un Geçici 1'inci maddesinin birinci fıkrasının a bendi kapsamında 13.03.2020 itibarıyla durmuştur¹⁰.

Sürelerin durmasının hukuki sonucu Kanunda ayrıca düzenlenmiştir. Buna göre, durma süresinin başladığı tarih itibarıyla (22.03.2020), bitimine on beş gün ve daha az kalmış olan sürelerin, durma süresinin sona erdiği günü (15.06.2020) takip eden günden başlamak üzere on beş gün uzamış sayılacağı¹¹ öngörülmüştür. Buna göre, 22.03.2020 tarihinden önce işlemeye başlamış süreler, bu tarih itibarıyla duracak ve 15.06.2020 tarihi itibarıyla kaldığı yerden işlemeye devam edecektir. 22.03.2020 tarihi itibarıyla, kalan süre onbeş günden az ise, bu süre 15.06.2020 tarihinden itibaren onbeş gün olarak kabul edilecektir. Şu halde, 22.03.2020 itibarıyla sona ermesine onbeş günden az kalmış işlemlerin, 30.06.2020 tarihine kadar yapılabilmesi mümkündür. İcra ve İflâs Kanunu'nda yer alan pek çok sürenin onbeş günden kısa olduğu dikkate alındığında, alınan tedbirler kapsamında işlemin normal durumunda

¹⁰ Öğretide, 7226 sayılı Kanun'un Geçici 1'inci maddesinin birinci fıkrasının b bendinin amacının dikkate alınması gerektiği, kanun koyucunun dava ve hukukî çareleri de içine alacak şekilde icra ve iflâs takip prosedürleri ile diğer muhakeme usüllerini birbirinden ayırmayı amaçladığı, dolayısıyla İcra ve İflâs Kanunu'nda düzenlenen kurumlar açısından bütün sürelerin, diğer kanunlarda yer alsa da b bendi kapsamında olması gerektiği belirtilmiştir. Ancak yazarlar, dava veya hukukî çarenin düzenlendiği yer kriterinin de meseleyi bütünlüğü ile açıklığı kavuşturmadığını belirtmektedir. Görüş için bkz Pekcanitez ve Erişir, (n 8) <https://legal.com.tr/blog/genel/koronavirus-covid-19-salginina-karsi-alinan-medeni-usul-ve-icra-iftlas-hukukunu-ilgilendiren-onlemler> Erişim Tarihi 18 Haziran 2020.

¹¹ Kanunda yer alan, sürelerin uzamış sayılacağına ilişkin ifadenin tereddüt uyandıracak nitelikte olduğu hakkında bkz Murat Atalı ve Ersin Erdoğan, 'Covid-19 Salgını Sebebiyle Yapılan Düzenlemelerin Medenî Usûl Hukuku Alanına Yansımaları', iç Muhammet Özkes (ed), *Covid-19 Salgınının Hukukî Boyutu Hukukun Tüm Alanlarında Değerlendirmeler* (1. Bası, Oniki Levha 2020) 48.

yapılması için öngörülen süreden daha uzun bir süre içerisinde gerçekleştirilmesi imkânı yaratılmıştır. Örneğin borçlu 18.03.2020 tarihinde tebliğ edilen ödeme emrine yedi gün içerisinde itiraz edebilirdi. 22.03.2020 tarihi itibarıyla süreler durduğu için, esasen borçlunun dört günlük bir süresi kalmaktadır. Ancak mevcut düzenleme sebebiyle borçlu 15.06.2020 tarihinden sonra onbeş gün içerisinde (30.06.2020) tarihine kadar ödeme emrine itiraz edebilir.

B. İcra Takipleri ve Takip İşlemleri Bakımından Alınan Tedbirler

7226 sayılı Kanun'un Geçici 1'inci maddesinin birinci fıkrası uyarınca, 22.03.2020 ila 15.06.2020 tarihleri arasında;

- Yeni icra veya iflâs takibi başlatılmayacağı,
- Derdest icra ve iflâs takiplerinin duracağı,
- Taraf ve icra takip işlemlerinin yapılamayacağı düzenlenmiştir.

1. İcra ve İflâs Takipleri Açısından Alınan Tedbirler

Kanun koyucu hem yeni icra ve iflâs takibi yapılmasını engellemiş hem de mevcut takiplerin duracağını düzenlemiştir. Bu çerçevede kanun koyucu yalnızca nafaka alacaklarını hariç tuttuğundan, nafaka alacağına dayalı olarak başlatılacak takipler hariç, ilâmlı veya ilâmsız, cüzi veya külli herhangi bir takibin başlatılabilmesi veya başlamış olan takibe devam edilebilmesi mümkün değildir. Bu kapsamda doğrudan doğruya iflâs talebinde bulunulabilmesi veya iflâs davası açılabilmesi de söz konusu olmamalıdır¹².

Kanun koyucu yalnızca takiplerin durmasından değil, yeni takip talebi alınmamasını da öngördüğünden, icra dairesinin alacaklının takip talebini reddetmesi gerekir. Aksi halde, örneğin UYAP üzerinden gönderilen takip talebinin reddine karar verilmemesi halinde, süresiz olarak şikâyet yoluna başvurulabilir¹³. Nafaka alacaklarına ilişkin olarak ise ilâmlı (yoksulluk nafakasında olduğu gibi) veya ilâmsız (tedbir nafakasında olduğu gibi) takip başlatılabilmesi ve başlamış olan takibe devam edilebilmesi mümkündür.

Takep talebinde bulunulmasının engellenmesinin hak arama özgürlüğünü sınırladığı

¹² Pekcantez ve Erişir, (n 8) <https://legal.com.tr/blog/genel/koronavirus-covid-19-salginina-karsi-alinan-medeni-usul-ve-icra-iftlas-hukukunu-ilgilendiren-onlemler> Erişim Tarihi 18 Haziran 2020.

¹³ Takip yasağına ilişkin mevcut hüküm, konkordato mühleti içerisinde takip yasağını düzenleyen İcra ve İflâs Kanunu'nun 294'üncü maddesine benzemektedir. Ancak mühlet içerisinde takip yasağına ilişkin söz konusu hüküm, yalnızca icra takip işlemlerinin yapılamaması şeklinde anlaşılmakta, dolayısıyla alacaklının takip talebinde bulunmasının önünde bir engel olmadığı kabul edilmektedir. Bu yönde bkz Sümer Altay ve Ali Eskiocak, *Konkordato ve Yeniden Yapılanma Hukuku*, (4. Bası, Vedat 2018) 104. 7226 sayılı Kanun'un Geçici 1'inci maddesinin birinci fıkrasının b bendinde ise yalnızca icra takip işlemlerinin değil, takibe dair bütün işlemlerin durması öngörüldüğünden ve ayrıca yeni icra ve iflâs **takep taleplerinin alınmasından** açıkça söz edildiğinden, içeriği itibarıyla Kanununun 294'üncü maddesinden farklı olduğu anlaşılmaktadır.

şüpheden uzaktır. Bu noktada, Covid-19 salgını nedeniyle alınan tedbirlerin saikleri noktasında, takip hukuku ile yargılama hukuku açısından farklılığa dikkat çekmekte fayda görmekteyiz. Yargılama hukuku açısından alınan tedbirler, esasen bireylerin taraf usûl işlemleri açısından düzenlenen hak düşürücü süreleri kaçırılmaları sebebiyle ortaya çıkacak hak kayıplarının önlenmesine yöneliktir. Bu süreçte bireylerin söz konusu işlemleri yapması da engellenmemiştir. Takip hukuku açısından alınan tedbirlerin temelinde ise bireylerin hak kayıplarından ziyade salgının yaratacağı ekonomik gerekçelerin olduğu anlaşılmaktadır. Başka bir anlatımla, takip hukukuna ilişkin alınan tedbirler ile amaçlanan, bireylerin ekonomik olarak mahıvlarının önüne geçmektedir. Nafaka alacaklarının kapsam dışında bırakılması da bu saiki desteklemektedir. Bu nedenle, takip hukuku açısından alınan tedbirlerin kapsamına ilişkin tereddütlerin giderilmesi noktasında bu saikin dikkate alınması önemlidir. O nedenle, takip hukukuna ilişkin tedbirlerde, esasen hak arama özgürlüğünün sınırlanması ile karşı tarafın ekonomik bütünlüğü dengesinde, ekonomik bütünlüğe önem verdiği görülmektedir. Bu süreçte hem maddi hukuka hem de takip hukukuna ilişkin sürelerin durmuş olması ise hak arama özgürlüğüne getirilen sınırlamanın, hakkın özüne dokunmasına mâni olmaktadır.

Kanun koyucu “tüm” icra ve iflâs takiplerinin durduğunu belirlemektedir. Bu kapsamda yeni icra ve iflâs takip talepleri açısından da belirtilen “tüm” sıfatının geçerli olduğunun kabulü gerekir. Bu çerçevede, yalnızca İcra ve İflâs Kanunu’nda düzenlenen takipler değil, diğer kanunlarda düzenlenen icra ve iflâs takiplerinin de başlatılamayacağını kabulü gerekir. Örneğin, 7155 sayılı Kanun kapsamındaki takiplerin de başlatılması mümkün değildir.

Bu noktada kamu hukukuna ilişkin olarak 6183 sayılı Kanun kapsamındaki takiplerin akıbetleri düşünülebilir. Kanun koyucu takiplerin durması açısından “tüm” icra takiplerinden söz etmektedir. Ancak, yeni icra ve iflâs takipleri açısından ise “takip taleplerinin alınmaması”ndan söz etmektedir. Kanunun lafzı dikkate alındığında, 6183 sayılı Kanun açısından bu anlamda bir takip talebinden söz edilemeyeceği için ilgili takiplerin başlatılabileceği düşünülebilir¹⁴. Kanaatimizce burada zikredilen düzenlemenin lafzı ve amacı birlikte değerlendirilerek bir sonuca varılmalıdır. Yukarıda belirtildiği üzere, takip hukuku açısından alınan tedbirler borçlunun ekonomik mahvını engellemeye yöneliktir. Bu çerçevede amaç, borçluya karşı yapılacak bütün takiplere mâni olmaktır. Nitekim duracak takipler belirlenirken açıkça “tüm” takiplerden söz edilmiştir. Ayrıca kanun koyucu yalnızca 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanuna dayalı takipleri kapsamamakta, yukarıda incelendiği üzere, “takip hukukuna ilişkin diğer kanunlardan” söz etmektedir. Düzenlemenin lafzı ve

¹⁴ Nitekim öğretide 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu’nun açıkça belirtilmiş olmasına rağmen kamu alacaklarına ilişkin temel kanunun belirtilmemesi nedeniyle 6183 sayılı Kanuna göre yapılacak takiplerin düzenleme kapsamında olmadığı, bunun da hak aramada eşitliği zedelediği ve birçok temel hakkı ihlal edeceği savunulmaktadır. Bu yönde bkz Atalay ve Özkes, (n 7) <https://blog.lexpera.com.tr/7226-sayili-kanun-ile-cumhuriyet-baskanligi-karari-neticesinde-ortaya-cikan-sorunlar> Erişim Tarihi 18 Haziran 2020.

amacının birlikte değerlendirilmesi halinde, 6183 sayılı Kanuna dayalı takiplerin de başlatılmayacağı kabulü uygun olur¹⁵. Aksi kabulde, zaten hak arama özgürlüğü sınırlanmış alacaklının, borçlunun kamuya olan borçları sebebiyle malvarlığının ortadan kalkması üzerine alacağını elde edememesi tehlikesi ortaya çıkar ki böyle bir düzenleme hakkın özüne dokunması sebebiyle Anayasa’ya da aykırı olur. Ancak tereddütlerin giderilmesi adına 6183 sayılı Kanun’un da açıkça zikredilmesi isabetli olurdu.

İcra ve iflâs takipleri açısından alınan tedbirler ile (nafaka alacakları hariç) yalnızca takipler durdurulmuştur. Dolayısıyla, mevcut takipler buldukları aşamada derdest kalmaya devam eder. Örneğin, daha öne ödeme emri gönderilerek kesinleşen takip, bu aşamada kalmaya devam eder, alacaklı haciz talep edemez. Keza haciz gerçekleştirilmişse, satış istenemez, ancak malvarlığı değerleri haciz olarak kalmaya devam eder.

2. Takip İşlemleri Açısından Alınan Tedbirler

7226 sayılı Kanun’un Geçici 1’inci maddesinin birinci fıkrasının b bendinde, yalnızca icra takiplerinin durmasını düzenlenmemiş, ayrıca bu süre içerisinde taraf ve takip işlemlerinin de yapılamayacağı belirtilmiştir. Esasen icra takiplerinin durmasına ilişkin tedbir, cebri icra işlemlerinin de yapılmasına manidir¹⁶. Ancak kanun koyucu, olağan tatil ve talik hallerinden de farklı olarak bütün takip işlemlerinin öngörülen süreç boyunca yapılmasını engellemiştir. Başka bir anlatımla, sadece icra dairesi tarafından gerçekleştirilecek icra takip işlemleri değil, bir bütün olarak takibe dair bütün işlemler, taraflarca gerçekleştirilecekler de dahil engellenmiştir. Esasen kavram tercihi yönünden mevcut düzenlemenin eleştirisi bir tarafa, takip hukuku alanında zaman zaman tereddütlere sebep olan bir işlemin icra takip işlemi olup olmadığı konusundaki tartışmaya, mevcut düzenleme açısından ihtiyaç kalmamıştır. Zira düzenleme ile ayırım yapılmaksızın bütün takip işlemlerinin, ister taraflar isterse icra dairesi tarafından yapılsın, önüne geçilmiştir. Örneğin, mevcut düzenleme uyarınca, borçlunun da ödeme emrine itiraz edebilmesi mümkün değildir.

7226 sayılı Kanun’un Geçici 1’inci maddesinin birinci fıkrasının b bendi kapsamında, 22.03.2020 tarihi ile 15.06.2020 tarihleri arasında satış talebinde bulunulması ve artırmanın yapılması, ihale kararı alınması mümkün değildir. Bu kapsamda henüz ilan yapılmamış artırma işlemleri açısından da artırmaya hazırlık işlemlerinin durma süresinden sonra, İcra ve İflas Kanunu’nun öngördüğü şekilde (şartnamenin hazırlanması, taşınmazlar açısından ilgililere tebliğ, ilanın şekli)

¹⁵ Pekcantez ve Erişir, (n 8) <https://legal.com.tr/blog/genel/koronavirus-covid-19-salginina-karsi-alinan-medeni-usul-ve-icra-iflas-hukukunu-ilgilendiren-onlemler> Erişim Tarihi 18 Haziran 2020.

¹⁶ Pekcantez ve Erişir, (n 8) <https://legal.com.tr/blog/genel/koronavirus-covid-19-salginina-karsi-alinan-medeni-usul-ve-icra-iflas-hukukunu-ilgilendiren-onlemler> Erişim Tarihi 18 Haziran 2020.

yapılması gerekir¹⁷. Ancak, daha önce ilan edilen artırmanın öngörülen tarih aralığına rastlaması halinde, nasıl hareket edileceği konusunda bir tereddüt hasıl olabilirdi. Kanun koyucu, 7226 sayılı Kanun'un Geçici 1'inci maddesinin üçüncü fıkrasında, artırmanın gerçekleşmesine ilişkin özel bir düzenleme yapmıştır¹⁸. Buna göre, icra ve iflâs daireleri tarafından mal veya haklara ilişkin olarak ilan edilmiş olan artırma gününün durma süresi içinde (22.03.2020 – 15.06.2020) kalması halinde, bu mal veya haklar için durma süresinden sonra **yeni bir talep aranmaksızın** icra ve iflâs dairelerince **satış günü verilir**. Bu durumda **satış ilanı sadece elektronik ortamda yapılır ve ilan için ücret alınmaz**. Dolayısıyla, birinci veya ikinci artırma tarihinin 22.03.2020 – 15.06.2020 tarihleri arasında kalması durumunda, söz konusu artırma gerçekleştirilemez; ancak yeni artırma için taraflardan tekrar talep aranmayacağı gibi daha önce nasıl gerçekleştirildiğinden bağımsız olarak ilan da, herhangi bir ücret alınmaksızın yalnızca elektronik ortamda yapılır. Kanun koyucu artırma ilanının elektronik ortamda yapılmasıyla yetinileceğini öngördüğünden, taşınmazlar ilişkin İcra ve İflâs Kanunu'nun 127'nci maddesinde öngörülen ilgililere tebliğe de ihtiyaç yoktur¹⁹. Durma süresinden önce birinci artırma gerçekleştirilmiş olmasına rağmen kanunda öngörülen şartları sağlayan bir teklif bulunmadığı için ikinci artırmanın yapılması gereken durumlarda da, ikinci artırma tarihinin durma süresi rastlaması halinde, bu artırma yapılamayacak; durma süresinin geçmesinden sonra artık yalnızca ikinci artırma için yukarıda öngörülen usûlde ilan yapılır. Başka bir anlatımla, birinci artırma geçerliliğini korur. Bu konuda yaşanan bir tereddüt ve UYAP'ın yalnızca ikinci artırma gününe izin vermemesi sebebiyle Hopa Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından yazı üzerine, Adalet Bakanlığı'nın 18.06.2020 tarihli cevabi yazısında da yalnızca ikinci artırma için yeni tarihin ilan edileceği belirtilmiştir.

Artırma işlemlerine ilişkin bir tereddüt de İcra ve İflâs Kanunu'nun 113'üncü maddesinin ikinci fıkrasındaki düzenleme sebebiyle yaşanabilir. Buna göre, muhafazası masraflı ve değeri süratle düşen malların satılmasına icra dairesi tarafından re'sen satılmasına karar verilebilir. Bu noktada tereddüt, durma süresi içerisinde bu yönde bir karar alınıp alınamayacağı hususundadır. Düzenlemenin

¹⁷ Uğur, Bulut, '7226 Sayılı Kanun'un İcra Hukukundaki Satış ve Paraların Ödenmesi İşlemlerine Etkisi', (*Lexpera Blog*, 18.05.2020) <https://blog.lexpera.com.tr/7226-sayili-kanunun-icra-hukukundaki-satis-ve-paralarin-odenmesi-islemlerine-etkisi> Erişim Tarihi 18 Haziran 2020.

¹⁸ Esasen söz konusu düzenlemeden önce 2279 sayılı Cumhurbaşkanlığı kararı üzerine Adalet Bakanlığı tarafından hazırlanan 86420598-296/2543 sayılı görüş yazısında, "İcra ve iflâs daireleri tarafından satış günü verilerek ilan edilmiş mal ve haklara ilişkin elektronik veya fiziki artırmanın durdurma tarihleri içinde kalması hallerinde, durdurma kararının bitiminden itibaren **yeni satış günü verileceği**, bu durumda satış ilanının İcra ve İflâs Kanununun 114'üncü maddesinin ikinci fıkrasındaki ilkeler doğrultusunda tarafların menfaatleri gözetilerek **en az masrafla** katılımcı sayısını en çok arttıracak vasıta ile ilanın yapılmasının uygun olacağı, daha önce masrafı verilip ilan yapılmış olması nazara alınarak alacaklı ve borçluya ek masraf yüklemeyecek şekilde ilanın yapılmasına özen gösterilerek, durma kararı nedeni ile satış işlemleri gerçekleşmeyen mal ve haklar yönünden durma sürecinden sonra yapılacak ilanların UYAP İcra Malları e-Satış Portalında yapılmasının uygun olacağı" belirtilmişti. Ele aldığımız kanuni düzenleme, ana hatları ile ilgili görüşü esas almış, yalnızca ilanın yapılması konusunda takdir yetkisini kaldırarak elektronik ortamda yapılması öngörülmüş, ayrıca yeni satış günü için talep aranmayacağı belirtilmiştir.

¹⁹ Bulut, (n 19) <https://blog.lexpera.com.tr/7226-sayili-kanunun-icra-hukukundaki-satis-ve-paralarin-odenmesi-islemlerine-etkisi> Erişim Tarihi 18 Haziran 2020.

lafzı dikkate alındığında, bir takip işlemi olması sebebiyle, İcra ve İflâs Kanunu'nun 113'üncü maddesinin ikinci fıkrası kapsamında da satış kararının alınamaması icap eder. Ancak söz konusu hükmün takibin her iki tarafının da menfaatini koruma amacı dikkate alındığında, bu yönde alınacak bir satış kararının 7226 sayılı Kanun'un Geçici 1'inci maddesinin birinci fıkrasının b bendi ile korunmak istenen menfaatleri ihlal etmeyeceği değerlendirilmelidir. Ayrıca İcra ve İflâs Kanunu'nun 119'uncu maddesinin birinci fıkrasının dördüncü bendi uyarınca bu nitelikteki malların pazarlık suretiyle satışına karar verilebilir. Benzer şekilde, taraf menfaatleri dikkate alınarak bu nitelikteki mallar için satış işlemleri yapılabilir.

Durma süresinden önce artırma gerçekleşmiş ve ihale kararı kesinleşmiş, ancak mal henüz alıcıya teslim edilmemişse, bu durumda icra dairesinin malı teslim edip gerekirse alıcı adına tescilli talep edip edemeyeceği Kanunda düzenlenmemiştir. Esasen bir takip işlemi olmayan tescil ve teslimin bu süreçte de gerçekleştirilebilmesi gerekir. Düzenlemenin amacı da dikkate alındığında, aksi bir yorum yapılmasına ihtiyaç bulunmadığı da görülmektedir. Adalet Bakanlığı tarafından Kanun Resmî Gazete'de yayınlanmadan önce yayınlanan görüş yazısında, durma kararı öncesinde *ihalesi yapıp kesinleşen ihalelerin tescil işleminin yapılabileceği, teslim işlemlerinin yapılmasının ise alınan tedbirlere ve durdurma kararının amacına aykırılık oluşturmayacak şekilde icra müdürlüklerince takdir edilebileceği* belirtilmiştir.

Kanun koyucu durma süresi içerisinde icra dairesine rızaen ödeme yapılabileceği kabul etmiştir. Ancak söz konusu paranın alacaklıya ödenip ödenemeyeceği konusunda bir açıklık Kanunda yer almamaktadır. İcra dairesince alacaklıya gerçekleştirilecek ödeme bir icra takip işlemi değildir²⁰. Ancak yukarıda açıklandığı üzere, kanun koyucunun bütün takip hukukuna ilişkin bütün işlemleri kural olarak engellediği görülmektedir. Alacaklıya yapılacak ödemenin de bu kapsamda olup olmadığı konusunda tereddüt edilebilir. Kanaatimizce icra dairesine rızaen yapılan ödeme üzerine elde edilen paranın, paranın alacaklıya ödenebilmesine yönelik rızayı da kapsadığının kabulü gerekir²¹. Zira takip hukukuna ilişkin alınan tedbirlerin temel saikinin ekonomik mahvın önüne geçmek olduğu yukarıda belirtilmiştir. Bu çerçevede, alacaklının alacağına kavuşmasının da ilgili düzenleme ile engellendiği düşünülemez. İcra dairesinin hesabında hiç kimsenin istifade edemediği para, yalnızca ekonomik açıdan zarar verecektir. Kendisine karşı cebri işlem yapılamayacak borçlunun, buna rağmen icra dairesine ödemedede bulunmakta olması, bu paranın alacaklıya verilmesine ilişkin rızası bulunduğunu da göstermektedir. Keza kesinleşen ihale kararı sebebiyle alıcının yapmış olduğu

²⁰ Baki Kuru, *İcra ve İflâs Hukuku* (3. Bastı, Evren 1988) C I, 138; Bilge Umar, *İcra ve İflâs Hukukunun Tarihi Gelişmesi ve Genel Teorisi* (1. Bastı, Ege Üniversitesi İktisadi ve Ticari İlimler Fakültesi Yayınları 1973) 186.

²¹ Pekcantez ve Erişir, (n 8) <https://legal.com.tr/blog/genel/koronavirus-covid-19-salginina-karsi-alinan-medeni-usul-ve-icra-iftlas-hukukunu-ilgilendiren-onlemler> Erişim Tarihi 18 Haziran 2020; Bulut, (n 19) <https://blog.lexpera.com.tr/7226-sayili-kanunun-icra-hukukundaki-satis-ve-paralarin-odenmesi-islemlerine-etkisi> Erişim Tarihi 18 Haziran 2020.

ödemelerin de alacaklıya ödenebilmesi gerekir²². Ayrıca yukarıda sözü edilen Adalet Bakanlığı görüşünde de, *dosya kapsamına göre sıra cetveli yapılmasını gerektirmeyen ve borçlu ya da üçüncü kişilerin haklarının ihlal edilmeyeceğinin anlaşıldığı durumlarda* paraların alacaklılarına ödenebileceği belirtilmiştir. Ancak uygulamada icra dairelerinin genel olarak taraf ve takip işlemlerinin durmuş olması nedeniyle başka icra dosyalarından haciz talep ve uygulama işlemlerinin yapılamadığı; bu nedenle, ödeme yapılan takipteki alacaklıdan alacaklı olan üçüncü kişilerin ilgili dosya alacağına haciz talep etmek isteyebilecekleri ama haciz işlemleri durdurulduğu için bu hacizlerin talep edilememiş ve uygulanamamış olabileceği ve bu durumda dosya alacağının ödenmesinin haciz talep edemeyen bu muhtemel üçüncü kişilerin haklarını ihlal edebileceği gibi bir gerekçeyle ödeme yapmaktan kaçındıkları belirtilmektedir²³.

7226 sayılı Kanun'un Geçici 1'inci maddesinin üçüncü fıkrasının b bendinde, taraflardan birinin, diğer taraf lehine olan işlemlerin yapılmasını isteyebileceği düzenlenmiştir. Dolayısıyla, yukarıda yer verilen ve yapılamayacağı belirtilen bütün taraf ve icra takip işlemleri açısından, işlemin aleyhine olan tarafın talep etmesi halinde, söz konusu işlemin gerçekleştirilmesi gerekir. Örneğin, borçlunun mallarının haczedilmesini talep etmesi halinde, durma süresi içerisinde de haczin gerçekleştirilmesi mümkündür. Keza borçlunun taahhütte bulunması, alacaklının mevcut haczin kaldırılmasını istemesi durumunda, ilgili işlemin gerçekleştirilmesi gerekir. Bu kapsamda, borçlunun haczedilmiş malların paraya çevrilmesini istemesi (İİK m. 113/I), kendi borcunun ödenmesini sağlaması yanında, alacaklı lehine de sonuç doğurduğundan, bu yönde bir talepte bulunulması halinde, satışın gerçekleştirilmesi gerekir²⁴. Ayrıca, tarafların anlaşmaları durumunda, diğer tarafın lehine olan işlemlerin yapılabilmesine imkân tanıyan bu hüküm sebebiyle, anlaşmaya konu söz konusu işlemin durma süresi içerisinde de yapılabilmesi gerekir²⁵.

3. Takipler ve Takip İşlemleri Açısından Alınan Tedbirlerin Üçüncü Kişilere Etkisi

7226 sayılı Kanun'un Geçici 1'inci maddesinin birinci fıkrasının b bendinde, yalnızca "taraf ve takip işlemlerinin" yapılamayacağı düzenlenmektedir. Bu noktada, takip içerisinde üçüncü kişilere karşı veya üçüncü kişilerce gerçekleştirilecek işlemlerin, durma süresince yapılıp yapılmayacağı sorunu ortaya çıkmaktadır.

²² Pekcanitez ve Erişir, (n 8) <https://legal.com.tr/blog/genel/koronavirus-covid-19-salgininin-karsi-alinan-medeni-usul-ve-icra-iftlas-hukukunu-ilgilendiren-onlemler> Erişim Tarihi 18 Haziran 2020.

²³ Bulut, (n 19) <https://blog.lexpera.com.tr/7226-sayili-kanunun-icra-hukukundaki-satis-ve-paralarin-odenmesi-islemlerine-etkisi> Erişim Tarihi 18 Haziran 2020.

²⁴ Atalay ve Özekes, (n 7) <https://blog.lexpera.com.tr/7226-sayili-kanun-ile-cumhurbaskanligi-karari-neticesinde-ortayacikan-sorunlar> Erişim Tarihi 18 Haziran 2020.

²⁵ Atalay ve Özekes, (n 7) <https://blog.lexpera.com.tr/7226-sayili-kanun-ile-cumhurbaskanligi-karari-neticesinde-ortayacikan-sorunlar> Erişim Tarihi 18 Haziran 2020.

İlk olarak, kanun koyucu yalnızca işlemlerin yapılmaması değil, genel olarak takiplerin de duracağını düzenlediğinden, durma süresi içerisinde icra dairesi tarafından üçüncü kişiye karşı da bir işlem yapılabilmesi mümkün değildir. Örneğin, durma süresinde üçüncü kişiye İcra ve İflâs Kanunu'nun 89'uncu maddesine göre haciz ihbarnamesi gönderilmesi mümkün değildir.

İkincisi, takip içerisinde üçüncü kişi tarafından gerçekleştirilecek işlemlere dair süreler, 7226 sayılı Kanun'un Geçici 1'inci maddesinin birinci fıkrasının b bendinde ayırım yapılmaksızın İcra ve İflâs Kanunu'nda düzenlenen süreler olduğundan 22.03.2020 itibariyle durmuştur. Örneğin, üçüncü kişinin istihkak iddiasında bulunması veya haciz ihbarnamesi üzerine (22.03.2020 tarihinden önce gönderilen) itiraz süresi bu kapsamdadır.

Bu noktada tartışmalı olan bir husus, maaş ve ücret hacizleri sebebiyle kesintilerin, durma sürecinde de devam edip etmeyeceği noktasındadır. Durma süresine haciz işlemi yapılamayacağı için, bu süre içerisinde maaş veya ücret haczi için üçüncü kişiye ihbarname gönderilmesi de mümkün değildir. Ancak, durma sürecinden önce gerçekleştirilen haciz işleminin gereği olarak, yine durma tarihinden önce (22.03.2020) gönderilen maaş veya ücret kesintisine ilişkin ihbarnamenin gereğinin durma süresince üçüncü kişi tarafından yerine getirilip getirilmeyeceği belirlenmelidir. **Atalay/Özekes**, takiplerin tamamen durmuş olması ve bu süre içerisinde muhafaza tedbirlerinin de alınamayacak olması karşısında, maaş kesintilerinin durma süresince devam etmesinin çelişkili olacağını savunmaktadır²⁶. Buna karşılık, **Pekcanitez/Erişir**, süreç içerisinde de ödemelerin devam etmesi gerektiğini, zira durmaya rağmen mevcut hacizlerin varlığını muhafaza ettiğini, kesintinin durdurulmasının ise haczin kaldırılması sonucunu doğuracağını belirtmektedir²⁷. Adalet Bakanlığı'nın Hazine ve Maliye Bakanlığına hitaben gönderdiği 02.04.2020 Tarih ve 864205598-300/2678 Sayılı yazısında da, 22.03.2020 tarihinde evvel haciz tutanağı ile haczine karar verilmiş maaş ve ücretler için kesintilere devam edilmesine ve birden fazla icra dosyasının bulunması halinde, bir dosyadan kesintinin bitmesi halinde sırası gelen icra dosyaları için de maaş haciz kesintisine devam edilmesi gerektiğine ilişkin görüş bildirilmiştir. Kanaatimizce, düzenlemenin amacının, içerisinde bulunan olağan dışı durum dikkate alındığında, bütün takip ve takip işlemlerini durdurmak isteyen kanun koyucunun, maaş ve ücret hacizlerine ilişkin kesintilere devam edilmesi olduğunu kabul etmek isabetli görünmemektedir. Getirilen düzenlemelerin temelde ekonomik olarak borçluyu koruyucu nitelikte olduğu ve bu süreç içerisinde hayatını devam ettirmesine matuf olduğu dikkate alındığında, niteliği gereği muhafaza tedbiri

²⁶ Atalay ve Özekes, (n 7) <https://blog.lexpera.com.tr/7226-sayili-kanun-ile-cumhurbaskanligi-karari-neticesinde-ortaya-cikan-sorunlar-erisim-tarihi-18-haziran-2020>. Aynı yönde bkz Adnan Deynekli, '7226 Sayılı Kanunla Yapılan Düzenlemenin Sürelere Etkisi Yönünden Değerlendirme' (e-uyar 01.04.2020) < <https://app.e-uyar.com/blog/index/478d6362-2806-49be-a6c2-89976b382794> > Erişim Tarihi 22 Ağustos 2020.

²⁷ Pekcanitez ve Erişir, (n 8) <https://legal.com.tr/blog/genel/koronavirus-covid-19-salginina-karsi-alinan-medeni-usul-ve-icra-iftlas-hukukunu-ilgilendiren-onlemler-erisim-tarihi-18-haziran-2020>.

olduğu belirtilen maaş kesintilerinin devam edeceğini kabul etmek, düzenlemenin amacı ile bağdaşmamaktadır. Kaldı ki maaş ve ücretlere ilişkin kesinti takip borçlusu yönünde muhafaza tedbiri niteliğinde olmasına rağmen, üçüncü kişi açısından esasen bir icra takip işlemidir. Dolayısıyla, Kanun kapsamında maaş ve ücret kesintilerinin de durduğunun kabulü gerekir. Bu süreçte kesintinin durması halinde, haczin de kalkmış olacağı değerlendirilmesine de katılamıyoruz. Zira bu süreçte de haciz varlığını koruyacaktır; ancak bir muhafaza tedbiri olan kesintiler durma süresince adeta askıda kalacak, daha sonra ayrıca bir işleme gerek kalmaksızın mevcut hacizlere ilişkin kesintiye devam edilecektir²⁸. Benzer şekilde birer muhafaza tedbiri olarak İcra ve İflâs Kanunu'nun çeşitli hükümlerinde (Örneğin İİK m. 92/III veya 150/b) düzenlenen kiracıların kira bedellerini icra dairesine ödemesine dair hükümler de bu süreçte askıdadır. Durma süresi boyunca ödemelerin kiralayana yapılması uygun olur²⁹.

C. İhtiyati Haciz Açısından Alınan Tedbirler

Alacaklının, rehinle temin edilmemiş ve vadesi gelmiş bir para alacağının zamanında ödenmesini güvence altına almak için mahkeme kararı ile borçlunun malvarlığına geçici olarak el koymasına ihtiyati haciz denir.

İhtiyati haczin fonksiyonu, icra takibine başvurulması halinde ödeme veya icra emrinin kesinleşip haciz aşamasına geçilmesinin belirli bir zamanı gerektirmesi nedeni ile, bu dönemde alacaklının alacağının teminat altına alınmasıdır. Borçlunun borcunu zamanında ödeyemeyeceğini düşünen alacaklı, önce borçlunun mallarını ihtiyaten haczettirmekte daha sonra ise dava açmakta veya icra takibi yapmaktadır.

Borçlunun mallarını ihtiyaten haczettirmek isteyen alacaklı, öncelikle mahkemeye başvurarak ihtiyati haciz kararı almalıdır. Alacaklının başvurusu üzerine, mahkeme ihtiyati haciz talebini basit yargılama usûlüne göre inceler (HMK m. 316, I-c). Kanunda öngörülen şartların mevcut bulunduğu tespit edilmesi halinde, mahkemece ihtiyati haciz kararı verilir.

7226 sayılı Kanun'un Geçici 1'inci maddesi ile ihtiyati haciz talep edilmesi ve hatta mahkemece ihtiyati haciz kararı verilmesi engellenmemiştir. Her ne kadar sürelerin işlemesi durmuş olsa da, ihtiyati haciz kararına karşı itiraz edilebilmesi ve istinaf kanun yoluna başvurulabilmesi mümkündür. Ancak kanun koyucu, durma süresi boyunca ihtiyati haciz kararının icra ve infazının mümkün olmadığını düzenlemiştir. İhtiyati haciz kararının icra edilebilmesi mümkün olmadığı için, ihtiyati haczi tamamlayan merasimin gereği olarak haczin tatbikinden itibaren dava açılması veya icra takibi

²⁸ Muhammet Özkes, '7226 Sayılı Kanunun (ve İİK m. 330'un) Açık Hükümü ile Açık Yargıtay Kararlarına Rağmen Adalet Bakanlığı İcra İşleri Daire Başkanlığının Maaş Kesintilerine İlişkin Görüşü Hukuka, Kanuna ve Yargıtay İçtihatlarına Açıkça Aykırıdır', (*Lexpera Blog 18.04.2020*) <https://blog.lexpera.com.tr/adalet-bakanligi-icra-isleri-daire-baskanliginin-maas-kesintilerine-iliskin-gorusu-hukuka-aykirdir> Erişim Tarihi 18 Haziran 2020.

²⁹ Deynekli, (n 28), <https://app.e-uyar.com/blog/index/478d6362-2806-49be-a6c2-89976b382794> Erişim Tarihi 22 Ağustos 2020.

başlatılmasına ilişkin (yedi gün içerisinde) süre de işlemeye başlamayacaktır. Ancak 22.03.2020 tarihinden önce ihtiyati haciz kararı tatbik edilmişse ve yedi günlük süre henüz dolmamışsa, 22.03.2020 itibariyle tamamlayıcı merasime ilişkin bu süre de duracaktır. Dolayısıyla, her iki ihtimalde de ihtiyati haciz kararının kendiliğinden kalkması söz konusu olmaz³⁰.

D. Konkordato Açısından Alınan Tedbirler

7226 sayılı Kanun'un Geçici 1'inci maddesinin üçüncü fıkrasının c bendinde, konkordato mühletinin *alacaklı ve borçlu bakımından* sonuçlarının, durma süresince de devam edeceği düzenlenmiştir. Kanun koyucu konkordato mühleti verilmesinin yalnızca alacaklı ve borçlu bakımından sonuçlarına atıf yaptığı için, mühlet verilmesi ile ortaya çıkan diğer sonuçların akıbeti konusunda tereddüt doğmaktadır³¹.

7226 sayılı Kanun ile icra takipleri açısından alınan tedbirler, konkordato mühletinin verilmesinin yaratmış olduğu etkiden geniş ve kapsamlıdır. Zira mühlet içerisinde birinci sıradaki alacaklıların takip yapması mümkün iken, 7226 sayılı Kanun ile yalnızca nafaka alacakları istisna tutulmuştur. 7226 sayılı Kanun ile getirilen "alacaklı bakımından sonuçlarının" devam edeceğine ilişkin hükmün, lafzı dikkate alınarak değerlendirilecek olursa, diğer bütün borçlular için takip yasağı varken, mühlet içerisinde mevcut bir projeyi gerçekleştirmeye çalışan borçluya karşı birinci sıradaki alacaklıların takip yapmasının mümkün olduğu gibi bir sonuç çıkacaktır. Temel amacı borçlunun hazırlamış olduğu konkordato projesi ile borçlunun ekonomik olarak faaliyetlerine devam etmesini sağlamak olan konkordato mühleti verilmesinin, mevcut şartlarda bütün borçluların ekonomik mahvını engelleyen tedbir kapsamı dışında bırakılması, 7226 sayılı Kanun'un amacı ile bağdaşmaz. Durma sürecinin ortaya çıkardığı mevcut ekonomik şartlar dikkate alındığında, borçlunun bu süreçte beklenen faydayı sağlayamayacağı ortadadır. Keza bu süreç içerisinde mühlet içerisinde yapılabilecek bazı işlemlerin (örneğin alacaklılar toplantısı gibi) sağlık veya sokağa çıkma yasakları sebebiyle gerçekleştirilememesi mümkündür. Bu kapsamda, durma süresi boyunca mühlet kararının takip yasaklarına ilişkin hükümlerinin askıda olduğunun kabulü isabetli olacaktır³². Bunun dışında, konkordato mühleti verilmesiyle ortaya çıkan hukuki durum varlığını muhafaza etmeye devam eder.

Konkordato geçici veya kesin mühletine ilişkin süreler de İcra ve İflâs Kanunu'nda düzenlenen sürelerden olduğundan, 22.03.2020 – 15.06.2020 tarihleri arasında

³⁰ İhtiyati tedbirlere göre farklılık açısından bkz Atalı ve Erdoğan, (n 13), 39-40.

³¹ Atalay ve Özkes, (n 7) <https://blog.lexpera.com.tr/7226-sayili-kanun-ile-cumhurbaskanligi-karari-neticesinde-ortaya-cikan-sorunlar> Erişim Tarihi 18 Haziran 2020; Pekantez ve Erişir, (n 8) <https://legal.com.tr/blog/genel/koronavirus-covid-19-salginina-karsi-alinan-medeni-usul-ve-icra-iftlas-hukukunu-ilgilendiren-onlemler> Erişim Tarihi 18 Haziran 2020.

³² Atalay ve Özkes, (n 7) <https://blog.lexpera.com.tr/7226-sayili-kanun-ile-cumhurbaskanligi-karari-neticesinde-ortaya-cikan-sorunlar> Erişim Tarihi 18 Haziran 2020; Pekantez ve Erişir, (n 8) <https://legal.com.tr/blog/genel/koronavirus-covid-19-salginina-karsi-alinan-medeni-usul-ve-icra-iftlas-hukukunu-ilgilendiren-onlemler> Erişim Tarihi 18 Haziran 2020.

duracaktır. Dolayısıyla 22.03.2020 tarihi itibarıyla tamamlanmasına onbeş günden az kalmış süreler, 15.06.2020 tarihinden itibaren onbeş gün uzamış sayılarak 30.06.2020 tarihinde sona erecektir. 22.03.2020 tarihi itibarıyla tamamlanmasına onbeş günden fazla kalan ancak nihayeti durma süresi içerisinde kalan mühlet süreleri için ise 15.06.2020 tarihinden itibaren kalan süre kadar ekleme yapılacaktır. Mühletin nihayeti durma süresinden sonraya tekabül etmekte ise, durma süresi kadar bir ilavenin sürenin sonuna yapılması gerekecektir³³. Ayrıca konkordatoya ilişkin olarak kanunda düzenlenen diğer süreler de (İİK m. 290/III, İİK m. 301, İİK m. 302/V, İİK m. 302/VI, İİK m. 304/II gibi) 22.03.2020 – 15.06.2020 tarihleri arasında duracaktır.

Son olarak durma süresi içerisinde yeni konkordato talebinin mümkün olup olmadığı değerlendirilmelidir. Yukarıda ifade edildiği üzere, 7226 sayılı Kanun ile borçlular bakımından getirilen tedbirler, konkordato mühleti verilmesinin sağlayacağı tedbirlerden daha kapsamlıdır. Bu çerçevede, durma süresi içerisinde konkordato mühleti verilmesinin talep edilmesinde hukuki yarar bulunmadığının kabulü gerekir³⁴.

Sonuç

Covid-19 salgını ve bununla mücadele kapsamında alınan önlemler hem ekonomik yaşamı hem de yargılama faaliyetlerini olumsuz etkilemektedir. Bu kapsamda, salgının yaratacağı ekonomik etkilerin borçlular üzerinde yaratacağı olumsuz sonuçların bertaraf edilmesi amacıyla, takip hukuku açısından – yargılama hukukundan farklı olarak - adeta bir kül olarak cebri icra faaliyetlerinin durdurulması yoluna gidilmiştir. Durma süresinin tamamlanması ile birlikte özellikle cebri icra taleplerinde bir yığılma olması kaçınılmazdır. 15.06.2020 tarihinden sonra gerçekleşecek yoğun talebin, tedbirler ile ekonomik açıdan umulan bütün faydayı bertaraf etme tehlikesi bulunmaktadır³⁵.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

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

Peer-review: Externally peer-reviewed.

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

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

³³ Bu konuda ayrıntılı hesaplamalar için bkz Müjgan Tunç-Yücel, ‘7226 sayılı Kanun ile Cumhurbaşkanlığının 2480 sayılı Yargı Alanındaki Hak Kayıplarının Önlenmesi Amacıyla Getirilen Durma Süresinin Uzatılmasına Dair Kararı Uyarınca Sürelerin Durmasının Konkordato Sürelerine Etkisi’, (*Lexpera Blog 11.05.2020*) <https://blog.lexpera.com.tr/7226-sayili-kanun-ile-cumhurbaskanliginin-2480-sayili-karari-uyarinca-surelerin-durmasinin-konkordato-surelerine-etkisi> Erişim Tarihi 18 Haziran 2020.

³⁴ Atalay ve Özkes, (n 7) <https://blog.lexpera.com.tr/7226-sayili-kanun-ile-cumhurbaskanligi-karari-neticesinde-ortay-cikan-sorunlar> Erişim Tarihi 18 Haziran 2020; Pekcantez ve Erişir, (n 8) <https://legal.com.tr/blog/genel/koronavirus-covid-19-salgini-karsi-alinan-medeni-usul-ve-icra-iftlâs-hukukunu-ilgilendiren-onlemler> Erişim Tarihi 18 Haziran 2020.

³⁵ Bu konuda bazı öneriler için bkz Oğuz Atalay, ‘COVID-19 Salgını Sebebiyle Gerçekleşen Takip Tatili Sonrasına İlişkin Bazı Düşünceler ve Öneriler’, (*Lexpera Blog 21.05.2020*) <https://blog.lexpera.com.tr/covid-19-salgini-sebebiyle-gerceklesen-takip-tatili-sonrasina-iliskin-bazi-dusunceler-ve-oneriler> Erişim Tarihi 19 Haziran 2020.

Bibliyografya/Bibliography

- Altay S ve Eskioçak A, *Konkordato ve Yeniden Yapılanma Hukuku*, (4. Bası, Vedat 2018).
- Arslan AS, ‘Covid-19 Salgını Sebebiyle İcra Takiplerine İlişkin Düzenlemelerin Değerlendirilmesi’, (2020), 33(148), TBBD 197-234.
- Atalay O ve Özkes M, ‘7226 Sayılı Kanun ile İcra ve İflâs Kanunu m. 330 Hükümünü Uygulayan Cumhurbaşkanlığı Kararı (2279 Sayılı) Çerçevesinde Ortaya Çıkan Bazı Sorular ve Tartışmalara Cevaplar’, (*Lexpera Blog*, 27.03.2020) <https://blog.lexpera.com.tr/7226-sayili-kanun-ile-cumhurbaskanligi-karari-neticesinde-ortaya-cikan-sorunlar> Erişim Tarihi 18 Haziran 2020.
- Atalay O, ‘COVID-19 Salgını Sebebiyle Gerçekleşen Takip Tatili Sonrasına İlişkin Bazı Düşünceler ve Öneriler’, (*Lexpera Blog* 21.05.2020) <https://blog.lexpera.com.tr/covid-19-salgini-sebebiyle-gercekleşen-takip-tatili-sonrasına-iliskin-bazi-dusunceler-ve-öneriler> Erişim Tarihi 19 Haziran 2020.
- Atalı M ve Erdoğan E, ‘Covid-19 Salgını Sebebiyle Yapılan Düzenlemelerin Medenî Usûl Hukuku Alanına Yansımaları’, iç Muhammet Özkes (ed), *Covid-19 Salgınının Hukuki Boyutu Hukukun Tüm Alanlarında Değerlendirmeler* (1. Bası, Oniki Levha 2020).
- Bulut U, ‘7226 Sayılı Kanun’un İcra Hukukundaki Satış ve Paraların Ödenmesi İşlemlerine Etkisi’, (*Lexpera Blog*, 18.05.2020) <https://blog.lexpera.com.tr/7226-sayili-kanunun-icra-hukukundaki-satis-ve-paraların-ödenmesi-islemlerine-etkisi> Erişim Tarihi 18 Haziran 2020.
- Dayneklı A, ‘7226 Sayılı Kanunla Yapılan Düzenlemenin Sürelere Etkisi Yönünden Değerlendirme’ (e-uyar 01.04.2020) <https://app.e-uyar.com/blog/index/478d6362-2806-49be-a6c2-89976b382794> Erişim Tarihi 22 Ağustos 2020.
- Kiraz TÖ, ‘Fevkalâde Hallerde Mühlet ve Tatil’ (2000), 2, Manisa Barosu Dergisi 7-20.
- Kuru B, *İcra ve İflâs Hukuku* (3. Bası, Evren 1988) C I.
- Özkes M, ‘7226 Sayılı Kanunun (ve İİK m. 330’un) Açık Hükümü ile Açık Yargıtay Kararlarına Rağmen Adalet Bakanlığı İcra İşleri Daire Başkanlığının Maaş Kesintilerine İlişkin Görüşü Hukuka, Kanuna ve Yargıtay İçtihatlarına Açıkça Aykırıdır’, (*Lexpera Blog* 18.04.2020) <https://blog.lexpera.com.tr/adalet-bakanligi-icra-isleri-daire-baskanliginin-maas-kesintilerine-iliskin-gorusu-hukuka-aykiridir/> Erişim Tarihi 18 Haziran 2020.
- Pekcanitez H ve Erişir E, ‘Koronavirüs (Covid-19) Salgınına Karşı Alınan, Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukunu İlgilendiren Önlemler’, (*Legal Blog*, 03.06.2020) <https://legal.com.tr/blog/genel/koronavirus-covid-19-salgınına-karsi-alinan-medeni-usul-ve-icra-ıflâs-hukukunu-ılgilendiren-onlemler> Erişim Tarihi 18 Haziran 2020
- Tunç-Yücel M, ‘7226 sayılı Kanun ile Cumhurbaşkanlığının 2480 sayılı Yargı Alanındaki Hak Kayıplarının Önlenmesi Amacıyla Getirilen Durma Süresinin Uzatılmasına Dair Kararı Uyarınca Sürelerin Durmasının Konkordato Sürelerine Etkisi’, (*Lexpera Blog* 11.05.2020) <https://blog.lexpera.com.tr/7226-sayili-kanun-ile-cumhurbaskanliginin-2480-sayili-karari-uyarinca-surelerin-durmasının-konkordato-surelerine-etkisi> Erişim Tarihi 18 Haziran 2020.
- Umar B, *İcra ve İflâs Hukukunun Tarihi Gelişmesi ve Genel Teorisi* (1. Bası, Ege Üniversitesi İktisadi ve Ticari İlimler Fakültesi Yayınları 1973).
- Yılmaz E, ‘Olağanüstü Durumlarda Borçlulara Süre Verilmesi ve İcra Takiplerinin Durdurulması’ (1977), IX(1), BATIDER 153-191.



İstanbul Hukuk Mecmuası

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Başvuru: 17.05.2020
Revizyon Talebi: 06.06.2020
Son Revizyon Tarihi: 11.06.2020
Kabul: 04.09.2020

Çekin İbrazında Mücbir Sebepler: COVID-19 Salgını Örneğinde TK M 811 Hükmünün Değerlendirilmesi

Koray Demir*

Öz

Çekin ibrazında mücbir sebepler meselesi Türk Ticaret Kanunu'nun ("TK") 811. maddesinde düzenlenmiştir. Mücbir sebep, niteliği itibarıyla kişinin mücbir sebep süresince yükümlülüklerinin ifasını imkânsız hale getirmekte ve bu mükellefiyetlerinden geçici süreyle kurtulması sonucunu doğurmaktadır. Bu manada TK m 811 hükmünün özü, hamilin ibraz süresi içerisinde muhatap bankaya ödeme talebi ile başvuramamış olmasının bir mücbir sebebe dayanması halinde anılan sürelerin mücbir sebep ortadan kalkıncaya kadar uzayacağını öngörmekten ibarettir. Ancak tahlile konu hüküm şimdiye kadar yeterli uygulamaları bulamamıştır; hükmünde geçtiği haliyle hangi vakaların mücbir sebep olarak kabul edilebileceği, güncel COVID-19 salgınının bu kapsamda mücbir sebep olarak görülüp görülemeyeceği ve hükmün ikinci fıkrasında öngörülen ihbar ve kayıt şartının mutlak olup olmadığı gibi soruların cevaplanması gerekmektedir. Aynı şekilde COVID-19 salgını özelinde TK m 811 hükmünün 7226 sayılı Kanun'un Geçici 1. maddesi ile ilişkisinin de incelenmesi icap edecektir. Burada temsil olunan görüş uyarınca, güncel COVID-19 salgını TK m 811 hükmü anlamında bir mücbir sebeptir. Salgın nedeniyle çekin ibrazında yaşanabilecek gecikmeler dolayısıyla TK m 811 hükmünün uygulanması gerekir. 7226 sayılı Kanun'un Geçici 1. maddesi anılan hükmün yorumu ve tamamlanmasında kullanılabilir. TK m 811/2 hükmünde geçtiği haliyle ihbar ve kayıt şartı da mutlak değildir.

Anahtar Kelimeler

Çek, İbraz, İbraz süreleri, Mücbir sebep, İhbar ve kayıt şartı

Force Majeure Events Affecting the Check Presentation: Evaluation of Article 811 TCC Using the Example of COVID-19 Pandemic

Abstract

Force majeure events affecting the presentation of a check are regulated by Article 811 TCC. Force majeure events can generally be defined as events that (temporarily) make it impossible to fulfill any obligations, and thus, the obligations pend during the force majeure events. Article 811 TCC stipulates that the holder of a check affected by a force majeure event may present the check later without losing any of his or her rights. It reflects the general understanding of the force majeure institution and has been exercised in a few cases until now. Therefore, some questions, such as which events shall be deemed to be a force majeure event under the terms of Article 811 TCC, whether the coronavirus disease 2019 (COVID-19) pandemic hinders the holders of a check to present it, and whether the notification and recording obligation of the holder as it is foreseen in the second paragraph of Article 811 TCC is absolute, are still unaddressed. The relation of Article 811 TCC with the interim Article 1 of Law Nr 7226 with respect to the COVID-19 pandemic also needs to be highlighted. Against this background, this paper deals with the aforementioned questions and comes inter alia to the following conclusions: COVID-19 pandemic is a force majeure event in terms of Article 811 TCC. Article 811 TCC should be applied in the cases of the delays of check presentation instead of the interim Article 1 of Law Nr 7226. The interim Article 1 of Law Nr 7226 can however be used to interpret and complement Article 811 TCC. Finally, the notification and recording obligation of the holder as it is foreseen in the second paragraph of Article 811 TCC are not absolute.

Keywords

Check, Presentation, Presentation period, Force majeure, Notice and recording requirement

* **Sorumlu Yazar:** Koray Demir (Doç. Dr.), Türk-Alman Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye. E-posta: k.demir@tau.istanbul.edu.tr ORCID: 0000-0001-8447-1229

Atrf: Demir K, "Çekin İbrazında Mücbir Sebepler: COVID-19 Salgını Örneğinde TK M 811 Hükmünün Değerlendirilmesi" (2020) 78(2) İstanbul Hukuk Mecmuası 417. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2020.78.2.0006>



Extended Summary

The holder of a check is obliged to present it at the addressee bank and ask for the payment within a general period of 10 days; if not, he or she *inter alia* loses his or her regress rights. However, the holder may have to hold back from presenting the check due to the occurrence of an event that was not in his or her control that may be deemed to be a force majeure event. In such cases, Article 811 TCC stipulates that without losing any rights, the holder of a check affected by a force majeure event may present the check after its extinction. Hence, Article 811 TCC reflects the general understanding of the force majeure institution, that is, the obligation to present a check at the addressee bank and ask for the payment pends during a force majeure event.

However, Article 811 TCC needs to be highlighted in many ways because it could not be exercised sufficiently until now. For instance, some questions still seem to be unaddressed, such as which event shall be deemed to be a force majeure event under the terms of Article 811 TCC, whether the coronavirus disease 2019 (COVID-19) pandemic hinders the holders of a check to present it, and whether the notification and recording obligation of the holders as it is foreseen in the second paragraph of Article 811 TCC are absolute. The relation of Article 811 TCC with the interim Article 1 of Law Nr 7226 with respect to the COVID-19 pandemic also needs to be highlighted.

In our opinion, the COVID-19 pandemic shall be deemed to be a force majeure event in terms of Article 811 TCC. Some may doubt this opinion because the banks were open during the pandemic. However, we believe that a force majeure event is not an absolute hindrance that cannot come to an end at any cost. Hence, the holders of a check might have brought it to the addressee bank. However, we should ask the question “at what cost?” to evaluate such a case and come to a general conclusion that banks being operational should not hinder us from marking the pandemic as a force majeure event because the law shall not ask its addressees to risk their lives merely not to lose any of their rights. Comparative studies in German law also support this viewpoint.

Furthermore, in our opinion, the notification and recording obligation of the holder as it is foreseen in the second paragraph of Article 811 TCC are not absolute because this paragraph is a contradiction in itself. Due to the force majeure event, the lawmaker excuses the holders of a check to present it at the addressee bank. However, the same lawmaker asks them to visit a notary public during the pandemic to notify the force majeure event. In addition, comparative studies reveal that in cases of an unknown event, the said notification requirement was just deemed to be necessary. We may thus agree that the COVID-19 pandemic is known by the others involved in the check relation.

Finally, because Article 811 TCC is a special norm in comparison to the interim Article 1 of Law Nr 7226, we believe that the former should be applied to the cases of the delays of check presentation and not the latter. As may be known, special norms always take precedence and can be applied even when they are old. However, the interim Article 1 of Law Nr 7226, on which the holders of a check may lean, contains for instance the dates of the pandemic; thus, it may be used to interpret and complement Article 811 TCC in this sense.

Çekin İbrazında Mücbir Sebepler: COVID-19 Salgını Örneğinde TK M 811 Hükümünün Değerlendirilmesi

Giriş

Çekin ibrazında mücbir sebepler meselesi Türk Ticaret Kanunu'nun ("TK") 811. maddesinde düzenlenmiştir. Bilindiği üzere çekler, belirli süreler içerisinde muhatap bankaya ödeme talebiyle ibraz edilmek durumundadırlar (TK m 796)¹; çekin söze konu süreler içinde ibraz edilmemesi ise, diğerleri yanında, hamilin kambiyo hukuku çerçevesinde kendisinden önce gelen cirantalar ile keşideciye karşı sahip olduğu rücu/başvuru haklarının kaybı ile neticelenir². Bu çerçevede TK m 811 hükmünün özü, hamilin ibraz süresi içerisinde muhatap bankaya ödeme talebi ile başvuramamış olmasının bir mücbir sebebe dayanması halinde anılan sürelerin mücbir sebep ortadan kalkıncaya kadar uzayacağını öngörmekten ibarettir. Mücbir sebep niteliği itibariyle kişinin mücbir sebep süresince yükümlülüklerinin ifasını imkânsız hale getirmekte ve ifa mükellefiyetinden geçici süreyle kurtulması sonucunu doğurmaktadır³. TK m 811 hükmü de bu manada hukukun mücbir sebebe bağladığı genel sonuç ile uyumludur.

Tahlile konu TK m 811 hükmü 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun ("eTK") 723. maddesinin halefidir ve lafzı bakımından anılan maddeyi sadeleştirerek tekrar etmektedir. Ancak her iki hüküm de şimdiye kadar yeterli uygulama alanı bulamamıştır. Görülebildiği kadarıyla TK m 811 hükmü henüz hiç Yargıtay önüne gelmemişken, eTK m 723 hükmü de sadece yedi olayda yüksek mahkemece değerlendirilebilmiştir⁴.

TK m 811 hükmünün muadilleri İsviçre ve Alman hukuk sistemlerinde de mevcuttur. Bu manada, İsviçre Borçlar Kanunu'nun ("İsvBK") 1131. maddesi⁵ ile Alman Çek Kanunu'nun ("AlmÇekK") 48. maddesinin⁶ lafız yönünden TK m 811 hükmü ile birebir örtüşüğünü ifade etmek mümkündür. Ancak mezkûr hükümler de şimdiye kadar yeterli uygulama alanı bulamamışlardır. Bu yönüyle İsvBK m 1131 hükmünün şimdiye kadar hiç uygulanmadığı, AlmÇekK m 48 hükmünün ise, özellikle 2. Dünya Savaşı'nın bitimini müteakip sadece üç kere Yüksek Eyalet veya Federal Mahkeme seviyesinde ele alındığı anlaşılabilmektedir.

¹ İbraz süreleri dolayısıyla farklı görüşler için bkz Fırat Öztan, *Kıymetli Evrak Hukuku* (17. Baskı, Turhan 2012) 285 vd; Abuzer Kendigelen, *Çek Hukuku* (5. Baskı, On İki Levha 2019) 278 vd; Hüseyin Ülgen, Mehmet Helvacı, Arslan Kaya ve N Füsun Nomer Ertan, *Kıymetli Evrak Hukuku* (12. Baskı, Vedat 2019) 322 vd.

² Örnek kabilinden ve diğer sonuçlar için de bkz. Ali Bozer ve Celal Göle, *Kıymetli Evrak Hukuku* (7. Baskı, BTHAE 2017) 343 vd.

³ Dannecker ve Biermann, *Vorbemerkungen zu Art. 23 f: Unionsrechtliche Geldbussen und Zwangsgelder*, Immenga/ Mestmäcker, *Wettbewerbsrecht* (6. Auflage, Beck 2019) N 171.

⁴ Uygulamadan örnekler için bkz. Gönen Eriş, *Kıymetli Evrak* (2. Baskı, Seçkin 2016) 1220; Seza Reisoğlu, *Çek Hukuku* (1. Baskı, Cem 2011) 206 vd.

⁵ Madde metni ve kısa açıklama için bkz. Hans Kuhn, "Art. 1131", *CHK-Handkommentar zum Schweizerischen Privatrecht*, (Orell Füssli 2016) 1030 vd.

⁶ Madde metni ve kısa açıklama için bkz. Peter Bülow, "Art. 48 ScheckG", *Wechselgesetz, Scheckgesetz* (5. Auflage, Beck 2013) N 1 vd.

Hükümün bu denli az kullanılmasının temelinde, bir çekin ibrazını engelleyecek şekilde salgın, terör saldırısı veya savaşların, çok şükür, sıkça yaşanmaması yatmaktadır. Ancak güncel COVID-19 salgını da göstermiştir ki, TK m 811 ve muadili hükümler üzerinde de er geç tefekkür etmek gerekebilmektedir.

İşte bu noktada huzurdaki çalışmanın amacı TK m 811 hükümünün ülkece yaşamakta olduğumuz salgın örneğinde değerlendirilmesidir. Bu manada anılan hükümün uygulanma koşullarının neler olduğu, hükümde geçtiği haliyle mücbir sebepten ne anlaşılacağı, 7226 sayılı Kanun'un Geçici 1. maddesi ile TK m 811 hükümünün ilişkisi, tahlile konu maddenin ikinci fıkrasında öngörülen ihbar ve kayıt yükümlülüğünün işlevi ve bir zorunluluk arz edip etmediği gibi soruların çalışma içerisinde ele alınmasına gayret gösterilecektir. Ancak öncesinde TK m 811 hükümünün uygulama alanının tespit olunması gerekmektedir.

I. Hükümün Uygulama Alanı

A. Kişisel Uygulama Alanı

TK m 811 hükümü hamilin haklarını koruyucu nitelikte bir düzenlemedir. Hükümün temelinde, yukarıda da ifade olunduğu üzere, mücbir sebeple ibraz sürelerini kaçırmış olması karşısında hamilin hak kaybına uğramasının engellenmesi gayesi yatmaktadır. Bu yönüyle hükümün kişisel odağı hamildir.

Bu haliyle tahlile konu hüküm muhatabın ve keşidecinin mücbir sebep süresince uyması lazım gelen hususlar konusunda suskun kalmaktadır. Örneğin muhatap banka mücbir sebep ortadan kalkmadan kendisine ibraz edilen bir çek karşısında ne yapacaktır? Yasanın (normal zamanlarda) emrettiği gibi çek hesabında karşılık olup olmadığını kontrol edip karşılık varsa ödeme yapıp, karşılık yoksa da çekin arkasına karşılıksızlık vakıasını tevsik eden bir kayıt mı düşmesi gerekecektir? Ya da keşideci, keşide tarihini takip eden günden başlamak üzere örneğin sadece on gün boyunca çek hesabında karşılık bulundurmak zorundayken, şimdi mücbir sebeple “uzayan” ibraz süreleri içerisinde de hesapta karşılık bulundurmak zorunda kalacak mıdır? Bu manada hüküm, mücbir sebep dolayısıyla ortaya çıkabilecek tüm soru ve sorunların cevabını içermemekte, sadece mücbir sebep olgusunu başvuru haklarının yitirilmemesi meselesi tahtında ele almaktadır.

Esasen yukarıda verilen soru ve sorunlar huzurdaki çalışmanın konusunu oluşturmamaktadır. Son dönem çıkan yayınlarda bu soru ve sorunların tafsilatıyla ve münazaalı bir biçimde ele alındığı görülmektedir. Dolayısıyla bu noktada ilgili

eserlere atıfla yetinilebilecektir⁷. Ancak yine de kısaca ifade etmek gerekir ki, yukarıda anılan sorular bakımından hukukun mücbir sebebe bağladığı genel sonuçlar üzerinden ve TK m 811/1 hükmünde geçtiği haliyle “uzama” ifadesinin “kesilme”, “durma” şeklinde anlaşılması ile de adil çözümlere ulaşılabilir. Buradan kasıt özellikle şudur: Yukarıda da ifade olduğu üzere mücbir sebep, kendisinden etkilenen herkesin tabi olunan mükellefiyetlerinden mücbir sebep boyunca kurtulması, bu mükellefiyetlerin anılan süre boyunca askıya alınması sonucunu doğurmaktadır. O nedenle keşidecinin de mücbir sebep süresince hesapta karşılık buldurmak yönünde bir mükellefiyetinin bulunmadığı, bu mükellefiyetin askıya alındığı ifade olunabilir. Bu nedenle kanaatimizce, mücbir sebep boyunca, her ne şekilde olursa olsun, bankaya ibraz edilebilmiş çeklere de karşılıksızlık müeyyidesinin uygulanamaması icap edecektir.

Aynı şekilde TK m 811/1 hükmünde geçtiği haliyle “uzama” ifadesinden ibraz sürelerinin kesilmesi anlaşılacak olursa, bankaların da mücbir sebep ortadan kalkmadan ibraz olunan çekleri herhangi bir işlem yapmaksızın iade edecekleri sonucuna varılabilir. Kanaatimizce hükümde kullanılan uzama ifadesinden kesilme veya durmayı anlamak gerekir. Bu kanaati destekleyen hususlardan ilki Yargıtay’ın şimdiye kadarki uygulamasıdır. Örneğin Yargıtay 12. Hukuk Dairesi, önüne gelen iki olayda hükümde geçen uzama ifadesini kesilme olarak anlamış ve uygulamıştır⁸. Anılan her iki vaka da aynı hamilin vefatına ilişkindir. Hamil 23.12.2005 tarihinde vefat etmiş, elinde mevcut iki adet 26.12.2005 keşide tarihli çek 28.12.2005 tarihinde tereke mahkemesi kasasında muhafaza altına alınmış, söze konu çekler 17.01.2006 tarihinde mirasçılara teslim edilmiş ve mirasçılar da çekleri 23.01.2006 tarihinde muhatap bankaya ibraz edebilmişlerdir. Yargıtay her iki olayda da çeklerin tereke mahkemesi kasasında muhafaza altına alınmasını mücbir sebep saymış ve esasen çeklerin keşide tarihi üzerinden yaklaşık bir ay geçmiş olmasına rağmen bankaya yapılan ibrazın on günlük ibraz süresi içerisinde olduğuna kanaat getirmiştir. Bu haliyle Yargıtay çekin ibraz süresini mücbir sebep itibarıyla kesmiş ve mücbir sebebin ortadan kalkmasını müteakip yeniden işletmeye başlamıştır.

Esasen hükümde geçen uzama ifadesinden kesilme veya durmanın anlaşılması gerektiği şeklindeki bir yorumu güncel COVID-19 salgını dolayısıyla yürürlüğe giren 7226 sayılı Kanun’un Geçici 1. maddesi de desteklemektedir. Orada da öngörüldüğü üzere, çekte ibraz sürelerini de kapsayacak şekilde tüm ibraz süreleri 13 Mart 2020

⁷ Bkz. Ali Paşlı, “COVID-19 Salgınının Çek Hukukuna Etkisi: Güncel Koşullar Süreerken Çek İbrazi Mümkün müdür?” <http://www.ticaretkanunu.net/ali-pasli-covid-19-salgininin-cek-hukukuna-etkisi-guncel-kosullar-surerken-cek-ibrazi-mumkun-mudur> Erişim Tarihi 15.05.2020; 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 15.05.2020; H. Ali Dural, “COVID-19 Salgını Nedeniyle Yürürlüğe Giren 7226 Sayılı Kanun’un Geçici 1. Maddesinin Çek Açısından Sonuçları” <https://blog.lexpera.com.tr/covid-19-salgini-nedeniyle-7226-sayili-kanunun-cek-acisindan-sonuclari> Erişim Tarihi 15.05.2020.

⁸ Bkz. Yargıtay 12 HD, 18973/21737, 21.11.2006; 70/3123, 23.02.2007 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

tarihi itibariyle durmuştur ve en erken 15 Haziran 2020 tarihi itibariyle yeniden işleme başlayacaktır.

Son olarak muhatap bankanın ödeme yükümlülüğünün esasen keşideci ile arasında mevcut çek sözleşmesine istinat ettiği ve hamilin bu nispi sözleşmeye dayanarak muhatap bankadan talepte bulunamayacağı hususu da göz önünde bulundurulursa⁹, bankaların aynı zamanda müşterileri olan keşidecilerinin duçar olduğu mücbir sebep dolayısıyla bu sebebe dayanarak çek üzerinde herhangi bir işlem tesisini reddetmeleri de sözleşmeye uygun davranış olarak ortaya çıkacaktır. Uygulamada da bazı bankaların şu sırada, kanaatimizce doğru bir biçimde, kendilerine ibraz olunan çekler dolayısıyla işlem tesis etmedikleri, çeklere “mücbir sebep” kaşesi basmakla yetindikleri görülmektedir.

B. Hükümün 7226 Sayılı Kanun’un Geçici 1. Maddesi ile İlişkisi

TK m 811 hükümünün uygulama sahası başlığı altında güncel COVID-19 salgını nedeniyle izahı gereken bir diğer husus da hükümün 7226 sayılı Kanun’un Geçici 1. maddesi ile ilişkisidir. Bu noktada 7226 sayılı Kanun’un COVID-19 salgını özelinde çıkarılmış, TK’ya nazaran yeni bir kanun olduğu ve TK m 811 hükümünün uygulanmasını dışladığı şeklinde bir düşünce hâsıl olabilir. Ancak burada temsil olunan görüş uyarınca 7226 sayılı Kanun’un Geçici 1. maddesi TK m 811 hükümünü dışlamamaktadır. Çünkü anılan hüküm çekin ibrazında cari sürelerin kaçırılması bakımından 7226 sayılı Kanun’un Geçici 1. maddesine nazaran özel hüküm niteliğindedir ve bilindiği üzere özel hüküm de, eski tarihli bile olsa, genel hükme galebe çalar. 7226 sayılı Kanun’un Geçici 1. maddesinin sadece ibraz sürelerinin durduğunu ve yeniden başlama tarihini tespit etmekte olduğu, diğer hususlarda suskun kaldığı ve uygulamada çekin ibrazı dolayısıyla baş gösterebilecek sorunların tamamına cevap vermediği de unutulmamalıdır. Bu manada kanaatimizce çekte mevcut ibraz sürelerinin kaçırılması merkezli ihtilaflarda halen TK m 811 hükümünün öncelikli olarak uygulanması icap edecektir.

Ancak bu noktada hemen şu hususu da eklemek gerekir: COVID-19 salgını nedeniyle yürürlüğe konan 7226 sayılı Kanun’un Geçici 1. maddesi, yukarıda verilen ilk örnekte olduğu gibi ve takip eden başlıklar altında yenilerinin de gösterilmeye çalışılacağı üzere, TK m 811 hükümünün yorumunda ve/veya tamamlanmasında yardımcı olabilecek niteliktedir. Örneğin birazdan da ele alınacağı üzere, TK m 811/1 hükmü bir mücbir sebebin varlığının ve süresinin ortaya konulması hususunu hamilden beklemektedir. Bu noktada 7226 sayılı Kanun’un ilgili maddesi hem bir mücbir sebebin varlığına, hem de süresine ilişkin hamile yardımcı olabilecek bir kaynak niteliğindedir.

⁹ Ayrıntısı ve Çek Kanunu ile ilişkisi için bkz. Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan (n 1) 315 vd.

C. Hükümün Unsurları

TK m 811 hükmü beş fıkradan ibarettir. Hükümün 1. fıkrası hükmün ilk ve en önemli unsuru ile buna bağlanan hukuki sonucu ele almaktadır. Bu manada hükmün en önemli unsuru mücbir sebeptir ve buna bağlanan sonuç da ibraz sürelerinin uzaması ya da burada temsil olunan görüş uyarınca kesilmesidir. Hükümün 2. fıkrası mücbir sebebin gecikmeksizin ihbarını ve çek üzerine de kaydını şart koşmaktadır. Bu manada TK m 811/1 hükmünde öngörülen ibraz sürelerinin kesilmesi sonucunun doğabilmesi bir ihbar ve kayıt şartına bağlanmıştır. Hükümün 3. ve 4. fıkralarında mücbir sebebin ortadan kalkması veya belirli bir süreyi aşması halinde çekin ibrazı meselesi ele alınmaktadır. Hükümün son fıkrası ise, esasen 1. fıkrada geçen mücbir sebep ifadesini açıklamaya yönelik bir tanım hükmüdür. Bu manada tahlile konu TK m 811 hükmünün unsurlarını mücbir sebep, ihbar ve kayıt mükellefiyeti ve ibraz olarak belirlemek mümkündür.

1. Mücbir Sebep

Hukukta mücbir sebep şu üç alt unsur üzerinden tanımlanmaktadır¹⁰: Mücbir sebebin sebebe yaslanan kişinin etki alanı dışında gelişmiş olması, engellenememesi ve üstesinden de gelinemeyecek nitelikte olması.

Mücbir sebebin, sebebe yaslanan kişinin etki alanı dışında gelişmiş olmasından mücbir sebebin en yüksek özen gösterilse dahi gerçekleşecek bir tesadüf olması gerektiği, devamla mücbir sebebe yaslanan kişinin mezkûr olayın ortaya çıkışında en ufak da olsa bir kusurunun bulunmaması gerekliliği anlaşılır.

Mücbir sebebin engellenememesinden ise, tahlile konu olayın sık tekrar etmemesi, bir anda zuhur etmesi, daha önceden (pek) bilinmediği ve tahmin de edilmediği için herhangi bir tedbirin alınmaması anlaşılır. Örneğin İsviçre Federal Mahkemesi, önüne gelen iki olayda dağlık bölgelerde bahar mevsiminde sıcak ve yoğun yağışın sıklıkla görülmesi dolayısıyla tahliye kanallarının buna göre daha geniş tutulması sayesinde önlenebilecek nitelikteki ağır yağış olgusunu mücbir sebep olarak kabul etmemiştir¹¹.

Son olarak bir vakanın mücbir sebep olarak addedilebilmesi için söze konu engelin üstesinden gelinmesinin anılan olguya istinat eden şahıstan makul bir biçimde beklenememesi gerekmektedir. Buradan kasıt tahlile konu kişinin subjektif şartları itibarıyla, mücbir sebep olarak yaslandığı vakanın üstesinden gelemeyecek olması ve bu türden bir beklentinin objektif manada da makul olmamasıdır. Bu minvalde mücbir sebep objektif nitelikte bir ifa imkânsızlığıdır; mücbir sebebe istinaden belirli

¹⁰ Tamamı için bkz. Groth, "BGB § 206", *Münchener Kommentar zum BGB* (8. Auflage, Beck 2018) N 4; benzer şekilde Eriş (n 4) 1218.

¹¹ BGE 91 II 487; 100 II 142.

bir mükellefiyetin ifasının askıya alınabilmesi için de sadece ilgili kişinin değil, aynı durumdaki başka kişilerin de söze konu engelin üstesinden gelemeyecek olması beklenir. Ancak hemen ifade etmek gerekir ki, üstesinden gelmek şeklinde tezahür eden üçüncü alt unsurda mutlak manada bir imkânsızlıktan bahsedilmemekte, daha ziyade, engelin üstesinden gelinebilecek idiyse de ne pahasına gelinebileceği sorusunun yanıtı aranmaktadır.

Bu söylenenler ışığında güncel COVID-19 salgınının bir mücbir sebep olduğu ve bir çekin süresi içerisinde bankaya ibrazını engellediği söylenebilecek midir?

Evvel emirde ifade etmek gerekir ki, mücbir sebebin ilk iki unsuru dolayısıyla COVID-19 salgınının mücbir sebep niteliğinde tereddüt etmemek gerekir. Gerçekten de anılan salgın, herkesin etki alanı dışında oluşmuş, oluşmasında en azından çek hamillerinin herhangi bir kusurunun bulunmadığı bir hadisedir. Bu türden bir salgının küresel düzeyde ilk defa görülüyor oluşu, ani zuhur etmesi ve bu türden salgınların sık tekrar etmemesi, kişilerden bu yönde tedbirli bir davranışın da beklenmemesi sonucunu doğurmaktadır. Bu manada COVID-19 salgınında çekin ibrazına yönelik engelleyici tedbirler alınması da hamillerden beklenemeyecektir.

Ancak tam da üçüncü alt unsurda, yani engelin üstesinden gelinebilmesi unsurunda tereddüt yaşanabilir. Nitekim görebildiğimiz kadarıyla yukarıda Dn 7’de alıntılanan eserlerde ve uygulamada banka ve hamillerde de tereddüdün tam olarak bu noktada yaşandığı görülmektedir. Türkiye’de ilk hasta 11 Mart 2020 tarihinde tespit edilmiş; sonrasında da kademeli olarak yurtdışından gelenlere 14 günlük karantina uygulanması, 65 yaş üzeri ve 20 yaş altı yurttaşlara sokağa çıkma yasağı getirilmesi, genel sokağa çıkma yasaklarının sınırlı süreyle ve banka tatil günlerine de denk gelmesi gibi normal hayatı sekteye uğratabilecek tedbirler alınmıştır. Ancak tüm bu tedbirlere rağmen, bankalar, sınırlı mesai ile de olsa, açık kalmıştır ve şehir içinde dolaşım da en azından 20-65 yaş arası kişiler için kısıtlanmamıştır. Bilindiği üzere hamil çeki, kendi bulunduğu şehir de dâhil olmak üzere, muhatap bankanın herhangi bir şubesine ibraz edebilmektedir¹².

Bu noktada hamilin TK m 811 hükümünden istifade edebilmek için kendine has ve çekin ibrazını engelleyen hususları ve bunların üstesinden gelinemeyeceğini olası bir yargılamada dile getirmesi ve ispat etmesi gerekecektir¹³. Ancak hemen eklemek gerekir ki, üstesinden gelinememesi şeklinde tezahür eden alt unsurda kişiden kahramanlık yapması ve sınırları zorlaması da beklenmemektedir. Hamil belki, örneğin yaşı itibarıyla bir banka şubesine gidebilecek durumdadır; ancak yukarıda da ifade olunduğu üzere burada sorulması gereken soru “ne pahasına” sorusudur ve kanaatimizce bu türden bulaşıcı ve sonuçları itibarıyla ölüme varabilecek bir

¹² Reisoğlu (n 4) 207.

¹³ Bkz. Yargıtay 12 HD, 13359/14549, 26.10.1995 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

hastalık dışarıda kol gezerken, hamilden “hayatı pahasına”, hayatını riske atarak çeki süresinde muhatap bankaya ibrazı beklenemez. Öyleyse, COVID-19 salgınının geneli itibarıyla çekin süresi içerisinde bankaya ibrazına mani bir mücbir sebep olduğu kabul edilebilecektir.

Nitekim Alman Federal Mahkemesi’nin önüne gelen bir olayda davalı, 2. Dünya Savaşı sonrasında müttefik kuvvetlerin işgaline rağmen ibraz süreleri içerisinde sokağa çıkma yasağı olmadığını, banka şubesinin çalışmaya devam ettiğini ifade etse de, mahkeme hamil ve diğer herkes için mevcut tehlikeyi mücbir sebebin kabulü için yeterli görmüştür¹⁴.

Bu noktada son olarak şu hususu da eklemek gerekir: Yukarıda da ifade olunduğu üzere, somut olayda hamil mücbir sebebin varlığını ve süresini ispat etmek durumundadır. Ancak 7226 sayılı Kanun’un yürürlüğe sokulmuş olması ve devletçe alınan diğer tedbirler mücbir sebebin varlığına karine teşkil edebileceği gibi, anılan Kanun’un Geçici 1. maddesinde zikredilen tarihler arasında da (13 Mart ve -eğer yeni bir uzatma olmazsa- 15 Haziran 2020 tarihleri arasında da) mücbir sebebin sürdüğü hamil lehine kabul edilebilecektir. Bu hususların aksini ispat yükü müracaat borçlularında olduğu gibi, hamiller de bu sürelerin öncesinde veya sonrasında kendi özellikleri bakımından mücbir sebebin varlığını ve devam ettiği hususlarını ayrıca ispata muhtaç olacaklardır.

2. İhbar ve Kayıt Mükellefiyeti

Yukarıda da ifade olunduğu üzere, TK m 811/1 hükmünde öngörülen ibraz sürelerinin kesilmesi sonucunun doğabilmesi için hamilin TK m 811/2’de vaz edildiği şekliyle mücbir sebebi kendi cirantasına ihbar etmesi ve bu ihbarı çek üzerine veya alonja, yer ve tarih de belirtmek suretiyle kaydetmesi gerekmektedir. Anılan fıkrada TK m 723 hükmüne yapılan atıf dolayısıyla anılan ihbarın noter kanalıyla yapılması gerekebilecektir.

Esasen bu ihbar ve kayıt mükellefiyeti kendi içerisinde bir çelişki barındırmaktadır. Şöyle ki; 1. fıkra hamilin kendisinden kaynaklanmayan sebeplerle süresi içerisinde banka şubesine gidemediğini kabul etmekle ibraz sürelerini kesmektedir; ancak takip eden fıkra aynı şahsın aynı süre içerisinde ve tehlike henüz geçmemişken notere gitmesini beklemektedir. Bu çelişki nedeniyledir ki, tahlile konu ihbar ve kayıt mükellefiyetinin işlevi ve zorunluluğu tartışılabilir durumdadır.

Mevcut kaynaklarda bu ihbar mükellefiyetinin işlevi konusunda açıklık bulunmamaktadır. Ancak yukarıda Dn 14’te alıntılanan Federal Mahkeme kararının satır aralarından en azından Alman kanun koyucunun bazı hadiselerin herkesin

¹⁴ Bkz. BGH, Urteil vom 22.10.1959 – II ZR 105/58.

malumu olamayacağı, herkesi aynı anda ve ölçüde etkileyemeyeceği, dolayısıyla cirantanın mücbir sebep teşkil eden hadiseden haberdar edilmesi gerektiği şeklinde bir düşünceye sahip olduğu anlaşılmaktadır. Hükümün 4. fıkrasından da görülebildiği kadarıyla bu şart, mücbir sebebin en azından başlangıç tarihini işaretlemek adına da sevk edilmiş olabilir.

Her halükarda kanaatimizce COVID-19 salgını özelinde ileride ortaya çıkması muhtemel savunmalardan ilki bu türden bir ihbarın yapılmadığı ve/veya çek üzerine ilgili kaydın düşülmediği olabilecektir. Bu noktada da akla bu ihbar ve kayıt şartının mutlak olup olmadığı sorusu gelmektedir.

Burada temsil olunan görüş uyarınca anılan ihbar ve kayıt mükellefiyeti COVID-19 salgını özelinde mutlak değildir. Yukarıda da belirtildiği üzere, bu ihbar hamilin yaşadığı bir olgudan cirantanın haberinin olamayabileceği öngörüsü üzerine kuruludur. Ancak şu an ülkenin içinde bulunduğu durumda yediden yetmişe herkes olağanüstü bir halin yaşandığının, bunun normal hayatı sekteye uğrattığının farkındadır. Öyleyse kanaatimizce malumun ilanına da gerek bulunmamaktadır. Aynı şekilde 7226 sayılı Kanun'un Geçici 1. maddesi ile olası başlangıç ve bitiş tarihlerinin de tespit olunmuş olması, COVID-19 salgını özelinde tahlile konu ihbar ve kayıt şartını işlevsiz kılabilir. Bu noktada son olarak iki Alman mahkemesi kararına da değinmek gerekir:

Neustadt Yüksek Eyalet Mahkemesi önünde görülen bir olayda¹⁵ davacı tahlile konu ihbarın mümkün olmadığını, zaten anlamsız bir formalite olduğunu, başvuru hakkının kullanılmasına da mani olmadığını ifade etmiştir. Ancak mahkeme hükmün lafzının açık olduğunu, kıymetli evrakın şekil hukuku niteliğini ve hakkaniyete dayalı yoruma kapalı olduğunu ifade ile davacı iddialarını reddetmiştir. Yine de aynı mahkemenin AlmÇekK m 40 hükmüne (bizde TK m 808) atıfla davacıya mücbir sebep sona erdikten sonra yaptığı ihbarın tahlile konu ihbar yerine geçmesi şansını da tanıdığı görülmektedir. Anlaşılacağı üzere, Neustadt Yüksek Mahkemesi mücbir sebeple ilgili ihbar şartına şekilci yaklaşırsa da, mücbir sebep sona erdikten sonra bankaya yapılan ibraz üzerine bankaca düşülen kayıt veya protestoyu da yeterli görmüştür. Buradan çıkan sonuç; ilgili mahkemenin (mücbir sebebin 15 günden fazla sürmesi halinde) bankaya ibraz olunmadan takibe geçebilmek için, sadece bu hal için ihtar ve kayıt şartını mutlak manada gördüğüdür.

Bamberg Yüksek Eyalet Mahkemesi ise¹⁶, bir başka olayda çek hamilinin tüm ilgililerin malumu olan bir mücbir sebepten çeki ibraz edememesi halinde, rücu hakkının kişiye haber verilmeden de kullanılabileceğini ifade ile yukarıda temsil olunan görüşe yaklaşmaktadır.

¹⁵ OLG Neustadt, Urteil vom 27.04.1948 – U 201/7.

¹⁶ OLG Bamberg, Urteil vom 04.03.1948 – U 94/47.

Tüm bu söylenenler ışığında toparlamak gerekirse; kanaatimizce TK m 811/2 hükmünde yer verilen ihbar ve kayıt şartı mutlak değildir. Hamil, içinde bulunduğumuz COVID-19 salgınında olduğu gibi, ilgili herkesin malumu olan hallerde ihbar ve kayıt şartını yerine getirmeden de takibe geçebileceği gibi, mücbir sebep sona erdikten sonra doğrudan takibe geçmek yerine çeki bankaya ibraz etmek suretiyle ihmal ettiği ihbar ve kayıt şartını da tamamlayabilir.

3. Çekin İbrazi

Bu noktada son olarak TK m 811 hükmünde öngörülen nihai unsura, yani çekin ibrazına da değinmek gerekir. Hükmün 3. fıkrası mücbir sebep sona erdikten sonra çekin bankaya ibraz edilmesini talep etmektedir. Ancak takip eden fıkrada mücbir sebebin 15 günden fazla sürmesi halinde çek bankaya ibraz olunmaksızın da takibe geçilebileceği kural altına alınmaktadır.

Yukarıdaki açıklamalar ışığında bu iki hüküm COVID-19 salgını özelinde değerlendirildiğinde, salgının yarattığı tehlike geçtikten sonra -bunun da 15 Haziran 2020 tarihi itibarıyla genel anlamda gerçekleşebileceği öngörülmektedir; ancak kişi bazında ispat yükü kendisinde olmak üzere bu süre daha da uzayabilir- 2. fıkrada öngörülen ihtarı çekebilmiş, kaydı düşebilmiş olan hamillerin çeki bankaya ibraz etmeden de takibe geçebilecekleri söylenebilecektir. Çünkü 4. fıkrada öngörülen 15 günden uzun sürme şartı halihazırda gerçekleşmiştir. Her halükarda salgın tehlikesi sona erdikten itibaren çekin bankaya ibrazı salık verilir.

Sonuç

İşbu çalışma altında varılan tez ve sonuçları şu şekilde özetlemek mümkündür:

1. Çekin ibrazında yaşanabilecek gecikmelerde TK m 811 hükmü öncelikli olarak uygulama alanı bulur. Güncel COVID-19 salgını nedeniyle yürürlüğe giren 7226 sayılı Kanun'un Geçici 1. maddesi TK m 811 hükmünün yorumlanması ve tamamlanmasında kullanılabilir. Bu manada çek hamilleri mezkûr salgının mücbir sebep niteliğini ve süresini ispat dolayısıyla anılan kanundan istifade edebilirler.
2. TK m 811 hükmü çek hamillerini koruma amacıyla sevk edilmiştir. Mücbir sebep dolayısıyla muhatap bankanın ve keşidecilerin konumu hükmün konusu değildir. Ancak muhatap banka ile keşideciler de genel hükümler üzerinden mücbir sebebe yaslanabilirler. Mücbir sebep, mücbir sebepten etkilenen kişinin mükellefiyetlerinin ifasının geçici süreyle imkânsız hale gelmesidir. Bu manada keşidecinin mücbir sebep süresince çek hesabında karşılık bulundurma yükümlülüğünün de askıya alındığı kabul edilebilir. Muhatap bankalar da bu süre zarfında kendilerine ibraz olunan çekler hakkında işlem tesis etmeksizin çekleri iade edebilirler.

3. COVID-19 salgını hukuki manada çekin ibrazını engelleyen bir mücbir sebep olarak değerlendirilebilir. Bu süre zarfında bankaların açık olması, geneli itibarıyla bir sokağa çıkma yasağı olmaması bu değerlendirmeye etki etmez. Çünkü mücbir sebebe has “üstesinden gelinememezlik” unsuru kişinin her türden tehlikeyi göze alması anlamına gelmemektedir. Anılan unsurun tahlilinde “ne pahasına” sorusu sorulur.
4. TK m 811/2 hükmünde geçtiği haliyle ihbar ve kayıt şartı mutlak değildir. Herkesin malumu olan bir mücbir sebebin varlığı halinde veya mücbir sebep sona erdikten çekin bankaya ibraz edildiği hallerde anılan ihbar ve kayıt şartına uyulmamış olması hak kaybına neden olmaz. Güncel COVID-19 salgını dolayısıyla da ihbar ve kayıt şartının, kural olarak, aranmaması icap eder.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

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

Peer-review: Externally peer-reviewed.

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

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

Bibliyografya/Bibliography

- Aydın A, “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-cekten-kaynaklanan-hukuki-sorumlulugun-sartlarini-degistirmis-midir> Erişim Tarihi 15.05.2020.
- Bozer A ve Göle C, *Kıymetli Evrak Hukuku* (7. Bası, BTHAE 2017).
- Bülöw P, “Art. 48 ScheckG”, *Wechselgesetz, Scheckgesetz* (5. Auflage, Beck 2013).
- Dannecker ve Biermann, *Vorbemerkungen zu Art. 23 f.: Unionsrechtliche Geldbussen und Zwangsgelder*, Immenga/Mestmäcker, *Wettbewerbsrecht* (6. Auflage, Beck 2019).
- Dural HA, “COVID-19 Salgını Nedeniyle Yürürlüğe Giren 7226 Sayılı Kanun’un Geçici 1. Maddesinin Çek Açısından Sonuçları” <https://blog.lexpera.com.tr/covid-19-salgini-nedeniyle-7226-sayili-kanunun-cek-acisindan-sonuclari> Erişim Tarihi 15.05.2020.
- Eriş G, *Kıymetli Evrak* (2. Baskı, Seçkin 2016).
- Groth, “BGB § 206”, *Münchener Kommentar zum BGB* (8. Auflage, Beck 2018).
- Kendigelen A, *Çek Hukuku* (5. Bası, On İki Levha 2019).
- Kuhn H, “Art. 1131”, *CHK-Handkommentar zum Schweizerischen Privatrecht*, (Orell Füssli 2016).
- Öztan F, *Kıymetli Evrak Hukuku* (17. Bası, Turhan 2012).
- Paslı A, “COVID-19 Salgınının Çek Hukukuna Etkisi: Güncel Koşullar Süzerken Çek İbrazı Mümkün müdür?” <http://www.ticaretkanunu.net/ali-pasli-covid-19-salgininin-cek-hukukuna-etkisi-guncel-kosullar-surerken-cek-ibrazi-mumkun-mudur> Erişim Tarihi 15.05.2020.
- Reisoğlu S, *Çek Hukuku* (1. Baskı, Cem 2011).
- Ülgen H, Helvacı M, Kaya A ve Nomer Ertan, NF, *Kıymetli Evrak Hukuku* (12. Bası, Vedat 2019).



Dünyada ve Ülkemizde Online Uyuşmazlık Çözümleri Bağlamında Online Tahkim ve Uygulamaları

Seda Özmumcu*

Öz

Bu makale, dünyada 1990'lı yıllardan itibaren internetin icadı ile başlayan ve yakın zamanlarda giderek daha da etkin hale gelen online uyuşmazlık çözümleri bağlamında online tahkim ile ilgilidir. Günümüzde büyük bir hızla gelişen teknoloji, beraberinde uyuşmazlık çözümlerine farklı ve yeni bir bakış açısı getirmektedir. Bu yeni yaklaşım, uyuşmazlıkların çözümünün klasik yöntemlerle yüz yüze duruşma veya oturumlar şeklinde yapılması gibi geleneksel anlayışı değiştirerek, gerçek dünyayı internet üzerinden siber ortama taşımayı öngörmektedir. Dünyada tahkim ve arabuluculuk gibi alternatif uyuşmazlık çözümleri, çeşitli ülkelerde kurumsal olarak muhtelif kuruluşlar tarafından gerçekleştirilmektedir. Bu kuruluşların bir bölümü, 2010 yılından itibaren uygulamalarını online uyuşmazlık çözümleri kapsamında da genişletmiş bulunmaktadır. Özellikle 2015 yılından itibaren bazı ülkelerdeki tahkim kurumlarının, online uyuşmazlık çözümleri bağlamında offline tahkimi, internet üzerinden siber ortamda gerçekleştirmek amacıyla, kendi bünyelerinde online tahkim kurallarını düzenledikleri görülmektedir. Çalışmamızda bu konu ile ilgili dünyadaki çeşitli kurumların online tahkim uygulamalarından örnekler yer verilmektedir. Ülkemizde ise, 6570 sayılı İstanbul Tahkim Merkezi Kanunu ile uyuşmazlıkların alternatif yollarla çözümü amacıyla kurulan İstanbul Tahkim Merkezi, bu alanda hizmet veren ilk ve aynı zamanda genç bir kurumdur. Günümüz teknolojilerinin uyuşmazlık çözümü üzerine getirdiği bu önemli etkiler, COVID-19 salgını ile bambaşka bir görünüm kazanmıştır. Adalete erişim ve hak arama özgürlüğü belirli ölçülerde online ortama taşınmaya başlamıştır. Bu bağlamda İstanbul Tahkim Merkezi'nde internet ortamında online yapılacak duruşmalara ait kural ve esaslarını yakın bir zamanda yayınlamıştır. Online uyuşmazlık çözümleri kapsamında, online tahkim açısından hızlılık, etkililik ve az masrafla uyuşmazlıkların çözümü, bu sürecin olumlu yönlerini meydana getirmekle birlikte, online ortamda gerçekleştirilen tahkim yargılamasının bazı olumsuz yönleri de bulunmaktadır. Hiç şüphesiz internete erişim bakımından ortaya çıkabilecek teknoloji tabanlı teknik sorunlar; COVID-19 salgını ile daha da hızlanan teknolojik gelişmeler aracılığı ile süratle çözümlenebilecektir. Fakat asıl sorun, internete erişimden daha da öte adalete erişim noktasında adil yargılanma, hukuki dinlenme hakkı gibi yargılamanın temel ilkelerinin online tahkim ortamında da gerçekleştirilmesini sağlamak, adil ve adaletli kararlar verilmesini yerine getirmektir. Makalemiz, COVID-19 ile birlikte bu konular üzerinde yeniden düşünmeyi hedeflemektedir.

Anahtar Kelimeler

Online uyuşmazlık çözümü , Online tahkim, Hakem, Siber ortam, COVID 19, Adalete erişim, Adil yargılanma hakkı

Online Arbitration and its Applications in the Context of Online Dispute Resolutions in the World and Our Country

Abstract

This article examines online arbitration within the context of online dispute resolution, which began with the advent of the internet during the 1990s and has become efficient over time. Contemporarily, fast-evolving technology has engendered a new perspective to dispute resolution. This new approach has altered the traditional understanding of dispute

* **Sorumlu Yazar:** Seda Özmumcu (Prof. Dr.), İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Özel Hukuk Bölümü, İstanbul, Türkiye. E-posta: ozmumcu@istanbul.edu.tr ORCID: 0000-0002-6395-8668

Atf: Özmumcu S, "Dünyada ve Ülkemizde Online Uyuşmazlık Çözümleri Bağlamında Online Tahkim ve Uygulamaları" (2020) 78(2) İstanbul Hukuk Mecmuası 431. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2020.78.2.0007>



resolution from classical methods such as face-to-face hearings or sessions to using the internet, while causing a shift from the real world to the cyberspace. Alternative dispute resolution methods such as arbitration and mediation are conducted by various institutions across countries around the world. Some of these institutions expanded their application to include the scope of online dispute resolution after 2010. More specifically, arbitration institutions in some countries introduced regulations regarding online arbitration in 2015. They did so with the aim of having online arbitration within the scope of online dispute resolution in cyberspace using the Internet. This study shares examples from online arbitration applications of various institutions around the world. The Istanbul Arbitration Center was founded under the Law on Istanbul Arbitration Center numbered 6570, with the aim of resolution of disputes by alternative methods in Turkey. This is a nascent and the first institution to provide such service in Istanbul. These significant measures engendered by recent technologies on dispute resolution have gained a completely different importance with the coronavirus disease 2019 (COVID-19) pandemic. Access to justice and the right to legal remedies have moved to online platforms at specific rates. Within this scope, the Istanbul Arbitration Center has recently published the Procedures and Principles for Online Hearings. Speed, efficiency, and resolution of disputes with lower costs constitute the positive aspects of online arbitration, which are also characterized by few negative aspects. Undoubtedly, technical problems relating to internet access, which are more technology-based, can be resolved faster due to constant developments in the technological field during the COVID-19 pandemic. However, the actual problem relates to ensuring fair and righteous decisions while enabling justice and the right to a fair trial in an online arbitration area. This article aims to reconsider those issues along with the challenges engendered by the COVID-19 pandemic.

Keywords

Online dispute resolution, Online arbitration, Arbitrator, Cyberspace, COVID-19 access to justice, Right to fair trial

Extended Summary

Online dispute resolution has evolved over the years, especially rapidly after the 1990s, with the advent of the internet. Among the dispute resolution methods facilitated in the cyberspace using the internet, online arbitration procedures can also be included. Online arbitration is used by various institutions that resolve disputes through institutional arbitration and mediation methods in many countries around the world, such as the USA, UK, Canada, China, Japan, Australia, and Russia.

This is done especially for international commercial arbitration since parties to the dispute are located in different and distant geographical areas. Thus, the use of online arbitration within the scope of online dispute resolution is becoming mandatory. Parties are gravitating to this type of arbitration relative to state courts due to positive aspects such as saving time, low costs, and confidentiality in terms of safeguarding the business life.

With the coronavirus disease 2019 (COVID-19) pandemic, this process has started to move beyond the traditional methods of arbitration. This situation has also engendered institutions that perform arbitration and mediation to start initiatives to develop online arbitration procedures. This study aims to provide examples from across the world, in general, and Turkey, in particular, from the institutions that have started to provide alternative dispute resolution methods in the form of online

platforms. In this context, online arbitration serves as an important choice to the parties of a dispute in terms of “access to justice” in a world struggling with the COVID-19 pandemic.

Along with its positive aspects, the method carries some negative features. Thus, while preparing this study, we have observed some concerns regarding online dispute resolution using the internet in academic publications that we analyzed. Those concerns are not merely limited to technical malfunctions happening in electronic platforms. In the 21st century, where there is fast developing technology, progress in resolving technology-based problems may be achieved more quickly.

However, the problem is not solely related to this issue. Online dispute resolution includes not only easier access to justice but also the rendering of fair and righteous decisions. Basic principles of judgment such as the right to a fair trial and the right to be heard are much more important in resolving disputes through online arbitration. Online arbitration differentiates from online mediation in specific characteristics. In mediation, the mediator who is authorized to resolve the dispute among the parties is only authorized to resolve the specific conflict. Therefore, since mediation cannot be considered a judicial activity, the mediator does not effectively render a decision. The function of the mediator extends only insofar as to resolve the conflict that underlies the actual dispute of parties. For sure, there are ethical principles that the mediator must abide by. However, the mediator is not conducting a judicial activity.

In contrast, arbitration can be executed as binding or non-binding arbitration around the world. Arbitration is binding and an arbitrator or an arbitral tribunal renders an award as a result of adjudication. Thus, an award rendered in arbitration should be binding similar to how a decision rendered by state courts are also binding. Moreover, if the conditions are met, then the parties can apply for legal remedies in order to annul the award. At this very point, abiding by the basic principles such as the right to a fair trial and the right to be heard is becoming more important in this virtual reality.

Online arbitration within the scope of online dispute resolution should be seen as a natural extension to the fast-developing technology in this digital age. Our world is reshaping against the backdrop of the contemporary situation. Despite the fact that the resolution of disputes through online arbitration is gaining popularity owing to fast-developing technology, traditional methods will still continue to hold their place and may still be relatively efficient. As such, it should not be forgotten that justice should never be compromised against speed no matter the distance, low costs, and efficiency engendered by online arbitration within the scope of online dispute resolution.

Dünyada ve Ülkemizde Online Uyuşmazlık Çözümleri Bağlamında Online Tahkim ve Uygulamaları

I. Giriş

Online tahkim (*online arbitration*), esas olarak online uyuşmazlık çözümleri (*online dispute resolution*) kapsamı içinde yer alan alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin internet ortamında online veya çevrimiçi olarak yapılması için öngörülmuş uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden biridir. Dünya genelinde online uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin 1990'lı yıllardan itibaren ivme kazandığı ve hızla gelişen teknoloji ile birlikte başta ticari uyuşmazlıklar olmak üzere birçok hukuki alanda ve artan oranda yaygın hale geldiği gözlenmektedir.

Günümüzde küreselleşen ve büyük bir hızla dijitalleşmeye doğru geçen dünya toplulukları, COVID-19 ile birlikte bir taraftan, bu yeni dünya düzenine kendilerini adapte edip uyarlamaya çalışırken, diğer taraftan da bu salgın ile birlikte şimdi veya ileride mevcut olabilecek uyuşmazlıklarını en uygun hangi yöntemlerle çözüme kavuşturacaklarının yollarını aramaya başlamıştır. Bu konuya hukuk sistemimiz açısından bakıldığında, uyuşmazlıkların yargı yolları dışında ve fakat yargının tamamlayıcısı niteliğinde olan alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri ile çözümünün yeni ve gelişmekte olan bir alan olduğunu söylememiz gerekir. Ancak Türk hukuk sisteminde de geleneksel veya offline tahkime ilişkin kural ve esasların, COVID-19 ile birlikte online tahkime dönüşümü yönünden, yeni bir görünüm kazandığı görülmektedir.

Yaşadığımız çağda devlet mahkemeleri önünde görülen davaların yargılama hızının, artarak ticari hayatın ihtiyaçlarını karşılayamaz hale geldiği görülmektedir.¹ Bu sebeple tarafları, tahkime ve hakem yargılamasına yönelten nedenlerin başında, yargılama sürecinin hızlığı, bundan kaynaklanan maddi yararlar ve maliyet tasarrufunun yanı sıra sürecin gizliliği gibi unsurlar gelmektedir.²

Bu konuya Türk hukuk sistemi yönünden bakıldığında, medeni yargılama hukukunda tahkime ilişkin yasal düzenlemeler, 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile yeniden revize edilmiştir. Bu bağlamda yine alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden biri olan arabuluculuk, 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ile 22.06.2013 tarihinde yürürlüğe girdiğinden bu noktada yeni bir kanun olarak görülmelidir. Fikrimizce, tahkim gibi önceden var olan ve fakat yeni düzenlemelerle fonksiyonu güncelleştirilip, etkinliği artırılan ve arabuluculuk gibi bağımsız bir yasal düzenlemeye kavuşan bu uyuşmazlık

¹ Görkem Çakır/Erdinç Dalar, "Arbitration via Internet Environment Online Arbitration", (2018), 19, GSI Articleletter, 224.

² Ergun Özsunay, "Tahkim Yargılamasında Mahremiyet", (2004), 2, İBD, 541; Yavuz Alangoya, *Medeni Usul Hukukumuzda Tahkimin Niteliği ve Denetlenmesi*, (Fakülteler Matbaası 1973), 4; Nevhis Deren-Yıldırım, "Tahkimin Olumlu ve Olumsuz Yönleri", (2002), 4, ABD, 38 vd; H.Yavuz Alangoya/M. Kâmil Yıldırım/Nevhis Deren-Yıldırım, *Medeni Usul Hukuku Esasları*, (7.Baskı, Beta 2009), 595; Çakır/Dalar, (n 1), 224.

çözüm yöntemleri, hukuk sistemimiz içinde yerini ve etkinliğini belli bir hızla sağlamaya çalışırken, beklenmedik bir şekilde karşı karşıya kaldığımız COVID-19 salgını, Batı hukuklarında temelleri yıllarca önce atılmaya başlamış ve belli aşamalara gelmiş olan online uyuşmazlık çözümlerini, Türk hukuk sistemi açısından nasıl uygulamamız gerektiği sorusunu gündeme getirmiş bulunmaktadır.

Geleceğe yönelik olarak bakıldığında, medeni yargılama hukuku açısından da bundan sonra hem geleneksel hem de bunun dışında online uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin birlikte değerlendirilmesinin önem taşıyacağı görülmektedir. Dünyada muhtelif ülkelerin hukuk sistemleri incelendiğinde, online uyuşmazlık çözümlerinin yaygın hale gelmeye başladığı ve COVID-19 salgınının da bu süreci süratle hızlandırdığı gözlenmektedir. Online uyuşmazlık çözümleri kapsamında yer alan online tahkim yöntemi de dünyanın çeşitli ülkelerinde uygulama alanı bulan bir uyuşmazlık çözme biçimidir. Çalışmamızın konusu, online tahkimin ne olduğunu tanıtarak, dünyada online tahkimi kullanan çeşitli kurum ve kuruluşların uygulama yöntemlerinden çeşitli örnekler vererek, ülkemizde de yeni gelişmekte olan kurumsal tahkimi, online tahkim ile birlikte yeni gelişmeler karşısında, yargılamanın temel ilkeleri ile bağlantılı olarak değerlendirmeyi hedeflemektedir.

II. Genel Olarak Online Tahkim

Dünyada online tahkime yönelik ilk önemli girişim, 1996 yılında “Sanal Sulh Hakimi” (*Virtual Magistrate*) veya kısaltılmış adıyla (VMAG) projesi ile gerçekleşmiştir. Bu proje, büyük ölçüde akademik bir çalışma idi ve Villanova Bilgi Merkezi ev sahipliği ile Ulusal Otomatik Bilgi Araştırmaları Merkezi tarafından finanse edilmekteydi. Proje geliştiricilerinin amacı, üçüncü tarafların sistemlerinde ortaya çıkan haksız iletişim iddialarını ileri sürdükleri zaman, sistem operatörlerine uyuşmazlıkları çözebilecekleri bir forum (veya mahkeme) ortamı sağlamaktı.³ Nitekim VMAG projesinden bugüne çeşitli ticari online uyuşmazlık çözüm sistemleri online arabuluculuktan online tahkime kadar çeşitli hizmetler sunarak yayılmış bulunmaktadır.⁴

Doktrinde bazı yazarlar tarafından özellikle online ortamda gerçekleşen tahkim için, kesin bir işlevsel tanımın olmadığı ifade edilmektedir.⁵ Bununla birlikte tahkim, geleneksel anlamdaki tanımı ile taraflar arasındaki hukuki bir uyuşmazlığın devlet mahkemelerinde görülmesine ilişkin yolun kapatılması şartı ile yargılama yetkisine sahip özel üçüncü kişiler tarafından çözüme kavuşturulmasıdır.⁶ Buna karşılık online

³ Doktrinde “Virtual Magistrate” hakkında geniş bilgi için Bkz Karen Stewart /Joseph Matthews, “Online Arbitration of Cross-Border, Business to Consumer Disputes”, (2002), 56, U Miami Law Review, 1123 vd.

⁴ Stewart/Matthews, (n 3) 1124.

⁵ Paul Schwarzenbaker, “Online Arbitration: A European and US Perspective”, (2018), 10, Bocconi Legal Papers, 405.

⁶ Alangoya, (n 2) 4; Ziya Akıncı, “Elektronik Tahkim” (DEÜ Yayını 2002), Uluslararası İnternet Hukuku Sempozyumu, 429; Deren-Yıldırım, (n 2) 37; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, (n 2) 595.

tahkim (*online arbitration*) ise, online uyuşmazlık çözümleri kapsamı içinde yer alan ve geleneksel (*offline*) tahkimin tüm özelliklerine sahip bulunan, internet üzerinden elektronik ortamda gerçekleşen bir tahkim yöntemi olarak belirtilmektedir.⁷ Doktrinde bazı yazarlar ise, online tahkimin, offline tahkimin bir versiyonu olduğunu⁸ ve hatta online tahkimi, “elektronik tahkim” anlamına gelen “e- arbitration” şeklinde de ifade etmektedirler.⁹

Genel olarak online tahkim, münhasıran internet ve dijital teknolojinin kullanımı yoluyla yerine getirilmekte¹⁰ ve bilgi teknolojilerinden tahkim alanında da faydalanılması ifade etmektedir.¹¹ Bilgi teknolojilerinin kullanım derecesine bağlı olarak da iki kategoriye ayrılmaktadır. Bunlardan birincisi, bilgi değişimi ve iletişim aracı olarak bilgi teknolojisini kullanmak için sınırlanmış “teknoloji destekli online tahkim” (*technology-assisted online arbitration*), diğeri ise, bilgi teknolojilerinin tam teşekküllü uygulamasının online tahkimde kullanıldığı “teknoloji tabanlı online tahkim” (*technology-based online arbitration*) şeklinde ifade edilmektedir.¹² Teknoloji destekli online tahkim, online tahkimin temel sorunlarına temas etmez iken, teknoloji tabanlı online tahkim, geçerli bir tahkimin gerektirdiği minimum adilliği ve verimliliği arasındaki dengenin önemi konusunda ciddi bir konuya dikkat çekmektedir.¹³

III. Dünyanın Çeşitli Ülkelerinde Online Tahkim Uygulamaları

Dünya genelinde online tahkim kurallarının, uygulandığı tahkim kurumuna göre farklılıklar gösterdiği görülmektedir.¹⁴ Bununla birlikte online tahkim yargılaması, Uluslararası Ticaret Odası (“ICC”), Amerikan Tahkim Birliği (“AAA”), Dünya Fikri Mülkiyet Organizasyonu (“WIPO”), “Shenzen Tahkim Komisyonu” (“SZAC”) Çin Uluslararası İktisadi ve Ticari Tahkim Komisyonu (“CIETAC”), Guangzhou Tahkim Komisyonu (“GZAC”), “ Rus Tahkim Birliği (“RAA”) gibi birçok tahkim kurumları tarafından etkin bir şekilde uygulama alanı bulmaktadır. Dünyada kurumsal olarak tahkim ve arabuluculuk konusunda hizmet veren kurumlar sadece burada

⁷ Armağan Ebru Bozkurt Yüksel, “Elektronik Ticarete Alternatif Uyuşmazlık Çözümü”, (2008), 123, Mevzuat Dergisi, (www.mevzuatdergisi.com); Melis Ercan, Uyuşmazlıkların Online Çözüm Yöntemleri, 2012, (yayınlanmamış ilt), 100.

⁸ Chinthaka Liyanage, “Online Arbitration Compares to Offline Arbitration and the Reception of Online Consumer Arbitration: An Overview of the Literature”, (2010), 22, Sri Lanka Journal of International Law, 175; Julio César Betancourt/ Elina Zlatanska, “Online Dispute Resolution (ODR): What Is It, and Is It the Way Forward?”, (2013), 79, International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management, 262; Dafna Lavi, “Three is not a Crowd: Online Mediation-Arbitration in Business to Consumer Internet Disputes”, (2016), 37, U.Pa.J.Int’l L, 885.

⁹ Liyanage, (n 8) 175; Betancourt/Zlatanska, (n 8) 262;

¹⁰ Amy J. Schmitz, “Drive-Thru” Arbitration in the Digital Age: Empowering Consumers Through Binding ODR”, (2010), 62, BAYLOR LAW REVIEW, 182; Philip Johnson, “Enforcing Online Arbitration Agreements for Cross-Border Consumer Small Claims in China and the United States”, (2013), 36, HASTINGS INT’L & COMP. L. REV, 583; Lavi, (n 8) 885.

¹¹ Jie Zheng, “The Recent Development of Online Arbitration Rules in China”, (2017), 26 Information & Communications Technology Law, 135.

¹² Zheng, (n 11) 135.

¹³ ibid 135.

¹⁴ Çakır/Dalar, (n 1) 228.

yazdıklarımız ile sınırlı değildir. Bununla birlikte uzun zamandan beri ağırlıklı olarak online tahkim üzerine çalışan ve gelişmeler gösteren bu kurumların kural ve esaslarına bizde çalışmamız bünyesinde yer vermeye çalışacağız.

A. Amerikan Tahkim Birliği (*American Arbitration Association*)

“Amerikan Tahkim Birliği” (*American Arbitration Association*), kısaltılmış adıyla (“AAA”), 1926 yılında kurulmuştur.¹⁵ Bu kuruluş, günümüzde online arabuluculuk dışında, *WebFile* hizmeti yoluyla hızlı ve uygun online davaların açıldığı ve kısmen online çözümlenen davaların yer aldığı bağlayıcı bir tahkim sunmaktadır. Buna ek olarak yine bu sistem aracılığıyla uyuşmazlığın tarafları ödeme yapabilmekte, online dava yönetimini yerine getirebilmekte; elektronik bir şekilde belgeleri transfer ederek aktarabilmekte, tarafların anlaşmalarına uygun olarak hakemleri veya arabulucuları seçebilmekte, davayı özelleştirmek için mesaj panosunu kullanabilmekte ve davanın durumunu kontrol edebilecek şekilde sunulan bütün hizmetlerden yararlanmaktadır.¹⁶

Yine *WebFile* sisteminin sunduğu hizmete göre, kullanıcı kayıt formunu doldurduğunda bir şifre (*password*) seçmektedir. Bu şifre sayesinde, online taleplerini dosyalamak için kullanıcı sisteme erişebilmektedir. Aynı şekilde “online alan adı uyuşmazlıkları” (*online domain name disputes*) ile ilgili açılmış davalar Amerikan Tahkim Birliği tarafından yürütülebilmektedir.¹⁷ Bu konu ile ilgili olarak örneğin, doktrinde *WebFile* sistemi yoluyla 2006 yılında 3,099 dava açıldığı ve bunlardan 1,100 den fazlasının arabuluculuk ile ilgili olduğu ifade edilmektedir. Bu verilen rakamlarla doğru orantılı olarak da 569 davada taraflar, arabulucu ve hakemlerini online seçmiş bulunmaktadır. Hukukun birçok farklı alanı ile ilgili olan bu davalar arasında iş hukuku, ticaret hukuku, inşaat hukuku ve uluslararası hukuk ile bağlantılı uyuşmazlıklar da yer almaktadır.¹⁸

Amerikan Tahkim Birliği, online tahkim için genel kurallara ilave olarak, “Online Tahkimler için Tamamlayıcı Kurallar” (*Supplementary Rules for Online Arbitrations*) isimli bir kurallar listesi düzenlemiştir. Buna göre, online tahkime ilişkin bütün prosedürler Amerikan Tahkim Birliği’nin online tahkim yargılaması için öngördüğü usuli esas ve kurallara bağlı olarak yürütülmektedir. Bu kuralların amacı, tahkim yargılamasının münhasıran online olarak yapılmasına ve çözümlenmesine izin vermektir.¹⁹ Bu ek kurallar, aynı zamanda online tahkimin nasıl gerçekleştiğini

¹⁵ Schwarzenbaker, (n 5) 405.

¹⁶ Ihab Amro, *Online Arbitration in Theory and in Practice, A Comparative Study of Cross-Border Commercial Transactions in Common Law and Civil Countries*, (Cambridge Scholars Publishing 2019), 92. Doktrinde Amerikan Tahkim Birliği’nin online tahkim uygulamaları hakkında ayrıntılı bilgi için ayrıca Bkz Schwarzenbaker, (n 5) 407 vd.; Schmitz, (n 10) 187.

¹⁷ Amro, (n 16) 92-93 (dipnotu 230 da adı geçen yazar).

¹⁸ Amro, (n 16) 93.

¹⁹ M. H. M. Schellekens, “Online Arbitration and E-Commerce”, (2002), 9, *Electronic Communication Law Review*, 114; Çakır/Dalar, (n 1) 229-230.

gözünde canlandırmaya da yardımcı olmaktadır. Bu usuli kurallara göre, online tahkim ile ilgili “Vakıa Sitesi” (*Case Site*) olarak isimlendirilen temel bir kavram bulunmaktadır. Buna göre, her bir uyuşmazlık için yeni bir “vakıa sitesi” tesis edilmektedir. Uyuşmazlığın taraflarına ait tüm dava dosyaları ve talepler burada muhafaza edilmektedir. Bu vakıa sitesinde yer alan bilgi ve belgelere sadece Amerikan Tahkim Birliği, uyuşmazlığın tarafları ve hakem (hakemler) kendileri adlarına oluşturulacak üyelik bilgileri ile erişmeye yetkili kılınmaktadır.²⁰

Uyuşmazlığın taraflarından birinin, karşı taraf ile olan ihtilâfını online tahkim yoluyla çözümlenmek istediği hallerde, bu talebini Amerikan Tahkim Birliği’nin İdari Site’sine elektronik ortamda göndermesi gerekmektedir. Eğer bu talep, tahkim prosedürünün yürütülmesi için gerekli bütün bilgileri içeriyorsa ve davacı taraf da ücretini ödemiş bulunuyorsa, Amerikan Tahkim Birliği tarafından bir vakıa sitesi oluşturulmakta ve bunu takiben, her iki tarafta vakıa sitesinin adresi hususunda bilgilendirilmektedir. Amerikan Tahkim Birliği, davalı tarafı bilgilendirmek için, davalıya ait olan ve davacı tarafından sağlanan e-mail adresini kullanmaktadır.²¹

Bu süreçte davalı tarafa e- mail yoluyla ulaşılamaması halinde, Amerikan Tahkim Birliği tarafından söz konusu davanın online ortamda yürütülemeyeceğine karar verilebileceği ve bu durumun davacı tarafa bildirilmesi gerektiği belirtilmektedir. Genel olarak, uyuşmazlığın taraflarından birinin online tahkime katılma kapasitesinin yetersizliği veya Amerikan Tahkim Birliği’nin takdir yetkisine bağlı olarak tahkimin, online olarak yürütülmemesi gerektiğinin tespiti halinde, tahkimin online olarak yapılmayacağına karar verilebileceği kabul edilmektedir.²² Dolayısıyla burada tahkimin online ortamda yapılamayacağına geleneksel yöntemle yapılmasına dair karar verme yetkisi, tahkim sağlayıcısı konumunda bulunan Amerikan Tahkim Birliği’ne ait bulunmaktadır.

Buna karşılık, bildirim e-mail yoluyla başarılı olarak ulaştığı hallerde ise, tahkim süreci vakıa sitesinin tesis edildiği tarihte başlamaktadır. Bu tarih, taraflara gönderilen doğrulayıcı nitelikteki e-mailde belirtilmiş bulunmaktadır. Davalı taraf, vakıa sitesine bir yanıt göndermektedir. Bu yanıt, talebe yapılan fiili cevap ve onu destekleyen delil ve argümanlar, tahkime itiraz, vakıa sitesi ile iletişim için kullanacağı e-mail adresi ve muhtemelen karşı iddia (karşı dava) talebini ihtiva etmektedir. Bu bağlamda bir karşı dava açıldığı takdirde, davacı tarafın buna, otuz gün içinde davaya cevap vermesi gerekmektedir. Yargılamayı yürüten hakem de kararını kural olarak duruşma olmaksızın, ibraz edilen belge ve delillere dayalı olarak vermektedir. Online ortamda duruşma, sadece taraflardan biri veya her ikisi de talep ettikleri takdirde gerçekleşmektedir. Duruşma, tarafların hakem huzurundaki

²⁰ Schellekens, (n 19) 114; ibid 229-230.

²¹ ibid 114; ibid 230.

²² ibid 114.

bir toplantısı olup, bizzat veya telefon ile ya da telekonferans yoluyla veya başka yollarla yürütülebilmektedir. Duruşmada tanık ifadesi alınabileceği, tanıkların çapraz sorgulamasının yapılabileceği; tahkim yargılamasını yürüten hakem tarafından onaylandığı takdirde, ek belgelerin delil olarak alınabileceği öngörülmektedir.²³ Tahkim yargılaması sonunda hakem tarafından verilen karar vakia sitesine ibraz edilerek, taraflara da e-mail yoluyla bildirilmektedir.²⁴

B. Dünya Fikri Mülkiyet Organizasyonu (*World Intellectual Property Organization*)

“Dünya Fikri Mülkiyet Organizasyonu” (*World Intellectual Property Organization*) kısaltılmış adıyla (“WIPO”), 1967 yılından beri faaliyetine devam eden bir kuruluştur. Fikri mülkiyet alanında meydana gelen uyuşmazlıkların çözümü safhasında kuruluş bünyesi içinde bir tahkim merkezinin kurulması 1990’lı yıllarda gerçekleşmiştir. Dünya Fikri Mülkiyet Organizasyonu’na bağlı tahkim ve arabuluculuk merkezi 1994 yılında faaliyete başlamış ve halen de çalışmalarına devam etmektedir.²⁵ Dünya Fikri Mülkiyet Organizasyonu, aralarında tahkim, arabuluculuk ve alan adı uyuşmazlıklarının da bulunduğu birçok ihtilâfın çözümünde alternatif uyuşmazlık çözümleri hizmeti sunmaktadır.²⁶

Özellikle alan adı ile ilgili uyuşmazlıkların çoğunluğu bu kuruluş tarafından çözümlenmektedir.²⁷ Ayrıca online tahkim uygulamasının dünyadaki başarılı uygulama örneklerinden bir tanesi de Dünya Fikri Mülkiyet Organizasyonu tarafından yerine getirilen kısaltılmış adı ile “ICANN” olarak bilinen “İnternet Tahsisli Sayılar ve İsimler Kurumu” (*Internet Corporation for Assigned Names and Numbers*) tahkim usulüdür.²⁸ ICANN sadece elektronik ortamdaki alan adlarına ilişkin uyuşmazlıklar açısından Dünya Fikri Mülkiyet Organizasyonu bünyesinde mevcut bulunan bir online tahkim türüdür. Bu tahkim türüne ilişkin olarak kısa adıyla (“UDNDPR”) olarak bilinen “Alan Adı Uyuşmazlıklarının Çözümünde Yeknesak Kurallar” (*Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy*) isimli hüküm ve

²³ ibid 114-115.

²⁴ ibid 115; ibid 230.

²⁵ İbid 232.Bu konuda ayrıca Bkz Ercan, (n 7) 106; Amro, (n 16) 92.

²⁶ Schellekens, (n 19) 115.

²⁷ Ercan, (n 7) 105. Bu konuda geniş bilgi için Bkz Murat Atalı, “İnternet Ortamında Tahkim ve Usul Hukuku Sorunları”, (2007), 60, e - Akademi, Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık Dergisi, parç.10.

²⁸ Stewart/Matthews, 1124; Elizabeth G. Thornburg, “Going Private: Technology, Due Process, and Internet Dispute Resolution”, (2000), 34, University of California, Davis, 153, 160-165; David E. Sorkin, “Judicial Review of ICANN Domain Name Dispute Decisions”, (2001), 35, 18 Santa Clara Computer & High Tech. L.J., 35; Thomas Schultz, “Online Arbitration: Binding or Non-Binding?”, (2002.) ADR Online Monthly, 2; Konstantinos Komaitis, “Pandora’s box is finally opened: The Uniform Domain Name Dispute Resolution Process and Arbitration”, (2005), 19, International Review of Law, Computers & Technology, 100; Andrea M. Braeutigam, “Fusses That Fit Online: Online Mediation in Non-Commercial Contexts”, (2006), 5, Appalachian Journal Law, 278; Bartosz Ziemblicki, “Going Online-Is The World Ready to Replace Litigation with Online Dispute Resolution Mechanism”,(2015), 5, Wrocław Review of Law, Administration & Economics, 46; Çakır/Dalar, (n 1) 231; Amro, (n 16) 92.

esaslar uygulama alanı bulmaktadır.²⁹ UDNDPR, ticari markaları kapsayan alan adı uyuşmazlıklarını hızlı bir şekilde çözmek için kolaylaştırılmış bir “siber tahkim” (*cyber arbitration*) prosedürü yaratmıştır.³⁰ Bu sistem, nispeten alan adları hakkında, alan adının bir başkası tarafından alınması veya ileride satılmak amacıyla kötü niyetli kişilerin benzer alan adlarını tescil etmesinden (*cybersquatting*) kaynaklanan problemleri çözmek için³¹, “basit” uyuşmazlıklar bakımından tasarlanmıştır. Buna karşılık alan adı ile ilgili karmaşık davaların çözümünün geleneksel mahkemelere bırakıldığı ifade edilmektedir.³²

Burada uyuşmazlığın çözümü, ICANN tarafından onaylanan uyuşmazlık çözümü sağlayıcılarından biri tarafından gerçekleştirilmektedir. Başvurular çeşitli şekillerde örnek vermek gerekirse; telekomünikasyon veya faks iletimi, posta veya kurye hizmeti veya elektronik olarak yerine getirilmektedir. Merkez, elektronik iletişimi kolaylaştırmak için internet tabanlı bir vakıa dosyalama ve yönetim sistemi oluşturmuştur. Kural olarak, hakem heyeti kendi takdir yetkisine dayanarak, dava hakkında duruşma yapmanın gerekli olduğuna karar vermedikçe, yüz yüze duruşma yapılmamaktadır.³³ Heyetin bu doğrultudaki kararı, bütün taraflara, ICANN ve kayıt memuru olarak adlandırılan (registrar) tarafa, alan adını kayıt eden davalının kuruluşuna bildirilmektedir. Heyetin bu kararına karşı, davalı taraf, şikâyet edene karşı yetkili mahkemede dava açıp da bu durumu kayıt memuruna bildirmedeği takdirde, kayıt memuru tarafından alan adı kaydı, devir veya iptal edilmektedir. Heyetin bu kararı da kural olarak internette yayınlanmaktadır.³⁴

C. Shenzen Tahkim Komisyonu (*Shenzhen Arbitration Commission*)

Çin Halk Cumhuriyeti’nde zirvedeki beş tahkim merkezinden biri olarak Shenzen Tahkim Komisyonu (*Shenzhen Arbitration Commission*) kısaltılmış adı ile (“SZAC”) yer almaktadır. Shenzen Tahkim Komisyonu, online uyuşmazlık çözümleri, girişimlerinin bir bölümü olarak online tahkim, elektronik delil koruma hizmetleri platformu şeklinde ve kısa adıyla *ArbiCloud* olan “Bulut Tahkim Platformu” (*Cloud Arbitration Platform*) sistemini başlatmıştır.³⁵ Bu sistem dört önemli alanda online uyuşmazlık çözümleri için hizmet vermektedir. Bunlardan birincisi, Smart online tahkim sistemidir. Bu sistem, yerli ve yabancı tarafların hukuki ve ticari uyuşmazlıkları için tam zamanında hizmet sağlamak amacıyla hazırlanmıştır.

²⁹ Braeutigam, (n 28) 278, Sorkin, (n 28) 35 vd.; Schultz, (n 28) 2; Komaitis, (n 28) 103; Schellekens, (n 19) 116; Ercan (n 7), 104; Ziemblicki, (n 28) 46; Çakır/Dalar, (n 1) 232; Amy J. Schmitz, “Building on OArb Attributes in Pursuit of Justice” (2018), 9, (<http://ssrn.com/abstract=3118229>); Amro, (n 16) 92.

³⁰ Komaitis, (n 28) 103.

³¹ Ziemblicki, (n 28) 46.

³² Schellekens, (n 19) 116.

³³ Braeutigam, (n 28) 278; Schellekens, (n 19) 116.

³⁴ ibid 116-117.

³⁵ Amro (n 16), 93.

Dünyanın farklı ülkelerinde bulunan taraflar, tahkim başvurularını, iletişimlerini, hakemlerin seçimini ve video-konferans yoluyla mahkeme oturumuna bağlanmayı online ortamda yapabilecektir. İkincisi, Elektronik Delil Koruma ve Güçlendirme Hizmetleri'dir. Bu sistem, yargısal duruşma problemlerinde üç anahtar faktörden oluşan tarafsızlık, geçerlilik ve meşruiyetten oluşan elektronik delil kanıtını çözümlenmeyi hedeflemektedir. Nitekim bu online hizmet, e- mail, QQrecord, Wechat, SMS ve diğer elektronik işlem verilerinin, tahrifat ve kaybolmasından kaçınmak için, zaman damgası (*time stamps*) ve dijital belgeleme ile mühürlenmiş olarak arşivlenmiş şekilde saklanması ve muhafaza edilmesine izin vermektedir. Kullanıcılar ve arşiv arasındaki bağlantı (“SZAC”) copyright yazılım (“Z-agent security middleware”) şeklindedir.³⁶ Üçüncüsü, Online Noterlik Hizmetleri, bir taraftan hukuki sonucu noter tarafından onaylanmış hizmetleri sağlamaktadır. Diğer taraftan da elektronik delilin güvenilirlik ve kanuna uygunluğunu tasdik ederek bu hizmeti yerine getirmektedir. Son olarak ArbiCloud, kullanıcıların online platformlarını online uyuşmazlık çözümlerine gönderebilmek için APIs sistemi sağlamakta ve sistem ile ArbiCloud arasında veri değişimine izin vermektedir.³⁷

D. Guangzhou Tahkim Komisyonu (Guangzhou Arbitration Commission)

Çin Halk Cumhuriyeti'nin önde gelen kurumsal uyuşmazlık çözüm merkezlerinin başında gelen ve kısa adıyla (CIETAC) olarak bilinen “Çin Uluslararası İktisadi ve Ticari Tahkim Komisyonu” (*China International Economic and Trade Arbitration Commission*)³⁸, 2009 yılından bu yana “alan adı uyuşmazlıkları” (*domain name disputes*) ve “elektronik ticaret uyuşmazlıkları” (*e- commerce disputes*) için tahkim kurallarını ilan etmesine rağmen, CIETAC Online Tahkim Kuralları (CIETAC Online Arbitration Rules), elektronik delillerin değişimi ve doğruluğunun ispat edilmesi konusunda belirli koşullar altında offline veya geleneksel tahkim kurallarından çok fazla ayrılmamaktadır.³⁹

Bununla birlikte yakın zamanlarda Çin Halk Cumhuriyeti'nde kısaltılmış adıyla (“GZAC”) olarak bilinen Guangzhou Tahkim Komisyonu (*Guangzhou Arbitration Commission*) tarafından online tahkimi, teknoloji tabanlı online tahkime değiştiren yenilikçi bir girişim yapılmıştır. Guangzhou Tahkim Komisyonu, 23.06.2015 tarihinde, 01.10.2015 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere online tahkim kurallarını yayınlamak suretiyle, Çin Halk Cumhuriyeti'nde online tahkim kurallarını

³⁶ Amro, (n 16) 93, dn 232.

³⁷ ibid 93, 232

³⁸ Bu konuda geniş bilgi için Bkz Seda Özümücü, *Uzak Doğu'da Arabuluculuk Anlayışı ile Türk Hukuk Sisteminde Arabuluculuk Kurumuna Genel Bir Bakış*, (3. Baskı, Oniki Levha 2013), 176 vd.

³⁹ Zheng, (n 11) 135-136. Bu konuda ayrıca Bkz Cemre Çise Kadioğlu, “Brick and Clicks: Online Dispute Resolution Mechanism and Implimentation of Online Arbitration in Turkey for Cross-Border Business to Consumer E-Commerce Disputes”, (2019), 1, ASBÜ Bilişim Hukuku Dergisi, 121.

benimseyen ikinci komisyon olmuştur.⁴⁰ Buna karşılık CIETAC Online Tahkim Kuralları ise, 01.01.2015 tarihinden itibaren geçerlidir.⁴¹

Doktrinde Guangzhou Tahkim Komisyonu'nun online tahkime ilişkin kurallarının, online tahkimde esneklik ve verimlilik ihtiyaçları yönünden yenilikçi kurallar belirlemek bakımından CIETAC Online Tahkim Kuralları'ndan daha radikal olduğu ifade edilmektedir.⁴² Guangzhou Tahkim Komisyonu, online tahkim davalarını yürütmek için online tahkim platformu kurmuş bulunmaktadır. Tahkim kuralları, genel online tahkim kuralları ve belirli uyuşmazlık türleri için örneğin, küçük meblağlı online alışveriş uyuşmazlıkları, online kredi uyuşmazlıkları ve kredi kartı uyuşmazlıkları olmak üzere üç ayrı tahkim esasından oluşmaktadır.⁴³

Aslında GZAC Online Tahkim Kuralları, kendilerini uyuşmazlık türleri açısından sınırlandırmış olmamakla birlikte, genel olarak online kredi, alışveriş ve kredi kartı uyuşmazlıkları gibi küçük meblağlı hak talepleri veya internet uyuşmazlıkları için daha uygun bulunmaktadır. Bunun nedeni, sadece online tahkim prosedürlerinin, offline veya geleneksel tahkim prosedürlerinden daha basit ve etkili olması değil, aynı zamanda internet uyuşmazlıklarında elektronik delillerin daha kolay elde edilmesidir.⁴⁴

Burada taraflar arasındaki tahkim anlaşması, henüz uyuşmazlık ortaya çıkmadan önce veya uyuşmazlık ortaya çıktıktan sonra basılı veya elektronik ortamda hazırlanarak imza edilebilmektedir. Bunun dışında ayrıca uyuşmazlığın taraflarından biri, bir tahkim başvurusunda bulunmuş olup da, karşı taraf da herhangi bir itirazda bulunmayıp, online tahkim yargılamasına katılmış ise, dolaylı olarak veya zımnen bir tahkim anlaşmasının yapıldığı varsayılmaktadır.⁴⁵

Uyuşmazlığın tarafları, belge ve delillerini online tahkim platformu aracılığıyla ve istedikleri zaman bu belgelere başvurmak suretiyle ibraz edebilmektedir. Tahkim belgeleri, tahkim anlaşmasında taraflarca sağlanan e-mail, cep telefonu veya diğer iletişim araçları yoluyla iletilmektedir. Online alışveriş uyuşmazlıkları durumunda, web sitelerinin kaydı sırasında, taraflarca kullanılan e-mail adresi tahkim sırasında iletişim için kullanılmaktadır. Bu özellikle web sitelerinin hüküm ve şartları ile akdedilen tahkim hükümleri için tasarlanmıştır. Tahkim belgelerinin varsayılan teslim süresi, online tahkim platformunun, tahkim belgelerini taraflara başarıyla teslim edildiğini gösterdiği zaman olarak öngörülmektedir. Bu arada GZAC, alıcının cep telefonuna hatırlatma amacıyla kısa bir mesaj göndermektedir. GZAC sistemi

⁴⁰ ibid 136.

⁴¹ İbid 136, dn 5; Kadioğlu, (n 39) 121.

⁴² ibid 136.

⁴³ ibid 136.

⁴⁴ ibid 136.

⁴⁵ ibid 137.

ile alıcının sistemi arasındaki teslimat süresiyle ilgili tutarsızlık olması durumunda, alıcının sisteminin teslimat süresi, yeterli delille ispatlanması koşuluyla geçerli kabul edilmektedir.⁴⁶

Uyuşmazlığın taraflarından biri, herhangi bir iletişim aracı belirtmemişse veya diğer tarafça veya GZAC tarafından herhangi bir iletişim aracı bulunamamışsa, GZAC tarafından o taraf için belirlenen tahkim e-mail adresi olarak online tahkim platformu aracılığıyla bir e-mail adresi oluşturulmaktadır. Böylelikle GZAC, taraflara belirlenen e-mail adresi ve şifreyi posta yoluyla bildirdikten sonra, belirtilen e-mail adresine teslim edilen tüm belgeler taraflara teslim edilmiş sayılmaktadır.⁴⁷

Bu sistemde online tahkim, online duruşmalar ile desteklenen yazılı işlemler yoluyla gerçekleştirilmektedir. Hakem heyeti gerekli gördüğü zaman, bu iletişim sırasında taraflara eşit muameleyi sağlarken; aynı zamanda davayı yargılamak için de online video konferans, online iletişim veya telefon konferansı gibi çeşitli elektronik iletişim yollarını kullanabilmektedir.⁴⁸ Tahkim işlemleri sırasında, tahkim kurulu online tahkim platformu aracılığıyla, taraflara bir soru listesi verebilmekte ve buna göre de tarafların beş gün içinde ilgili sorulara cevap vermeleri istenmektedir. Aksi takdirde, tarafların açıklama haklarından feragat ettikleri varsayılmaktadır.⁴⁹

Bununla birlikte online tahkim bütünüyle offline veya geleneksel tahkim usulünden izole edilip, soyutlanmış değildir. Online tahkim işlemleri, uyuşmazlık taraflarının kimliklerini ispatlamak için destekleyici belgeler ibraz etmemeleri ve bu arada kimliklerinin araştırma yoluyla doğrulanmasının mümkün olmadığı hallerde veya tarafların offline tahkime dönüşüm yapmayı kabul ettiklerinde ya da tahkim mahkemesinin uyuşmazlığın karmaşıklığını göz önünde bulundurarak offline veya geleneksel tahkimi kullanmaya karar vermesi durumunda, online tahkim offline tahkim yargılamasına dönüşebilecektir.⁵⁰

Uluslararası tahkim alanında, “tahkim yeri” kavramı, kanuni ikametgâh veya yargı yerinin bulunduğu yeri ifade etmektedir. Bu kavram, genel olarak tahkim kararına ne ölçüde itiraz edileceğini etkileyen tahkim kararının milliyetini belirlemektedir. Online tahkim sırasında ise, online tahkimin fiziksel bir yeri olmadığından ve çoğu yargı yetkisinde tahkimin ulusal bir yargı sistemine bağlanmadan hareket etmesine izin verilmediğinden ek kurallar gerekmektedir. Bu bağlamda genelde GZAC Online Tahkim Kuralları’nda, eğer taraflar tahkim yerini kararlaştırmamışlarsa, Guangzhou belediyesi, Guangzhou Tahkim Komisyonu’nun tahkim yeri olarak öngörülmektedir. Guangzhou Tahkim Komisyonu, ayrıca ihtilâfların diğer faktörlerini de dikkate

⁴⁶ ibid 137.

⁴⁷ ibid 137.

⁴⁸ ibid 138.

⁴⁹ ibid 138.

⁵⁰ ibid 138.

olarak, diğer yerleri de tahkim yeri olarak belirleyebilecektir. Böylelikle online tahkim kararı, tahkim yerinde verilmiş sayılacaktır.⁵¹

Burada tahkim kararları, hakemlerin ve Guangzhou Tahkim Komisyonu'nun elektronik imzalarına eklenmiş tahkim heyeti tarafından verilmektedir. Tahkim kararları tarafların belirlenmiş e-mail adreslerine gönderilmektedir ve fakat kâğıt formundaki kararlar, tarafların talebi üzerine Guangzhou Tahkim Komisyonu tarafından da verilebilecektir.⁵²

Online tahkim kuralları etkili bir online tahkim kararının, mahkemeler tarafından tanınmasını ve uygulanmasını sağlamak için etkililik ve adalet arasında bir denge sağlamalıdır. Çünkü taraf özerkliği ilkesi, tahkimin temel dayanağıdır. Tahkim, uyuşmazlık taraflarının tahkim anlaşmasında kabul ettikleri kurallar ve prosedürler ile bağlantılı olarak yürütülmektedir.⁵³

Taraflar arasında yazılı bir tahkim anlaşmasının bulunmadığı hallerde, tahkim komisyonu davayı kabul etmeyecektir. Bu bağlamda Çin Halk Cumhuriyeti Tahkim Kanunu'nun 4.maddesinin yargısal yorumuna göre de, yazılı bir sözleşme, mektup veya elektronik veri metni (telgraf, faks, elektronik veri değişimi ve e-mail) dâhil olmak üzere yazılı olarak tahkim anlaşması formlarına geniş bir yorum sağlamaktadır. Çin Halk Cumhuriyeti Tahkim Kanunu'nun 4. maddesinin 2. cümlesi, bu konuda açık bir düzenlemeyi içermektedir. Buna göre, tahkim komisyonunun, taraflar arasında yazılı bir tahkim anlaşmasının bulunmadığı hallerde ise, taraflardan birinin yapmış olduğu başvuruyu kabul etmeyeceği öngörülmüştür. Diğer taraftan GZAC Online Tahkim Kuralları'na göre, taraflardan birinin, tahkim mahkemesinin ilk duruşmasından önce tahkim anlaşmasının geçerliliğine itiraz etmediği hallerde, bundan sonra tahkim sözleşmesi veya tahkim kararına karşı, herhangi bir anlaşma olmadığını iddia ederek, itiraz etmesine izin verilmemektedir.⁵⁴

GZAC Online Tahkim Kuralları, taraflara elektronik veya kâğıt formu dâhil olmak üzere, uyuşmazlıklardan önce veya sonra yazılı olarak veya online tahkim prosedürlerine katılım gibi eylemlerle, tahkim anlaşması yapmak için çeşitli seçenekler sunmaktadır. Ayrıca, GZAC tarafların karşılıklı mutabakat ile online tahkimi, offline tahkime çevirmesine izin vermektedir. Bununla birlikte uyuşmazlığın taraflarının, tahkim yargılaması sırasında duruşma yapılıp yapılmamasını seçemeyecekleri ve takdir yetkisini tahkim mahkemesine bırakmaları gerektiği kabul edilmektedir.⁵⁵

⁵¹ ibid 138.

⁵² ibid 139.

⁵³ ibid 139.

⁵⁴ ibid 139.

⁵⁵ ibid 139.

Tahkim yargılamasının temel prensiplerinden biri olarak bir diğer prensip, eşit muamele ilkesidir. Bu ilke, taraflardan hiç birine, diğerine göre üstünlük tanınmaması ve eşit muamele edilmesi anlamına gelmektedir. Bu bağlamda UNCITRAL Uluslararası Ticari Tahkim Model Kanunu'nun 18.maddesi gereğince de taraflara eşit muamele edilmesi öngörülmektedir. Online tahkim yargılamasında uyuşmazlığın tarafları, tahkim mahkemesi ve diğer tarafla bağlantı kurmak için video konferans, e-mail yazışmaları gibi bilgi teknolojilerini kullanmak suretiyle, tahkim belgelerini ibraz etmek ve teslim almak için online platformu da kullanabilmektedir. Bu nedenle, taraflar eşit muamele ihtiyacını karşılamak için benzer teknolojik olanaklar ile donatılmalıdır. Bu teknolojik olanaklar, benzer bağlantı hızıyla elektronik belgelerin yüklenmesi ve indirilmesi ile internete erişim gibi temel bilgisayar bilgilerini içermektedir.⁵⁶

Tahkim yargılamasının temel prensiplerinden bir başkası ise, tarafların bildirim alma hakkıdır. Bu hak, uyuşmazlık taraflarının önemli bir usuli hakkıdır. Eğer taraflardan birine tahkim yargılaması veya hakem atanması konusunda bilgi verilmemişse, bu durum tahkim kararının iptali için bir dayanak oluşturmaktadır. GZAC Online Tahkim Kuralları, uyuşmazlık taraflarının uygun şekilde bilgilendirilmesini sağlamak için farklı bildirim yöntemlerinin (örneğin e-mail ve cep telefonu gibi) birleşimini kabul etmektedir. E-mail dağıtım sisteminde bir problem olduğunda veya taraflardan biri, önemli belgeleri alamadığını ileriye sürdüğünde, sorunlar ortaya çıkmaktadır. Bu sebeple, elektronik belgelerin tam olarak ne zaman teslim edildiğini ispatlamak bir delil konusudur. Posta ile ilgili olarak fiziki ortama benzer şekilde posta ile göndermede olduğu gibi, bir e-mailin ne zaman başarıyla gönderildiği hususu belirsiz kalmaktadır. Çünkü e-mail teslimat süreci hedefe ulaşmadan sonsuz sayıda sunucudan geçebilmektedir. Bu sebeple alıcının, e-maili bilgisayarından indirmek suretiyle, İnternet Servis Sağlayıcısı (*Internet Service Provider*) aracılığıyla alması gerekmektedir. Genellikle e-mail alıcıya ulaşmadığı takdirde, gönderen teslimat hatası bildirim almaktadır. Buna karşılık gönderen, e-mailin ne zaman teslim edildiğini ve ne zaman okunduğunu onaylamak için bir teslim raporu ve bir okundu bilgisi isteyebilmektedir. İleri teknoloji yeniliği sayesinde, elektronik belgelerin teslimini ispatlayan yeni teknolojiler mevcut bulunmaktadır. Bunlardan biri, taraflar arasında veri mesajlarını (*data messages*) elektronik yollarla aktaran ve veri mesajlarını gönderme ve alma kanıtı da dahil olmak üzere iletilen verilerin işlenmesine ilişkin delil sağlayan elektronik kayıt hizmetidir ve bu hizmet, iletilen veri mesajlarını zarar veya herhangi izinsiz değişimlere, hırsızlık veya kaybetme riskine karşı korumaktadır. Bu konuda bir başka seçenek ise, online tahkim platformunda tarafların bu elektronik dağıtım sistemi aracılığıyla belge alabileceği ve gönderebileceği bir elektronik dağıtım sistemi oluşturmaktır.⁵⁷

⁵⁶ ibid, 140.

⁵⁷ ibid, 141.

Tahkim yargılamasının gerekli süreç şartları arasında yer alan ana ilkelerden bir diğeri de hukuki dinlenilme hakkıdır. Bu ilke, her bir tarafın davasını oluşturmak için yeterli zamana sahip olmasını sağlamaktadır. Bu prensip, yargı yetkisine itiraz etme, bir hakkı ileri sürme, hakemleri seçme ve delilleri inceleme hakkı gibi geniş bir içeriğe sahip bulunmaktadır. Çin Halk Cumhuriyeti'nde hukuki dinlenilme hakkının reddedilmesi, gerek yurt içi gerek yurt dışı tahkimde hakem kararlarının iptali için yasal bir dayanak oluşturmaktadır. Bu durum aynı zamanda New York Sözleşmesi'nin V (1) (b) maddesi gereğince uluslararası tahkim kararının iptali gerekçelerinden de bir tanesidir. Online tahkimde, uyuşmazlıkların çoğu basit olayları (örnek olarak, satış sözleşmeleri, kredi sözleşmeleri ve ödeme sözleşmeleri gibi) içerdiğinden ve küçük talepli anlaşmazlıklar olduğundan, bu davalara genellikle tarafların yazılı beyanlarına dayanarak tahkim kurulu tarafından karar verilmektedir.⁵⁸

D. Rus Tahkim Birliği (*Russian Arbitration Association*)

Online uyuşmazlık çözümleri kapsamında online tahkim ile yakından ilgili olan kısa adıyla ("RAA") olarak tanınan "Rus Tahkim Birliği" (*Russian Arbitration Association*) de bu alanda önde gelen kuruluşlar arasında yer almaktadır. Rus Tahkim Birliği, taraflar arasında sözleşmeden veya sözleşme dışı işlemlerden kaynaklanan ticari uyuşmazlıkların çözümünü kolaylaştırmak için online tahkim sistemini kurmuş bulunmaktadır. Nitekim Rus Tahkim Birliği'nin Online Tahkim Kuralları 01.10.2015 tarihinden itibaren yürürlüktedir.⁵⁹

Rusya'da Rus Tahkim Birliği'nin online tahkime ilişkin başlıca kuralları, öncelikle genel hükümler ve sistemin tanıtılması ile başlamaktadır. Bunu takiben, online tahkim katılımcı veya katılımcıları, tahkim süresi, tahkim yargılamasının yeri ve tahkim yargılamasının dili, hakem atanması, hakeme itiraz ve hakem değişikliği yapılması, tahkim yargılamasının başlaması, dava dilekçesi verilmesi, online tahkimin başlaması, cevap dilekçesi sunulması ve bunların dışında uygulanacak hukuk kuralları ve delilleri düzenlemektedir. Bundan başka sözü edilen kurallar, taraflardan birinin hazır bulunmaması ve delil sunmaması, yargılamanın duruşmalı veya duruşma yapılmamasının yürütülmesi ve dostane çözüm anlaşmasına varılması gibi konuları da tanzim etmektedir.⁶⁰

⁵⁸ ibid, 141-142.

⁵⁹ Amro, (n 16) 94; Kadioğlu, (n 39) 121.

⁶⁰ ibid 94.

IV. Ülkemizde Kurumsal Tahkim ile İlgili Yasal Düzenlemeler

A. 6570 sayılı İstanbul Tahkim Merkezi Kanunu

Türk hukuk sisteminde tahkimin kurumsal olarak yerini alması 6570 sayılı İstanbul Tahkim Merkezi Kanunu ile gerçekleşmiştir. Kanun, 01.01.2015 tarihinde yürürlüğe girmiş bulunmaktadır. Buna bağlı olarak İstanbul Tahkim ve Arabuluculuk Merkezi veya İstanbul Tahkim Merkezi ve kısaltılmış adıyla (“ISTAC”), 6570 sayılı İstanbul Tahkim Merkezi Kanunu ile kurulmuştur.⁶¹

İstanbul Tahkim Merkezi Kanunu’nun 1.maddesine göre, “*Bu Kanunun amacı, yabancılık unsuru taşıyanlar da dâhil olmak üzere uyuşmazlıkların tahkim veya alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleriyle çözülmesini sağlamak üzere İstanbul Tahkim Merkezinin kurulması ile Merkezin teşkilat ve faaliyetlerine ilişkin usul ve esasları düzenlemektir.*” denilmektedir. Bu hükümden de görüleceği üzere, İstanbul Tahkim Merkezi gerek yabancılık unsuru içeren ve gerekse yabancılık unsuru içermeyen uyuşmazlıkların tahkim veya alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri ile çözüme kavuşturulmasında görev üstlenmektedir. Bu bağlamda Kanun’un 4.maddesi, İstanbul Tahkim Merkezi’nin görevlerini, “a) *Tahkim ve alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine ilişkin kuralları belirlemek ve hizmetlerin yürütülmesini sağlamak.* b) *Tahkim ve alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleriyle ilgili tanıtım ve yayın yapmak, bu konudaki bilimsel çalışmaları teşvik etmek, desteklemek, gerçekleştirmek, yurt içi ve yurt dışındaki ilgili kişi ve kurumlarla iş birliği yapmak*” şeklinde düzenlemiş bulunmaktadır.

B. İstanbul Tahkim Merkezi ve Online Tahkim Usulü ve Esasları

Dünyayı etkileyen COVID-19 salgını ile birlikte ülkemizde de İstanbul Tahkim Merkezi tarafından Nisan 2020 itibarıyla “ISTAC Çevrimiçi Duruşma Usul ve Esasları” yayımlanmıştır. Toplamda on maddeden oluşan bu usul ve esasların 1.maddesi gereğince, Çevrimiçi Duruşma Usul ve Esaslarının amacının, ISTAC kurallarına göre yürütülen tahkim davalarında katılımcıların fiziksel olarak bir araya gelmeden telekonferans veya video konferans yöntemi ile yapacakları duruşmalarda uygulanacak usul ve esasları belirlemek olduğu ve burada kullanılan “duruşma” teriminden çevrimiçi duruşma kavramının anlaşılacağı ifade edilmektedir. Aynı hükmün 2. fıkrasına göre, hakem veya hakem kurulunun, taraflardan birinin talebi üzerine veya kendiliğinden, hukuki dinlenilme hakkına uyulmak kaydıyla, burada önerilen usul ve esaslardan farklı kurallar belirleyebileceği kabul edilmektedir.

⁶¹ Türkiye’de ilk olarak 6570 sayılı İstanbul Tahkim Merkezi Kanunu ile kurulan İstanbul Tahkim ve Arabuluculuk Merkezi veya İstanbul Tahkim Merkezi hakkında ayrıntılı bilgi için Bkz Mehmet Rifat Bacanlı, “Bir Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolu Olarak İstanbul Tahkim ve Arabuluculuk Merkezi (ISTAC) Tahkim Yargılamasında Delillerin İbrası ve Değerlendirilmesi”, (2016), 8, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, 75 vd.

Online tahkim prosedürü, fiziki ortamda olmayıp sanal ortamda yerine getirileceği için bunun, taraflardan birinin talebi üzerine veya hakem veya hakem kurulunun uygun görmesi halinde, duruşma veya toplantıların video konferans veya telekonferans yöntemi ile yapılabileceği öngörülmektedir (md 2).

Online ortamda yapılacak duruşma için gerçekleştirilecek olan hazırlıklar konusunda, hakem veya hakem kurulunun, tarafların da görüşünü alarak duruşmanın hangi yazılım kullanılarak yapılacağı, duruşmanın gizlilik ve güvenliği için alınması gereken tedbirlerin, katılımcıların duruşmaya katılması için gereken telefon numarası, link, kullanıcı adı veya şifre gibi sair hususları duruşmadan önce belirleyip duruşmanın teknik altyapısını oluşturarak taraflarla paylaşacağı ifade edilmektedir (md 3/1). Duruşmaya katılacak kişilerin, katılım için gerekli olan teknik donanım ve yazılımı, buldukları mekânın dinlenilmeye elverişli ve güvenli bir mekân olmasını kendileri sağlayacağı belirtilmektedir (md 3/2).

Online tahkim yargılamasında uyuşmazlığın taraflarının duruşmaya katılacak olan kişileri duruşma öncesine hakem veya hakem kuruluna bildirmeleri gerekmektedir (md 4/1). Tarafların duruşma esnasında, duruşmaya katılması bildirilen ve izin verilenler dışında kalan üçüncü bir kişiyi duruşma ortama dâhil etmelerine müsaade edilmemektedir (md 4/2).

İstanbul Tahkim Merkezi'nin Çevrimiçi Duruşma Usul ve Esasları çerçevesinde, online ortamda yapılacak tahkim yargılamasında, duruşma sırasında ibraz edilmek istenen belgelerin ancak hakem veya hakem kurulunun iznine bağlı olarak elektronik ortamda iletilebilmesi kabul edilmektedir (md 6).

Tahkim yargılamasında sadece geleneksel tahkimde değil, aynı zamanda online ortamda yapılan tahkim açısından da büyük önem taşıyan ve usule ilişkin esaslar arasında yer alan konulardan biri de hukukî dinlenme hakkının yerine getirilmesidir.⁶² Hakem veya hakem mahkemesi de online tahkim ortamında her iki tarafa eşit şekilde hukuki dinlenme hakkı tanıyarak kararını vermelidir. Anayasa'nın 36. maddesi ile teminat altına alınan iddia ve savunma hakkı ile adil yargılanma hakkı, hukuki dinlenme hakkını da kapsamaktadır.⁶³ Hukuki dinlenme hakkı, Anayasa'nın 36.maddesinde ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6.maddesinde adil yargılanma hakkının da en önemli unsurlarından biridir.⁶⁴

Hukukî dinlenme hakkı, yargılama ile birlikte bundan hukuki durumu etkilenecek kimselerin, yargılama konusunda bilgi edinmelerini, açıklamada bulunmalarını ve

⁶² Doktrinde hukuki dinlenme hakkı ile ilgili geniş bilgi için Bkz Hakan Pekcanitez, "Hukuki Dinlenme Hakkı", (2000), (Prof. Dr. Seyfullah Edis'e Armağan), 753 vd.

⁶³ Pekcanitez Usül *Medenî Usül Hukuku*, C.I, (15. Bası, Oniki Levha 2017), 862.

⁶⁴ Pekcanitez Usül, (n 63) 863.Bu konuda ayrıca Bkz Muhammet Özokes, *Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenme Hakkı*, (Yetkin 2003), 30.

yargılamaya etki edebilmelerini ve yargılama görevini yerine getiren makamların bunları dikkate alarak ve gerekçeli olarak karar vermelerini sağlayan ve tarafları sürpriz kararlardan koruyan temel bir yargılama ilkesidir.⁶⁵ Bu hak, sadece belli bir yargılama veya yargılamanın belli bir aşaması geçerli olan bir ilke olmayıp; tüm yargılamalarda ve yargılamanın her safhasında uyulması gerekli bir ilkedir.⁶⁶

Bu bağlamda online tahkim yargılaması sırasında da bu ilkeye önemle riayet edilmesi gerekmektedir. İstanbul Tahkim Merkezi'nin Çevrimiçi Duruşma Usul ve Esasları, online ortamda gerçekleştirilecek olan tahkim yargılamalarında bu konuyu düzenlemiştir. Buna göre, hakem veya hakem kurulu, tarafların ve diğer ilgililerin duruşmaya katılma imkânına sahip olduğundan ve hukuki dinlenilme hakkının ihlal edilmediğinden emin olmak için gereken özeni göstermekle yükümlüdür. Bununla birlikte hakem veya hakem kurulunun duruşma sırasında hukuki dinlenilme hakkının ihlâl edildiğine kanaat getirmesi halinde, gerekçesini belirterek duruşmayı istediği zaman sonlandırabilme yetkisi bulunmaktadır (md 7).

Online ortamda yerine getirilecek tahkim yargılamasında, tanık ve bilirkişilerin dinlenmesi de büyük önem taşımaktadır. İstanbul Tahkim Merkezi'nin Çevrimiçi Duruşma Usul ve Esasları kapsamında bu konu, online ortamda tanık veya bilirkişi dinlenilmesine karar verilmesi halinde, tanık veya bilirkişi video konferans yoluyla ve görüntülü olarak duruşmaya katılacaktır. Online duruşmaya katılan tanık veya bilirkişinin, yüzü açıkça görülebilir bir şekilde kameranın karşısında hazır bulunması gerekmektedir. Buna ilave olarak tanığın veya bilirkişinin yanında herhangi bir belgenin bulunup bulunamayacağına karar verme yetkisi, hakem veya hakem kuruluna ait olup, duruşma sırasında belirli bir belgenin tanığa gösterilmesine izin verebilmektedir. Hakem veya hakem kurulunun uygun bulması durumunda, tanığa gösterilecek belge, duruşma esnasında elektronik olarak paylaşılarak soru sorulabilecektir (md 8).

Geleneksel veya offline tahkimde gizlilik ilkesi, uyuşmazlık taraflarının devlet mahkemelerine gitmeyip, ihtilafı kamuoyuna duyurmadan çözümlenmeleri için kabul ettikleri esasların başında gelen en temel ilkelerinden biridir. Bu ilke, online ortamda yürütülen tahkim yargılamasında da büyük bir öneme sahiptir. Bu doğrultuda "İstanbul Tahkim Merkezi Çevrimiçi Duruşma Usul ve Esasları" gereğince, hakem veya hakem kurulunun, taraflara bilgi vererek, duruşmanın sesli veya görüntülü olarak kaydedilmesine karar verebileceği ve kayıtların duruşmanın bitimini takiben taraflarla paylaşılacağı ve aynı zamanda masrafları taraflara ait olmak üzere, ses kayıtlarının yazılı hale getirilmesine hakem veya hakem kurulu tarafından karar verilebileceği öngörülmüştür. Bununla birlikte hakem veya hakem kurulunun onayı

⁶⁵ Özkes, (n 64)31, Atalı, (n 27) parg.39.

⁶⁶ Pekcanitez Usûl, (n 63), 864.

olmaksızın duruşmanın herhangi bir aşamasında görüntü ve ses kaydı alınmasının yasak olduğu kabul edilmiştir (md 10).

V. Online Tahkimin Olumlu ve Olumsuz Yönleri

Online tahkim yargılaması, uyuşmazlık taraflarının tamamen fiziki ortamda yüz yüze gelmediği ve tanıkların şahitliklerini yine sanal ortamda yerine getirerek ifade verdiği internet üzerinden yürütülmektedir. Bazı yazarlar tarafından online uyuşmazlık çözümlerinin, yüz yüze yapılan alternatif uyuşmazlık çözümlerinin birçok avantajlarını karşıladığı, geleneksel tahkime göre, daha az formal, artırılmış hızı ve daha düşük maliyet ile uyuşmazlıkların çözülmesine yardımcı olduğu ifade edilmektedir. Aynı şekilde online tahkimin de geleneksel tahkimden hem daha hızlı hem daha ucuz olduğu belirtilmektedir.⁶⁷

Online tahkim yargılamasının, uyuşmazlıkların çözülmesi noktasında belli açılardan yararları olduğu kabul edilse de, bazı konularda olumsuz yönleri de bulunmaktadır. Bu doğrultuda, COVID-19 salgınının yeni bir gerçekliğe hızla ve benzeri görülmemiş bir şekilde uyum sağlamayı gerekli kılması, uyuşmazlıkların online tahkim yoluyla çözümü bakımından düşündürücü bir durum yaratabilecektir. Bu bağlamda ortaya konulan sorunlardan biri, hakemlerin sanal ortamda online yapılan duruşmalara aşına olmadıkları hususudur.⁶⁸ Hakemlerin “bulut tabanlı” (*cloud-based*) belge paylaşımı ve video konferans yöntemini deneyimlemiş olabilecekleri ve fakat farklı yerlerde herkesle yapılan duruşma kavramının, bazı hakemler tarafından bilinmediği belirtilmektedir. Buna ek olarak, hakemlerin uzaktan katılım deneyimleri çoğu zaman teknolojik başarısızlıklarla gölgelenebilmekte ve bu da onları teknolojiye bağlılıklarını artırma konusunda temkinli hale getirmektedir.⁶⁹

Yine bu konuda başlıca sorulardan bir diğeri de, herkes ayrı yerlerde olduğundan, ortaya çıkabilecek teknik sorunların nasıl çözümleneceği meselesidir. Özellikle uluslararası online tahkim yargılamalarında, tahkimde görevli avukatlık ekipleri ve tahkimde görev alanlar, katılımcıların uyanık oldukları saatlere göre, kısa telekonferanslar için zaman bulma zorluğuna tanık olacaklardır.⁷⁰

Online tahkim yargılaması ile ilgili dezavantaj yaratacağı düşünülen bir başka konu ise, özellikle çapraz sorgulama sırasında tanık ifadesini değerlendirirken, şahsen gözlem yapma kaybının, hakem mahkemesinin kanıtların gücünü ve güvenilirliğini değerlendirme yeteneğini olumsuz yönde etkileyeceği endişesinin duyulmasıdır.

⁶⁷ C. Steven Bradford, “Online Arbitration as a Remedy for Crowdfunding Fraud”, (2018), 45, Florida State University Law Review, 1192.

⁶⁸ Janet Walker, “Virtual Hearings: An Arbitrator’s Perspective Int-Arb Arbitrators” 2020, 1 (<https://int-arbitrators.com/wp-content/uploads/>). Bu konuda benzer şekilde ayrıca Bkz Hale Kutlay, “Online Arbitration in Turkish Law”, (2011), 2, GSI Articleletter, 25.

⁶⁹ Walker, (n 68) 1.

⁷⁰ ibid 1.

Özellikle bilgisayar ekranında tanık delilini değerlendirirken, onun görünüm ve duygusunu, beden dilini, yüz ifadelerini, sesindeki ton değişikliklerini yakalamanın zor olabileceği ifade edilmektedir.⁷¹ Bunun dışında uzaktan katılım, tanığın hakem heyetinin görüş alanından gizlenmiş bir yazıdan okuması veya kamerasının çalıştırılmaması gibi endişeleri gündeme getirmektedir. Böyle bir durumun tanığın sanal delilinin işe yararlılığı ve doğruluğu hakkında şüphe uyandırabileceğine işaret edilmektedir.⁷²

Fikrimizce büyük bir hızla gelişen teknoloji bu noktada karşılaşılabilecek engelleri de minimum düzeye indirmek için gerekli atılımları yerine getirecek güce sahip bulunmaktadır. Nitekim online tahkimin bu olası olumsuz yönlerinin bazı teknolojik açılardan olumlu yöne çevrilebileceğine değinilmektedir. Bu konuda örneğin, *Zoom* ve *Bluejeans* gibi uygulamaları kullanan görsel-işitsel teknolojinin bazı önemli özelliklerinin kurulu teknolojilerin işlevselliğini hızlı bir şekilde geliştirdiği belirtilmektedir. Birçok katılımcı ile şahsen duruşmanın en önemli özelliğinin, hızlı bir şekilde ard arda birçok katılımcıyı gözlemlemek için odayı tarama fırsatı verdiğine dikkat çekilmektedir.⁷³

Bununla birlikte tüm teknolojik ihtiyaçların bu kadar etkili bir şekilde karşılanmasının mümkün olmayacağına işaret edilmektedir. İnternet bağlantısının zayıf olduğu yerlerde bulunan katılımcılar için sihirli bir çözüm olmadığına ve onlar için ses ve görüntü kalitesi ile güvenilirliğin, daha iyi hizmet verilen alanlara göre mutlaka geride kalacağına temas edilmektedir. Bu noktada ticari ve tüketici faaliyetleri arasında seyahat ve uzaktan katılım zorlukları meydana geleceğinden, bu hususa bir kamu hizmeti olarak daha fazla öncelik verilmesi gerektiğine değinilmektedir.⁷⁴

IV. Değerlendirme ve Sonuç

Dünya uygulamalarında alternatif uyuşmazlık çözümleri kapsamında yer alan tahkim ve arabuluculuk gibi uyuşmazlık çözme yöntemlerinin, bazı ülkelerde kurumsal olarak yerine getirildiği görülmektedir. Bu bağlamda ülkemiz de yakın tarihlerde 6570 sayılı İstanbul Tahkim Merkezi Kanunu ile kurulan İstanbul Tahkim Merkezi aracılığıyla uyuşmazlıkların tahkim ve arabuluculuk gibi alternatif yöntemlerle çözümü konusunda kurumsal bir yapıya sahip olmuştur.

Dünyada 1970’li yılların sonunda ortaya çıkmaya başlayan alternatif uyuşmazlık çözüm (*alternative dispute resolution*) (ADR) yöntemleri; 1990’lı yıllarda internet ile birlikte 1990’lı yılların sonu ve 2000’li yılların başından itibaren alternatif uyuşmazlık

⁷¹ ibid 1.

⁷² İbid 1.

⁷³ ibid 2.

⁷⁴ ibid 2.

çözümlerinden, online uyuşmazlık çözümlerine (*online dispute resolution*) (ODR) doğru dijital bir sürece ilerlemeye başlamıştır. Batı da online uyuşmazlık çözümleri ve bu kapsamda online tahkim de dahil olmak üzere, alternatif uyuşmazlık çözümlerinin ve devlet mahkemelerinin önüne geçmeye çalışmaktadır.

Online uyuşmazlık çözümlerinin ülkemize bu kadar büyük bir hızla yansması ise, COVID-19 salgını ile gündeme gelmiştir. Türk hukuk sistemi bünyesinde, İstanbul Tahkim Merkezi çevrimiçi duruşmalara ait usul ve esaslarını düzenleyerek yakın tarihlerde yayınlanmıştır. Batı dünyasındaki hızlı gelişmeleri online uyuşmazlık çözümleri noktasında belirli bir ölçüde takip ederken, COVID-19 gerçeği, gerçek dünyadan sanal dünyaya geçiş noktasında ülkemizde de etkilerini ve yansımalarını hızlı bir teknolojik süreç ile göstermeye başlamıştır.

Bu yeni dünya düzeninde, Türk hukuk sistemi de kendini teknolojik gelişmelere uyarlamaya ve online tahkim platformları oluşturmaya çalışmaktadır. Bu noktada online tahkim yargılamalarında ortaya çıkabilecek teknik sorunların büyük bir hızla çözümleneceği düşüncesini taşımaktayız. Zira COVID-19 nedeniyle bütün dünyada, bilim insanların teknolojiden kaynaklı sorunlara çözüm bulma çaba ve gayreti içinde oldukları görülmektedir. Bu sebeple internete erişim ile ilgili teknolojik sorunların belli bir süre içinde aşılabacağı görüşündeyiz.

Fakat burada önemle üzerinde durmak istediğimiz konu, “*internet erişim*”den ziyade “*adalet erişim*” ile ilgilidir. Özellikle online ortamda yerine getirilecek olan tahkim yargılamalarında, hakem veya hakem heyeti tarafından bağlayıcı nitelikte bir hüküm verilmesi sebebiyle, adil yargılanma ve hukuki dinlenilme hakkı gibi yargılamanın temel ilkelerine daha büyük bir özen gösterilmesi gereklidir. Zira bir uyuşmazlığın çözümü için verimlilik, hızlılık, az maliyet bu sürecin avantajlı yönleri olsa bile, adaletin yerine getirilmesi de çok önemlidir. Bu bağlamda online tahkim yargılamalarında adilliğin ve adaletin sağlanması, toplum düzeninin ve hukuki barışın korunması açısından son derece önem taşımaktadır.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

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

Peer-review: Externally peer-reviewed.

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

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

Bibliyografya/Bibliography

- Akıncı Z, “Elektronik Tahkim”, (DEÜ Yayını 2002), Uluslararası İnternet Hukuku Sempozyumu, s.429-435.
- Alangoya Y, *Medeni Usul Hukukumuzda Tahkimin Niteliği ve Denetlenmesi*, (1973)
- Alangoya H.Y /Yıldırım M K/
- Deren-Yıldırım N, *Medeni Usul Hukuku Esasları*, (7.Baskı, Beta 2009).
- Amro I, *Online Arbitration in Theory and in Practice, A Comprative Study of Cross-Border Commercial Transactions in Common Law and Civil Countries*, (Cambridge Scholars Publishing 2019).
- Atalı M, “İnternet Ortamında Tahkim ve Usul Hukuku Sorunları”, (2007), 60, e - Akademi, Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık Dergisi, 1-21.
- Bacanlı M R, “Bir Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolu Olarak İstanbul Tahkim ve Arabuluculuk Merkezi (ISTAC) Tahkim Yargılamasında Delillerin İbrazı ve Değerlendirilmesi”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, (2016), 8, 75-113.
- Betancourt J C/ Zlatanska E, “Online Dispute Resolution (ODR): What Is It, and Is It the Way Forward?”, (2013), 79, *International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management*, 256-264.
- Bradford C. S, “Online Arbitration as a Remedy for Crowdfunding Fraud”, (2018), 45, *Florida State University Law Review*, 1169-1124.
- Braeutigam M A, “Fusses That Fit Online: Online Mediation in Non-Commercial Contexts”, (2006), 5, *Appalachian Journal Law*, 1169-1124.
- Bozkurt Yüksel A E, “Elektronik Ticarete Alternatif Uyuşmazlık Çözümü”, (2008), 123, *Mevzuat Dergisi*, (www.mevzuatdergisi. com).
- Çakır G/ Dalar E, “Arbitration via Internet Environment Online Arbitration”, (2018), 19, *GSI Articleletter*, 223-236.
- Deren-Yıldırım N, “Tahkimin Olumlu ve Olumsuz Yönleri”, (2002), 4, *ABD*, 37-44.
- Ercan M, *Uyuşmazlıkların Online Çözüm Yöntemleri*, Ankara, 2012, (yayınlanmamış ilt).
- Johnson P, “Enforcing Online Arbitration Agreements for Cross-Border Consumer Small Claims in China and the United States”, (2013), (36), *HASTINGS INT’L & COMP. L. REV.*, 577-602.
- Kadioğlu C Ç, “Brick and Clicks: Online Dispute Resolution Mechanism and Implimentation of Online Arbitration in Turkey for Cross-Border Business to Consumer E-Commerce Disputes”, (2019), 1, *ASBÜ Bilişim Hukuku Dergisi*, 113-146.
- Komaitis K, “Pandora’s box is finally opened: The Uniform Domain Name Dispute Resolution Process and Arbitration”, (2005), 19, *International Review of Law, Computers & Technology*, 99-116.
- Kutlay H, “Online Arbitration in Turkish Law”, (2011) 2, *GSI Articleletter*, 24-26.
- Lavi D, “Three is not a Crowd: Online Mediation-Arbitration in Business to Consumer Internet Disputes”, (2016), 37 *U.Pa.J.Int’l L.*, 871-941.
- Liyanage C, “Online Arbitration Compares to Offline Arbitration and the Reception of Online Consumer Arbitration: An Overview of the Literature”, (2010), 22, *Sri Lanka Journal of International Law*, 173-194.
- Özekes M, *Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı*, (Yetkin 2003).
- Özümucu S, “Uzak Doğu’da Arabuluculuk Anlayışı ile Türk Hukuk Sisteminde Arabuluculuk Kurumuna Genel Bir Bakış”, (3. Bası, Oniki Levha 2013).

- Özsunay E, “Tahkim Yargılamasında Mahremiyet”, (2004), 2, İBD, 541-560.
- Pekcantez, H, “Hukuki Dinlenilme Hakkı”, 2000, (Prof. Dr. Seyfullah Edis’e Armağan), 753-791.
- Pekcantez H, *Medenî Usûl Hukuku*, C.I, (15. Bası, Oniki Levha 2017).
- Schellekens M. H. M., “Online Arbitration and E-Commerce”, (2002), 9, Electronic Communication Law Review, 113-126.
- Schmitz J A, “Drive-Thru” Arbitration in the Digital Age: Empowering Consumers Through Binding ODR”, (2010), 62, BAYLOR LAW REVIEW, 178-244.
- Schmitz J A, “Building on OArb Attributes in Pursuit of Justice”, (2018), 9 (<http://ssrn.com/abstract=3118229>).
- Schultz T, “Online Arbitration: Binding or Non-Binding?”, (2002), 2, ADR Online Monthly, 1-22.
- Schwarzenbaker P, “Online Arbitration: A European and US Perspective”, (2018), 10, Bocconi Legal Papers, 387-423.
- Sorkin D E, “Judicial Review of ICANN Domain Name Dispute Decisions”, (2001), 35, 18 Santa Clara Computer & High Tech. L.J, 35-55.
- Stewart K / Matthews J, “Online Arbitration of Cross-Border, Business to Consumer Disputes”, (2002), 56, U Miami Law Review, 1111-1146.
- Thornburg G E, “Going Private: Technology, Due Process, and Internet Dispute Resolution”, (2000), 34, University of California, Davis, 151-220.
- Walker J, “Virtual Hearings: An Arbitrator’s Perspective Int-Arb Arbitrators” 2020, 1; (<https://int-arbitrators.com/wp-content/uploads>).
- Zheng J, “The Recent Development of Online Arbitration Rules in China”, (2017), 26 Information & Communications Technology Law, 135-145.
- Ziemblicki B, “Going Online-Is The World Ready to Replace Litigation with Online Dispute Resolution Mechanism”, Wroclaw Review of Law, Administration & Economics, (2015), 5, 40-51.



İşverenin Sağlık Gözetimi Sağlama Yükümlülüğüne COVID-19 Salgını Bağlamında Genel Bir Bakış

Ayça İzmirlioğlu

Öz

Pek çok insanın hayatını kaybetmesine yol açan ve bir biyolojik doğal afet olarak tüm Dünya ülkelerini olduğu gibi ülkemizi de etkileyen COVID-19 salgını karşısında işverenlerin işyerinde iş sağlığı ve güvenliğini koruma yükümlülüğünün önemi daha da artmıştır. İşverenin işçiyi gözetim borcu kapsamında 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun 15'inci maddesinde hüküm altına alınan "Sağlık Gözetimi" yükümlülüğü, bilhassa salgına karşı çalışanlarını ve işyerini korumak amacıyla işverenlerin titizlikle yerine getirmesi gereken yükümlülükler arasındadır. Sağlık gözetimi yükümlülüğü yapılan işin niteliğine göre çeşitlilik göstermekte olup, pek çok Yönetmelik'te düzenlenmiştir. Bu çalışmada işyeri hekimlerinin görev, yetki ve sorumlulukları incelenmek suretiyle özellikle 6331 sayılı Kanun kapsamında sağlık muayenesi yapılmasına ilişkin düzenleme irdelenecek ve COVID-19 salgını karşısında çalışanların sağlık ve güvenliğini korumak amacıyla işyeri hekimlerinin ve işverenlerin başvurabileceği yasal prosedür incelenecektir. Ayrıca, pandemi sürecinde sağlık muayenesinden kaçınan çalışanlara yönelik işverenin başvurabileceği ve işveren tarafından yasal düzenlemelere ve prosedürlere uyulmaması durumunda maruz kalınabilecek ciddi ve yakın tehlike karşısında çalışanların başvurabileceği yasal yollar ve idari yaptırımlar konuya ilişkin yargı içtihatlarına da temas edilerek açıklanmaya çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler

İş sağlığı ve güvenliği, İşverenin yükümlülükleri, Sağlık gözetimi, İşyeri hekimi, COVID-19

The Employer's Obligation of Health Oversight During the COVID-19 Pandemic

Abstract

The importance of employers' obligation to protect the occupational health and safety of their employees has increased during the COVID-19 pandemic that has affected our country, as well as the entire world, and has led to numerous deaths. The "health surveillance" obligation, regulated by Article 15 of the Occupational Health and Safety Law (No 6331), states that it is the obligation of the employer to diligently protect employees and their workplace, especially against any outbreak. The health surveillance obligation depends on the kind of work performed at the workplace and is governed by many regulations. In this study, the duty, authority, and responsibility of workplace doctors that are regulated by the law are analyzed, and the legal procedure that workplace doctors and employers can apply to protect the health and safety of the employees during the COVID-19 pandemic are investigated. Moreover, the legal procedures that employers can apply if an employee avoids health checks during a pandemic and those that the employees can pursue in case of clear and imminent danger that they could be exposed to because of the noncompliance with the rules and regulations on the part of the employers are explained from a legal perspective.

Keywords

Occupational health and safety, Obligations of the employers, Health surveillance, Workplace doctors, COVID-19

* **Sorumlu Yazar:** Ayça İzmirlioğlu (Dr. Öğr. Üyesi), İzmir Demokrasi Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, İzmir, Türkiye. E-posta: ayca.izmirlioglu@idu.edu.tr ORCID: 0000-0001-8900-331X

Atf: İzmirlioğlu A, "İşverenin Sağlık Gözetimi Sağlama Yükümlülüğüne COVID-19 Salgını Bağlamında Genel Bir Bakış" (2020) 78(2) İstanbul Hukuk Mecmuası 455. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2020.78.2.0008>



Extended Summary

The World Health Organization declared COVID-19 as a pandemic, and the obligation of employers to protect the occupational health and safety of employees in the workplace has increased due to the COVID-19 pandemic, which is a natural biological disaster that has affected our country and the whole world. It is inevitable for employers to fulfill their health surveillance obligations to primarily protect their employees and workplaces against the pandemic and to prevent the spread of COVID-19 in the workplace. Moreover, it would be appropriate to repeat the periodic health checks conducted by workplace doctors, especially for employees returning to work from working remotely during the pandemic.

In the Turkish Labor Legislation regarding the occupational health and safety of employees, many legal regulations, especially the Occupational Health and Safety Law 6331, require employers to comply with the obligations of the law to protect the occupational health and safety of employees. In this study, the requirement to carry out “health surveillance,” which is one of the obligations of the employers that are mentioned in Article 15 of the law, was considered. According to the article, *“(1) Employer; ... B) is obliged to ensure the health examinations of the employees in the following cases: 1 At the entrance to work, 2 In the change of work, 3 In case of demanding for their return to work after repeated dismissal due to work accident, occupational disease or health, 4) During the continuation of the work, according to the condition of the employee, nature and hazard class of workplace, at regular intervals determined by the Ministry ...”*

In this study, the regulation aforementioned is discussed in detail, and the relevant obligations related to the pandemic are evaluated. It is both an obligation and a requirement for employers to seek the support of occupational health and safety professionals to ensure the occupational health and safety of their employees. In this context, as mentioned in the relevant regulation, employers can fulfill their health surveillance obligation by employing a workplace doctor. Therefore, the duties, powers, and responsibilities of the workplace doctor are also examined.

The sanction of the employer’s failure to conduct health surveillance is an administrative fine. If the employer fails to comply with the health surveillance obligation, and it results in an accident at the workplace or occupational disease, the employer will be both legally and criminally liable. This responsibility will be examined through the judicial system. Moreover, the workplace doctor is required to provide guidance and counseling to the employer to request employees to take the necessary precautions and to remove employees who are showing COVID-19 symptoms from the workplace for other employees to be able to continue to work and to ensure that the required security measures are taken. The workplace doctor should

give written notification to an employer who does not consider these warnings and urgently take measures to control the deficiencies and faults reported by Article 8 of Law 6331.

Because of the absence of health surveillance in the workplace and necessary precautions, the right to refrain from working in a workplace that is in serious and imminent danger as per the conditions of Article 13 of Law 6331 is considered. Therefore, the terms of the right to refrain from working in our study are examined.

Finally, if the employee avoids medical examination without a justified reason, thereby endangering occupational health and safety, it is accepted that the contract of the worker can be terminated for a valid reason, following the Supreme Court's decisions.

İşverenin Sağlık Gözetimi Sağlama Yükümlülüğüne COVID-19 Salgını Bağlamında Genel Bir Bakış

Giriş

29/5/2009 tarih ve 5902 sayılı Afet ve Acil Durum Yönetimi Başkanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'un¹ 2'nci maddesinin b bendinde afetin tanımı yapılmış olup, düzenlemede ifade edildiği üzere afetler, doğal afetler, insan kaynaklı afetler ve teknolojik afetler olmak üzere üç türe ayrılmaktadır. Söz konusu olaylardan doğal afetler ise kendi içinde atmosferik, hidrolojik, jeolojik ve biyolojik olmak üzere dörde ayrılmaktadır. Sözü geçen doğal afetlerden biri olan salgın hastalıklar ise, biyolojik doğal afet kategorisinde olup, bu bağlamda, çalışmanın sebebini oluşturan COVID-19 salgını da bir doğal afet türü olarak biyolojik afetler arasında yer almaktadır².

Çalışanları işyerinde COVID-19 salgınından korumak işverenlerin çalışanların iş sağlığı ve güvenliğini koruma yükümlülüğüne dahildir. Çalışmada işverenin çalışanların sağlık gözetimini sağlama yükümlülüğü özellikle 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu m 15 çerçevesinde tahlil edilecektir. Ayrıca, yeni koronavirüs nedeniyle işyerlerinde alınması gereken tedbirlere yönelik Sağlık Bakanlığı ile Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı'nın yayımladığı rehberler doğrultusunda COVID-19 salgını bağlamında işverenlerin sağlık gözetimi yükümü ayrıntılı olarak izaha çalışılacaktır.

Diğer taraftan, çalışmada işyerlerinde sağlık gözetiminden sorumlu olan bir isg profesyoneli olarak işyeri hekiminin sağlık gözetimine ilişkin görev, yetki ve sorumlulukları üzerinde de durulacak olup, işyeri hekimlerinin pandemi sürecinde çalışanların sağlık gözetimini yürütmekte iken izlemesi öngörülen prosedüre de yer verilecektir. Akabinde ise, gerek işverenlerin gerek çalışanların pandemi sürecinde sağlık gözetimini ve genel olarak iş sağlığı ve güvenliğini ihlâl etmeleri durumunda karşılaşılabilecekleri yasal yaptırımlar yargı içtihatlarından örnekler verilerek suretiyle incelenecektir.

I. Genel Olarak İşverenin Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliğini Koruma Yükümlülüğü

İşçiyi gözetme borcu işveren tarafından uyulması gereken en önemli yükümlülükler arasında yer almakta olup, işverenin işçinin yaşam, sağlık ve beden bütünlüğünün korunması amacı ile, işyerinde iş sağlığı ve güvenliğini sağlayacak önlemleri alması zorunludur. İşçilerin iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanmasına ilişkin güvenceye sahip

¹ RG 17.06.2009/27261.

² Yasin Dursun Sarı, Mehmet Aksoy ve Volkan Karuk, *Afet, Acil Durum ve Endüstriyel Kazalarda İş Sağlığı ve Güvenliği* (Anadolu Üniversitesi 2020) 28.

olduğuna dayanak olabilecek temel esaslar 18/10/1982 tarih ve 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda³ hüküm altına alınmıştır. Söz konusu temel esasları, sosyal devlet ilkesi (m 2); yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme ile vücut bütünlüğü hakkı (m 17); yaşına, gücüne ve cinsiyetine uygun işte çalıştırılma hakkı, dinlenme hakkı (m 50) ve sosyal güvenlik hakkı (m 60) şeklinde sıralamak mümkündür⁴.

Öte yandan, işverenin çalışanların iş sağlığı ve güvenliğini korumakla yükümlüğü olduğu, Anayasal düzenlemeler doğrutusunda, 20/6/2012 tarih ve 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun⁵ 4'üncü maddesinde⁶ "İşverenin genel yükümlülüğü" başlığı altında hüküm altına alınmıştır. Bahsi geçen maddede zikredildiği üzere, işverenin mesleki risklerin önlenmesi, çalışanlara eğitim ve bilgi verilmesi dâhil olmak üzere her türlü tedbirin alınması ve organizasyonun yapılması gibi birtakım çalışmalar yapması gerekmektedir. Ayrıca, işveren çalışanın ifa edeceği işi tayin ederken, çalışanın iş sağlığı ve güvenliği bakımından işe uygunluğunu gözetmekle yükümlüdür.

Sözü geçen düzenleme ile işle ilgili olmak kaydıyla işverenlere geniş yükümlülükler getirilmiştir. Toplumsal bir sağlık riski olan COVID-19 salgını bakımından değerlendirildiğinde ise, işyeri ortamında salgın hastalığın bulaşma riski arttığı müddetçe salgın hastalığın işle ilgisi olduğunu belirtmek mümkün olacaktır. Bu bağlamda, çalışanların işyeri ortamının iş sağlığı ve güvenliğinden sorumlu olan işverenin COVID-19 salgınının devamı süresince 6331 sayılı Kanun'un 4'üncü maddesinde zikredilen yükümlülükleri söz konusudur⁷.

II. Sağlık Gözetimi Kavramı

Sağlık gözetimi kavramını sağlığın korunması için gereken hizmetlerin yerine getirilmesi şeklinde ifade etmek mümkündür⁸. Bir başka anlatımla, çalışanların sağlığının korunması amacı ile yapılan sağlık hizmeti uygulamalarına sağlık gözetimi denilmektedir⁹.

6331 sayılı Kanun ile işverenlerin çalışanların sağlığını korumaya ilişkin sorumluluklarının daha kapsamlı ve ayrıntılı olarak düzenlendiğini belirtmek

³ RG 9.11.1982/17863.

⁴ Ali Güzel ve Deniz Uğan Çatalkaya, 'İşverenin İş Kazasından Doğan Sorumluluğunun Niteliği ve Sınırları (Karar İncelemesi)' (2012) 3(34) Çalışma ve Toplum Dergisi 157, 168.

⁵ RG 30.6.2012/28339.

⁶ İlgili maddenin birinci fıkrasında işverenin, çalışanların işle ilgili sağlık ve güvenliğini sağlama yükümlülüğü çerçevesinde uyması gereken yükümlülükler hüküm altına alınmıştır.

⁷ Levent Akın, 'COVID-19'un İş İlişkilerine Olası Etkileri' (2020) 34(3) Çimento İşveren Dergisi (COVID-19) 16, 18.

⁸ Öcal Kemal Evren, *İş Sağlığı ve Güvenliği El Kitabı* (2. Baskı, Seçkin 2016) 246.

⁹ Evren (n 8) 246.

mümkündür¹⁰. Nitekim, sağlık gözetimi kavramı, İSGK ile bağlı mevzuatın çalışanların sağlığına ilişkin daha geniş bir kavramı benimsemesi ile meydana gelmiş ve muayene kavramının yerini almıştır. Sağlık gözetimi kavramı çalışanların gerek sağlık muayenesinden geçmelerini gerek sağlıklarını ilgilendiren her türlü iş ve işlemleri kapsamaktadır. Bu doğrultuda, sağlık hizmetleri ise, kişiye ve çevreye yönelik olan koruyucu sağlık hizmetleri ile tedavi edici sağlık hizmetleri olmak üzere ikiye ayrılmakta ve her iki alana ait sağlık hizmetleri iş sağlığı ve güvenliği hukukunun kapsamında yer almaktadır. Bahsi geçen sağlık hizmetleri; sağlık muayenesi ve tetkikler, bağışıklama, gerekli kayıt düzeninin oluşturulması ile bütün çalışanların kayıtlı tutulması, değerlendirilmesi, gizlenmesi, istendiği zaman çalışanlar ya da temsilcilerine yahut yetkili olan birey ve kurumlara verilmesi ve bildirimi, bu hususta çalışanların eğitimi ve hijyen koşullarının izlenmesi, ölçümü, test ve analizi, iş kazası ve meslek hastalıklarında olay/olgu analizi, ilk yardım, acil tedavi, gereken hâllerde görev değiştirme ve benzeri önerilerde bulunulması, sağlığı geliştirme ve rehabilitasyon hizmetleridir¹¹.

Sağlık gözetimi konusunda özellikle Anayasa'nın 50'nci maddesinde hüküm altına alınan *"kimsenin yaşına, cinsiyetine ve gücüne uygun olmayan işlerde çalıştırılmayacağına"* ve Anayasa'nın 56'ncı maddesinde ise, *"herkesin sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahip olduğuna"* dair düzenleme önem arz etmektedir. Kanunlar bakımından ise, 6331 sayılı Kanun ile 24/4/1930 tarih ve 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nda¹² birtakım düzenlemelere rastlanmaktadır.

İşyerlerinde üretim kesintisiz devam eden bir süreç olduğu için çalışanların üretim sürecinde sağlıklarının hangi sırada olumsuz etkileneceğini ya da etkilendiğini tam olarak tespit etmek mümkün olmamaktadır. Bu bağlamda, çalışma ortamından kaynaklanan zararlı çıktıkların ya da iş görme edimi tekrar edilirken sürekli yapılan hareketlerin çalışanların sağlığını ne zaman bozmaya başladığının saptanması kolay değildir. Örneğin, sürekli aynı hareketleri yapan bir çalışanın sağlık sorunları çalışma süreci içinde adım adım gelişecek ve çalışan iş göremez düzeye geldiği zaman hastalık olarak adlandırılmış olacaktır. Gerek meslek hastalıklarının önlenmesi gerek çalışanın sağlık kalitesi bakımından bahsi geçen sürecin tanımlanması hayati önem arz etmektedir. Bu sebeple, çalışanların işyerinde karşı karşıya kalabilecekleri iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin riskler 6331 sayılı Kanun'da gözetilerek anılan yasanın 15'inci maddesi ile işverenlere çalışanlarını sağlık gözetimine tabi tutma yükümlülüğü getirilmiştir¹³.

¹⁰ Nüvit Gerek, 'İş Sağlığı ve Güvenliği Kanun'un Düşündürdükleri' (2012) (28) Sicil İş Hukuku Dergisi 10, 13.

¹¹ Evren (n 8) 245-247.

¹² RG 6.5.1930/1489.

¹³ Murat Özveri, *İşçi Sağlığı İş Güvenliği ve İş Cinayetleri* (Birleşik Metal-İş 2015) 85-86.

III. Sağlık Gözetimi Sağlama Yükümlülüğüne İlişkin 6331 sayılı Kanun ile Diğer Kanun ve sair Mevzuatın İncelenmesi

Çalışanların işe girişlerinde ve işin devamı sırasında sağlık gözetimine tabi tutulması ve aynı zamanda beden ve ruh sağlıklarına uygun işleri yapacak olmaları iş sağlığı ve güvenliği bakımından büyük önem arz etmektedir¹⁴. Bu sebeple, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun işverenin sağlık gözetimini yapmakla yükümlü olduğuna dair "Sağlık Gözetimi" başlığı altında hüküm altına alınan 15'inci maddesine göre, "(1) İşveren;

- a) Çalışanların işyerinde maruz kalacakları sağlık ve güvenlik risklerini dikkate alarak sağlık gözetimine tabi tutulmalarını sağlar.
 - b) Aşağıdaki hallerde çalışanların sağlık muayenelerinin yapılmasını sağlamak zorundadır:
 - 1) İşe girişlerinde.
 - 2) İş değişikliğinde.
 - 3) İş kazası, meslek hastalığı veya sağlık nedeniyle tekrarlanan işten uzaklaşmalarından sonra işe dönüşlerinde talep etmeleri hâlinde.
 - 4) İşin devamı süresince, çalışanın ve işin niteliği ile işyerinin tehlike sınıfına göre Bakanlıkça belirlenen düzenli aralıklarla.
- (2) Tehlikeli ve çok tehlikeli sınıfta yer alan işlerde çalışacaklar; yapacakları işe uygun olduklarını belirten sağlık raporu olmadan işe başlatılamaz.
- (3) Bu Kanun kapsamında alınması gereken sağlık raporları işyeri hekiminden alınır. 50'den az çalışanı bulunan ve az tehlikeli işyerleri için ise kamu hizmet sunucuları veya aile hekimlerinden de alınabilir. Raporlara itirazlar Sağlık Bakanlığı tarafından belirlenen hakem hastanelere yapılır; verilen kararlar kesindir.
- (4) Sağlık gözetiminden doğan maliyet ve bu gözetimden kaynaklı her türlü ek maliyet işverence karşılanır; çalışana yansıtılamaz.
- (5) Sağlık muayenesi yaptırılan çalışanın özel hayatı ve itibarının korunması açısından sağlık bilgileri gizli tutulur."

¹⁴ Erdem Özdemir, *İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku* (Vedat Kitapçılık 2014) 254 vd; Tankut Centel, 'İşverenin İşyerinde Sağlık ve Güvenliği Sağlama Yükümlü' (2013) 27(3) Çimento İşveren Dergisi 7, 7-15; Gülsevil Alpagut, 'İş Sağlığı ve Güvenliği Yasa Tasarısında İşverenin Yükümlülükleri ve Risk Değerlendirmesi' *İş Sağlığı ve Güvenliği Kanun Tasarısı Semineri* (TİSK 2012) 23, 36-37; Sarper Sützek, *İş Hukuku* (Yenilenmiş 12. Baskı, (Beta 2016) 926; Hediye Ergin, 'Periyodik Sağlık Kontrolünden Kaçınan İşçinin İş Sözleşmesinin Derhal Feshi' (2019) (42) Sicil İş Hukuku Dergisi 173, 177.

Hemen belirtilmelidir ki, sözü geçen madde öğretide işveren tarafından çalışanların sağlık gözetimine tabi tutulacağı hususunun çok genel ve soyut bir şekilde hüküm altına alındığı belirtilerek eleştirilmiştir¹⁵. Aşağıda düzenleme ayrıntılı olarak izaha çalışılacaktır.

İlgili düzenleme m 15/1-a hükmü doğrultusunda işverenin çalışanların işyerinde maruz kalacakları sağlık ve güvenlik risklerini dikkate alarak sağlık gözetimine tabi tutulmalarını sağlama yükümlülüğü COVID-19 salgını bağlamında incelenecek olursa, Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı tarafından beyan edildiği üzere, COVID-19 hastalığı yeni bir risk faktörü olarak değerlendirilmeli ve işyeri hekimi tarafından gerekli önlemler alınarak çalışanlara periyodik muayeneler yapılmalıdır. İşyeri hekiminin çalışanda COVID-19 hastalığı bulunduğu dair şüphe duyması halinde Sağlık Bakanlığının 184 numaralı danışma hattını araması, yönlendirmelerin uygulanması ve/veya Sağlık Bakanlığı'nın ilgili sağlık kuruluşu ile iletişime geçerek çalışanın sevkini sağlaması gereklidir¹⁶.

Bahsi geçen m 15/1-b,1 uyarınca, iş girişlerinde ve m15/1-b,2'ye göre, iş değişikliklerinde, işveren tarafından sağlık muayenesi yaptırılması zorunluluğu getirilmiştir. Ayrıca, işveren, çalışanın iş kazası, meslek hastalığı ya da sağlık nedenleri ile tekrarlanan işten uzaklaşmalardan sonra işe dönüşlerinde çalışanların talep etmeleri halinde sağlık muayenesi yaptırmakla yükümlüdür. Ertürk'e göre, işyerinde özellikle sık sık rapor kullanan çalışanların bulunması durumunda tekrarlanan işten uzaklaşmalarda, işverenin ilgili çalışanın talebi ile çalışmanı tekrar sağlık muayenesine tabi tutmak zorunda bırakılması yerinde olmamıştır¹⁷. Gerek ise, işçinin iş kazasına maruz kalması, meslek hastalığına tutulması ya da sağlık nedeniyle işten uzaklaşmalardan sonra tekrar çalışmak üzere işyerine gelmesi durumunda, işveren tarafından işçinin talebi olmasa dahi, halen mevcut işini ifa etmek için uygun olup olmadığının belirlenmesi bakımından sağlık muayenesinin yapılmasını sağlamanın uygun olacağı düşüncesindedir¹⁸. Nitekim, işveren, işe dönüşte çalışanın eski işine uygun olup olmadığını belirlemek ve çalışanın durumuna uygun bir iş vermekle yükümlü olup, söz konusu yükümlülük işçiyi gözetme borcu doğrultusunda çalışanların sağlık ve güvenliğini sağlama yükümlülüğünden ileri gelmektedir¹⁹. Bu bağlamda, işverenin iyileşmiş olan işçinin önceki işine uygun olup olmadığını tespit etme ihtiyacı duyması ihtimali karşısında, düzenlemede zorunluluktan ziyade

¹⁵ Şükran Ertürk, 'İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nda İşverene Getirilen Yükümlülükler' (2012) (27) Sicil İş Hukuku Dergisi 13, 20

¹⁶ Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı, 'İşyerlerinde COVID-19 ile Mücadele' (2020) (COVID-19) <https://ailevecalisma.gov.tr/covid19/sikca-sorulan-sorular> Erişim Tarihi 5 Mayıs 2020.

¹⁷ Ertürk (n 15) 20; E Tuncay Senyen Kaplan, 'İşverenin Sağlık Gözetimi Yükümlülüğü ve Hekim Raporlarının Hüküm ve Sonuçları' (2014) 28(3) Çimento İşveren Dergisi 18, 23; Süzek (n 14) 927.

¹⁸ Gerek (n 10)14; Senyen Kaplan (n 17) 23.

¹⁹ Senyen Kaplan (n 17) 23.

sağlık muayenesi yaptırma yetkisinden söz edilmesinde isabet olurdu²⁰. Ancak iş değişikliklerinde, bir ofis işinde ifa edilen görev değişikliği çalışanın sağlığı ve güvenliği bakımından bir değişiklik sayılmayabilecek ve sağlık muayenesi yapılması gerekemeyebilecektir²¹. Kanaatimizce, COVID-19 tanısı konan ve tedavisi tamamlanıp iyileştikten sonra işe dönüş yapmak isteyen çalışanlar bakımından işveren tarafından çalışanın talebine bırakılmaksızın sağlık muayenesinin yaptırılması isabetli olacaktır. Çünkü, virüs enfekte olan hastada kalıcı sağlık sorunlarına yol açabilmekte olup, özellikle çok tehlikeli ve tehlikeli işler bakımından, işverenin işe dönüşte çalışanın eski işine uygun olup olmadığını tespit etmek ve çalışanın durumuna uygun bir iş vermekle yükümlü olması gözetildiğinde çalışana sağlık muayenesi yapılması zorunluluk arz edebilecektir.

İşe girişler bakımından, işverenin bilhassa birtakım yetenek ve eğitim gerektiren tehlikeli işler için işletmenin şartlarına uygun kişileri titizlikle seçmesi gereklidir. Bu bağlamda, kişinin çalışkan olması, çalışacağı makinaların kullanılmasını bilmeyen bir işçi bakımından yeterli olmayacak ve işçinin tehlikelerle karşılaşabilmesi mümkün olacaktır. Aynı zamanda, belli bir iş için eğitilmiş bir çalışana farklı bir iş gördürülmesi de tehlikeye maruz kalma riskini arttıracaktır²².

İlgili m 15/1-b,4 düzenlemesine göre, işin devamı sırasında Bakanlık tarafından tayin edilen periyodik aralıklarla sağlık muayenelerinin yapılmasının sağlanması işverenlerin yükümlülüğüdür. Yapılan muayeneler sonucunda, çalışanın ifa edeceği ya da önceden gördüğü işlerin sağlığına zarar verip vermediği tespit edilmesi ile çalışanların iş kazaları ve meslek hastalıklarına maruz kalmaları önlenebilecektir²³. Nitekim, işin devamı sırasında yapılan sağlık gözetimleri neticesinde bir çalışanda meslek hastalığı saptanması durumunda tedavi süreci başlatılacak ve işverenin işçiyi gözetme borcunun bir gereği olarak çalışana sağlık durumuna uygun bir iş verilecektir²⁴.

Sözü geçen maddenin ikinci fıkrası uyarınca, tehlikeli ve çok tehlikeli işyerlerinde işçinin sağlık raporu almaksızın çalıştırılması yasaklanmış²⁵, az tehlikeli işler bakımından ise sağlık muayenesi yeterli görülmüştür²⁶.

Anılan maddenin üçüncü fıkrası değerlendirildiğinde ise, sağlık raporlarına itirazların hakem hastanelere yapılacağına dair düzenlemeye ilişkin öğretide “hakem

²⁰ Nurşen Caniklioğlu, ‘6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu’nda Öngörülen İşveren Yükümlülükleri’ *Çalışma Mevzuatı Seminer Notları* (Türkiye Toprak İşverenleri Sendikası 2012) 27, 60; Süzek (n 14) 927.

²¹ Caniklioğlu (n 20) 59; Süzek (n 14) 926-927.

²² Senyen Kaplan (n 17) 21.

²³ ibid 22.

²⁴ Süzek (n 14) 927; Halûk Hâdi Sümer, *İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku* (2. Baskı, Seçkin 2018) 171.

²⁵ Gerek (n 10) 13; A Murat Demircioğlu ve Hasan Ali Kaplan, *Sorularla İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku*, (Beta 2016) 118.

²⁶ Demircioğlu ve Kaplan (n 25) 118.

hastane” kavramı eleştirilmiş olup, örneğin, Ertürk tarafından ilgili kavram, kanunla getirilmekle birlikte Kanun’un tanımlar bölümünde hakem hastane kavramına ilişkin bir tanım yapılmadığı için yerinde olmayan, yabancı bir kavram şeklinde değerlendirilmiştir. Yazar, hakem hastanenin vereceği kararların kesin olmasını ve dolayısıyla yargı denetiminin dışında bırakılmasını da isabetli bulmamaktadır²⁷. Senyen Kaplan’a göre ise, Anayasa tarafından güvence altına alınan iddia ve savunma hakkı²⁸ gereği, taraflara iş mahkemesine başvuru hakkı tanınmasının kabulü yerinde olurdu²⁹.

İlgili düzenlemenin dördüncü fıkrasında zikredildiği üzere, sağlık gözetiminden doğan her türlü maliyet ve ek maliyet işveren tarafından karşılanacaktır. Bahsi geçen düzenlemenin, 155 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği ve Çalışma Ortamına İlişkin ILO Sözleşmesi³⁰ ile, 161 sayılı İş Sağlığı Hizmetlerine İlişkin ILO Sözleşmesinde³¹ getirilen düzenlemelere uyumlu olduğunu belirtmek mümkündür³². Ertürk’e göre, bahsi geçen düzenleme isabetli olmakla birlikte çalışanın tekrarlanan işten uzaklaşmalarının ardından kendisinin sağlık gözetimi yapılmasını istemesi durumunda bu maliyetlerin de işverene yükletilmesi isabetli olmamıştır³³.

Bahsi geçen maddenin beşinci fıkrası uyarınca sağlık bilgilerinin gizli tutulması yükümlülüğü ise, İşyeri Hekimi ve Diğer Sağlık Personelinin Görev, Yetki, Sorumluluk ve Eğitimleri Hakkında Yönetmeliğin³⁴, işyeri hekiminin yükümlülükleri başlığını taşıyan 11’inci maddesinin birinci fıkrası ile uyumlu olup, ilgili düzenlemeye göre, işyeri hekimleri “*çalışanın kişisel sağlık dosyasındaki bilgileri gizli tutmakla yükümlüdür*”. Ancak Ertürk’e göre, çalışanın sağlık durumu ile ilgili olarak işyeri hekiminin hangi bilgilerin nasıl bir şekilde işverene beyan etme yahut beyan etmeme yükümlülüğünü haiz olduğuna ilişkin bir hükme yer verilmesi isabetli olurdu³⁵. Ayrıca, mevcut düzenlemede, çalışanın sağlık bilgilerinin işveren tarafından işyeri hekiminden talep edilip edilemeyeceği hususu da açıklığa kavuşturulmamıştır. Oysa ki, iş görme ediminin ifası bakımından bazı sağlık bilgileri önem arz edebilecektir³⁶.

Diğer taraftan, işverenin, işyeri hekiminden düzenlediği rapor hakkında bilgi istemesi, hekimin sır saklama yükümlülüğü ile bağlantılı bir husus olup, Türk

²⁷ Ertürk (n 15) 20.

²⁸ Anayasa m 36/1 uyarınca, herkesin yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma hakkı bulunmaktadır.

²⁹ Senyen Kaplan (n 17) 24.

³⁰ RG 01.01.2004/25345. Bkz Sözleşme m 21’e göre, “*iş güvenliği ve sağlığına ilişkin önlemler, işçilere herhangi bir mali yük getirmeyecektir*”.

³¹ RG. 13.01.2004/25345. Bkz Sözleşme’nin 12’inci maddesi uyarınca, “*işçilerin işle ilgili sağlığının gözetimi, onların ücretlerinde herhangi bir azalmaya neden olmayacak, ücretsiz yapılacak*” olduğu hüküm altına alınmıştır.

³² Senyen Kaplan (n 17) 24.

³³ Ertürk (n 15) 20.

³⁴ RG 20.07.2013/28713.

³⁵ Ertürk (n 15) 20.

³⁶ Senyen Kaplan (n 17) 25.

Tabipleri Birliği Hekimlik Meslek Etiği Kuralları³⁷ m 9'da hekimin sır saklama yükümlülüğü düzenlenmiş ve ancak, hastanın onamı yahut hasta veya diğer kişilerin yaşamını tehlikeye düşürmesi hâlinde ve hastanın kişilik haklarını zedelememek kaydıyla hekimlerin sır saklamakla yükümlü olmadığı ifade edilmiştir. Ayrıca, Tıbbi Deontoloji Tüzüğü'nün³⁸ 4'üncü maddesinde, hekimin mesleğini ifa ettiği esnada öğrendiği sırları, yasal zorunluluk olmadığı sürece açıklamayacağı düzenlenmiştir³⁹. Benzer bir hüküm Hasta Hakları Yönetmeliği'nin⁴⁰ 23'üncü maddesinde de yer almaktadır.

COVID-19 salgını bakımından, ülkemizde Sağlık Bakanlığı tarafından bulaşıcı hastalıklara ilişkin olarak filyasyon (saha incelemesi) yapılmasına dair yürütülen bir uygulama mevcuttur. Filyasyon, vakanın bildirimini sonrasında kaynağın ve etkenin belirlenmesine yönelik çalışma yapılması ve/veya temaslılar dahil koruma ve kontrol önlemlerinin alınması anlamına gelmektedir⁴¹. Bu bağlamda, COVID-19 salgını kapsamında da filyasyon çalışmaları yürütülmekte ve COVID-19 tanısı alan bir hastanın, belirli süre içinde temas halinde bulunduğu kişiler taranarak, virüsün kaynağına ulaşılması mümkün olabilmektedir⁴². Söz konusu süreçte Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı tarafından yayımlanan “Yeni Koronavirüs Salgını Kapsamında İş Sağlığı ve Güvenliği Profesyonellerinin İşyerlerinde Aldıracağı Tedbirler” doğrultusunda, iş profesyonelleri arasında olan işyeri hekiminin, işyerinde COVID 19 hastalığı şüphesi bulunuyor ise, söz konusu kişi ile temas eden çalışanlarını belirlemesi, çalışan ile temas etmiş olan çalışanların iletişim bilgilerini kaydetmesi, İl/İlçe Sağlık Müdürlüğü'nün yönlendirmesine göre hareket etmesi ile ilgili işveren ve/veya vekiline önerilerde bulunması gereklidir⁴³. Dolayısıyla, işyeri hekiminin çalışanlarda COVID-19 şüphesi oluşturan belirtiler tespit etmesi durumunda hasta çalışanın sağlık durumunu bir başka anlatımla sağlık verilerini işverene ve/veya işveren vekiline bildirmemesi ve önerilerde bulunmaması durumunda işyeri hekiminin işverene karşı sorumluluğu⁴⁴ doğacak ve aynı zamanda gerek kamu sağlığı gerek işyerinde iş sağlığı ve güvenliği tehlikeye düşecektir.

³⁷ Bkz https://www.tb.org.tr/mevzuat/index.php?option=com_content&view=article&id=65:hekl-meslek-etkurallari&catid=4:t&Itemid=31 Erişim Tarihi 15 Mayıs 2020.

³⁸ RG 19.02.1960/10436.

³⁹ Senyen Kaplan (n 17) 26.

⁴⁰ RG 01.08.1998/23420

⁴¹ Bulaşıcı Hastalıklar ile Mücadele Rehberi Genelgesi 2018/22 <https://dosyamerkez.saglik.gov.tr/Eklenti/27034,bulasici-hastaliklarek39189df2-1e9b-4866-8c87-919b02695fd5pdf.pdf?05> Erişim Tarihi 10 Haziran 2020.

⁴² Akın, ‘COVID-19’ (n 7) 29.

⁴³ Aile Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı, ‘Yeni Koronavirüs Salgını Kapsamında İş Sağlığı ve Güvenliği Profesyonellerinin İşyerlerinde Aldıracağı Tedbirler’ (2020) (Tedbirler) <https://www.ailevecalisma.gov.tr/media/41225/yeni-koronavirus-salgini-kapsaminda-is-sagligi-ve-guvenligi-profesyonellerinin-isyerlerinde-aldiracagi-tedbirler.pdf> Erişim Tarihi 6 Nisan 2020 1, 8.

⁴⁴ Bkz İşyeri Hekimi ve Diğer Sağlık Personelinin Görev, Yetki, Sorumluluk ve Eğitimleri Hakkında Yönetmelik m 11/2 uyarınca, “İşyeri hekimleri, iş sağlığı ve güvenliği hizmetlerinin yürütülmesindeki ihmallerinden dolayı, hizmet sundukları işverene karşı sorumludur.”

Nitekim, çalışanların ayırt edilmesinin olanaksız olduğu durumlarda tehlikeye maruz kalan işçi grubunun iş sağlığı ve güvenliğini korumak amacıyla söz konusu işçi grubu ve durum işyeri yönetimine, işçi temsilcilerine ve işyerinin bulunduğu yerdeki sağlık ve güvenlik komitelerine açıklanabilecektir. Ayrıca, işyeri hekimleri işçilerin ve toplumun sağlık ve güvenliğini korumak maksadıyla açıklanması gereken bilgileri saklayamazlar ve gerekirse mevzuatın uygulanması için yetkili mercilere gözetmenlik yapmaları için başvuruda bulunmak zorundadırlar⁴⁵. Bu bağlamda, pandemi sürecinde de hangi işçilerin salgına maruz kaldığının ayırt edilmesinin olanaksız olduğu hallerde işyeri hekimi tarafından iş sağlığı ve güvenliğini korumak amacıyla çalışanlara ait ihtiyaç duyulabilecek sağlık verileri işverene ve çalışanların sevk edildiği sağlık kuruluşlarına bildirilmelidir.

24/4/1930 tarih ve 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanun'unda⁴⁶ ise, sağlık gözetiminin sürekliliği düzenlenmiştir. İlgili Kanun'un 126'ncı maddesinin ikinci fıkrası ile bulaşıcı hastalığı belgelenen çalışanların iyileştikleri belgelenmeden ilgili maddenin birinci fıkrasında belirtilen işyerlerinde çalıştırılmayacakları ifade edilmiş, anılan Kanun'un 127'inci maddesinde ise 126'ncı maddede belirtilen iş yerlerinde bulaşıcı bir hastalık veya bir salgın hastalık çıkması durumunda, gereken incelemelerin ve analiz masraflarının işyeri sahipleri ve işletenleri tarafından karşılanacağı, doğacak hukuki sorumlulukların ve söz konusu durumdan zarar görenlerin tazminat ödemelerinin de işyeri sahipleri ve işletenlere ait olduğu hüküm altına alınmıştır.

Diğer taraftan, sağlık gözetiminin sağlanması yükümlülüğü, işyerlerinde yapılan risk değerlendirmesine göre yol almakta olup, işyerinde tehlike kaynaklarına göre mevcut tehlike kaynağına uygun sağlık gözetimi planlamasının yapılması önem arz etmektedir. Bu bağlamda, İş Sağlığı ve Güvenliği Risk Değerlendirmesi Yönetmeliği'nin⁴⁷ 8'inci maddesine göre, tehlikeler tanımlanırken çalışma ortamı, çalışanlar ve işyerine ilişkin ilgisine göre asgari olarak düzenlemede belirtilen bilgiler toplanır. İlgili düzenlemede zikredildiği üzere, sözü geçen bilgiler arasında çalışanların sağlık gözetimi kayıtları, meslek hastalığı ve iş kazası kayıtlarının da tehlikeler arasında mutlaka yer alması gerekmektedir⁴⁸. Ayrıca, ilgili Yönetmeliğin 12'nci maddesine göre, işyerinin tehlike sınıfına bağlı olarak Yönetmelikte belirlenen aralıklarla risk değerlendirmesinin yenilenmesi gerekli olup, işyerinde yeni riskler ortaya çıkması durumunda risk değerlendirmesinin tamamen veya kısmen yenileneceği hüküm altına alınmış ve risk değerlendirmesinin yenilenmesini gerektiren durumlar arasında *“İşyeri dışından kaynaklanan ve işyerini etkileyebilecek yeni bir tehlikenin*

⁴⁵ M Celal Mestçioğlu, ‘İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Kültürü “İşyeri Hekimliği”’ (2010) (86) Toprak İşveren Dergisi 20, 25.

⁴⁶ RG 6.5.1930/1489.

⁴⁷ RG 29.12.2012/28512.

⁴⁸ Teoman Akpınar ve Baki Yiğit Çakmakkaya, ‘İş Sağlığı ve Güvenliği Açısından İşverenlerin Risk Değerlendirme Yükümlülüğü’ (2014) 1 (40) Çalışma ve Toplum Dergisi 273, 282-283.

ortaya çıkması” durumu da sayılmıştır. İlgili düzenleme doğrultusunda COVID-19 salgınının işyerleri için yeni bir tehlikeyi ortaya çıkardığı şüphesizdir.

Yukarıda izaha çalışılan sebeplerle, pandemi sürecinde, Aile, alışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı tarafından yayımlanan “İşyerlerinde Yeni Tip Koronavirüse Karşı Alınması Gereken nlemler” doğrultusunda COVID-19 ile ilgili işyeri özelindeki tehlikeler belirlenerek ayrı bir risk değerlendirmesi yapılmalı ya da halihazırda bulunan risk değerlendirmesi güncellenmelidir. Ayrıca, COVID-19’a göre güncellenen salgın hastalıkların nlenmesine yönelik acil durum planları da devreye alınmalıdır⁴⁹.

IV. Sağlık Gözetimi Bakımından İşyeri Hekiminin Rolü

Çalışanların sağlık gözetiminden birinci derecede işveren sorumludur. Fakat sözü geçen sorumluluğun uzmanlık gerektiren bir konu olmasından dolayı sağlık gözetimi işyeri hekimi ile diğer sağlık personeli ve bazı hallerde iş güvenliği uzmanı aracılığıyla gerçekleştirilmektedir. Ancak gözetimin uzmanlar tarafından yerine getirilmesi işveren sorumluluğunu sona erdirmemektedir⁵⁰.

İşyeri Hekimi ve Diğer Sağlık Personelinin Görev, Yetki, Sorumluluk ve Eğitimi Hakkında Yönetmeliğin “Sağlık Gözetimi” başlıklı m 9/2-c hükmü doğrultusunda işyeri hekimleri Yönetmelikte belirtilen görevleri yerine getirmekle ykmldr⁵¹. Tanım ve ilgili düzenlemeden de anlaşıldığı üzere, işyeri hekimi her zaman öncelikle işçinin sağlığını ve güvenliğini gzetmelidir⁵².

Pandemi süreci bakımından ise, Aile, alışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı tarafından 26.3.2020 tarihinde İSG-KATİP sistemi üzerinden “Yeni Koronavirüs Salđını (COVID-19) Kapsamında İş Sağlığı ve Güvenliği Profesyonelelerinin İşyerlerinde Aldıracağı Tedbirler”⁵³ başlıklı bilgilendirme rehberi yayımlanmış olup, ilgili rehber doğrultusunda işyeri hekimleri tarafından önerilerde bulunulmalı ve işverenler tarafından gerekli uygulamalar yapılmalıdır. Hemen belirtilmelidir ki, işyerlerinde iş güvenliği hizmetlerini sunmak üzere görevlendirilen iş güvenliği uzmanı, işyeri hekimi ve diğer sağlık personeli için uygulamada iş sağlığı ve güvenliği profesyonelleri olarak anılmaktadır⁵⁴. Sözü geçen Rehber’de belirtildiği üzere işyerine giriş ve çıkışlarda, işyeri hekiminin “alışanların işe girişlerinde temassız ateş ölçer ile ateşlerinin

⁴⁹ Aile, alışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı, ‘İşyerlerinde Yeni Tip Koronavirüse Karşı Alınması Gereken nlemler’ (2020) (nlemler) <https://ailevecalisma.gov.tr/covid19> 1 Erişim Tarihi 2 Haziran 2020.

⁵⁰ Evren (n 8) 246.

⁵¹ İşyeri hekiminin sağlık gözetimine ilişkin görevleri 6331 sayılı Kanun m 15 hükmü doğrultusunda ilgili bentte ayrıntılı olarak düzenlenmiş olup, işyeri hekimlerinin temel görevleri arasında, çalışanların yapacakları işe uygun olduklarını ortaya koyan işe giriş ve periyodik sağlık muayenelerini yapmak suretiyle, gerekli tetkiklerin sonuçlarını düzenleyerek işyerinde muhafaza etmek yer almaktadır.

⁵² Mestçioğlu (n 44) 24.

⁵³ Sözü geçen rehber için bkz Aile alışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı, ‘Tedbirler’ (n 43) 1-11.

⁵⁴ Sümer (n 24) 112.

ölçülmesi” ile “ateş, öksürük, nefes darlığı ve benzeri şikâyeti olan çalışanların işyeri sağlık personeline, bulunmaması durumunda doğrudan sağlık kuruluşlarına yönlendirilmesinin sağlanması” konusunda işveren ve/veya işveren vekiline öneride bulunması gereklidir⁵⁵. Benzer şekilde çalışma ortamında da, “ateş, öksürük, nefes darlığı ve benzeri şikâyeti olan çalışanların işyeri sağlık personelinin işyerinde bulunması halinde yapılacak kontrolden sonra işe yönlendirilmesi, bulunmaması halinde doğrudan sağlık kuruluşlarına yönlendirilmesinin sağlanması ile ilgili işveren ve/veya vekiline işyeri hekimi önerilerde bulunmalıdır⁵⁶.” Ayrıca, Türk Tabipleri Birliği tarafından hazırlanan COVID 19 Pandemisinde İşyeri Hekimleri İçin Rehber uyarınca “İşyerinde Hasta Olanları veya Hasta Kişilerle Teması Olanları Yönetmek” başlığı altında Çalışanın COVID-19 ile teması olması durumu, Çalışanda COVID-19 semptomlarının bulunması durumu ve Çalışanın COVID-19 olduğunun ortaya çıkması durumunda işyeri hekimlerinin izlemesi gereken yol gösterilmektedir⁵⁷.

Ayrıca, işyeri hekimi, çalışanların sağlığını artan biyolojik risklere karşı korumak, rahatsızlığı bulunan çalışan için gerekli tedbirleri almak, her türlü önleyici hekimlik faaliyetini uygulamak, çalışanları sağlık risklerine ve alınan tedbirlere ilişkin bilgilendirmek, işyerinde hijyen kurallarının uygulanmasını sağlamak ve tüm yapılanları onaylı deftere işleyerek gerekli olan kayıtları da çalışan sağlık dosyasına eklemek zorundadır⁵⁸.

Diğer taraftan yukarıda zikredildiği üzere, Yönetmelik m 9/2-c,8 uyarınca işyeri hekimlerinin bulaşıcı hastalıkların kontrolünü sağlamak amacıyla yayılmayı önleme ve bağışıklama çalışmaları yapması, gerekli hijyen eğitimlerini vermesi, gerekli muayene ve tetkiklerinin yapılmasını sağlaması gereklidir. Bu sebeple, COVID-19 salgını bağlamında da işyeri hekiminin söz konusu görevleri yerine getirmesi gerektiği açıktır.

İşyeri hekiminin bağışıklama çalışmaları bakımından, Sağlık Bakanlığı, erişkin bağışıklamasının önemini gözetmek suretiyle, gerek çocukluk döneminde bağışıklama takvimi yarım kalan gerek bağışıklığın pekiştirilmesi amacıyla ek aşılamalara ihtiyacı olanlar ile gebeler, yaşlılar, kronik hastalığı olanlar, bağışıklık yetmezliği bulunanlar ve diğer risk gruplarındaki kişilerin enfeksiyon hastalıklarından korunması hedefleri doğrultusunda aşılama çalışmalarını yürütmekte ve desteklemektedir. Bu bağlamda, Sağlık Bakanlığı tarafından 65 yaş ve üzerindeki kişilere zatürre, kan iltihabı, menenjit ve benzeri ciddi hastalıklardan korunmaları için iki pnömokok aşısı önerilmektedir⁵⁹.

⁵⁵ Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı, ‘Tedbirler’ (n 43) 4.

⁵⁶ ibid 7.

⁵⁷ Türk Tabipleri Birliği, ‘COVID 19 Pandemisinde İşyeri Hekimleri İçin Rehber’ (2020) Türk Tabipleri Birliği İşçi Sağlığı ve İşyeri Hekimliği Kolu 27 Nisan 2020 Ankara (Rehber) https://www.ttb.org.tr/userfiles/files/covid_isih_rehber.pdf Erişim Tarihi 18 Mayıs 2020 1, 5-6.

⁵⁸ Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı, ‘COVID-19’ (n 16).

⁵⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz Sağlık Bakanlığı, ‘Yetişkin Aşılamaya’ Aşısı Portalı <https://asi.saglik.gov.tr/asi-kimlere-yapilir/liste/30-yeti%C5%9Fkin-a%C5%9F%C4%B1lama.html> Erişim Tarihi 15 Haziran 2020.

Sağlık Bakanlığı'nın erişkin bağışıklamaya verdiği destek karşısında, COVID-19 tanısı konan hastaların solunum yoluna ilişkin şikayetlerinin yoğun seviyede olduğu gözetildiğinde, işyeri hekimlerinin özellikle Sağlık Bakanlığı tarafından zikredilen çalışan grupları başta olmak üzere, çalışanlara zatürre aşısı ve sair koruyucu aşıları yaptırmalarını isteme imkânı olsa gerektir.

Diğer taraftan, işyeri hekiminin işçilerin sağlık gözetimine ilişkin görevleri tedavi amaçlı değildir⁶⁰. Bir başka anlatımla işyeri hekiminin görevi koruyucu hekimlik olup, tedavi edici hekimlik değildir⁶¹. İşyeri hekiminin asli görevi, işyerinde iş sağlığı ve güvenliği için gereken tedbirlerin alınmasını, işçilerin sağlığını dikkate alarak sağlamaktır⁶². Bu sebeple, işyerini ilgilendirmemekle birlikte çalışanların sağlığını etkileyen sorunlar da işyeri hekiminin görev alanına dahildir⁶³. Yönetmelikte düzenlenen sağlık gözetimi hizmetlerinin hepsi koruyucu niteliktedir. Ancak, her ne kadar kanun koyucu tarafından yapılan düzenlemelerde ve öğretide işyeri hekiminin koruyucu özelliği vurgulansa da, uygulamada, işyeri hekimleri tedavi edici hekimliği benimsemektedir⁶⁴. 6331 sayılı İSGK ve ilgili yönetmelikler işyeri hekiminin koruyucu sağlık hizmetlerini yerine getirmesini, tedavi hizmetlerinin ise Sosyal Güvenlik Kurumu sağlık kuruluşları tarafından sağlanması esasını benimsemekle birlikte, işyeri hekiminin çalışanları muayenesi, sağlık kurumuna sevki, reçete ve istirahat raporu hazırlaması gibi hususların yönetmelikte işyeri hekiminin yetkileri bakımından ele alınması daha yerinde olurdu⁶⁵. Çünkü işyeri hekimliğinin tedavi edici niteliği kapsamında işyeri hekimleri işyerinde çalışanlara reçete yazabilmekte, iki güne kadar istirahat raporu verebilmektedir. İşyeri hekimine reçete yazabilme ve istirahat raporu verme yetkilerinin verilmesinin öğretide isabetli bulunduğunu belirtmek mümkündür⁶⁶.

⁶⁰ Aydın Başbuğ, 'İşyeri Hekiminin İşyeri Hekiminin İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Organizasyonundaki Yeri ve İşçi Sağlığı ve İş Güvenliğinin Gerçekleştirilmesindeki Rolü' *Türk Tabipleri Birliği Uluslararası ve Ulusal Hukuk Sisteminde İşyeri Hekimliği Sempozyumu* (Türk Tabipleri Birliği 2003) 65, 95; Şahin Emir, *İşyerinde Tehlike Halinde Alınması Gereken Önlemlerin Hukuki Çerçevesi* (Seçkin 2015) 117.

⁶¹ Levent, Akın, 'İş Sağlığı ve Güvenliğinde İşyerinin Örgütlenmesi' (2005) 54(1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (İşyerinin Örgütlenmesi) 1, 35; Hatice Adıyaman Üstünel, 'İş Sağlığı ve Güvenliğinde İşverenin Yükümlülükleri' (2009) Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/> Erişim Tarihi 20 Nisan 2020 31; Şahin Emir (n 60) 115.

⁶² Gaye Burcu Seratlı, '4857 sayılı İş Kanun'una Göre İş Sağlığı ve Güvenliği' (2004) 53 (2) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 197, 221; Üstünel (n 61) 50; Şahin Emir (n 60) 115.

⁶³ Başbuğ (n 60) 95.

⁶⁴ Duygu Üstüner, 'Yeni Yasal Düzenlemeler Işığında İşyeri Hekimliği' *Prof Dr Sarper Sützek'e Armağan* (Beta 2011) 2107, 2119; Muharrem Emre Ulusoy, 'İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği Açısından İşyerinde Örgütlenme Yükümlülüğü' (2013) Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/> Erişim Tarihi 22 Nisan 2020 84.

⁶⁵ Ulusoy (n 64) 85.

⁶⁶ Ömer Ekmekçi, 'İşverenlerin İşyeri Hekimi Bulundurma Yükümü ve Tabip Odalarının Yetkisine İlişkin Sorunlar' (Nisan 2001) MESS Mercek Dergisi 73, 77; Veli Karagöz, 'İşyeri Hekimliği Kurumu ve Uygulama Sorunları' (2006) 10(1-2) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 361, 379; Seratlı (n 62) 221; Ali Güzel, 'Dünyada ve Ülkemizde İşyeri Hekimliğine Yaklaşım' *Türk Tabipleri Birliği, Uluslararası ve Ulusal Hukuk Sisteminde İşyeri Hekimliği Sempozyumu* (Türk Tabipleri Birliği 2003) 9, 32; Ulusoy (n 64) 84. Aksi yönde görüş için bkz Gürhan Fişek, 'İş Güvenliği Uzmanlığında Takım Oyunu' *Prof Dr Sarper Sützek'e Armağan* (Beta 2011) 1855, 1857.

Öte yandan, İSGK'nun 8'inci maddesinin ikinci fıkrası⁶⁷ doğrultusunda işyeri hekimi ve iş güvenliği uzmanının, görevini ifa ettiği işyerinde işverene iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili eksiklik ve aksaklıklar ile tedbir ve tavsiyeleri belirleyen yazılı bir bildirim yapması gereklidir. Söz konusu bildirim, işyeri hekiminin tespit ettiği '*eksiklik ve aksaklıklar*' ile '*tedbirler ve tavsiyeler*'i içermeli ve işverenin alabileceği önlemler açık bir şekilde belirtilmelidir. Aksi takdirde, Kanun'da tayin edilen yazılı bildirim gerçekleşmediği ve işverenin, konunun uzmanı tarafından çözüm önerilemediği hâlde gerekli tedbirleri almadığı gerekçesi ile sorumluluğunun doğduğunu söylemek makul olmayacaktır. Gerek Kanun gerek Yönetmelik m 11/3 hükmü⁶⁸ ile açıkça zikredildiği üzere, işyeri hekimi tarafından belirlenecek makul süre içinde işverenin gerekli tedbirleri yerine getirmemesi durumunda, durumu yetkili müdürlüğe iletmekle yükümlüdür. Aksi halde Kanun m 8/3 ve Yönetmelik m 11/2 uyarınca işyeri hekimi yükümlülüğünü ihlâl etmiş olacak ve hukuki sorumluluğu gündeme gelecektir⁶⁹.

Pandemi süreci bakımından değerlendirildiğinde, işyeri hekiminin bir çalışanda COVID-19 hastalığı şüphesi bulunması durumunda, ilgili çalışanın izolasyonunu sağlaması ve durumu işyerinde görevli isg profesyonellerine ve işyeri yetkililerine bildirmesi gerekir. Akabinde, Sağlık Bakanlığı'nın yetkili kurumu tarafından belirtilen önlemler yerine getirilmeli ve çalışanın enfekte olduğu doğrulanırsa tanı konmuş olan çalışanın temas etmiş olabileceği diğer çalışanlar tespit edilir ve maske takmaları sağlanarak işyeri sağlık personeli bilgilendirilerek Sağlık Bakanlığı İletişim Merkezi 184 aranarak yetkili tarafından verilecek talimatlar izlenir⁷⁰. İşverenin yukarıda ve önceki açıklamalarımızda yer verilen Bakanlık tedbirlerine aykırı hareket etmesi bir başka deyişle, talimatlara uymaması ve işyeri hekimi tarafından gerekli yazılı bildirim yapılmasına rağmen COVID-19 hastalığı şüphesi veya tanısı bulunan çalışanları işyerinde çalıştırmaya devam etmesi ve/veya işyerinde gerekli sağlık ve güvenlik tedbirlerini almaması durumunda işyeri hekimi durumu 6331 sayılı Kanun m 8/2 hükmü uyarınca yazılı olarak bildirmelidir. Bu bildirim nedeniyle işverenin

⁶⁷ Söz konusu fıkrada, işyeri hekimi ve iş güvenliği uzmanının görevini ifa etmekte olduğu işyerinde iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili eksiklik ve aksaklıkları, tedbir ve tavsiyeleri belirlemek ve işverene yazılı olarak bildirmekle yükümlü olduğu, eksiklik ve aksaklıkların düzeltilmesinden, tedbir ve tavsiyelerin yerine getirilmesinden ise işverenin sorumlu olduğu hüküm altına alınmış olup, bildirilen eksiklik ve aksaklıkların acil durdurmayı gerektirmesi veya yangın, patlama, göçme, kimyasal sızıntı ve benzeri acil ve hayati tehlike arz etmesi, meslek hastalığına sebep olabilecek ortamların bulunmasına rağmen işveren tarafından gerekli tedbirlerin alınmaması halinde ise, bu durumun işyeri hekimi veya iş güvenliği uzmanı tarafından, Bakanlığın yetkili birimine, varsa yetkili sendika temsilcisine, yoksa çalışan temsilcisine bildirilmesi gerektiği aksi takdirde bildirim yapılmadığı tespit edilen işyeri hekimi ve iş güvenliği uzmanının belgesinin üç ay, tekrarda ise altı ay süreyle askıya alınacağına yer verilmektedir. Ayrıca işveren tarafından işyeri hekimi veya iş güvenliği uzmanının söz konusu bildirim nedeniyle iş sözleşmesine son verilemeyeceği ve hiçbir şekilde hak kaybına uğratılmayacağı, aksi takdirde işveren hakkında bir yıllık sözleşme ücreti tutarından az olmamak üzere tazminata hükmedileceği de belirtilmektedir.

⁶⁸ 6331 sayılı Kanun'un 8'inci maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen yazılı bildirim akabinde, makul sürede işveren tarafından gereğinin yerine getirilmemesi durumunda işyeri hekimleri işyerinin bağlı bulunduğu çalışma ve iş kurumu il müdürlüğüne durumu yazılı olarak bildirmekle yükümlüdür.

⁶⁹ Ercan Akyığıt, 'İşyeri Hekimi ve İş Güvenliği Uzmanlarının İş Güvencesi' (2015) (2) Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 11, 9-10.

⁷⁰ Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı, 'COVID-19' (n 16)

işyeri hekiminin hak ve yetkilerini, 6331 sayılı Kanun m 8/1 uyarınca, görevlerini yerine getirmeleri nedeniyle kısıtlaması yasaktır.

COVID-19 tanısı ve tedavisi yapılan çalışanların işe dönüşüne ilişkin Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı tarafından beyan edildiği üzere, COVID-19 tanısı konan çalışanın tedavisi tamamlandıktan sonra işe dönüşünde sakınca olmadığına dair sağlık kuruluşu tarafından verilecek bir rapor ile çalışan işvereni bilgilendirir ve mevcut işine devam eder. İstenmesi durumunda işyeri hekimi tarafından sağlık muayenesi yapılır⁷¹”. Kanaatimizce COVID-19 tanısı konan ve iyileşen çalışanların işe dönüşlerinde işyeri hekimi tarafından sağlık muayenesinin yapılmasını isteğe bağlı tutmak yerine sağlık muayenesinin zorunlu hale getirilmesi işyerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması ve çalışanın mesai arkadaşlarının çalışma ortamında tedirgin olmamaları bir başka deyişle diğer çalışanların beden ve ruh sağlığının olumsuz şekilde etkilenmemesi bakımından daha uygun olurdu. COVID-19 salgını bağlamında sağlık gözetimine ilişkin 6331 sayılı Kanun’un 15’inci maddesinde veya İşyeri Hekimi ve Diğer Sağlık Personelinin Görev, Yetki, Sorumluluk ve Eğitimleri Hakkında Yönetmelik m 9/2-c,7 düzenlemesinde yapılacak bir değişiklik veya bir geçici madde ilavesi ile COVID-19 tanısı doğrultusunda tedavi olan çalışanların işe dönüşlerinde çalışanın talebine bağlı olmaksızın işyeri hekimi tarafından işe dönüş muayenesi yapılmasının zorunlu hale getirilmesi yararlı olacaktır. Böylece, işyeri hekimlerinin önceki işinde çalışması sakıncalı olan çalışanlara mevcut sağlık durumlarına uygun bir görev verilmesini işverene tavsiye ederek işverenin onayına sunması da iş sağlığı ve güvenliğinin korunması bakımından yerinde olacaktır.

Öte yandan, Türk Tabipleri Birliği Rehberi’nde belirtildiği üzere, işveren tarafından, COVID-19 hastalığı belirtileri bulunan çalışanların işe gelmemeleri, evlerinde istirahat etmeleri ve tıbbi destek almaları istenmeli, çalışanların karantina süreçlerinde işyeri sağlık personeli tarafından aranarak sağlık durumları takip ve kayıt edilmelidir⁷².” Dolayısıyla, işyeri hekimi ve diğer sağlık personeli hastalık belirtisi olan çalışanları ev izolasyonları sırasında telefonla aramalı, sağlık durumlarını takip etmeli ve kayıt altına almalıdır.

Öte yandan, İş Sağlığı ve Güvenliği Hizmetleri Yönetmeliđi⁷³ doğrultusunda İşyeri Sağlık ve Güvenlik Birimi ile Ortak Sağlık ve Güvenlik Birimlerinin de sağlık gözetimi konusunda görev ve sorumlulukları mevcut olup, ilgili Yönetmeliğin 13’üncü maddesinde sağlık gözetiminin sağlanması, işe giriş muayeneleri ile periyodik sağlık muayenelerinin kayıt altına alınması ve saklanması hususlarına yer verilmiştir.

⁷¹ ibid.

⁷² Türk Tabipleri Birliği, ‘Rehber’ (n 57) 5.

⁷³ RG 29.12.2012/28512.

V. Sağlık Gözetiminin Sağlanması Yükümlülüğüne Aykırılık Halinde Başvurulabilecek Yasal Yollar

A. İşverenin Yükümlülüğü İhlâli Bakımından

1. İdari Para Cezası, Hukuki ve Cezai Sorumluluk

6331 sayılı Kanun'un 26/1-f maddesi⁷⁴ uyarınca, işverenin sağlık gözetimini yerine getirmemesinin yaptırımı idari para cezasıdır. Bu doğrultuda 6331 sayılı Kanun'unun 15'inci maddesinin birinci ve ikinci fıkralarına aykırılık halinde işverenlerin her bir çalışan için 2020 yılı itibarıyla 2.342,00 TL idari para cezası ödemesi gerekecektir⁷⁵.

Diğer taraftan, sağlık gözetimi yapılmaması, anılan yükümlülük ile iş kazası ya da meslek hastalığı ile bir nedensellik bağı kurulduğu ölçüde, işverenin iş kazası veya meslek hastalığından sorumluluğunu gündeme getirecektir. Örneğin, işçinin sağlığı bakımından uygun olmayan bir işte çalıştırılması nedeniyle işverenin sağlık gözetimi yükümlülüğüne aykırı davranması durumunda, yapılan ihlâl gerek hukuki gerek cezai sorumluluğunun belirlenmesinde göz önünde bulundurulacaktır⁷⁶. Bir başka anlatımla, işverenin çalışanı sağlık gözetimine tabi tutmaksızın ya da çalışanı sağlığı bakımından uygun olmayan bir işte çalıştırması sonucunda sağlık gözetimi yükümlülüğünü yerine getirmemesi ile nedensellik bağı bulunan iş kazası veya meslek hastalığı ortaya çıkması durumunda işverenin gerek hukuki gerek cezai sorumluluğu ortaya çıkacak ve söz konusu sorumluluklar bakımından kusur oranının tespitinde sağlık gözetimi yükümlülüğünün ihlâli dikkate alınacaktır⁷⁷. Örneğin, işverenin işçisini bir hastalığı olduğu hâlde aynı işte çalıştırması sebebiyle beyin kanaması geçirdiği belirlenmeden sadece işçinin periyodik sağlık muayenelerinin yapılmaması gerekçesi ile işverenin %60 oranında kusurlu bulunması 23.12.2009 tarihinde verilen Yargıtay 1'inci HD kararı uyarınca, kusur raporunun İş Kanunu 77'nci maddenin öngördüğü koşulları içermemesi gerekçesiyle usul ve yasaya aykırı bulunmuştur⁷⁸. Yargıtay 21'inci HD'nin 11.07.2017 tarihli bir kararında da “işverenin sigortalının periyodik sağlık muayenelerini yaptırıp yaptırmadığı” araştırılarak kusur oranlarının belirlenmesi gerektiği ifade edilmiştir⁷⁹.

⁷⁴ İlgili düzenleme şöyledir: “15 inci maddesinin birinci ve ikinci fıkralarında belirtilen yükümlülükleri yerine getirmeyen işverene, sağlık gözetimine tabi tutulmayan veya sağlık raporu alınmayan her çalışan için bin Türk Lirası idari para cezası verilir.”

⁷⁵ 6331 sayılı Kanuna göre 2020 yılında uygulanacak idari para cezaları için bkz. https://www.mess.org.tr/media/filer_public/9f/9b/9f9b714a-6989-4402-8f4b-bf01e59129b9/6331_tablo.pdf

⁷⁶ Gonca Gizem ve Akçılın Metin, ‘Çalışanların Sağlık Gözetimi’ (2018) 10 (102) Fasikül Hukuk Dergisi 17, 22.

⁷⁷ Konuya ilişkin bir Yargıtay kararı için bkz Yargıtay 21 HD, 16956/21076, 23.12.2009 (Kazancı İçtihat Bankası); Sümer (n 24) 172-173.

⁷⁸ Yargıtay 1 HD, 16956/21076, 23.12.2009 (Legalbank Elektronik Hukuk Bankası); Özdemir (n 14) 254-255.

⁷⁹ Yargıtay 21 HD 2016/10978, 2017/5953, 11.07.2017 (Kazancı İçtihat Bankası); ilgili karar ve benzer Yargıtay kararları için bkz Ergin (n 14) 179.

COVID-19 salgını bakımından ise, işverenler, işyerlerinde ortaya çıkabilecek COVID-19 risklerinin sonuçlarını yapılan kamusal uyarılardan sonra bilebilecek durumdadır. Bu sebeple, kendilerinden beklenen önlemleri almamaları, uyarılara uymamaları, kurallara uyulup uyulmadığını kontrol etmemeleri durumunda mücbir sebep gerekçesiyle sorumluluktan kurtulabilme imkânları bulunmayacaktır⁸⁰.

2. Çalışanların Çalışmaktan Kaçınma Hakkı

“Çalışmaktan kaçınma hakkı”, mevzuatımızda İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu’nun 13’üncü maddesinde hüküm altına alınmıştır. Sözü geçen düzenleme uyarınca, çalışanların ciddi ve yakın tehlike ile karşı karşıya kalması durumunda İş Sağlığı ve Güvenliği Kuruluna, kurulun bulunmadığı işyerlerinde ise, işverene başvurarak durumun tespit edilmesini ve gerekli tedbirlerin alınmasına karar verilmesini talep etmesi çalışanlara tanınan bir yasal haktır. Kurulun veya işverenin talebe ilişkin derhal kararını vermesi ve durumu tutanakla tespit etmesi ve kararı çalışana ve çalışan temsilcisine yazılı olarak bildirmesi gereklidir. Karar, çalışanın talebi doğrultusunda ise çalışanın gerekli tedbirler alınıncaya kadar çalışmaktan kaçınabilmesi mümkündür. Diğer taraftan, ciddi ve yakın tehlikenin önlenemez olduğu durumlarda çalışan sözü geçen usule uymak zorunda olmaksızın işyerini veya tehlikeli bölgeyi terk ederek belirlenen güvenli yere gidebilecektir. İş sözleşmesiyle çalışanların işveren tarafından gerekli tedbirlerin alınmadığı durumlarda sözleşmelerini feshetme imkanı da tanınmıştır.

Çalışmaktan kaçınma hakkının temel amacı iş kazası ve meslek hastalıklarının ortaya çıkmasını önlemek ve çalışanın kendisini korumasını sağlamaktır. Nitekim söz konusu hak çalışanların anayasal bir hak olan yaşama ve kişinin maddi ve manevi varlığını koruma hakkından ileri gelmektedir⁸¹. Ayrıca, gereken sağlık ve güvenlik önlemlerinin alınması işverenin işçiyi gözetme borcundan kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla, gerekli tedbirlerin alınmaması, iş sözleşmesinin ihlâli olarak nitelendirilmelidir⁸².

İSGK m 13/1 uyarınca, İş Sağlığı ve Güvenliği Kurulu’nun işyerinde ciddi ve yakın bir tehlikenin mevcut olmadığı veya bu nitelikte bir tehlike olmasına rağmen işverenin gerekli tüm önlemleri aldığı yönünde karar vermesi hâlinde, çalışanın tek başına yapacağı tespit üzerine 11/1/2011 tarih ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu⁸³ madde 408’den yararlanarak çalışmaktan kaçınma hakkını kullanması, işçiler bakımından iş sözleşmesinin haksız feshi diğer çalışanlar bakımından ise haksız ve

⁸⁰ Akın, ‘COVID 19’ (n 7) 19.

⁸¹ Sümer (n 24) 195.

⁸² Gaye Baycık, ‘Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Haklarında Yeni Düzenlemeler’ (2013) 71(3) Ankara Barosu Dergisi 103, 120.

⁸³ RG 4.2.2011/27836.

mazeretsiz devamsızlık olarak nitelendirilebilir⁸⁴. Çünkü iş sağlığı ve güvenliği teknik bir konu olup, çalışanların kurul aleyhine yapacakları tespitini hatalı olma ihtimali mevcuttur⁸⁵. Bu sebeple Baycık, TBK m 408'in kullanılmasından önce durumun tespitinin iyi yapılmasının yararlı olacağı düşüncesindedir⁸⁶. Çalışmaktan kaçınma hakkı süreyle sınırlanmamıştır. Dolayısıyla, çalışanın çalışmaktan kaçınma hakkını işveren tarafından gerekli tedbirler alınıncaya kadar kullanabilmesi mümkündür. Nitekim işveren gerekli önlemleri almadığı müddetçe temerrüde düşmüş durumdadır. Böylece, çalışanın da çalışmaktan kaçınma hakkı gerekli önlemler alınıncaya kadar devam edecektir⁸⁷. Diğer taraftan, tehlikenin birden fazla çalışana etkilemesi durumunda çalışanlar toplu olarak kanundan doğan çalışmaktan kaçınma haklarını kullanabilir ve bu durum kanun dışı grev olarak nitelendirilemez⁸⁸.

Sözü geçen düzenleme doğrultusunda, pandemi sürecinde, işyerinde COVID-19 hastalığına maruz kalabilme ihtimali ile karşılaşan çalışanların kurula ya da işverene başvurarak, işyerinde yeni koronavirüs bulunduğu tespit edilmesi ve gereken önlemlerin alınmasına karar verilmesini istemeleri mümkündür. Çalışanın başvurusu üzerine kurulun acilen toplanması yahut kurul bulunmayan işyerlerinde, işverenin derhâl kararını vermesi ve işyerinde COVID-19 virüsü yahut virüsün enfekte olduğu çalışanların bulunduğunu tutanakla tespit etmesi gerekir. Akabinde ise verilen karar, çalışana ve çalışan temsilcisine yazılı olarak bildirilecek ve kararın ardından çalışanlar, işyerinde gerekli tedbirler alınıncaya kadar çalışmaktan kaçınabileceklerdir⁸⁹. Ayrıca, işçilerin somut örnek bağlamında işverenin gerekli tedbirleri almaması nedeniyle iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebilmeleri de mümkün görünmektedir.

Öte yandan, 6331 sayılı Kanun m 13/3 hükmünün uygulanabilmesi için, ciddi ve yakın tehlikenin önlenemez nitelikte olması gereklidir. Önlenemezliğin mevcut olup olmadığı konusunda bir maden ocağında zehirli gaz seviyesinin kabul edilebilir sınırların üzerine çıkması durumunun önlenemez nitelikte olduğunu belirtmek mümkün olup, yeni silinen bir yerin kaygan olması ve düşme tehlikesinin ortaya çıkması halinde ise, önlenemez bir tehlike olduğunu ifade etmek mümkün değildir. Ayrıca, önlenemez niteliğin tespiti için çalışanın subjektif durumu örneğin, sağlığı,

⁸⁴ Süzek (n 14) 959; M Polat Soyer, 'İşçinin İş Görmekten Kaçınma Hakkı, Koşulları, Kullanılması ve Hukuki Sonuçları' *Prof Dr Sarper Süzek'e Armağan* (Beta 2011) 657, 684; Melda Sur, 'İşçinin Çalışmaktan Kaçınma Hakkı' *Prof Dr A Can Tuncay'a Armağan* (2005) 395, 411-412; Baycık (n 82) 118.

⁸⁵ Sur (n 84) 411-412; Baycık (n 82) 118.

⁸⁶ Baycık (n 82) 118.

⁸⁷ Soyer (n 84) 683; Seracettin Göktaş, *Türk İş Hukukunda İşçinin Çalışmaktan Kaçınma Hakkı*, (Yetkin 2008), 229-230; Sur (n 84) 413; Baycık (n 83) 118; Süzek (n 14) 959; Nuri Çelik, Nursen Caniklioğlu ve Talat Canbolat, *İş Hukuku Dersleri* (Yenilenmiş 31. Baskı, Beta 2018) 382.

⁸⁸ Süzek (n 14) 958; Soyer (n 84) 684-685; Levent Akın, 'İş Sağlığı ve Güvenliği' (2005) Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası III. Yılında İş Yasası Semineri İstanbul (İş Sağlığı) 302, 321; Murat Engin, 'Yeni İş Kanunu Tasarısı ve İşçinin İş Görmekten Kaçınma Hakkı' (2013) 5(1) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 77, 83-84; Baycık (n 82) 119.

⁸⁹ Akın, 'COVID-19' (n 7) 34.

kıdemi, yaşı, mesleki deneyimi gibi birtakım kişisel nitelikleri de gözetilmelidir⁹⁰. Hâkim tarafından sonradan tehlikenin ciddi ve yakın nitelik taşımadığı yönünde bir saptama yapılmakla birlikte işçiye çalışma ortamının ciddi ve yakın tehlikeye maruz kaldığı düşüncesini uyandırmasının makul sayılabileceği hallerde çalışmaktan kaçınmanın yasaya uygun bulunduğu kabul edilmesi de olanaklıdır. Ancak, çalışanların yasadan doğan haklarını kötüye kullanmamaları gerektiği açıktır⁹¹.

Diğer taraftan, m 13/3 uyarınca çalışmaktan kaçınma hakkını kullanarak işyerlerini veya tehlikeli bölgeyi terk eden işçilerin işveren tarafından 6331 sayılı Kanun'un 12'nci maddesi gereği tahliye durumunda hazırlanması gereken güvenli yerlere gideceklerdir. İşveren tarafından bu yerlerin hazırlanmamış olması durumunda ise, işçilerin tehlikeden uzak herhangi bir yere gitmeleri mümkündür⁹². Hemen belirtilmelidir ki, pandemi sürecinde, Sağlık Bakanlığı tarafından 1 Haziran 2020 tarihinde yayımlanan COVID-19 rehberi uyarınca, COVID-19 hastasıyla aynı ofiste çalışanlar yakın temaslı kabul edilmektedir⁹³. Dolayısıyla, yakın temaslı duruma maruz kalan çalışanlar bakımından ciddi ve yakın tehlikenin önlenemez olduğu gözetilerek 6331 sayılı Kanun m 13/3 uyarınca, m 13/1'de belirtilen usule uymadan çalışmaktan kaçınmaları yasaya uygun olacaktır.

Öte yandan, salgının devamı sürecinde bir işyerinde, yalnızca resmi kanallardan açıklanan önlemlerin alınması, işyerindeki maruziyet riskinden kaynaklanacak ciddi ve yakın tehlikenin otomatik olarak ortadan kalktığı anlamına gelmeyecektir. Ancak, işyerinde alınan tedbirlerin seviyesinin, COVID-19 maruziyetini o işyerinde ciddi ve yakın tehlike olmaktan çıkarması durumunda ve süreç içinde çalışanlarda veya ailelerinde vaka bulunmaması halinde, Kanun'un 13'üncü maddesindeki prosedürü işletmeden çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılması makul karşılanmayabilecektir. Bahsi geçen işyerlerinde, kurul ya da işveren kararı olmaksızın çalışmaktan kaçınmak, iş görme edimini yerine getirmemek şeklinde nitelendirilebilecektir. Ancak buna rağmen, Akın'a göre, işçinin davranışı salgının koşulları içinde psikolojik durumu gözetilerek 22/5/2003 tarih ve 4857 sayılı İş Kanunu⁹⁴ m 25/II-h⁹⁵ kapsamında bir haklı neden değil, geçerli fesih nedeni olarak kabul edilmelidir. Bu bağlamda, geçici 10. madde kapsamında fesih sebeplerinin sınırlandırılması nedeniyle, geçici süre içinde anılan feshin mümkün olmadığı sonucuna ulaşılmalıdır⁹⁶.

⁹⁰ Süzek (n 14) 960; Sümer (n 24) 198.

⁹¹ Süzek (n 14) 960-961.

⁹² ibid 961.

⁹³ Sağlık Bakanlığı, 'COVID-19 (Sars-Cov-2 Enfeksiyonu) Temaslı Takibi, Salgın Yönetimi, Evde Hasta İzlemi ve Filyasyon' (2020) https://covid19bilgi.saglik.gov.tr/depo/rehberler/covid-19-rehberi/COVID-19_REHBERI_TEMASLI_TAKIBI_EVDE_HASTA_IZLEMI_VE_FILYASYON.pdf 6 Erişim Tarihi 5 Haziran 2020.

⁹⁴ RG 10.6.2003/25134.

⁹⁵ "İşçinin yapmakla ödevli bulunduğu görevleri kendisine hatırlatıldığı halde yapmamakta ısrar etmesi".

⁹⁶ Akın, 'COVID-19' (n 7) 34-35.

3. İşin Durdurulması

Öncelikle belirtilmelidir ki, ülkemizde COVID-19 salgını sorunu nedeniyle pandemi sürecinde geçici bir önlem olarak idare tarafından bir işi durdurma uygulamasıyla karşılanmış ve bazı işyerleri kapatılmıştır. İşleri Bakanlığı tarafından genelgede sayılan işyerlerinin faaliyetleri geçici süreliğine durdurulmuştur⁹⁷. Bakanlık tarafından belirlenen işyerlerinde işin durdurulması tedbir amaçlı bir idari karar olup, aşağıda açıklanmaya çalışılacak olan işin durdurulması kararından farklıdır. Çalışmada zikredilecek olan işin durdurulması kavramı 6331 sayılı Kanun'da iş sağlığı ve güvenliğini sağlama yükümlülüğüne aykırı davranan işverenlere yönelik bir kamu hukuku yaptırımını olarak hüküm altına alınan bir düzenlemedir.

Bir başka farklı yasal düzenleme ise, işyeri hekimlerinin yetkilerine ilişkindir. İşverenlerin 6331 sayılı Kanun'un 4'üncü maddesinde düzenlenen iş sağlığı ve güvenliğini sağlama yükümlülükleri bağlamında, çalışanların sağlık ve güvenlikleri bakımından ortaya çıkan ciddi tehlikelerin ortadan kaldırılması için gerekli önlemleri alması gereklidir. Bu bağlamda, İşyeri Hekimi ve Diğer Sağlık Personelinin Görev, Yetki, Sorumluluk ve Eğitimleri Hakkında Yönetmeliğin 10'uncu maddesinde "*İşyeri Hekiminin Yetkileri*" düzenlenmiş olup, işyeri hekiminin yetkileri arasında, işyerinde belirlediği hayati tehlikenin ciddi ve önlenemez olması ve bu hususun acil müdahale gerektirmesi halinde işin durdurulması için işverene başvurmak da yer almaktadır. Bu sebeple, pandemi sürecinde işyeri hekiminin işyerinde COVID-19 hastalığı şüphesi taşıyan çalışanlar tespit etmesi durumunda, işyerinde ortaya çıkan hayati tehlikenin ciddi ve önlenemez olması ve bu hususun acil müdahale gerektirmesi halinde işin durdurulması için işverene başvurması yetkileri arasındadır.

İdari bir yaptırım olarak işin durdurulması ise, 6331 sayılı Kanun'un 25'inci maddesinde hüküm altına alınmış olup, ilgili maddenin birinci fıkrası uyarınca, işyeri bina ve eklentilerinde çalışanlar bakımından hayati tehlike oluşturan bir konu tespit edilmesi durumunda söz konusu tehlike giderilinceye kadar, işyerinin bir bölümünde ya da tamamında iş durdurulur⁹⁸.

Yukarıda zikredilen hüküm doğrultusunda, pandemi sürecinde işverenlerin sağlık gözetimi yükümlülüklerini yerine getirmemeleri işyerinde hayati tehlike oluşturabilecektir. Bu sebeple, işyerinde COVID-19 salgınının önlenmesine yönelik gerekli önlemleri almayan işverenlerin işyerlerinin bina ve eklentilerinde yeni koronavirüs bulunduğu dair hayati tehlike tespit edilmesi durumunda, bu tehlike giderilinceye kadar, 6331 sayılı Kanun m 25 birinci fıkra uyarınca idari bir yaptırım olarak işin durdurulması söz konusu olabilecektir.

⁹⁷ ibid, 56-57.

⁹⁸ İşin durdurulmasına ilişkin düzenlemenin devamında ise, teftiş ve karar süreci ile işverenin karara itiraz hakkı ve işin durdurulması nedeniyle işsiz kalan işçiler bakımından izlenmesi gereken yasal prosedür ile karara rağmen izinsiz işçi çalıştıran işveren veya işveren vekillerine uygulanacak hapis cezası yer almaktadır.

B. Çalışanın İş Sağlığı ve Güvenliği Önlemlerine Uyma Yükümlülüğünü İhlâli Bakımından

6331 sayılı Kanun'da hüküm altına alındığı üzere, çalışanların da işverene karşı iş sağlığı ve güvenliğinin korunması bakımından birtakım yükümlülükleri bulunmaktadır. İlgili Kanun'un "*Çalışanların Yükümlülükleri*" başlığı altında düzenlenen 19'uncu maddesinin birinci fıkrası uyarınca, çalışanların gerek kendilerinin gerek hareketlerinden ya da yaptıkları işten etkilenen diğer çalışanların sağlık ve güvenliklerini tehlikeye düşürmemekle yükümlü oldukları ifade edilmiş olup, anılan maddenin ikinci fıkrasında ise, işveren tarafından verilen eğitim ve talimatlar doğrultusunda çalışanların yükümlülükleri hüküm altına alınmıştır.

Çalışanlar 19. maddede zikredilen yükümlülüklerinin yanı sıra pandemi sürecinde COVID-19 hastalığına özel olarak işyerinde alınan tedbirlere uymak ve bu konuda verilen emir ve talimatları uygulamak zorundadır. Çalışanın COVID-19 hastalık şüphesi varsa, maske takmak suretiyle işyeri sağlık personeline gitmesi bir çalışan yükümlülüğü olup, işyeri hekimi tarafından ise değerlendirilmesi yapılmalıdır⁹⁹.

COVID-19 salgını döneminde çalışmak zorunda kalan işçilerin, hastalığın yayılmasını engellemeye yönelik olarak sosyal mesafeyi korumak, uygun koruyucu malzemeleri kullanmak, hijyene dikkat etmek ve sair beyan edilen bütün uyarılara uygun davranma yükümlülükleri bulunmaktadır. Ayrıca, işçilerden, işyerinde uygulanan sağlık denetimlerine katılmaları da beklenebilecektir. Bu çerçevede, işyerine giriş ve çıkışta işçilere ateş ölçümü yapılması şeklinde gerçekleştirilen sağlık kontrollerinin, özenli uygulanması durumunda kişisel verileri koruma mevzuatına aykırılık söz konusu olmayacaktır. Kaldı ki, COVID-19 salgını gerek kamu güvenliğini gerek kamu düzenini tehdit eden bir pandemidir. Nitekim, 24/03/2016 tarih ve 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu¹⁰⁰ m 28/1-ç bendine göre, kişisel verilerin kamu kurum ve kuruluşları tarafından yürütülen önleyici, koruyucu ve istihbari faaliyetler kapsamında işlenmesi durumunda kanun hükümleri uygulanmayacaktır. Dolayısıyla, COVID-19 salgını kapsamında oluşturulan kişisel verilerin Sağlık Bakanlığı ve ilgili diğer kamu kurum ve kuruluşları tarafından işlenmesi mümkündür. Sözü geçen Kanun m 6/3 uyarınca, sağlığa ilişkin kişisel veriler kamu sağlığının korunması amacıyla, sır saklama yükümlülüğü altında bulunan kişiler veya yetkili kurum ve kuruluşlar tarafından ilgilinin açık rızası aranmaksızın işlenebilecektir¹⁰¹.

Öte yandan, çalışanın haklı bir mazereti olmaksızın sağlık muayenesinden kaçınması durumunda, işverenin işçiye rıza dışı olarak sağlık muayenesi yapması mümkün olamayacaktır. Hâl böyle olunca, İş Kanunu'nun m 25/II-h bendi doğrultusunda işverenin sağlık muayenesinden kaçınmak suretiyle iş sağlığı ve

⁹⁹ Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı, 'COVID-19' (n 16).

¹⁰⁰ RG 7.4.2016/29677.

¹⁰¹ Akın, 'COVID-19' (n 7) 35.

güvenliğini tehlikeye düşüren işçinin iş sözleşmesinin haklı nedenle feshedebileceği kabul edilmektedir¹⁰². Nitekim, İzmir Bölge Adliye Mahkemesi'nin bir kararında¹⁰³ da zikredildiği üzere “İş Kanunu'nun 25'inci maddesinin ikinci fıkrasının h bendi uyarınca yapılan uyarıya rağmen işçinin periyodik sağlık kontrolüne girmeyerek iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin kurallara uymaması; anılan maddenin ikinci fıkrasının i bendine göre, işçinin kendi kusuruyla iş güvenliğini tehlikeye düşürmesi durumunda veya söz geçen maddenin ikinci fıkrasının e bendinde düzenlendiği üzere, işçinin doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışlarda bulunması işveren açısından iş sözleşmesinin feshinde haklı neden oluşturmaktadır. Dolayısıyla, işçinin sağlık ve güvenliğine ilişkin önlem ve kurallara aykırı davranan ve/veya talimatı yerine getirmeyen işçinin iş sözleşmesinin haklı nedenle feshedilmesini kaçınılmaz kılmaktadır¹⁰⁴.

Yukarıda izaha çalışıldığı üzere, İş Kanunu'nda işçi tarafından iş sağlığı ve güvenliğinin tehlikeye düşürülmesi işverenin haklı fesih sebepleri arasında yer almaktadır. Fakat, işçinin tehlike doğuran eyleminin şiddeti nazara alınarak toplu iş sözleşmelerinde yer verilecek düzenlemeler ile farklı seçenekler belirlenebilir ve işverenin fesih hakkı sınırlanabilir. Böylece, birtakım hafif seviyede ihmâller için, haklı sebeple fesih yerine disiplin cezaları veya bildirimli fesih gibi seçenekler kararlaştırılabilir¹⁰⁵. Akın ise, iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin getirilen yükümlülükleri ihlâl eden işçilere ilişkin disiplin cezası, tazminat ödeme ve/veya haklı sebeple fesih gibi birtakım yaptırımlara başvurulabileceği görüşündedir. Yazara göre, bu bağlamda, işyeri hekimi veya işyeri mühendislerine birtakım yeni yetkiler verilebileceği gibi, teknik eleman istihdam etme veya kurul kurma zorunluluğu bulunmayan işyerleri bakımından sözü geçen hususlar yükümlülük haline getirilebilecektir¹⁰⁶. Pandemi sürecinde ise, kamu sağlığı söz konusu olduğundan kanaatimizce işçinin tehlike yaratan eylemi gerek kendisi gerek çalışma arkadaşları bakımından ciddi ve hayati tehlikeye yol açacağı için işverenin fesih hakkını kullanması makul karşılanmalıdır.

Sonuç

COVID-19 salgını bağlamında işverenin iş sağlığı ve güvenliği mevzuatı kapsamında önemli bir yükümlülüğü olan çalışanların sağlık gözetimini sağlama yükümlülüğü günümüz pandemi sürecinde hayati öneme sahip bir yükümlülük haline gelmiştir. 6331 sayılı Kanunu'nun 15'inci maddesinde genel ve soyut şekilde düzenlenen sağlık gözetimi yükümlülüğü, özellikle İşyeri Hekimi ve Diğer

¹⁰² Fevzi Demir, 'İş Sağlığı ve Güvenliği Önlemlerinin Alınmasında İşverenin Sorumluluğu' (2014) 20(1) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (Prof. Dr. Ali Rıza OKUR'a Armağan) 675, 696; Ergin (n 14) 180.

¹⁰³ İzmir 9 BAM, 1099/190, 16.02.2018 tarihli kararının ayrıntılı incelemesi için bkz Ergin (n 14) 173-183.

¹⁰⁴ Demir (n 102) 695; ibid 182.

¹⁰⁵ Akın Levent, 'Sendikaların İş Sağlığı ve Güvenliğinin Sağlanmasına Katkısı' (2012) 3(34) Çalışma ve Toplum Dergisi (Sendika) 101, 113.

¹⁰⁶ Akın, 'Sendika' (n 105) 110.

Sağlık Personelinin Görev, Yetki, Sorumluluk ve Eğitimleri Hakkında Yönetmelik doğrultusunda çeşitli sektörlere yönelik hazırlanan Yönetmeliklerde de spesifik olarak yer almaktadır. Ancak, bir biyolojik doğal afet olan ve Dünyayı etkisi altına alan COVID-19 hastalığının bazı bireylerin ölümüne yol açması, bazı kişiler bakımından ise kalıcı sağlık sorunlarına sebep olması gözetildiğinde Sağlık Bakanlığı, Türk Tabipleri Birliği ve Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı'nın yayımladığı çeşitli rehberler ve talimatlar salgın ile mücadelede gerek işverenlere gerek işyeri hekimlerine bulaşıcı hastalığın işyerlerinde önlenmesi konusunda klavuzluk etmektedir. Çalışmada ayrıntılı olarak izaha çalışıldığı üzere, işverenlerin ve işyeri hekimlerinin COVID-19 salgınına yönelik Bakanlıklar tarafından yayımlanan her türlü rehber ve talimata uygun hareket etmek suretiyle pandemi sürecinde işyerinde iş sağlığını ve güvenliğini korumaları ve işyerinde gerekli tedbirlerin alınması hayati önem arz etmektedir. Bu bağlamda, “Yeni Koronavirüs Salgını Kapsamında İş Sağlığı ve Güvenliği Profesyonellerinin İşyerlerinde Aldıracağı Tedbirler” doğrultusunda işyeri hekiminin, işyerinde COVID 19 hastalığı şüphesi bulunması durumunda, ilgili kişi ile temas eden ve aynı işyerinde çalışmakta olan kişileri belirlemesi ve iletişim bilgilerini kayıt altına alarak, İl veya İlçe Sağlık Müdürlüğü'nün yönlendirmesi doğrultusunda hareket etmesi ve ilgili işveren ve/veya işveren vekiline birtakım öneriler sunması gereklidir. Ayrıca, COVID-19 salgını bağlamında sağlık gözetimine ilişkin 6331 sayılı Kanun'un 15'inci maddesinde veya bahsi geçen Yönetmeliğin 9'uncu maddesinin ikinci fıkrasında yer alan düzenlemede yapılacak bir değişiklik veya bir geçici madde ilavesi ile COVID-19 tanısı doğrultusunda tedavi olan çalışanların işe dönüşlerinde çalışanın talebine bağlı olmaksızın işyeri hekimi tarafından işe dönüş muayenesi yapılmasının zorunlu hâle getirilmesi işyerlerinde iş sağlığı ve güvenliğinin korunması bakımından kanaatimizce daha yararlı olacaktır.

İşverenlerin pandemi sürecinde yapacakları sağlık gözetimi ihlalleri çalışanları gerek ciddi ve yakın bir hayati tehlikeye maruz bırakabilecek gerek çalışanın ölümüne sebebiyet vermek gibi telafisi mümkün olmayan sonuçlar doğurabilecektir. Söz konusu ihlallerin yaptırımı ise, hukuki, cezai ve idari yaptırımlar şeklinde olabilecektir. Çalışmada yargı kararlarına da temas edilerek izaha çalışıldığı üzere, işverenlerin sağlık gözetimini yerine getirmemesi hukuki sorumluluğu bakımından yapılacak bilirkişi incelemelerinde yüksek oranda veya somut olaya göre tam kusurlu tayin edilmesine yol açabilecektir. Ayrıca, işverene İSGK m 15 birinci ve ikinci fıkraları doğrultusunda idari para cezası verilecektir.

Diğer taraftan, işyerinde çalışanlar pandeminin devamı süresince işveren tarafından gerekli tedbirler alınmadığı için COVID-19'un enfekte olma tehlikesi ile karşı karşıya kalırlarsa ciddi ve yakın tehlikenin varlığı karşısında 6331 sayılı Kanun'un 13'üncü maddesinde hüküm altına alınmış olan çalışmaktan kaçınma haklarını kullanabileceklerdir. Somut olaya göre değişmekle beraber çalışmaktan

derhal veya 13'üncü maddede zikredilen yasal prosedüre uyarak kaçınmak mümkün olabilecektir. Ayrıca, işyerinde COVID-19 salgınının önlenmesine yönelik gerekli önlemleri almayan işverenlerin işyerlerinin bina ve eklentilerinde hayati tehlike tespit edilmesi durumunda, bu tehlike giderilinceye kadar, 6331 sayılı Kanun m 25/1 uyarınca idari bir yaptırım olarak işin durdurulması söz konusu olabilecektir.

Son olarak belirtilmelidir ki, işyerlerinde iş sağlığı ve güvenliğinin korunması bağlamında çalışanların da 6331 sayılı Kanun'un 19'uncu maddesinde zikredilen düzenlemelere ve COVID-19 hastalığını önlemeye yönelik işyerinde alınan tedbirlere, emir ve talimatlara uyma yükümlülükleri bulunmaktadır. Örneğin, COVID-19 belirtileri olan çalışanların ivedi olarak işyeri hekimlerine maske takmak suretiyle sağlık muayenesine gitmesi yükümlülükleri arasındadır. Özellikle pandemi sürecinde işyerine giriş ve çıkışta ateş ölçümü yapılması gibi birtakım sağlık kontrollerini yaptırılmaları, sosyal mesafeyi korumak, uygun koruyucu malzemeleri kullanmak, hijyene dikkat etmek gibi birtakım yükümlülükleri de mevcuttur. Ayrıca, işyerinde çalışmakta olan işçilerin haklı bir mazeretleri olmaksızın sağlık muayenesinden kaçınmaları veya yükümlülükleri aykırı davranışları durumunda, iş sağlığı ve güvenliğini ve aynı zamanda kamu sağlığını tehlikeye düşürmeleri nedeniyle iş sözleşmelerinin haklı nedenle feshedilebilmesi gündeme gelebilecektir.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

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

Peer-review: Externally peer-reviewed.

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

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

Bibliyografya/Bibliography

- Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı, ‘İşyerlerinde COVID-19 ile Mücadele’ (2020) (COVID-19) <https://ailevecalisma.gov.tr/covid19/sikca-sorulan-sorular> Erişim Tarihi 5 Mayıs 2020.
- Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı, ‘İşyerlerinde Yeni Tip Koronavirüse Karşı Alınması Gereken Önlemler’ (2020) (Önlemler) <https://ailevecalisma.gov.tr/covid19> Erişim Tarihi 2 Haziran 2020.
- Aile Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı, ‘Yeni Koronavirüs Salgını Kapsamında İş Sağlığı ve Güvenliği Profesyonellerinin İşyerlerinde Aldıracağı Tedbirler’(2020) (Tedbirler) <https://www.ailevecalisma.gov.tr/media/41225/yeni-koronavirus-salgini-kapsaminda-is-sagligi-ve-guvenligi-profesyonellerinin-isyerlerinde-aldiracagi-tedbirler.pdf> Erişim Tarihi 6 Nisan 2020 1-11.
- Akın L, ‘COVID-19’un İş İlişkilerine Olası Etkileri’ (2020) 34(3) Çimento İşveren Dergisi (COVID 19) 16-71.
- Akın L, ‘İş Sağlığı ve Güvenliğinde İşyerinin Örgütlenmesi’ (2005) 54(1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (İşyerinin Örgütlenmesi) 1-60.
- Akın L, ‘Sendikaların İş Sağlığı ve Güvenliğinin Sağlanmasına Katkısı’ (2012) 3(34) Çalışma ve Toplum Dergisi (Sendika) 101-124.
- Akın L, ‘İş Sağlığı ve Güvenliği’ (2005) Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası III. Yılında İş Yasası Semineri İstanbul (İş Sağlığı) 302-348
- Akpınar T ve Çakmakkaya B Y, ‘İş Sağlığı ve Güvenliği Açısından İşverenlerin Risk Değerlendirme Yükümlülüğü’ (2014) 1(40) Çalışma ve Toplum Dergisi 273-304.
- Akyiğit E, ‘İşyeri Hekimi ve İş Güvenliği Uzmanlarının İş Güvencesi’ (2015) (2) Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 11-38.
- Alpagut G, ‘İş Sağlığı ve Güvenliği Yasa Tasarısında İşverenin Yükümlülükleri ve Risk Değerlendirmesi’ *İş Sağlığı ve Güvenliği Kanun Tasarısı Semineri* (TİSK 2012) 23-40.
- Başbuğ A, ‘İşyeri Hekiminin İşyeri Hekiminin İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Organizasyonundaki Yeri ve İşçi Sağlığı ve İş Güvenliğinin Gerçekleştirilmesindeki Rolü’ *Türk Tabipleri Birliği Uluslararası ve Ulusal Hukuk Sisteminde İşyeri Hekimliği Sempozyumu* (Türk Tabipleri Birliği 2003) 65-97.
- Baycık G, ‘Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Haklarında Yeni Düzenlemeler’ (2013) 71(3) Ankara Barosu Dergisi 103-170.
- Caniklioğlu N, ‘6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu’nda Öngörülen İşveren Yükümlülükleri’ *Çalışma Mevzuatı Seminer Notları* (Türkiye Toprak İşverenleri Sendikası 2012) 27-84
- Centel T, ‘İşverenin İşyerinde Sağlık ve Güvenliği Sağlama Yükümü’ (2013) 27(3) Çimento İşveren Dergisi 7-15
- Çelik N, Caniklioğlu N ve Canbolat T, *İş Hukuku Dersleri*, (Yenilenmiş 31. Baskı, Beta 2018).
- Demir F, ‘İş Sağlığı ve Güvenliği Önlemlerinin Alınmasında İşverenin Sorumluluğu’ (2014) 20(1) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (Prof. Dr. Ali Rıza OKUR’a Armağın) 675-703
- Demircioğlu AM ve Kaplan HA, *Sorularla İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku* (Beta 2016)
- Ekmekeçi Ö, ‘İşverenlerin İşyeri Hekimi Bulundurma Yükümü ve Tabip Odalarının Yetkisine İlişkin Sorunlar’ (Nisan 2001) MESS Mercek Dergisi 73-88.
- Engin M, ‘Yeni İş Kanunu Tasarısı ve işçinin İş Görmekten Kaçınma Hakkı’ (2013) 5(1) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 77-94.

- Ergin H, 'Periyodik Sağlık Kontrolünden Kaçınan İşçinin İş Sözleşmesinin Derhal Feshi' (2019) (42) Sicil İş Hukuku Dergisi 173-183.
- Ertürk Ş, 'İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nda İşverene Getirilen Yükümlülükler' (2012) (27) Sicil İş Hukuku Dergisi 13-24.
- Evren ÖK, *İş Sağlığı ve Güvenliği El Kitabı*, (2. Baskı, Seçkin 2016)
- Fişek G, 'İş Güvenliği Uzmanlığında Takım Oyunu' *Prof Dr Sarper Süzek'e Armağan* (Beta 2011)1855-1868.
- Gerek N, 'İş Sağlığı ve Güvenliği Kanun'un Düşündürdükleri' (2012) (28) Sicil İş Hukuku Dergisi 10-19.
- Gonce G ve Akçılın M, Çalışanların Sağlık Gözetimi (2018) 10(102) Fasikül Hukuk Dergisi 17-25.
- Göktaş S, *Türk İş Hukukunda İşçinin Çalışmaktan Kaçınma Hakkı* (Yetkin 2008).
- Güzel A, 'Dünyada ve Ülkemizde İşyeri Hekimliğine Yaklaşım' *Türk Tabipleri Birliği, Uluslararası ve Ulusal Hukuk Sisteminde İşyeri Hekimliği Sempozyumu* (Türk Tabipleri Birliği 2003) 9-64.
- Güzel A ve Çatalkaya DU, 'İşverenin İş Kazasından Doğan Sorumluluğunun Niteliği ve Sınırları (Karar İncelemesi)' (2012) 3 (34) Çalışma ve Toplum Dergisi 157-188.
- Karagöz V, 'İşyeri Hekimliği Kurumu ve Uygulama Sorunları' (2006) 10(1-2) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 361-394.
- Mestçioğlu MC, 'İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Kültürü "İşyeri Hekimliği"' (2010) (86) Toprak İşveren Dergisi 20-25.
- Özdemir E, *İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku* (Vedat Kitapçılık 2014).
- Özveri M, *İşçi Sağlığı İş Güvenliği ve İş Cinayetleri* (Birleşik Metal-İş 2015).
- Sağlık Bakanlığı, 'COVID-19 (Sars-Cov-2 Enfeksiyonu) Temaslı Takibi, Salgın Yönetimi, Evde Hasta İzlemi ve Filyasyon' (2020) https://covid19bilgi.saglik.gov.tr/depo/rehberler/covid-19-rehberi/COVID-19_REHBERI_TEMASLI_TAKIBI_EVDE_HASTA_IZLEMI_VE_FILYASYON.pdf Erişim Tarihi 5 Haziran 2020 1-20.
- Sağlık Bakanlığı, 'Yetişkin Aşılama' Aşısı Portalı <https://asi.saglik.gov.tr/asi-kimlere-yapilir/liste/30-yeti%C5%9Fkin-a%C5%9F%C4%B1lama.html> Erişim Tarihi 15 Haziran 2020.
- Sarı Y D, Aksoy M ve Karuk V, *Afet, Acil Durum ve Endüstriyel Kazalarda İş Sağlığı ve Güvenliği* (Anadolu Üniversitesi 2020)
- Senyen Kaplan E T, 'İşverenin Sağlık Gözetimi Yükümlülüğü ve Hekim Raporlarının Hüküm ve Sonuçları' (2014) 28(3) Çimento İşveren Dergisi 18-35.
- Seratlı GB, '4857 sayılı İş Kanun'una Göre İş Sağlığı ve Güvenliği' (2004) 53 (2) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 197-241.
- Soyer MP, 'İşçinin İş Görmekten Kaçınma Hakkı, Koşulları, Kullanılması ve Hukuki Sonuçları' *Prof Dr Sarper Süzek'e Armağan* (Beta 2011) 657-689.
- Sur M, 'İşçinin Çalışmaktan Kaçınma Hakkı' *Prof Dr A Can Tuncay'a Armağan* (Legal 2005) 395-414.
- Sümer HH, *İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku* (2. Baskı, Seçkin 2018).
- Süzek S, *İş Hukuku* (Yenilenmiş 12. Baskı, Beta 2016).
- Şahin Emir A, *İşyerinde Tehlike Halinde Alınması Gereken Önlemlerin Hukuki Çerçevesi* (Seçkin 2015)
- Türk Tabipleri Birliği, 'COVID 19 Pandemisinde İşyeri Hekimleri İçin Rehber' (2020) Türk Tabipleri Birliği İşçi Sağlığı ve İşyeri Hekimliği Kolu 27 Nisan 2020 Ankara (Rehber) https://www.ttb.org.tr/userfiles/files/covid_isih_rehber.pdf Erişim Tarihi 18 Mayıs 2020 1-7.

Ulusoy ME, İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği Açısından İşyerinde Örgütlenme Yükümlülüğü (2013) Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/> Erişim Tarihi 22 Nisan 2020.

Üstüner D, ‘Yeni Yasal Düzenlemeler İşğında İşyeri Hekimliği’ *Prof Dr Sarper Sözek’e Armağan* (Beta 2011) 2107-2140.

Üstünel HA, ‘İş Sağlığı ve Güvenliğinde İşverenin Yükümlülükleri’ (2009) Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/> Erişim Tarihi 20 Nisan 2020.



İstanbul Hukuk Mecmuası

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Başvuru: 16.06.2020
Revizyon Talebi: 21.07.2020
Son Revizyon Tarihi: 27.07.2020
Kabul: 04.09.2020

Konkordatonun Amacı Kapsamında COVID-19 Salgınının Sürekli Borç İlişkilerinin Feshine Etkisi

İbrahim Ermenek* , Bünyamin Kartal** 

Öz

Sosyal ve ekonomik yaşamı derinden etkileyen COVID-19 salgınının devam eden konkordato süreçlerinin amacına ulaşmasını doğrudan ya da dolaylı olarak etkilemesi muhtemeldir. Yargı alanındaki hak kayıplarının önlenmesi amacıyla sürelerin durdurulması yönünde alınan tedbirler, söz konusu sürenin bitiminde borçlunun toplu şekilde icra ve iflas takiplerine maruz kalması sonucunu doğurabilir. Bu nedenle yeni konkordato başvurularının yanı sıra devam eden konkordato süreçlerinde de sürekli borç ilişkilerinin konkordatonun amacına mani olmaları sebebiyle feshedilebilmesi imkânı önem kazanmıştır. Feshin gerçekleştirilmesi için konkordato komiserinin izni ve mahkemenin onayı gerekir. Sözü edilen izin ve onayın alınmasına ilişkin şekil şartları ve ispat ölçüsü de COVID-19 salgınından etkilenmiştir. 7226 sayılı Kanun ile iş yeri kira sözleşmeleri bakımından getirilen fesih yasağı ile konkordatonun amacı bağlamında sürekli borç ilişkilerinin feshedilebilmesi arasındaki ilişki ortaya konulmalıdır. Ayrıca sürekli borç ilişkilerinin uyarlanması ile konkordatonun amacı bakımından feshedilebilmelerinin uygulama alanları COVID-19 salgınına dayalı olarak keşişmektedir. Bu bağlamda konkordatonun amacına ulaşabilmesi için borçlu, sözleşmenin uyarlanarak ayakta tutulması ile sözleşmenin feshedilmesi arasında bir tercihte bulunmak zorunda kalabilir. Bu çalışmada COVID-19 salgının borçlunun işaret ettiğimiz seçenekler arasındaki tercihine ve konkordatonun amacı kapsamında sürekli borç ilişkilerinin feshedilebilmesine etkileri üzerinde durulmaktadır.

Anahtar Kelimeler

Konkordato, Sürekli borç ilişkileri, Fesih, Uyarlama, COVID-19

The Effect of COVID-19 Pandemic on the Termination of Perpetual Debt Obligations within the Scope of the Concordat

Abstract

It is likely that the COVID-19 pandemic will directly or indirectly affect the achievement of the aim of ongoing concordat processes, which deeply affects social and economic life. At the end of that period, measures undertaken to stop deadlines to prevent loss of rights in the jurisdiction may result in collective enforcement and bankruptcy proceedings. Hence, in addition to new concordat applications, the possibility of termination of perpetual debt obligations has gained importance in the ongoing concordat processes. The approval of the concordat commissioner and the court is required for the termination. Formal conditions for obtaining the mentioned permission and approval and criteria of proof were also affected by the COVID-19 pandemic. The prohibition of termination by Law No. 7226 regarding workplace lease agreements and the termination of perpetual debt obligations within the context of the purpose of the concordat should be revealed. Additionally, during the COVID-19 pandemic, the areas of application intersect between the adjustment of perpetual debt obligations and the termination in the context of the objective of the concordat. Hence, the borrower may have to choose between adjusting the contract and its termination for the concordat to reach its goal. This study

* **Sorumlu Yazar:** İbrahim Ermenek (Doç. Dr.), Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Usul–İcra ve İflas Hukuku Ana Bilim Dalı, Ankara, Türkiye. E-posta: ibrahim.ermenek@hbv.edu.tr ORCID: 0000-0002-2823-7646

** Bünyamin Kartal (Arş. Gör.), İnönü Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Usul ve İcra ve İflas Hukuku Ana Bilim Dalı, Malatya, Türkiye. E-posta: bunyamin.kartal@inonu.edu.tr ORCID: 0000-0002-6116-520X

Atf: Ermenek İ, Kartal B, "Konkordatonun Amacı Kapsamında COVID-19 Salgınının Sürekli Borç İlişkilerinin Feshine Etkisi" (2020) 78(2) İstanbul Hukuk Mecmuası 485. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2020.78.2.0009>



focuses on the effects of the COVID-19 pandemic to the preference of the borrower between the choices we have pointed and termination of perpetual debt obligations in the context of the objective of the concordat..

Keywords

Concordat, Perpetual debt obligations, Termination, Adjustment, COVID-19

Extended Summary

Perpetual debt obligations may prevent debt restructuring and the concordat project to achieve its goal in this context that span a long process. Therefore, the opportunity to terminate the continuous debt relations that prevent the concordat from reaching its purpose has been given under the Enforcement and Bankruptcy Code Article 296/2. The possibility of termination is a legal adjusting in terms of its legal nature, which is regulated in Enforcement and Bankruptcy Code Article 296/2. The debtor is saved from the burden of the perpetual debt obligations with this arrangement. In this way, it becomes possible to achieve the goal of the concordat. This opportunity has been brought only for permanent debt obligations. However, periodic contracts are also within the scope of termination. The possibility of returning from the contract in our opinion should be granted within the scope of the same arrangement for sudden contracts with a time interval between its establishment and performance.

The COVID-19 pandemic also significantly affected new concordat applications, ongoing concordat processes, and court-approved concordat projects, which deeply shook the social and economic life. Perpetual debt obligations are also likely to be affected by the COVID-19 pandemic, as they span a process. However, it cannot be said that all perpetual debt obligations are negatively affected by the COVID-19 pandemic.

It should be determined whether the concordat has the purpose of healing in the evaluation to be made within the scope of preventing the purpose of the concordat. The economic bottleneck caused by the COVID-19 pandemic may result in the borrower wanting to get rid of the burden of perpetual debt obligations. However, for the purpose of the concordat, the COVID-19 pandemic is not an absolute consideration. The COVID-19 pandemic should be taken into account in cases where the concordat has a direct or indirect change in the number or weight ratio of factors affecting or preventing its healing purpose.

According to the circumstances of the concrete situation, the COVID-19 pandemic affects the concordat commissioner's discretion in the context of the purpose of the concordat. This should not affect its assessment of the abuse of the right. The commissioner should consider the quality of the business, the status of the borrower in terms of liquidity, the relationship of constant debt, and the existence of a causal link that can be attributed to the pandemic of COVID-19 in the context of the concordat.

The tendency to accept some facilities in favor of the borrower in concordat and bankruptcy law should be manifested in the context of lowering the high degree of proof under Enforcement and Bankruptcy Code Article 296/ to compensate for the economic depression caused by COVID-19 in legal systems. The prohibition of termination introduced by Law No 7226 does not have any effect in terms of Enforcement and Bankruptcy Code Article 296/2.

It should therefore be possible to adjust the perpetual debt obligations, and the COVID-19 pandemic should be considered as a reason for adjusting to the circumstances of the concrete situation. In cases where the application areas intersect, a legal arrangement should be made that allows the adjusting of the contracts and the termination possibility in Enforcement and Bankruptcy Code Article 296/2, although the Turkish Code of Obligations Article 138 and Enforcement and Bankruptcy Code Article 296/2 are independent of each other.

This study focuses on the effects of the COVID-19 pandemic to the preference of the borrower between adjusting and termination and termination of perpetual debt obligations in the context of the objective of the concordat. Taking into account the discussions in the doctrine and the problems in practice, the conditions of the termination opportunity in Enforcement and Bankruptcy Code Article 296/2 have been carefully examined.

Konkordatonun Amacı Kapsamında COVID-19 Salgınının Sürekli Borç İlişkilerinin Feshine Etkisi

I. Giriş

Konkordatonun amacına mani olan sürekli borç ilişkilerinin feshi, İsviçre İcra ve İflas Kanunu'nun 297a maddesinden iktibas edilerek 7101 sayılı Kanun ile düzenlemeye kavuşturulmuştur. Buna göre, konkordato borçlusu, komiserin uygun görüşü ve mahkemenin onayı ile hizmet sözleşmeleri dışındaki sürekli borç ilişkilerini herhangi bir zamanda¹ feshedebilir. Ancak bu tip sözleşmelerin feshedilmesi, sözleşmenin ayakta tutulmasının konkordatonun amacının gerçekleşmesine engel teşkil edecek nitelikte olmasına bağlıdır. Fesih nedeniyle ortaya çıkan tazminat, konkordato projesine göre ödenir (İİK madde 296/2)².

COVID-19 salgınının ekonomik sonuçları, hem sürekli borç ilişkilerini hem de konkordato kurumunu etkilemektedir. Konkordato kurumu bakımından özellikle söz konusu salgının konkordato projesi üzerinde doğuracağı etkiler hayati önemdedir. Zira konkordatonun amacına ulaşması konkordato projesindeki öngörülerin gerçekleşmesine bağlıdır. Bu çerçevede konkordatonun başarılı olması bazı hallerde sürekli borç ilişkisi doğuran bazı sözleşmelerin ayakta tutulmasını zorunlu kılarken, bazı hallerde de bu tip sözleşmelerin feshedilmesini zorunlu kılabilmektedir. Sözleşmenin ayakta tutulduğu hallerde konkordato borçlusu kendi edimini de eksiksiz olarak yerine getirmek zorundadır. Sözleşmenin ayakta tutulması halinde, bu sözleşme nedeni ile konkordato mühleti içinde doğacak alacaklar öncelikli alacak olup konkordato projesine tabi olmadıkları gibi, olası bir iflas halinde de masa alacağı olarak kabul edilirler (İİK madde 308/c/4)³. Konkordato borçlusunun veya alacaklısının ediminin niteliğine göre, bu edimin ifasının covid-19 salgınından etkilenmesi kuvvetle muhtemeldir. Bu çalışmada covid-19 salgınının öncelikle konkordato üzerindeki genel etkilerine işaret edilecek daha sonra ise konkordatonun amacı çerçevesinde sürekli borç ilişkilerinin feshine etkisi üzerinde durulacaktır.

II. COVID-19 Salgınının Konkordato Kurumu ile İlişkisi

A. Genel Olarak

COVID-19 salgınının neden olduğu sosyal ve ekonomik tahribatın giderilebilmesi amacıyla öncelikle İcra ve İflas Kanunu madde 330'un verdiği yetkiye dayanılarak 2279 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı ile icra ve iflas takiplerine ilişkin bir dizi

¹ Fesih hakkı geçici veya kesin mühlet süresi içinde kullanılabilir. Franco, Lorandi, 'Dauerschuldverhältnisse im neuen Sanierungsrecht' (2014) 3 AJP/PJA 294.

² Murat Atalı, İbrahim Ermenek ve Ersin Erdoğan, *İcra ve İflas Hukuku* (2. Bası, Yetkin 2019) 679-680.

³ Atalı, Ermenek ve Erdoğan (n 2) 641.

tedbir alınmış, daha sonra ise bu tedbirler 7226 sayılı Kanunun Geçici 1'nci maddesiyle yasalaşmıştır⁴. Fevkalade hallerde icra takiplerinin durmasına ilişkin İcra ve İflas Kanunu'nun 330'ncü maddesinin verdiği yetkiye dayanılarak çıkarılan Cumhurbaşkanlığı Kararı ile, iflas takipleri ve ihtiyati haciz kararlarını da içine alan geniş bir uygulama getirilmiştir⁵; ancak söz konusu Karar'da konkordato hakkında açık bir düzenlemeye yer verilmemiştir⁶.

7226 sayılı Kanun ile açık bir şekilde İcra ve İflas Kanunu'nda yer alan süreler 22 Mart 2020 (bu tarih dâhil) tarihinden itibaren başlamak üzere durdurulmuştur. Ayrıca konkordatonun alacaklı ve borçlu bakımından sonuçlarının durma süresi boyunca devam edeceği hükme bağlanmıştır. Konkordato müessesesine ilişkin mühlet ve sürelerin İcra ve İflas Kanunu'nda yer alması nedeniyle durma süresinin kapsamına dâhil olduğunda tereddüt yoktur⁷.

COVID-19 salgını yeni konkordato başvurularının yapılmasına engel değildir. Gerek 2279 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı gerekse 7226 sayılı Kanun yeni bir dava açılmasını veya talepte bulunulmasını yasaklamamaktadır. Bir görüşe göre, söz konusu düzenlemelerin icra ve iflas takiplerini durdurması nedeniyle konkordato başvurusunda bulunulmasında hukukî yarar yoktur⁸. Bizim de katıldığımız diğer görüşe göre, durma süresi içinde yeni konkordato başvurusu yapılmasının önünde bir engel bulunmamaktadır⁹. Gerçekten de konkordato, takiplere ilişkin sonuçlarının yanı sıra sözleşmelere olan etkisinden faiz ve tasarruf yetkisine kadar ortaya çıkan hukukî sonuçlarla daha kapsamlı bir koruma sağlamaktadır. Ayrıca konkordato talebi ile durma süresi içinde geçici mühlet kararı verilmesi durumunda mühlet süresi, sürelerin durmuş olması nedeniyle, durma süresinin sonunda işlemeye başlar¹⁰. Böylelikle borçlu, durma süresinin takiplere olan etkisinden faydalanmakla birlikte

⁴ 7226 sayılı Kanun ile 2279 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı arasındaki uygulama sorunu için bakınız Muhammet Özkes ve Oğuz Atalay, '7226 Sayılı Kanun ile İcra ve İflas Kanunu m 330 Hükmünü Uygulayan Cumhurbaşkanlığı Kararı (2279 Sayılı) Çerçevesinde Ortaya Çıkan Bazı Sorular ve Tartışmalara Cevaplar' (Lexpera Blog, 27 Mart 2020) <https://blog.lexpera.com.tr/7226-sayili-kanun-ile-cumhurbaşkanligi-karari-neticesinde-ortaya-cikan-sorunlar> Erişim Tarihi 23 Mayıs 2020.

⁵ Hakan Pekantez, '2279 sayılı Cumhurbaşkanlığı (Fevkalâde Mühlet) Kararı ile 7226 Sayılı Kanunun Geçici 1. Maddesinin Birlikte Değerlendirilmesi' (Lexpera Blog, 28 Mart 2020) <https://blog.lexpera.com.tr/2279-sayili-karar-ile-7226-sayili-kanunun-birlikte-degerlendirilmesi/> Erişim Tarihi 23 Mayıs 2020.

⁶ Buna rağmen konkordato süreci kapsamında yapılacak işlemlerin fevkalade mühlet içinde durması gerektiği yönündeki görüş için bakınız Pekantez (n 5).

⁷ 7226 sayılı Kanun Geçici 1. Madde gerekçesi; "*Konkordato mühletinin alacaklı ve borçlu bakımından sonuçları durma süresince devam edecek; ayrıca icra ve iflas hizmetlerinin aksaması için gerekli olan idari tedbirler alınabilecektir. Konkordato kurumuna ilişkin mühlet ve sürelerin, 2004 sayılı Kanunda düzenlenmesi sebebiyle durma süresinin kapsamında olacağı konusunda tereddüt bulunmamaktadır.*"

⁸ Özkes ve Atalay (n 4); Pekantez (n 5).

⁹ Tolga Akkaya, 'COVID19 Salgını Nedeniyle Alınan İdari ve Yasal Önlemlerin Konkordatoya Etkisi ve Salgının Ekonomik Sonuçlarından Olumsuz Etkilenen Borçluların Korunmasına Yönelik Tedbirlere Dair Düzenleme Önerileri' (Lexpera Blog, 15 Mayıs 2020) <https://blog.lexpera.com.tr/covid19-salgini-nedeniyle-alinan-idari-ve-yasal-onlemlerin-konkordatoya-etkisi-ve-borclularin-korunmasına-yonelik-tedbirlere-dair-oneriler/>, Erişim Tarihi 24 Mayıs 2020; Müjgan Tunç Yücel, '7226 sayılı Kanun ile Cumhurbaşkanlığının 2480 sayılı Yargı Alanındaki Hak Kayıplarının Önlenmesi Amacıyla Getirilen Durma Süresinin Uzatılmasına Dair Kararı Uyarınca Sürelerin Durmasının Konkordato Sürelerine Etkisi' (Lexpera Blog, 11 Mayıs 2020) <https://blog.lexpera.com.tr/7226-sayili-kanun-ile-cumhurbaşkanliginin-2480-sayili-karari-uyarinca-surelerin-durmasının-konkordato-surelerine-etkisi/>, Erişim Tarihi 24 Mayıs 2020.

¹⁰ Tunç Yücel (n 9).

süre sona erer ermez karşılaşması muhtemel toplu takip yüküne karşı korunmuş olur. Durma süresi boyunca hiç ya da yeterli gelir sağlayamayan ve belki de zarar eden işletmeler, yaklaşık üç aylık birikmiş ve karşılayamayacakları alacak talepleri ile muhatap olacaklardır¹¹. Bu durumun yadsınamayacak sonucu kendisini konkordato başvurularında meydana gelecek ciddi bir artış olarak gösterecektir.

Sürelerin durmasına ilişkin düzenleme, 22.03.2020 tarihinden önce geçici veya kesin mühlet kararı verilmiş konkordato yargılamalarına ilişkin süreleri de durdurur. Örneğin, alacakların bildirilmesine ilişkin süre, durma süresine denk gelirse durma süresinin bitiminden itibaren onbeş gün uzamış sayılır¹². Geçici ve kesin mühletin bitim süreleri durma süresi içine rastlarsa, bitmesine onbeş gün veya daha az kalmış süreler durma süresinin bitmesinden itibaren onbeş gün uzar. Onbeş günden daha uzun süreler için durma süresinde işlemeyen süreler, durma süresinin bitimine eklenir. Mühletin bitimi durma süresinden sonraki bir zamana rastlarsa durma süresinin tamamı mühlet bitimine eklenir¹³. Bu süreçlerin bir sonucu olarak tasdik yargılamasında COVID-19 salgınının etkileri nedeniyle hâkim, alacaklı ve borçlu menfaatlerini de gözeterik İcra ve İflas Kanunu madde 305/2 uyarınca konkordato projesinin düzeltilmesini isteyebilir¹⁴.

Durma süresinin tasdik edilmiş konkordato projelerine bir etkisi yoktur. Borçlu, tasdik edilmiş proje uyarınca ödemelerini yapmakla yükümlüdür. Bu yükümlülüğünü yerine getirmeyen borçluya karşı durma süresinde takip başlatılamaz. Ancak konkordatonun kısmen feshinin talep edilmesi mümkündür. Bir görüşe göre, covid-19 salgınının ekonomik etkileri nedeniyle proje uyarınca ödeme yapılması mümkün olmazsa, konkordatonun feshi davasında projenin uyarlanması istenebilir¹⁵. Kanımızca tasdik edilmiş konkordato projesi uyarlamaya elverişli değildir. Zira alacaklıların yeterli çoğunluğunun kabul ettiği konkordato projesi ile ret oyu kullanan alacaklılara ilişkin borç ilişkileri de yeniden düzenlenmiştir. Bu nedenle tüm alacaklılar ve borçlu arasında irade serbestisine dayanan bir sözleşme ilişkisi yoktur. Tasdik edilmiş bir konkordato projesi hakkında Türk Borçlar Kanunu'nun uyarlamaya ilişkin hükümlerinin uygulanabilmesi¹⁶, bu müessesenin borçlar hukuku

¹¹ Oğuz Atalay, 'COVID-19 Salgını Sebebiyle Gerçekleşen Takip Tatili Sonrasına İlişkin Bazı Düşünceler ve Öneriler' (Lexpera Blog, 21 Mayıs 2020) <https://blog.lexpera.com.tr/covid-19-salgini-sebebiyle-gerceklesen-takip-tatili-sonrasina-iliskin-bazi-dusunceler-ve-oneriler/>, Erişim Tarihi 24 Mayıs 2020.

¹² Akkaya (n 9).

¹³ Tunç Yücel (n 9).

¹⁴ Akkaya (n 9).

¹⁵ Tamer Pekdiğer ve Abdüssamet Yılmaz, 'Korona Virüs (COVID 19) Salgınının Tasdik Edilmiş Konkordato Projelerine Etkisi' (Lexpera Blog, 29 Nisan 2020) <https://blog.lexpera.com.tr/korona-virus-covid-19-salgininin-tasdik-edilmis-konkordato-projelerine-etkisi/>, Erişim Tarihi: 23 Mayıs 2020.

¹⁶ Konkordatonun sözleşme olarak nitelendirilip nitelendirilmemesi, TBK ve İİK hükümlerinden hangisinin uygulanacağını belirleme bağlamında önem taşır. Necmeddin Berkin, *İflas Hukuku*, (Fakülteler Matbaası 1972) 523.

çerçevesinde bir sözleşme olarak nitelendirilmesine bağlıdır¹⁷. Bu nedenle kanımızca mevcut durumda covid-19 salgınının tasdik edilmiş konkordato projesine etkilerinin giderilmesi ancak bu konuda yapılacak bir yasal düzenleme ile mümkün olabilir.

B. Sürekli Borç İlişkilerinin Feshi Bakımından COVID-19 Salgının Konkordato ile İlişkisi

7226 sayılı Kanun ile konkordatonun alacaklı ve borçlu bakımından sonuçlarının durma süresince devam edeceği hükme bağlanmıştır. Bir görüşe göre bu düzenleme, yetersiz ve gereksizdir¹⁸. Zira konkordatonun takiplere ilişkin etkisi durma süresi ile sağlanmıştır¹⁹.

Söz konusu düzenleme konkordatonun yalnızca alacaklı ve borçlu bakımından sonuçlarının devam edeceğini düzenlemektedir. Buna göre konkordato mühletli verilmesinin, İcra ve İflas Kanunu madde 294'te düzenlenen takip yasağı, ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz yasağı, maddi hukuk sürelerinin durması, faiz, takas, müstakbel alacağın devri, para dışındaki alacakların paraya çevrilmesi ve hacizli mallara ilişkin sonuçları uygulanmaya devam eder. Benzer şekilde borçlunun tasarruf yetkisine ilişkin İcra ve İflas Kanunu madde 297 bağlamında meydana gelen sonuçlar da korunur. Bununla birlikte konkordatonun diğer sonuçlarının geçerli olmaya devam edip etmeyeceği konusu bünyesinde bazı tereddütleri barındırmaktadır.

Düzenlemenin lafzı, yalnızca sözü edilen sonuçları muhafaza eder gibi görünse de konkordato kurumunun hukukî etki ve sonuçlarının sadece bir kısmına geçerlilik tanımak, kurumdan umulan beklentilerin gerçekleşmesine engel olabilir. Borçlunun tasarruf yetkisine ilişkin hükmü korumakla beraber konkordato komiserinin görevlerinin devam etmeyeceği düşünülemez. Bizim de katıldığımız görüşe göre²⁰, konkordatonun diğer sonuçlarının aynen devam edeceği kabul edilmelidir. Bu çerçevede sürelerin durduğu salgın sürecinde İcra ve İflas Kanunu madde 296/2 uyarınca sürekli borç ilişkileri de feshedilebilmelidir. Hâkimler Savcılar Kurulu'nun salgın döneminde duruşmaların ertelenmesine ilişkin aldığı tedbirler de sürekli borç doğuran sözleşmelerin feshine engel olmaz. Zira bir çekişmesiz yargı işi

¹⁷ Konkordatonun hukukî niteliğine ilişkin görüşler sözleşme görüşü, yargı tasarrufu görüşü, kanunî işlem görüşü ve usulî (prosedür) görüşü olmak üzere dört başlık altında toplanabilir. Sözleşme görüşüne göre konkordato, borçlu ve alacaklılar arasındaki bir sözleşmeden ibarettir. Bu görüş için bakınız Max Pagenstecher ve Max Grimm, *Der Konkurs* (C.H.Beck 1968) 144. Yargı tasarrufu görüşüne göre, konkordatonun tasdik ile tüm alacaklılar için bağlayıcı etki gösteren yeni bir hukuki durum yaratılmaktadır. Bu görüş için bakınız Bilge Umar, *İcra ve İflas Hukukunun Tarihi Gelişmesi ve Genel Teorisi* (Ege Üniversitesi İktisadi ve Ticari İlimler Fakültesi 1973) 24-25. Başka bir görüşe göre konkordato, kendisine uyuma zorunluluğunun kanundan kaynaklandığı ve ilgililer için kanundan kaynaklanan borçlar doğuran bir kanunî işlemdir. Bu görüş için bakınız Gustav Keller, *Der Nachlassvertrag ausser Concurs nach dem schweizerischen Bundesgesetz über SchKG mit einer historischen Einleitung* (Schulthess 1891) 117-122. Bizim de katıldığımız hâkim görüşüne göre ise konkordato, klasik cebri icra usulleri yerine ikame edilen ve borçlunun teklifi ile alacaklılarının belirli bir oranının kabulü ve mahkemenin tasdiki ile meydana gelen kolektif bir icra şeklidir. Bakınız Atalı, Ermenek ve Erdoğan (n 2) 621.

¹⁸ Özkes ve Atalay (n 4); Pekcanitez (n 5).

¹⁹ Özkes ve Atalay (n 4).

²⁰ Özkes ve Atalay (n 4); Pekcanitez (n 5); Akkaya (n 9).

olduğundan²¹ bu tip sözleşmelerin feshine onay vermek için mahkemenin duruşma açma zorunluluğu yoktur. Duruşma açılmasına ihtiyaç duyulan hallerde ise İcra ve İflas Kanunu madde 296/2 hükmünün uygulanması acil işlerden sayılmalıdır.

III. COVID-19 Salgınının Konkordatonun Amacına Ulaşmasına Engel Olan Sürekli Borç İlişkilerinin Feshine Etkisi

A. Genel Olarak

Sürekli borç ilişkisi, borç ilişkisinden kaynaklanan edimlerin ifasının zaman içinde gelişen ve yayılan bir sürece dağıldığı alacaklı ve borçlu arasındaki ilişkiyi ifade eder²². Uzun bir sürece yayılarak borçlunun ekonomik kaynaklarının vakfedildiği²³ sürekli borç ilişkileri, borçların tasfiye edilerek işletmenin yeniden yapılandırılmasının ve konkordatonun amacına ulaşmasının önünde ciddi bir engel oluşturabilir²⁴. Bu gibi hallerde, borçlunun sürekli borç doğuran sözleşmelerin getirdiği külfetten kurtarılması gerekebilir²⁵. Bu bağlamda İcra ve İflas Kanunu madde 296/2 ile konkordatonun amacına ulaşmasına mani olan sürekli borç ilişkilerinin komiserin uygun görüşü ve mahkemenin onayı ile feshedilebilmesine olanak tanınmıştır. Bu düzenlemeye göre, hizmet sözleşmesi dışındaki sürekli borç ilişkilerinin feshi, yalnızca konkordatonun amacına ulaşılmasının engellenmesi durumunda mümkündür²⁶. Fesih nedeniyle ödenmesi gereken tazminat, konkordatoya tabi bir alacak olarak ödenir²⁷.

²¹ Hukuk Muhakemeleri Kanunu madde 382’de, konkordato mühleti verilmesi ve komiserin atanması ile konkordatonun tasdiki, icra ve iflas hukukuna ilişkin çekişmesiz yargı işleri arasında sayılmıştır. Bu sayma bir bütün olarak konkordato sürecinin çekişmesiz yargı işi olarak nitelendirilmesi yerine konkordato sürecinde mahkemeye yöneltilen her bir talep bakımından ayrı ayrı nitelendirme yapılması gerektiği çıkarımının yapılmasına sebebiyet verir. Bu bağlamda feshine onay verilmesi, bir uyumsuzluğun bulunmaması kistası ve subjektif hakların yokluğu ölçütü bakımından çekişmesiz yargı işidir. Feshine onay verilmesinin subjektif hakların yokluğu kistasına göre çekişmesiz yargı işi olduğu görüşü için bakınız Cenk Akil, ‘Konkordato Prosedürü Çerçevesinde Sürekli Borç İlişkilerinin Feshi’ (2019) 143 Türkiye Barolar Birliği Dergisi 229.

²² Özer Seliçi, *Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi* (Fakülteler Matbaası 1976) 4; Pınar Altınok Ormancı, *Sürekli Borç İlişkilerinin Haklı Sebep Feshi* (Vedat Kitapçılık 2011) 6; Murat Tümerdem, *Sürekli Borç İlişkilerinde Borçlunun Temerrüdü ve Sonuçları* (Seçkin Yayınları 2018) 27.

²³ Akil (n 21) 221.

²⁴ Georg Wohl, ‘Die Sanierung von Immoniliengesellschaften’ in Sprecher, Thomas (eds), *Sanierung und Insolvenz von Unternehmen VIII* (Schulthess 2017) 159; Doktrinde İsviçre Hava Yolları’nın (Swissair) 2 Ekim 2001’de başlayan konkordato sürecinin iflasla sonuçlanmasının ana nedeni olarak sürekli borç ilişkilerinin getirdiği külfet gösterilmektedir. Bakınız Thomas Rebsamen, ‘Immobilienmiete im revidierten SchKG’ (2014) 110 Schweizerische Juristen-Zeitung 149. Swissair olayı hakkında detaylı bilgi için bakınız İdil Tuncer Kazancı, ‘Swissair Olayı: İsviçre Yeniden Yapılandırma Hukukuna Etkilerine Bu Etkilerin Hukukumuz Bakımından Kısa Bir Değerlendirmesi’ (2018) 14(39) Legal Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi 133 ve devamı.Haka

²⁵ 7101 Sayılı Kanununun 24’üncü maddesinin gerekçesi; “*Konkordatonun amacına ulaşabilmesi için uzun zamana yayılan ve piyasa koşullarının değişmesi sebebiyle ekonomik bakımdan borçlu için külfetli bir hale gelen sürekli borç ilişkilerinden borçlunun kurtarılabilmesi gereklidir.*”

²⁶ Ramon Mabillard, ‘Kündigung der Dauerschuldverhältnisse im ordentlichen Nachlassverfahren - Prozessuale Kompensation des materiellrechtlichen Eingriffs gemäss Art 297a VE-SchKG’ (2010) 74 BISchK 194; Atalı, Ermenek ve Erdoğan (n 2) 679; Serdar Kale, ‘Yeni Konkordato Hukuku’ iç Selçuk Öztekin (ed), *Yeni Konkordato Hukuku* (Adalet Yayınevi 2018) 254.

²⁷ Atalı, Ermenek ve Erdoğan (n 2) 679-680; Kale (n 26) 258.

B. Feshin Hukuki Niteliği

Sürekli borç ilişkilerinin konkordatonun amacı bağlamında feshedilebilmesi, olağanüstü nitelikte bir fesih hakkıdır²⁸. Olağanüstü fesih, bazı haklı sebeplerin ortaya çıkması halinde belirli veya belirsiz süreli sürekli borç ilişkisini vaktinden önce ileriye etkili (*ex nunc*) olarak tek taraflı irade beyanıyla sona erdirir²⁹.

Olağanüstü fesih, geçerli bir kanunî veya sözleşmesel bir sebebin somut olayda gerçekleşmesine dayanır³⁰. Bu kapsamda İcra ve İflas Kanunu madde 296/2 uyarınca tanınan fesih hakkının haklı bir sebebe dayanıp dayanmadığı tartışmalıdır. Bir görüşe göre, kanun koyucu “*konkordatonun amacına ulaşmasının engellenmesi*”ni haklı sebep olarak ihdas etmiştir³¹. Diğer bir görüşe göre ise konkordato borçlusunun karşı tarafın zararını tazmin edecek olması haklı sebeple fesihle bağdaşmaz³². Tazminat ödemeyi göze alan borçlu, aynı sonuca haksız bir fesihle de ulaşabilir. Bu nedenle İcra ve İflas Kanunu madde 296/2’deki düzenleme haksız fesih olarak nitelendirilmelidir³³.

Kanaatimizce söz konusu fesih hakkı, kanunî bir uyarılama olarak nitelendirilmelidir. Zira İcra ve İflas Kanunu madde 296/2 borç ilişkisini vaktinden önce sona erdirir. Gerçekten de sözleşmeleri vaktinden önce sona erdiren olağanüstü fesih halleri, sözleşmelerin kanunî hükümler uyarınca uyarlanmasının bir örneğini teşkil eder³⁴. Bu bağlamda İcra ve İflas Kanunu madde 296/2’deki düzenleme ile kanun koyucunun

²⁸ Brigitte Umbach-Spahn, Stephan Kesselbach and Stefan Bossart, ‘Art 297a’ in: Jolanta Kren Kostkiewicz and Dominik Vock (eds), Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs SchKG (4th, Schulthess 2017) N 2; Lorandi (n 1) 293; Daniel Hunkeler, ‘Art 297a’ in: Daniel Hunkeler (ed), KurzkomentarSchKG, Kurzkomentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibungs und Konkurs (2nd, Helbing Lichtenhahn 2014) N 2; Mabilard (n 26) 189; Kale (n 26) 255; Hakan Albayrak, *İflas Dışı Adı Konkordatoda Konkordato Mühletinin Sözleşmeler Bakımından Sonuçları* (Yetkin Yayınları, 2020) 349; Hakan Pekcanitez ve Güray Erdönmez, *7101 Sayılı Kanun Çerçevesinde Konkordato* (Vedat Kitapçılık 2018) 105. İcra ve İflas Kanunu madde 296 Hükümet Gereğesi; “...*Madde gereğince borçlunun tarafı olduğu sürekli sözleşmeler, borçlunun iyileşmesine olumsuz etkilerinin bulunması halinde, karşı tarafın zararının karşılanması koşuluyla her zaman sona erdirilebilecektir. Bu fesih, olağanüstü bir fesih imkânıdır.*”

²⁹ Peter Gauch, *System der Beendigung von Dauerverträgen* (Universitätsverlag 1968) 64; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Yetkin Yayınları 2019) 1410; Vedat Buz, *Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar* (Yetkin Yayınları 2005) 193; Gökhan Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt V/1-3* (Seçkin Yayınları 2019) 606; Seliçi (n 22) 156; Altınok Ormancı (n 22) 93.

³⁰ Gauch (n 29) 173; Altınok Ormancı (n 22) 94; Antalya (n 29) 606.

³¹ Albayrak (n 28) 351.

³² Murat Atalı, ‘Konkordatoda Kesin Mühlet ve Sonuçları’ iç Muhammet Özokes (ed), *7101 Sayılı Kanunla Konkordato ve Elektronik Tebligat Konularında Getirilen Yenilikler* (On İki Levha 2018) 102.

³³ ibid 102.

³⁴ Hans Merz, ‘Die Revision der Verträge durch den Richter’ (1942) 61 Zeitschrift für Schweizerisches Recht 423a; Jacques Bischoff, *Vertragsrisiko und clausula rebus sic stantibus: Risikozuordnung in Verträgen bei veränderten Verhältnissen* (Schulthess 1983) 148; Ernst Kramer, ‘Art 18’ in Kramer, Ernst and Bruno Schmidlin (eds), *Berner Kommentar, Band VI, Obligationenrecht, 1. Abteilung Allgemeine Bestimmungen, 1. Teilband, Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art 1-18 OR* (Stämpfli, 1986) N 299; İbrahim Kaplan, *Hâkimin Sözleşmeye Müdahalesi* (Yetkin Yayınları 2013) 126; Eren (n 29) 543.

haksız feshin sözleşmeyi sona erdirip erdirmediği tartışmalarını³⁵ bertaraf etmek istediği kanısındayız. Bu doğrultuda ortaya çıkan tazminatın, haksız fesih halinde olduğu gibi somut olayın özelliklerine göre tamamen borçlu tarafından ödenmesi mümkün olduğu gibi taraflar arasında paylaşılarak³⁶ ödenmesi de mümkündür.

C. Feshin Koşulları

1. Sürekli Borç İlişkisinin Varlığı

Sürekli borç ilişkileri, ilk olarak³⁷ Otto von Gierke tarafından, ifa faaliyetinin zamana yayıldığı ve ifa ile borç ilişkisinin sona ermediği borç ilişkileri şeklinde tanımlanmıştır³⁸. Gierke, zaman unsurunun edimin ifasındaki etkisini, sürekli borç ilişkilerinin tespitinde kıstas olarak belirlemiştir³⁹. Bu bağlamda ifa faaliyetlerinin ilişkin olduğu edim ve ifanın zamana yayılmasının kavramsal olarak taşıdığı belirsizlik, sürekli borç ilişkilerinin tespitine yönelik farklı görüşlerin ortaya atılmasına neden olmuştur.

Meseleye ilişkin ileri sürülen görüşlerden ilki⁴⁰, sürekli borç ilişkisinin tespitinde asli kriter olarak borçlunun ifa hareketlerinin zamana yayılmasını; ikincisi⁴¹, alacaklının ifadaki menfaatini; üçüncüsü⁴², toplam edim miktarının düzenli ve sürekli olarak artma karakteri göstermesini; dördüncüsü⁴³, her birini ani edim olarak nitelendirdiği

³⁵ Bir görüşe göre, geçerli bir neden olmaksızın kullanılan olağanüstü fesih hakkı borç ilişkisini sona erdirmez. Rona Serozan, *Sözleşmeden Dönme* (Vedat Kitapçılık 2007) 538; Altınok Ormancı (n 22) 219-220; Buz (n 29) 236; Seliçi (n 22) 158. Başka bir görüşe göre ise, geçerli bir nedene dayanmayan fesih, borç ilişkisini sona erdirmekle birlikte fesheden tarafın karşı tarafın müspet zararını karşılaması yükümlülüğünü doğurur. Özge Ayan, *Acentenin Denkleştirme Talep Etme Hakkı* (Seçkin Yayınları 2008) 43. Bir diğer görüşe göre, bu halde fesih beyanına rağmen borç cebri icra ile elde edilebiliyorsa borç ilişkisi sona ermez; aksi halde sonraki imkansızlık nedeniyle borç ilişkisi sona erer. Barış Demirsatan, *Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Sözleşmenin Haksız Olarak Sona Erdirilmesi* (On İki Levha Yayınları 2019) 303-306.

³⁶ Olağanüstü fesih, sözleşme ihlali dışında bir haklı sebebe dayanıyorsa ortaya çıkan tazminatın taraflar arasında hakkaniyete göre paylaşılması mümkündür. Altınok Ormancı (n 22) 251-252. Ancak bu durumun konkordato bakımından dikkatle ele alınması gerekir. Tazminatın konkordatoya tabi olmasına rağmen hakkaniyet gereği paylaşılmasının gerekli olduğu hallerde tazminatın taraflar arasında paylaşılmasının mümkün olduğu kanaatindeyiz.

³⁷ Sürekli borç ilişkisi kavramının Roma Hukuku'nda münferit sözleşme türleri kapsamında görülmekle beraber sistematik olarak genel bir tanımlamaya gidilemediği hakkında bakınız Franz Gschnitzer, 'Die Kündigung nach deutschem und österreichischem Recht' (1926) 76 Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des Bürgerlichen Rechts 317-319. Gierke'den önce kategorik ve sistematik bir sınıflandırma yapılamamasından dolayı Gierke sürekli borç ilişkisini kavramsal olarak hukuka kazandıran kişi olarak anılmaktadır. Tümerdem (n 22) 28.

³⁸ Otto von Gierke, 'Dauernde Schulverhältnisse' (1914) 64 Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des Bürgerlichen Rechts 357.

³⁹ Gierke (n 38) 357; Seliçi (n 22) 5; Tümerdem (n 22) 29.

⁴⁰ Gierke (n 38) 355; Daniel Sauter, *Ausgewählte Probleme des Sukzessivlieferungsvertrage* (Schulthess 1982) 18; Stutz Heinrich, *Der Rücktritt bei den Dauerverträgen des Bürgerlichen Gesetzbuch* (Düsseldorf 1935) 3; Serozan (n 35) 164; Kemal Oğuzman ve Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I* (Vedat Kitapçılık 2015) 12-13; Selahattin Sulhi Tekinay, Sermet Akman, Haluk Burcuoğlu, ve Atilla Altop, *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Filiz Kitabevi 1993) 11; Şeref Ertaş, 'Sürekli Borç İlişkilerinin Zamanaşımı' (2014), 16 Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 3094.

⁴¹ Seliçi (n 22) 7.

⁴² Armin Ehrenzweig, *System des Österreichischen Allgemeinen Privatrechts Band 2* (Manz 1920) 6; Heino Behrens, 'Das Wiederkehrschulverhältnis' (Dissertation, Hamburg, 1972) 12; Joachim Gemhuber, *Das Schuldverhältnis* (J.C.B. Mohr 1989) 378.

⁴³ Ulrich Noll, 'Zur Verjährung von Erfüllungsansprüchen aus Dauerschuldverhältnissen und anderen Ansprüchen auf Eine Dauernde Leistung' (Dissertation, Universität Bonn 2003) 8.

münferit edim fiillerinin ve sonuçlarının çokluğunu; beşincisi ise⁴⁴, rizikolu asli edim olarak sözleşmeye hukukî özelliğini veren karakteristik edimin kapsamının zaman unsuruna bağlı olarak belirlenip belirlenemediğini esas almaktadır. Yargı kararlarında ise asli edimin süreklilik arz ettiği borç ilişkileri sürekli borç ilişkisi olarak nitelendirilmektedir⁴⁵. Kanaatimizce de karakteristik ediminin sürekli nitelik taşıdığı ve bu kapsamda alacaklının ifadaki menfaatinin bir süreye yayıldığı borç ilişkileri, sürekli borç ilişkisi olarak kabul edilmelidir⁴⁶.

Dönemli edimli sözleşmeler de bazı durumlarda sürekli borç ilişkisi doğurabilmektedir. Dönemli edimli sözleşme olarak tedarik sözleşmelerinin sürekli borç ilişkisi doğurduğu konusunda doktrinde görüş birliği vardır⁴⁷. Fakat tüm edim miktarının başlangıçta belirlendiği dönemli edimli sözleşmeler, ani edimli borç ilişkileri ile sürekli borç ilişkileri arasında ve fakat sürekli borç ilişkilerine daha yakın bir niteliğe sahiptir⁴⁸. Bu bağlamda sürekli borç ilişkisine ilişkin kurallar kıyasen bu sözleşmelere de uygulanmalıdır⁴⁹. Buna göre, dönemli edimli sözleşmeler, İcra ve İflas Kanunu madde 296/2 uyarınca feshedilebilmelidir.

Kanaatimizce, İcra ve İflas Kanunu madde 296/2 hükmü, kuruluşu ile ifası arasında bir zaman aralığı bulunan ani edimli sözleşmeler bakımından da uygulanabilmeli ve borçluya bu sözleşmelerden dönme imkânı verilmelidir. Zira söz konusu hüküm, zamana yaygın bir niteliğe sahip sürekli borç ilişkilerinin getirdiği külfetten konkordato borçlusunu korumak amacıyla sevk edilmiştir. Bu bağlamda aynı risk kısım kısım ifanın öngörülmediği ve kuruluşu ile ifası arasında bir zaman aralığı bulunan ani edimli sözleşmeler bakımından da bulunmaktadır⁵⁰. Ulaştığımız bu sonuç İcra ve İflas Kanunu madde 296/2 hükmünün sevk amacı ile de uyumludur.

⁴⁴ Altınok Ormancı (n 22) 13.

⁴⁵ Bakınız İstanbul BAM 13. HD 2018 / 1397 E. 2019 / 1775 K.; Yargıtay 3. HD. 2016/ 13975 E. 2017 / 7258 K.; Yargıtay 3. HD. 2016/19699 E. 2018/5859 K. www.sinerjimevzuat.com.tr, Erişim Tarihi 27 Mayıs 2020.

⁴⁶ Aynı yönde bakınız Seliçi (n 22) 8; Erden Kuntalp, *Ard Arda Teslimli Satım Akdi* (Sevinç Matbaası 1968) 18; Eren (n 29) 111-112; Antalya (n 29) 104.

⁴⁷ Seliçi (n 22) 15; Kuntalp (n 46) 9; Oğuzman ve Öz (n 40) 13; Tümerdem (n 22) 56; Altınok Ormancı (n 22) 20.

⁴⁸ Seliçi (n 22) 20.

⁴⁹ ibid 20.

⁵⁰ Kural olarak ani edimli sözleşmelerin doğası gereği böyle bir sona erdirmeye olanağına ihtiyaç olmadığı düşüncesine (Albayrak (n 28) 371) katılmakla beraber kuruluşu ile ifası arasında zaman bulunan ani edimli sözleşmeleri ayrı tutmak gerekir. Örneğin, büyük sanayi makinelerinin kısım kısım tesliminde teslimatın büyük kısmının mühlet sonrasında veya geçici mühlette dönme hakkının kullanılmak istenmesi durumunda verileceği henüz belli olmayan kesin mühlet süresine denk gelmesi hallerinde konkordato borçlusuna İcra ve İflas Kanunu madde 296/2 kapsamında sözleşmeden dönme imkânı tanıyan yasal bir düzenleme yapılmalıdır.

2. Konkordatonun Amacına Ulaşmasının Engellenmesi

a. Konkordatonun Amacı

Hukukî niteliği bakımından hafifletilmiş bir cebri icra prosedürü olan bu müessese, alacaklı ve borçlunun menfaatlerinin korunmasının yanı sıra kamu menfaatini korumayı amaçlar⁵¹. Konkordato, iflasın tasfiye amacının aksine işletmenin devamlılığını benimsemiştir⁵². Konkordato ile işletmesinin faaliyetlerini kesintiye uğramadan devam ettirebilen⁵³ borçlu, işletmenin teşebbüs değerini ve kâr amacını korumuş olur⁵⁴. İşletmenin faaliyetlerine devam etmesi durumunda istihdam korunmuş olacağı gibi toplumsal barışa da hizmet edilir⁵⁵. Zira işletmenin ekonomik varlığının sona ermesine toplumun kayıtsız kalması düşünülemez⁵⁶. Böyle bir halde devletin mali yükümlülüklerinin artacağı izahtan varestedir⁵⁷. Bu bağlamda konkordato, yatırım ortamının iyileştirilmesini mümkün kılmakla beraber vergi ve istihdamda sürekliliği sağlar⁵⁸. Öte yandan kriz veya iktisadî belirsizlik hallerinde, toplumsal hadiseleri frenler⁵⁹.

Konkordato borçlusu, icra ve iflas takiplerinin yıkıcı etkisinden de kurtulur⁶⁰. Zira alacaklıların borçluyu cebri icra tehdidinde maruz bırakmaları, borçlunun mali durumunun daha da kötüleşmesine neden olabilir⁶¹. Bu bağlamda takip yasağı ile borçlunun malvarlığı korunmakla birlikte, borçlunun mali durumunun iyileşmeye hazırlanabilmesinin ya da iyileşmesinin ve bu kapsamda müzakerelerde bulunabilmesinin önü açılır⁶². Borçların tasfiye edilmesi, borçlu için rehabilitasyon amacı taşır⁶³. Borçların tasfiyesiyle borçlunun alacaklılarla ticari ve kişisel ilişkileri sürdürülebilir hale gelir⁶⁴.

⁵¹ Peter Ludwig, *Der Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung (Liquidationsvergleich)* (Stämpfli 1970) 12; Keller (n 17) 44; Gildo Papa, 'Die Analogie Anwendung der Konkursnormen auf den Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung' (Dissertation, Bern, 1941) 2; Süha Tanrıver, *Konkordato Komiseri* (Yetkin Yayınları 1993) 4-5; Necmeddin Berkin, *İflas Hukukunda Konkordato* (İsmail Akgün Matbaası 1949) 28-29; Sümer Altay ve Ali Eskiocak, *Konkordato ve Yeniden Yapılanma Hukuku* (Vedat Kitapçılık 2019) 42; Atalı, Ermenek ve Erdoğan (n 2) 624.

⁵² Daniel Oehri, *Der Sachwalter im Nachlassverfahren: Ein Diener zweier Herren* (Schulthess 2018) 114; Ahmet Başözen, *Müflisin Tasarruf Yetkisi* (Turhan Kitabevi 2005) 109; Tanrıver (n 51) 18; Albayrak (n 28) 43; Atalı, Ermenek ve Erdoğan (n 2) 623; Altay ve Eskiocak (n 51) 41; İbrahim Ermenek, *İflasın Erteleme* (Adalet Yayınevi 2010) 133.

⁵³ Oehri (n 52) 114; Papa (n 51) 2; Keller (n 17) 43-44; Albayrak (n 28) 43; Tanrıver (n 51) 4; Altay ve Eskiocak (n 51) 42; Berkin, *İflas Hukukunda Konkordato* (n 51) 29.

⁵⁴ Oehri (n 52) 114; Albayrak (n 28) 43; İflasın ertelenmesi için aynı yönde, Ermenek (n 52) 101 ve devamı.

⁵⁵ Atalı, Ermenek ve Erdoğan (n 2) 624; Altay ve Eskiocak (n 51) 42; Tanrıver (n 51) 5.

⁵⁶ Keller (n 17) 44.

⁵⁷ Ludwig (n 51) 12.

⁵⁸ Atalı, Ermenek ve Erdoğan (n 2) 624.

⁵⁹ ibid 624.

⁶⁰ Papa (n 51) 1; Keller (n 17) 41; Tanrıver (n 51) 4; Berkin, *İflas Hukukunda Konkordato* (n 51) 28.

⁶¹ Müjgan Tunç Yücel, *Konkordato Mühletinin Alacaklılar Bakımından Sonuçları* (On İki Levha Yayınları 2020) 5.

⁶² Hunkeler Art 297 N 1; Tunç Yücel (n 61) 127.

⁶³ Sema Taşpınar Ayvaz, *İcra ve İflas Hukukunda Yeniden Yapılandırma* (Yetkin Yayınları 2005) 238-239; Muhammet Özkes, 'Konkordatoya Başvuru ve Geçici Mühlet Kararı' iç Muhammet Özkes (ed), *7101 Sayılı Kanunla Konkordato ve Elektronik Tebligat Konularında Getirilen Yenilikler* (On İki Levha 2018) 47.

⁶⁴ Atalı, Ermenek ve Erdoğan (n 2) 624.

Alacaklılar, konkordato sayesinde iflasta elde edecekleri miktardan daha fazla bir alacağa kavuşurlar⁶⁵ ve takip külfetlerinden de kurtulurlar⁶⁶.

D. Konkordatonun Amacının Somut Durum Bağlamında Tespit Edilmesi

Konkordatonun borçlu, alacaklı ve kamu menfaatini koruma amaçları ve bu bağlamda ortaya çıkan alt amaçlar, her bir somut olay bakımından farklı ağırlıkta olabilir. Bazı durumlarda borçlunun menfaatlerinin korunması daha ağır basarken bazı durumlarda alacaklıların menfaati ön plana çıkabilir. Bu nedenle her bir somut olayda borçlunun bağlı olduğu sürekli borç ilişkisinden kurtarılması gerekmebilir.

Kanaatimizce sürekli borç ilişkisinin konkordatonun amacına ulaşmasına mani olup olmadığı tespit edilirken konkordatonun tasfiye amacı ve tasfiyeyle birlikte iyileşme amacı taşıyıp taşıyamamasına göre bir ayırım⁶⁷ yapılmalıdır. İsviçre hukukunda feshe yalnızca sürekli borç ilişkisinin iyileşmeyi imkânsız kılması durumunda izin verilmesi gerektiği ifade edilmektedir⁶⁸. Gerçekten de konkordatonun sadece tasfiye amacı taşıdığı durumlarda borçlunun sürekli borç ilişkisinden kurtarılmasının bir anlamı yoktur⁶⁹.

E. Sürekli Borç İlişkisi ile Konkordatonun Amacı Arasındaki İlişkinin Tespiti

Sürekli borç ilişkisinin konkordatonun amacına ulaşmasını engelleyip engellemediğine ilişkin değerlendirmede, amaca mani olan bir sürekli borç ilişkisinin varlığının aranmasının yanı sıra, feshin konkordatonun amacına ulaşmasına yardımcı olup olmayacağı da⁷⁰ dikkate alınmalıdır⁷¹.

Sürekli borç ilişkisinin, konkordatonun iyileşme amacına mani olması veya zorlaştırması yeterli görülmemelidir⁷². İyileşme amacı, sürekli borç ilişkisinin varlığı sebebiyle neredeyse imkânsız bir hal alıyorsa feshe izin verilmelidir⁷³. Sürekli borç ilişkisinin varlığı, yeniden yapılandırma gayretlerini tehlikeye sokmuyor ve fesihle iyileşme amacının sekteye uğraması önlenemiyorsa feshe izin ve onay verilmemelidir⁷⁴.

⁶⁵ Papa (n 51) 2; Keller (n 17) 43-44; Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay, Meral Sungurtekin Özkan ve Muhammet Özkes, İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı (6. Bası, On İki Levha 2019) 500; Atalı, Ermenek ve Erdoğan (n 2) 688.

⁶⁶ Berkin, *İflas Hukukunda Konkordato* (n 51) 28; Taşpınar Ayvaz (n 63) 237; Altay ve Eskioçak (n 51) 42.

⁶⁷ Konkordato yalnızca tasfiye amacı taşıyabileceği gibi tasfiyeyle beraber iyileşme amacı da taşıyabilir. Atalı, Ermenek ve Erdoğan (n 2) 624.

⁶⁸ Hunkeler (n 28) N 16.

⁶⁹ Pekcanitez ve Erdönmez (n 28) 106.

⁷⁰ Lorandi (n 1) 295; Albayrak (n 28) 367.

⁷¹ Aynı yönde bakınız Albayrak (n 28) 368.

⁷² Hunkeler (n 28) N 16; Umbach-Spahn, Kesselbach ve Bossart (n 28) N 9.

⁷³ Umbach-Spahn, Kesselbach ve Bossart (n 28) N 8; Hunkeler (n 28) N 16; Kale (n 26) 257.

⁷⁴ Thomas Bauer and Daniel Staehelin, *Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs Ergänzungsband* (Helbing Lichtenhahn 2017), Art 297a N 12-14; Pekcanitez ve Erdönmez (n 28) 108.

Konkordatonun başarı şansı ve amacına ulaşması, sadece sürekli borç ilişkisinin feshine bağlı olmayabilir⁷⁵. Henüz nasıl sonuçlanacağı bilinmeyen⁷⁶ bir konkordatoda, amaca ulaşamamayı sırf sürekli borç ilişkisinin varlığına bağlamak güçtür. Bu bağlamda İsviçre hukukunda, amaca mani olunup olunmadığı hususunun taraflar arasında ihtilaf konusu olabileceği ifade edilmiştir⁷⁷. Bu nedenle tüm etkenler ve faktörler birlikte değerlendirilerek sürekli borç ilişkisi ile konkordatonun amacı arasında yoğun bir nedensellik bağı aranmalıdır. Sürekli borç ilişkisinin varlığı ile işletmenin ihtiyaç duyacağı likidite ve işletmenin yeni bir yöne sevk ve yeniden yapılandırılması⁷⁸ arasındaki ilişki kıstas alınmalıdır. Ayrıca feshin sırf sürekli borç ilişkilerinin getirdiği ağır borç yükünden kurtulmak maksadı taşıyıp taşımadığı⁷⁹ tespiti de yapılmalıdır.

F. COVID-19 Salgınının Konkordatonun Amacına Ulaşmasının Engellenmesine Etkileri

Sürekli borç ilişkisinin konkordatonun amacına ulaşmasını engelleyip engellemediğinin tespitinde, birden çok etkenin birlikte değerlendirilmesi ve sürekli borç ilişkisi ile konkordatonun amacı arasında yoğun bir ilişki ve nedensellik bağının aranması söz konusudur. Gerçekten de konkordatonun amacına ulaşması, pratikte sadece bir borç ilişkisinin feshine ya da bir olgunun varlığına bağlı değildir. Çoğu kere borçluyu konkordato sürecine götüren birbiri ile etkileşimli birden çok etken bulunmaktadır. Konkordato borçlusunun karmaşık hukukî ilişkilerin tarafı konumunda bulunması da kuvvetle muhtemeldir.

İşaret edilen çerçevede covid-19 salgınının sebep olduğu ekonomik darboğaz, borçlunun sürekli borç ilişkilerinin yükünden kurtulmak istemesi sonucunu doğurabilir. Arz ve talep dengesindeki bozulma nedeniyle artık kiralama makinelerine ihtiyaç duymayan konkordato borçlusunun durumu buna örnek gösterilebilir. Benzer şekilde covid-19 nedeniyle iş sahasını daraltmak isteyen konkordato borçlusu, kiralananın tahliyesine ihtiyaç duyabilir. Bu hallerde covid-19 salgını ile konkordatonun amacı arasında doğrudan bir bağ olmasa da dolaylı olarak sürekli borç ilişkilerinin konkordatonun amacına ulaşmasına mani olması sonucunu doğurabilir. Bununla birlikte covid-19 salgını, konkordatonun amacı bağlamında mutlak olarak nazara alınması gereken bir husus değildir. Ancak konkordatonun amacı ile sürekli borç ilişkisi arasındaki ilişkiyi doğrudan veya dolaylı olarak etkilediği durumlarda göz önünde bulundurulmalıdır. Zira covid-19 salgınının, tüm sürekli borç ilişkilerini veya

⁷⁵ Albayrak (n 28) 366.

⁷⁶ *Lorandi*'ye göre nasıl sonuçlanacağı henüz belli olmayan konkordato süreci bakımından sözleşmenin feshi için böyle bir koşul getirilmesi yerinde değildir. *Lorandi* (n 1) 295.

⁷⁷ *Mabillard* (n 26) 201.

⁷⁸ *Pekcanitez ve Erdönmez* (n 28) 105; *Akil* (n 21) 226.

⁷⁹ Bu hallerde hakkın kötüye kullanılmasından söz edilir. *Lorandi* (n 1) 295; *Mabillard* (n 26) 201; *Pekcanitez ve Erdönmez* (n 28) 108; *Albayrak* (n 28) 366; *Kale* (n 26) 257.

tüm konkordato borçlularını ya da işletmelerini aynı ölçüde veya olumsuz olarak etkilediği söylenemez. Gerçekten de covid-19 nedeniyle inşaat, seyahat ve turizm sektörlerinde ciddi düşüşler⁸⁰ yaşansa da e-ticaret ve medya sektörlerinde ciddi bir artış gözlemlenmiştir⁸¹.

Salgın nedeniyle iyileşme amacına etki eden ya da onu engelleyen etkenlerin sayısı veya ağırlık oranında bir değişme meydana gelebilir. Bu bağlamda tüm etkenler birlikte değerlendirildiğinde covid-19 salgını, sürekli borç ilişkilerinin konkordatonun amaca ulaşmasındaki etkisini bertaraf edebilir.

3. Komiserin Uygun Görüşü ve Mahkemenin Onayının Alınması

a. Komiserin Uygun Görüşü

Borçlunun yapacağı hukukî işlemler için konkordato komiserinin izninin aranması, komiserin borçlunun hukukî ilişkilerini konkordatodan beklenen amaç bağlamında düzenlemesine yardımcı olur⁸². Bu hususu nazara alan kanun koyucu, sürekli borç ilişkilerinin feshi için konkordato komiserinin uygun görüşünü şart koşarak özel bir tasarruf kısıtlaması getirmiştir⁸³. Bu bağlamda komiserin uygun görüşü ile birlikte mahkemenin onayı olmaksızın kullanılan fesih hakkı, İcra ve İflas Kanunu madde 296/2 kapsamında hukukî bir sonuç doğurmaz⁸⁴.

İsviçre hukukunda sürekli borç ilişkisinin feshi için yalnızca komiserin onayı yeterlidir⁸⁵. Fesih için mahkemenin onayının aranmasının konkordato sürecini bürokratikleştirerek zaman kaybına yol açacağı ifade edilmiştir⁸⁶. Bununla beraber feshin alacaklıların haklarını etkilediği düşüncesiyle alacaklılar kurulunun onayına tabi olması gerektiğini savunan bir görüş bulunmaktadır⁸⁷. Buna karşın Türk hukukunda mahkemenin onayının aranmasının hakkın kötüye kullanılmasını engelleyici bir etkiye sahip olduğu ifade edilmektedir⁸⁸.

⁸⁰ Çağatay Üstün ve Seçil Özçiftçi, 'COVID-19 Pandemisinin Sosyal Yaşam ve Etik Düzlem Üzerine Etkileri: Bir Değerlendirme Çalışması' (2020) 25(1) Anadolu Kliniği Tıp Bilimleri Dergisi 146-147.

⁸¹ Hüseyin Güven, 'Covid-19 Pandemik Krizi Sürecinde E-Ticarette Meydana Gelen Değişimler' (2020) 7(5) Avrasya Sosyal ve Ekonomi Araştırmaları Dergisi 256 ve devamı.

⁸² Tanrıver (n 51) 194-195.

⁸³ Bazı işlemlerin sadece komiserin izni ile yapılması halinde veya işletmenin faaliyetlerinin komiser tarafından yürütülmesine karar verilen durumlarda özel bir tasarruf kısıtlamasından söz edilir. Başözen (n 52) 111; Sema Taşpınar, 'Adi Konkordato Hakkında İcra ve İflas Kanunu'nda Yapılan Değişiklikler' (2003) 22 Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Dergisi (BATİDER) 67. Ancak kanun koyucu burada mahkeme kararına gerek olmadan kendisi bir özel tasarruf kısıtlaması ihdas etmiştir.

⁸⁴ Lorandi (n 1) 294; Akil (n 21) 227; Albayrak (n 28) 364.

⁸⁵ Bakınız SchKG Art 297a.

⁸⁶ İsviçre Uzmanlar Grubu Raporu (Expertengruppe), *Revision des SchKG: Sanierungsverfahren* (Bern 2008) 19-20.

⁸⁷ Mabillard (n 26) 203.

⁸⁸ Akil (n 21) 229; Albayrak (n 28) 360.

Konkordato komiseri, feshe ilişkin görüşünü iki ana ayak üzerine oturtmalıdır. Bunlardan ilki, fesih hakkının kötüye kullanılıp kullanılmadığıdır⁸⁹. Bu kapsamda, borçlunun iflas etmekten kaçınamayacağı aşikâr ise feshe izin verilmemelidir⁹⁰. Borçlu sadece sürekli borç ilişkilerinin getirdiği külfetten kurtulmak maksadıyla fesih talebinde bulunmuşsa feshe müsaade edilmemelidir⁹¹. Komiser, borç ilişkisinin karşı tarafının⁹² ve müzakere bağlamında sayı ve alacak oranında meydana gelecek artış⁹³ nedeniyle diğer alacaklıların menfaatlerini göz önünde bulundurmalıdır.

Komiserin görüşünü temellendireceği diğer husus, sürekli borç ilişkisi ile konkordatonun amacı arasındaki münasebettir. Bu bağlamda feshine izin verilen sürekli borç ilişkisi, iyileşme amacının engellenmesinin ya da zorlaştırılmasının yanı sıra yeniden yapılandırma ya da iyileşme amacına ilave bir katkı sağlamalıdır⁹⁴.

G. Mahkemenin Onayı

Onay makamı olarak asliye ticaret mahkemenin görevi, sürekli borç ilişkisinin konkordatonun amacına mani olup olmadığını ve komiserin uygun görüşünün varlığını tespit etmekten ibarettir⁹⁵. Borçlunun faaliyetlerine nezaret eden konkordato komiserinin görüşü, mahkemenin onayı bağlamında belirleyici bir nitelik taşır⁹⁶.

Sürekli borç ilişkisinin feshine onay verecek olan mahkeme, tüm etkenleri birlikte değerlendirerek sürekli borç ilişkisi ile konkordatonun amacı arasında yoğun bir nedensellik bağı aramalıdır⁹⁷. Ancak konkordatonun başarı ihtimalini etkileyen birden çok faktörün bulunması⁹⁸ ve konkordatonun nasıl sonuçlanacağını öngörülememesi nedeniyle bu değerlendirme varsayıma dayalı olacaktır⁹⁹. Geleceğe yönelik bir öngörünün söz konusu olduğu bu durum için yaklaşık ispat ölçüsünün aranması yeterlidir¹⁰⁰.

Mahkeme, feshin onayı bakımından alacaklıların çıkarlarını gözeterek bir değerlendirme yapmalıdır. Feshin alacaklılar üzerindeki etkisi göz ardı edilmemelidir. Bu kapsamda özellikle feshin borçlunun likidite ve iş planlarına etkisi ile alacakların

⁸⁹ Komiserin onayı ile güdülen amaç, hakkın kötüye kullanılmasını önlemektir. Bakınız Mabillard (n 26) 200.

⁹⁰ Bauer (n 74) Art 297a N 9; Pekantez ve Erdönmez (n 28) 106.

⁹¹ Umbach-Spahn, Kesselbach ve Bossart (n 28) N 7-9.

⁹² Umbach-Spahn, Kesselbach ve Bossart (n 28) N 13; Bauer (n 74) Art 297a N 14.

⁹³ Mabillard (n 26) 201.

⁹⁴ Bakınız Yukarıda III, 2, c.

⁹⁵ Akil (n 21) 229; Albayrak (n 28) 364.

⁹⁶ Kale (n 26) 256.

⁹⁷ Aksi yönde bakınız Lorandi (n 1) 295.

⁹⁸ Lorandi (n 1) 295 dipnot 32.

⁹⁹ Lorandi (n 1) 295; Albayrak (n 28) 366.

¹⁰⁰ Geleceğe dönük öngörülerin mutlak ve kesin olarak ispat edilemeyeceği hakkında bakınız Hakan Albayrak, *Medeni Usul ve İcra İflas Hukukunda Yaklaşık İspat* (Yetkin Yayınları 2013) 125. Yaklaşık ispatın yeterli olduğu aynı yöndeki görüşler için bakınız Lorandi (n 1) 295; Albayrak (n 28) 368.

tahsiline olan katkısı dikkate alınmalıdır. Zira fesih nedeniyle alacaklıların müzakerelerdeki etkinliğinde bir değişme meydana gelmektedir¹⁰¹.

İcra ve İflas Kanunu madde 297 uyarınca borçlunun tasarruf yetkisinin kısıtlandığı hallerde, bazı işlemler mahkemenin iznine bağlanmıştır. Esasen bu düzenlemede de İcra ve İflas Kanunu madde 296/2'dekine benzer şekilde mahkemenin verdiği bir izin ya da onay bulunmaktadır. Doktrinde mahkemenin izninin en azından konkordato projesinin yeterli çoğunluk tarafından kabul edilmesinin ve tasdik edilmesinin kuvvetle muhtemel görülmesine bağlı olması gerektiği ifade edilmektedir¹⁰². Benzer bir ölçüt, İcra ve İflas Kanunu madde 296/2 kapsamında da düşünülmelidir¹⁰³. Zira fesih hakkının kullanılmasından sonra projenin kabul edilmemesi veya tasdik edilmemesi durumlarında dahi borç ilişkisi önceki haline avdet etmez¹⁰⁴.

H. Komiserin Görüşü ve Mahkemenin Onayının Alınması Usulü

Sürekli borç ilişkilerinin feshi için konkordato komiserinin görüşünün ve mahkemenin onayının alınması zorunludur. Bu kapsamda sürekli borç ilişkisini feshetmek isteyen borçlu, kural olarak öncelikle feshine yönelik iradesini komisere ileterek onun bu konudaki görüşünü talep etmelidir¹⁰⁵. Komiserin uygun görüşünü alan borçlu mahkemenin onayını aldıktan sonra fesih iradesini karşı tarafa bildirebilir¹⁰⁶. Borçlunun, komiserin görüşünü almaksızın mahkemeye başvurması halinde¹⁰⁷, borçlunun talebi hakkında karar vermeden önce mahkemenin bu konuda komiserin görüşünü alması gerekir¹⁰⁸. Borçlu, fesih iradesini karşı tarafa bildirdikten sonra da komiserin uygun görüşü ve mahkemenin onayı bağlamında izah edilen iki seçenekten birini tercih edebilir¹⁰⁹. Borçlunun, fesih hakkını kendisine haber vermeksizin kullanması halinde komiser, borçluyu daha önceden uyarılmış olmak kaydıyla, mahkemeden borçlunun tasarruf yetkisinin kaldırılmasını veya sınırlandırılmasını talep edebilir (İcra ve İflas Kanunu madde 297/3)¹¹⁰.

İsviçre hukukunda komiserin görüşünün alınmasının şekle bağlı olmadığı ifade edilmektedir¹¹¹. Buna göre komiser, görüşünü yazılı, sözlü ya da elektronik posta

¹⁰¹ Mabillard (n 26) 201.

¹⁰² Hubert Gmünder, *Der Betriebsverkauf in den Insolvenzverfahren Konkurs und Nachlassverfahren des SchKG, Konkursaufschub des OR sowie Chapter 11 des US Bankruptcy Code* (Dike 2018) 250, N 627.

¹⁰³ Aynı yönde bakınız Lukas Glanzmann, *Das neue Sanierungsrecht, Entwicklungen im Gesellschaftsrecht X* (Stämpfli 2015) 251.

¹⁰⁴ Kale (n 26) 258.

¹⁰⁵ Bauer (n 74) Art 297a N 16; Kale (n 26) 256; Albayrak (n 28) 364.

¹⁰⁶ Albayrak (n 28) 362.

¹⁰⁷ Kale (n 26) 256; Albayrak (n 28) 363.

¹⁰⁸ Kale (n 26) 256; Albayrak (n 28) 363.

¹⁰⁹ Albayrak (n 28) 362-363.

¹¹⁰ Hunkeler (n 28) N 13.

¹¹¹ Umbach-Spahn, Kesselbach ve Bossart (n 28) N 6; Lorandi (n 1) 294; Hunkeler (n 28) N 18.

yoluyla bildirebilir¹¹². Ancak komiserin ispat bakımından onayını yazılı olarak vermesinin daha uygun olduğu kabul edilmektedir¹¹³. Fakat Türk hukukunda fesih, mahkemenin onayını gerektirdiğinden komiserin görüşünü her halde ya bir rapor ile yazılı olarak ya da mahkemede dinlenmek suretiyle bildirmesi gerekir. Komiserin rızasının muhatabının borçlu olması¹¹⁴ bu durumu değiştirmez¹¹⁵. Bu bakımından komiserin rızasının şekle tabi olmaksızın zımnen dahi verilebileceği görüşüne¹¹⁶ katılmak, uygulamadaki işleyiş gereği mümkün görünmemektedir. Kaldı ki, sözleşmenin etkinliği bağlamında feshe rıza gösterilmesinin muhataba da bildirilmesi tavsiye edilmektedir¹¹⁷.

Meseleye ilişkin olarak komiserin fesih talebi hakkındaki görüşüne karşı şikâyet yoluna başvurulup başvurulamayacağı üzerinde de durulmalıdır. Bir görüşe göre konkordato komiserinin görüşüne karşı şikâyet yoluna başvurulamamalıdır¹¹⁸. Zira feshin onay makamı olan mahkemenin komiserin görüşü için ayrıca meşgul edilmesi usul ekonomisine aykırıdır¹¹⁹. Aksi görüşe göre ise, fesih işlemi bağlamındaki takdir yetkisini somut olayın özelliklerine uygun şekilde kullanmayan komiserin kararına karşı şikâyet yoluna gidilebilir¹²⁰. Kanaatimizce komiserin sürekli borç ilişkisinin feshi hakkındaki görüşüne karşı şikâyet yoluna başvurulup başvurulamayacağı komiserin görüşünün içeriğine göre belirlenmelidir. Zira kanun koyucu mahkemenin borçlunun fesih talebini onaylamasını komiserin görüşünün alınmasına değil, uygun görüşünün alınmasına bağlamıştır. Bu kapsamda komiserin feshin uygun olmayacağına ilişkin görüşüne karşı şikâyet yoluna başvurulabilmelidir. Zira bu görüş, nihai ve icrai niteliktedir. Usul ekonomisi ilkesi gereği şikâyet ile birlikte fesih talebinin onaylanmasının da talep edilebilmesinin önünde bir engel olmamalıdır. Komiserin fesih talebi hakkındaki uygun görüşü ise tek başına icrai bir nitelik göstermediğinden bu görüşe karşı şikâyet yoluna gidilebilmesi, borçlunun fesih talebinin onayı için mahkemeye başvurmaya bağlıdır. Alacaklılar veya alacaklılar kurulu komiserin uygun görüşüne karşı bu aşamada şikâyette bulunabilirler. Böylelikle alacaklılar ve alacaklılar kurulunun¹²¹ sürekli borç ilişkisinin feshi hakkındaki görüşü alınarak onların menfaatlerinin korunmasına da hizmet edilmiş olur.

¹¹² Lorandi (n 1) 294.

¹¹³ Umbach-Spahn, Kesselbach ve Bossart (n 28) N 6; Lorandi (n 1) 294; Hunkeler (n 28) N 18; Bauer (n 74) Art 297a N 8-9. Türk hukuku için aynı yönde bakınız Pekcantez ve Erdönmez (n 28) 107.

¹¹⁴ Lorandi (n 1) 294.

¹¹⁵ Rızanın borçluya sözlü veya şekle tabi olmaksızın herhangi bir şekilde verilmesi durumunda dahi bu durumun mahkemede ispatı gerekecektir.

¹¹⁶ Akil (n 21) 227; İbrahim Kaplan, *Yeni Türk Konkordato Hukuku* (Yetkin Yayınları 2019) 38.

¹¹⁷ Lorandi (n 1) 294; Hunkeler (n 28) N 9.

¹¹⁸ Kale (n 26) 256; Albayrak (n 28) 365.

¹¹⁹ Kale (n 26) 256.

¹²⁰ Pekcantez ve Erdönmez (n 28) 108; Akil (n 21) 228. İsviçre hukuku bakımından Lorandi (n 1) 296; Umbach-Spahn, Kesselbach ve Bossart (n 28) N 4.

¹²¹ Atalı, Ermenek ve Erdoğan (n 2) 679.

Konkordatonun amacına ulaşmasının mutlak olarak sürekli borç ilişkisinin feshine bağlı olduğu durumlarda¹²², borçlu, sürekli borç ilişkisinin feshine yanaşmazsa; komiser, borçlunun tasarruf yetkisinin kaldırılmasını isteyerek fesih hakkını bizzat kullanabilir¹²³. Benzer şekilde işletmenin faaliyetini komiserin devam ettirdiği hallerde, komiser sürekli borç ilişkisini mahkemenin onayı ile feshedebilir¹²⁴.

I. COVID-19 Salgını Sürecinde Komiserin Görüşü ve Mahkemenin Onayının Alınması

COVID-19 salgını, somut olayın özelliklerine göre, konkordato komiserinin sürekli borç ilişkisi ile konkordatonun amacı arasındaki ilişkiyi değerlendirmesinde kullandığı takdir yetkisini etkileyebilir. Ancak, bu halde borçlu bakımından hakkın kötüye kullanılması da son derece önemlidir. Bu kapsamda covid-19 salgının hakkın kötüye kullanılmasının bir vasıtasını teşkil etmemesine özen gösterilmelidir. Komiser, covid-19 salgınının sürekli borç ilişkisi ve bu bağlamda konkordatonun amacı üzerinde gerçekten etki edip etmediğini tespit etmelidir. İşletmenin faaliyeti, borçlunun likidite bakımından durumu ve sürekli borç ilişkisi ile konkordatonun amacı kapsamında covid-19 salgınına atfedilebilecek bir nedensellik bağının varlığı göz önünde bulundurulmalıdır.

Mahkemenin onay sürecinde, covid-19 nedeniyle, sürekli borç ilişkileri ile konkordatonun amacı arasındaki ilişkinin ispatındaki belirsizlik ve zorluklar nazara alınarak yüksek dereceli yaklaşık ispat ölçüsü düşürülmelidir. Bu bağlamda covid-19 salgını ile sürekli borç ilişkisinin konkordatonun amacına mani olması arasında dolaylı bir bağlantı kurulabilen hallerde feshe izin ve onay verilmelidir. Sürekli borç ilişkisinin amaca engel olup olmadığını aramak yerine feshin konkordatonun amacına ulaşmasına katkı sağlayıp sağlamayacağı¹²⁵ kıstas olarak alınmalıdır. Hukuk sistemlerinde covid-19 nedeniyle meydana gelen ekonomik buhranın telafisi maksadı ile konkordato ve iflas hukukunda borçlu lehine bazı kolaylıkların kabul edilmesindeki eğilim¹²⁶, İcra ve İflas Kanunu madde 296/2 kapsamında da yüksek dereceli ispat ölçüsünün düşürülmesi bağlamında tezahür etmelidir.

¹²² İşin ya da işletmenin faaliyetlerinin küçültülmesi gereken durumlarda kiralama alanı veya kiralık makineler artık ihtiyaç duyulmayan durumlar bu hallere örnek verilebilir. Bakınız Umbach-Spahn, Kesselbach ve Bossart (n 28) N 2.

¹²³ Hunkeler (n 28) N 13.

¹²⁴ Hunkeler, (n 28) N 9.

¹²⁵ Lorandi (n 1) 295.

¹²⁶ İsviçre hukukunda covid-19 nedeniyle ortaya çıkan borca batıklığın geçici olarak iflas sebebi olarak kabul edilmemesi, geçici mühlet süresinin altı aya kadar çıkarılabilmesi ve başvuru sırasında ön proje verilmesi zorunluluğunun kaldırılması gibi değişiklikler kabul edilmiştir. <https://www.ejpd.admin.ch/dam/data/bj/aktuell/news/2020/2020-04-16/vo-covid19-insolvenz-d.pdf>, Erişim Tarihi 21 Mayıs 2020. Alman hukukunda covid-19 sebebi ile likidite sorunu yaşayan şirketlerin olası bir iflas dalgasını önlemek için iflas talep etme yükümlülüğü askıya alınmıştır. Bakınız Alexandra Schluck-Amend, 'Änderungen im Insolvenzrecht durch das COVID-19-Insolvenzaussetzungsgesetz' (2020) Heft 8 Neue Zeitschrift für Insolvenz- und Sanierungsrecht 289. İsviçre ve Alman hukuk sistemlerinde esasen borca batıklığın konkordato ve iflas süreçlerine etkileri bertaraf edilmeye çalışılmıştır. Borca batıklığın konkordato sürecine etkileri hakkında bakınız İbrahim Ermenek, Ufuk Özdemir ve Ali Rıza Özalp, 'Bir Konkordato Nedeni Olarak Borca Batıklığın Tespiti ve Borca Batıklık Halinin Konkordato Sürecindeki Etkileri' Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Arş. Gör. Ceren Damar Şenel Armağanı (2020) 5(1) 1357 ve devamı.

Komiserin görüşü ve mahkemenin onayının alınmasında izlenecek usul ve şekil de covid-19 salgınından etkilenir. Borçlunun fesih hakkını yargıda sürelerin durduğu ve duruşmaların ertelendiği dönemde kullanmak istemesi halinde komiserin dinlenmesi mümkün olmayabilir. Bu nedenle borçlu mümkünse komiserin uygun görüşünü ispata elverişli vasıtalarla edinmek suretiyle onay başvurusunda bulunmalıdır. Borçlunun önce mahkemeye başvurduğu hallerde konkordato komiseri görüşünü mahkemeye rapor halinde sunmalıdır.

J. Feshin Hükümleri ve COVID-19 Salgını Nedeniyle 7226 sayılı Kanun ile Getirilen Fesih Yasağı

İcra ve İflas Kanunu madde 296/2 uyarınca kullanılan fesih hakkı ile sürekli borç ilişkileri maddi hukuk kurallarından bağımsız olarak icra ve iflas hukuku kurallarına göre sona erer¹²⁷. Ancak bazı sürekli borç ilişkilerinin feshi halinde doğası gereği maddi hukuk bakımından iade yükümü ortaya çıkar. Kira sözleşmesinde kiralananın iadesi ve finansal kiralama sözleşmesinde finansal kiraya konu malların iadesinde durum böyledir¹²⁸.

Fesih nedeniyle ortaya çıkan tazminat, İcra ve İflas Kanunu madde 296/2 uyarınca konkordatoya tabi bir alacaktır¹²⁹. Bir görüşe göre, konkordato borçlusu karşı tarafın zararlarını tam olarak ödemelidir¹³⁰. Karşı tarafın mühlet içinde elde edeceği kazanımlar da tazminatın kapsamına dâhildir¹³¹. Konkordato borçlusu karşı tarafın müspet zararını tazmin etmelidir¹³². Başka bir görüşe göre, tazminatın kapsamının belirlenmesinde, müspet zarar esas alınsa da feshin sözleşme ihlali dışında bir sebebe dayanması nedeniyle her halde tam tazmin söz konusu olmayıp tazminattan indirim yapılabilir¹³³.

İcra ve İflas Kanunu madde 296/2 bağlamında tazminatı belirleyerek konkordato komiserine bildirmekle yükümlü kimse alacaklı yani sözleşmenin karşı tarafıdır. Esasen bildirilen bu alacağa borçlu tarafından itiraz edilmediği takdirde tazminatın kapsamı ve miktarı bakımından bir sorun ortaya çıkmaz. Ancak borçlu, alacağa itiraz ederse tazminatın miktarı çekişmeli hale gelir¹³⁴. Tazminatın miktarının belirlenmesine ilişkin tartışmalar bu halde önem kazanır.

¹²⁷ Kale (n 26) 255; İsviçre Uzmanlar Grubu Raporu (n 86) 20.

¹²⁸ Albayrak (n 28) 380-381.

¹²⁹ Mühletin kaldırılması durumunda fesih geçerliliğini korur. Ancak ortaya çıkan tazminatın kapsamı konkordato hükümlerinden bağımsız olarak maddi hukuk hükümleri bağlamında tespit edilir. Bakınız İbrahim Ermenek, 'Borca Batıklık Nedenine Dayalı Konkordatoda Geçici Mühletin Kaldırılması' Adalet Dergisi (2020) 1(64) 523.

¹³⁰ Glanzmann (n 103) 251; Mabillard (n 26) 200; Umbach-Spahn, Kesselbach ve Bossart (n 28) N 12; Kale (n 26) 258.

¹³¹ Lorandi (n 1) 298; Hunkeler (n 28) N 20; Umbach-Spahn, Kesselbach ve Bossart (n 28) N 12; Kale (n 26) 258.

¹³² Mabillard (n 26) 200; Akil (n 21) 230.

¹³³ Albayrak (n 28) 391-393.

¹³⁴ Hunkeler (n 28) N 23.

Kanunî bir uyarılama olarak nitelendirdiğimiz olağanüstü fesih imkânı nedeniyle ortaya çıkan tazminat, uyarılama müessesesinin nitelikleri ve gerekleri dikkate alınarak belirlenmelidir. Buna göre, öncelikle feshin sözleşme ihlali dışında bir sebebe dayandığı göz ardı edilmemelidir. Sözleşme ihlali dışındaki sebebe dayanan olağanüstü fesih hallerinde tazminatın hakkaniyete göre paylaşılması mümkündür¹³⁵. Ancak bu paylaşımda, karşı tarafın alacağını konkordatoya tabi olması hakkaniyet bakımından belirleyici unsurlardan biri olmalıdır. Tazminatın belirlenmesinde her iki tarafın menfaati de nazara alınmalıdır¹³⁶. Tazminat, somut olayın koşullarına göre, tazminattan indirim gerektiren hallerin varlığı, fedakârlığın denkleştirilmesi ve hakkaniyet bağlamında belirlenmelidir.

7226 sayılı Kanunun geçici 2'nci maddesi uyarınca, 1 Mart 2020 tarihinden 30 Haziran 2020'ye kadar işleyecek iş yeri kira bedellerinin ödenememesi sebebiyle kira sözleşmelerinin feshi ve tahliyesi mümkün değildir. Bu düzenlemenin İcra ve İflas Kanunu madde 296/2 bağlamındaki fesih hakkı ile iki noktada ilişkilendirilmesi mümkündür. Bunlardan ilki, söz konusu zaman zarfında İcra ve İflas Kanunu madde 296/2'deki fesih imkânının kullanılıp kullanılmayacağı sorunudur. Kanaatimizce 7226 sayılı Kanun ile getirilen fesih yasağı İcra ve İflas Kanunu madde 296/2'de yer alan olanağın kullanılmasına engel teşkil etmez. Zira özel bir düzenlemeye dayanan fesih halleri ile diğer haklı sebeplere dayanan fesih halleri birbirlerini dışlamazlar¹³⁷. İcra ve İflas Kanunu madde 296/2'de yer alan olağanüstü fesih, diğer sona erme sebeplerini tamamlamaktadır. Bu nedenle söz konusu fesih hakkı diğer sona erme sebeplerinin yanında ve bağımsız bir olağanüstü sona erme nedeni olarak nitelendirilmelidir. Söz konusu haller birbirinden bağımsız olarak kullanılabilir¹³⁸. Bu nedenle İcra ve İflas Kanunu madde 296/2'deki fesih hakkı, sözü edilen düzenlemeden etkilenmez.

7226 sayılı Kanun bağlamında meydana gelebilecek durumlardan bir diğeri, İcra ve İflas Kanunu madde 296/2 kapsamında kira sözleşmeleri bakımından ortaya çıkan iade yükümlülüğüdür. Konkordato borçlusunu kiracı, iş yeri kira sözleşmesini İcra ve İflas Kanunu madde 296/2 uyarınca feshettikten sonra kiralananı iade etmeyebilir. Doktrinde olağan koşullarda sözü edilen durumlarda, konkordato borçlusuna karşı kiralananın iadesi için dava açılacağı ve bu dava neticesindeki ilamın icra edilebileceği ifade edilmektedir¹³⁹. Kanaatimizce bu davanın açılması, 7226 sayılı Kanunun getirdiği kısıt kapsamında değildir. Zira borç ilişkisi sona ermiştir. Fesih hakkının kullanılmasından sonra meydana gelen ecrimisil veya tazminatın dayandığı

¹³⁵ Altınok Ormancı (n 22) 250-252.

¹³⁶ Uyarlamada taraf menfaatlerinin gözetilmesi gerektiği hususunda bakınız Eren (n 29) 545.

¹³⁷ Gauch (n 29) 196.

¹³⁸ Bir sona erme nedeninin aynı anda özel bir düzenleme kapsamına girmekle beraber haklı sebep teşkil ettiği durumlarda her iki hale göre de fesih mümkündür. Gauch (n 29) 196.

¹³⁹ Albayrak (n 28) 380.

geçerli bir borç ilişkisi olmadığından, kira bedelinin ödenmemesine dayalı bir tahliye talebi söz konusu olmaz.

IV. COVID-19 Salgını Nedeniyle Fesih Yerine Sözleşmenin Uyarlanmasının Mümkün Olup Olmadığı Meselesi

A. Uyarılama Sebebi Olarak COVID-19 Salgını

İcra ve İflas Kanunu madde 296/2’de borçluya tanınan fesih imkânı, sözleşmeyle katı ve mutlak bir bağlılığın yerine yumuşatılmış bir bağlılığın benimsenmesinin¹⁴⁰ tezahürü olarak ahde vefa ilkesine istisna teşkil etmektedir. Ahde vefa ilkesi, hukukî güvenlik ve istikrar bağlamında sözleşmelerin ayakta tutulmasını öncelese de bazı durumlarda dürüstlük kuralı ve sözleşme adaleti ile çatışır¹⁴¹. Bu halde sözleşmelerin uyarlanması ile sözleşme adaleti ve dürüstlük kuralına uygunluk sağlanmaya çalışılır¹⁴². Sözleşmenin uyarlanması¹⁴³, sözleşmenin kuruluşu sırasındaki risk dağılımına yeniden ulaşmak suretiyle sözleşme adaletini sağlamak amacıyla¹⁴⁴ sözleşmenin değişen durum ve koşullara uyarlanmasıdır¹⁴⁵.

Türk Borçlar Kanunu madde 138 uyarınca, tarafların kusuru olmaksızın sözleşmenin yapıldığı sırada öngörülemeyen ya da öngörülmesi beklenmeyen olağanüstü durumların ortaya çıkması halinde, borçludan ifanın beklenmesi dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edecekse sözleşmenin uyarlanması istenebilir. Buna göre, sözleşme kurulduktan sonra edimler arasındaki denge dürüstlük kuralı kapsamında borçludan sonuçlarını üstlenmesi beklenemeyecek derecede bozulmuş olmalıdır¹⁴⁶. Edimler arasındaki denge bozulmamakla beraber meydana gelen aşırı ifa güçlüğü de bir uyarılama sebebidir¹⁴⁷. Uyarılmaya neden olan değişiklikler olağanüstü nitelikte olmalıdır¹⁴⁸. Sadece birkaç borçluyu etkileyen hadiseler uyarılama için yeterli değildir¹⁴⁹. Değişen koşullar, taraflar arasındaki ilişki ve somut olayın özelliklerine

¹⁴⁰ Faruk Acar, ‘Sözleşmelerin Uyarlanmasında Öngörülemeyen Olgular, Döviz İle Sözleşme Yapma Yasağı ve Sözleşmelerin Uyarlanması’ iç Murat Topuz (ed) *Döviz ile Sözleşme Yapma Yasağı ve Sözleşmelerin Uyarlanması* (Seçkin Yayınları 2019) 15.

¹⁴¹ Eleanor Cashin Ritaine, ‘Emprevizyon, Hardship ve İşlem Temelinin Çökmesi: Pacta Sunt Servanda ve Alman-Fransız Hukukî İlişkilerinde Sözleşmelerin Uyarlanmasına Giden Yollar’ (2005) Başak Baysal (Çev), 63(1-2) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 325-326; Başak Baysal, *Sözleşmenin Uyarlanması*, (On İki Levha Yayınları 2009) 10-11; Eren (n 29) 541; Kaplan (n 34) 112.

¹⁴² Cashin Ritaine (n 140) 326; Baysal (n 140) 11; Eren (n 29) 542; Kaplan (n 34) 112.

¹⁴³ Sözleşmenin uyarlanmasının temelinde *clausula rebus sic stantibus* ilkesinin bulunduğu ve bu bağlamda borçlunun ancak sözleşmenin koşulları değişmediği takdirde ifa ile yükümlü olduğu hakkında bakınız Eren (n 29) 541-542.

¹⁴⁴ Oğuzman ve Öz (n 40) 196; Cashin Ritaine (n 140) 327; Baysal (n 140) 14; Eren (n 29) 541.

¹⁴⁵ Cashin Ritaine (n 140) 326; Baysal (n 140) 14; Eren (n 29) 542; Kaplan (n 34) 115.

¹⁴⁶ Oğuzman ve Öz (n 40) 562; Eren (n 29) 546; Baysal (n 140) 151; Kaplan (n 34) 140-141.

¹⁴⁷ Baysal (n 140) 154; Eren (n 29) 546.

¹⁴⁸ Kemal Tahir Gürsoy, *Hususi Hukukta Clausula Rebus Sic Stantibus: Emprevizyon Nazariyesi* (Güney Matbaacılık 1950) 106-107; Kaplan (n 34) 140; Cashin Ritaine (n 140) 328; Oğuzman ve Öz (n 40) 563.

¹⁴⁹ Ümmühan Kaya, ‘Sözleşmenin Uyarlanmasında Sonradan Değişen Şartlar ve Öngörülemeyenlik İlkesi’ (2016) 22(3) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 1580; Kaplan (n 34) 140; Gürsoy (n 147) 106-107.

göre öngörülemez olmalıdır¹⁵⁰. Sözleşmenin uyarlanabilmesi için uyarılama talebinde bulunan tarafın koşulların değişmesi bakımından kusurlu olmaması gerekir¹⁵¹.

Dünya Sağlık Örgütü tarafından pandemi olarak ilan edilen covid-19 salgını, gündelik hayat ve ekonomik yaşam üzerinde derin ve sarsıcı etkiler¹⁵² bırakmıştır¹⁵³. Bir kısım işletmelerin¹⁵⁴ faaliyetlerine ara vermesi, tedarik ve dağıtım zincirlerinde meydana gelen aksamalar ve arz ve talep dengesinin değişmesi nedeniyle ekonomik olarak telafisi uzun zaman alacak çok boyutlu sorunlar meydana gelmiştir. Küresel ekonomik aktivitelerin daralması nedeniyle ülkelerin büyüme beklentileri büyük bir darbe almıştır¹⁵⁵. Sosyal ve ekonomik hayatın neredeyse askıya alınması bir yana, salgının ana merkezi olan Çin’de fabrikaların kapanması dahi oyuncak, gıda ve turizmden akıllı cihaz ve teknoloji sektörüne kadar küresel piyasaları olumsuz etkilemiştir¹⁵⁶. COVID-19 nedeniyle sağlık sektörüne ayrılan bütçe ve harcamalar öngörülemeyen düzeyde artmıştır¹⁵⁷. Bu gelişmeler, sürekli borç ilişkileri üzerinde olağanüstü, dışsal ve öngörülemeyen etkiler gösterebilir. Ancak bu bağlamda covid-19 salgını bakımından mutlak bir genelleme yapmak mümkün değildir. COVID-19’un sözü edilen etkileri gösterip göstermediği her bir sözleşme ve somut olay özelinde değerlendirilmelidir. Özellikle geçici süreyle faaliyetine ara verilen işletmelerin taraf oldukları ve ithal ve ihrac yasaklarına konu şeylerin sözleşmenin konusunu oluşturduğu sürekli borç ilişkileri için olağanüstü ve öngörülemeyen bir etkinin doğması kuvvetle muhtemeldir¹⁵⁸.

¹⁵⁰ Kaplan (n 34) 151; Gürsoy (n 147) 110; Cashin Ritaine (n 140) 328; Baysal (n 140) 178; Kaya, s. 1583; Eren (n 29) 546; Oğuzman ve Öz (n 40) 563.

¹⁵¹ Kaplan (n 34) 143; Eren (n 29) 546; Oğuzman ve Öz (n 40) 563; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop (n 40) 368.

¹⁵² Bu konuda bakınız Üstün ve Özçiftçi (n 80) 142 ve devamı.

¹⁵³ Sosyal ve ekonomik hayatın ihtiyatlı bir şekilde yeniden başlaması ve yeni normal olarak adlandırılan ve uzun ömürlü olacağı tahmin edilen bu sürecin küresel ölçekte bıraktığı etkiler için bakınız Raul Caruso, ‘What Post COVID-19? Avoiding a Twenty-first Century General Crisis’(2020) Peace Economics, Peace Science and Public Policy 1-3.

¹⁵⁴ Koronavirüs tedbirleri genelgesi ile 149.382 işyerinin faaliyetleri geçici bir süre durdurulmuştur. Genelgeler ile; gece kulüpleri, bar, pavyon, diskotek, tiyatro, sinema, gösteri merkezi, konser salonu, nişan/düğün salonu, çalgılı/müzikli lokanta/kafe, gazino, birahane, taverna, kahvehane, kıraathane, kafeterya, kır bahçesi, nargile salonu, nargile kafe, internet salonu, internet kafe, her türlü oyun salonları, her türlü kapalı çocuk oyun alanları (AVM ve lokanta içindkiler dâhil), çay bahçesi, demek lokalleri, lunapark, yüzme havuzu, hamam, sauna, kaplıca, masaj salonu, SPA ve spor merkezleri faaliyetleri geçici süreliğine durduruldu. Bakınız www.icisleri.gov.tr

¹⁵⁵ IMF’ye göre küresel ekonominin 2020 yılında % -3 oranında keskin bir biçimde daralması ve salgının 2020’ın ikinci yarısında ortadan kalktığı varsayımında 2021 yılı için % 5,8 oranında büyümesi beklenmektedir. Bakınız International Monetary Fund; World Economic Outlook The Great Lockdown, April, 2020, s. vii. Dünya Ticaret Örgütü’ne (DTÖ) göre, covid-19 salgını nedeniyle dünya ticaretinin 2020 yılında % 13 ile %32 arasında düşmesi bekleniyor. https://www.wto.org/english/news_e/pres20_e/pr855_e.htm, Erişim Tarihi 19 Mayıs 2020.

¹⁵⁶ Bloomberg Businessweek Koronavirüsü Özel Sayısı (Mart, 2020) 6; Türkiye İhracatçılar Meclisi, Ekonomik Araştırmalar Şubesi Corona Virüsünün Türkiye & Dünya Ekonomisine Etkileri Bilgi Notu 4-5. <https://tim.org.tr/files/downloads/EkonomiBulteni/2020/Corona%20Vir%C3%BCs%C3%BC'n%C3%BCn%20D%C3%BCnya%20Ekonomisine%20Etkileri.pdf>, Erişim Tarihi 19 Mayıs 2020.

¹⁵⁷ Zelha Altunkaya, ‘2020 Koronavirüs Pandemisinde Avrupa Birliği Sağlık Politikaları ve Neoliberalizm: İtalya Örneği’ (2020) 10(20) Yalova Sosyal Bilimler Dergisi 16 ve devamı.

¹⁵⁸ Wimbledon Tenis Turnuvası organizatörleri 2003 yılındaki SARS virüsü sonrasında turnuvayı her yıl pandemilere karşı sigortalatmışlardır. COVID-19 nedeniyle 250 milyon Paund ödeme almaları beklenmektedir. <https://www.milliyet.com.tr/skorer/wimbledon-pandemi-maddesi-kurtardi-2-milyari-kurtardilar-6181131> Erişim Tarihi 08 Haziran 2020)

Salgın hastalıklar, doktrinde öteden beri uyarlamaya sebebiyet veren öngörülemeyen olağanüstü haller arasında sayılmaktadır¹⁵⁹. Gerçekten de covid-19 salgınının yaratacağı olumsuzlukların bu raddeye ulaşacağına öngörülmesi beklenemeyeceği gibi bu durum, basiretli tacir kavramı ile de izah edilebilir boyutta değildir¹⁶⁰. Bu bağlamda covid-19 salgını sosyal felaket¹⁶¹ niteliğinde olağanüstü bir hadisedir. Bu çerçevede covid-19 nedeniyle bazı sürekli borç ilişkilerinde edim dengesinde bozulma bazılarında ise aşırı ifa güçlüğü nedeniyle sözleşmelerin uyarlanması söz konusu olabilir¹⁶².

K. İcra ve İflas Kanunu Madde 296/2 ve Türk Borçlar Kanunu Madde 138 Arasındaki İlişkinin COVID-19 Bağlamında İncelenmesi

İcra ve İflas Kanunu madde 296/2 uyarınca konkordatonun amacına mani olan sürekli borç ilişkisi, covid-19 nedeniyle edim dengesinin bozulmasına veya aşırı ifa güçlüğüne dayanılarak uyarlamaya konu olabilir. Bu durumda Türk Borçlar Kanunu madde 138, İcra ve İflas Kanunu madde 296/2'den bağımsız olarak uygulama alanı bulur. Uyarlama mümkün olmamakla birlikte, aşırı ifa güçlüğü sürekli borç ilişkisini çekilmez hale getiriyorsa, borçlu haklı sebeple olağanüstü fesih hakkını kullanabilir¹⁶³.

Sürekli borç ilişkileri bakımından sözleşmelerin uyarlanması ve bu mümkün olmadığı takdirde feshe imkân veren Türk Borçlar Kanunu madde 138 ile konkordatonun amacı bağlamında feshe olanak veren İcra ve İflas Kanunu madde 296/2 hükümlerinin uygulama alanlarının keşişmesi muhtemeldir. Bu halde söz konusu hükümlerin uygulanması bakımından bazı sorunlar ortaya çıkabilir. Borçlu, covid-19 salgınının neden olduğu ekonomik kriz veya ihraç ve ithal yasaklarının¹⁶⁴ sonucu olarak borçlarını vadesinde ödeyememe tehlikesine dayanarak konkordato başvurusunda bulunmuş olabilir. Aynı gerekçeler, borçlunun tarafı olduğu sürekli borç ilişkilerinde edim dengesinin bozulmasına veya aşırı ifa güçlüğüne vücut veren öngörülemez ve olağanüstü durumlar¹⁶⁵ olarak ortaya çıkabilir. Bu durumda borçlu,

¹⁵⁹ Eren (n 29) 541; Baysal (n 140) 161; Kaplan (n 34) 111. Salgının kira sözleşmeleri bakımından geçici imkânsızlığa ve aşırı ifa güçlüğüne vücut verebileceği hakkında bakınız Abdülkerim Yıldırım, 'Koronavirüs Krizinin Özel Hukuk Sözleşmelerine Etkisi' (2020) 15(165) Terazi Hukuk Dergisi 986 ve devamı.

¹⁶⁰ Sinan Sarıkaya ve Gökhan Bakar, 'Basiretli Tacir İlkesi Işığında Koronavirüs (COVID-19) Salgınının Sözleşmelerdeki Ceza Koşuluna Etkisi' (Lexpera Blog, 17 Nisan 2020) <https://blog.lexpera.com.tr/basiretli-tacir-ilkesi-isinginda-koronavirus-covid-19-salgininin-sozlesmelerdeki-ceza-kosuluna-etkisi/>, Erişim Tarihi 19 Mayıs 2020.

¹⁶¹ Bir görüşe göre, uyarlamamın mümkün olabilmesi, sosyal felaket niteliğinde toplumun önemli bir çoğunluğunu etkileyen bir hadisenin varlığına bağlıdır. Bischoff (n 34) 184 ve devamı. Benzer yönde Türk hukukunda Kaya (n 148) 1580; Kaplan (n 34) 140; Gürsoy (n 147) 106-107.

¹⁶² Sabine Otte-Gräbener, 'Auswirkungen der COVID-19-Pandemie auf Lieferverträge' (2020) hEft 8 Gesellschafts und Wirtschaftsrecht 150.

¹⁶³ Oğuzman ve Öz (n 40) 564; Seliçi (n 22) 196-198; Altınok Ormancı (n 22) 210.

¹⁶⁴ Örneğin bakınız Ticaret Bakanlığı Tıbbi Tanı Kitlerinin İthaline İlişkin Tebliğ ve Ticaret Bakanlığı İthalatta Gözetim Uygulanmasına İlişkin Tebliğ (Tebliğ No: 2009/8)'De Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ, 2 Nisan 2020 Tarih ve 31087 sayılı Resmî Gazete.

¹⁶⁵ Oğuzman ve Öz (n 40) 563; Kaplan (n 34) 140; Baysal (n 140) 165-166; Cashin Ritaine (n 140) 330; Gürsoy (n 147) 116; Kaya (n 148) 1581.

Türk Borçlar Kanunu madde 138 uyarınca sözleşmelerin uyarlanmasını talep etmesi beklenir¹⁶⁶.

Türk Borçlar Kanunu madde 138 kapsamında borçlu, sözleşmeyi fesih hakkını kullanmadan önce sözleşmenin uyarlanmasını talep etmelidir¹⁶⁷. Fesih hakkı, ancak borcun mahkemece uyarlamaya uygun bulunmaması veya ifa güçlüğüne katlanılır hale getiren herhangi bir uyarlamanın karşı taraf için borç ilişkisini çekilmez hale getirmesi halinde kullanılabilir¹⁶⁸. Bu nedenle sözleşmenin uyarlanması sebebiyle borç ilişkisinin devamını külfetli gören borçlu, sözleşmeyi feshetmek isteyebilir. Bu halde borçlu Türk Borçlar Kanunu madde 138 uyarınca önce uyarlamayı talep etmeden İcra ve İflas Kanunu madde 296/2'nin getirdiği imkânı kullanarak sürekli borç ilişkisini derhal feshedebilir. Sözleşmenin feshi nedeniyle ortaya çıkan tazminat konkordatoya tabi olduğundan tenzilat veya vade ile ödenir. Böylelikle borçlunun menfaati, alacaklının uyarlama durumunda sözleşmenin ayakta tutulmasındaki menfaatine tercih edilmiş olur¹⁶⁹.

Haklı sebeple fesih ile Türk Borçlar Kanunu madde 138 arasındaki yarışma kapsamında yapılan tartışmalar, kıyasen Türk Borçlar Kanunu madde 138 ile İcra ve İflas Kanunu madde 296/2 arasındaki ilişki bakımından da düşünülebilir. Türk Borçlar Kanunu madde 138 uyarınca ortaya çıkan uyarlama sebepleri, aynı zamanda haklı bir sebep teşkil edebilir¹⁷⁰. Bir görüşe göre, bu durumda sözü edilen hükümler arasında bir yarışmanın varlığı kabul edilmelidir. Buna göre borçlu Türk Borçlar Kanunu madde 138 uyarınca uyarlama isteyebileceği gibi, sözleşmeyi haklı sebeple fesih de edilmelidir¹⁷¹. Başka bir görüş ise, uyarlamaya ilişkin hükümlerin önceliğini kabul etmenin daha esnek ve adaletli bir çözüm tarzı olacağını savunmaktadır¹⁷².

Haklı sebeple fesih ile işlem temelinin çökmesi arasındaki ilişki Alman hukukunda da tartışılmıştır. Bir görüşe göre, işlem temelinin çökmesine ilişkin BGB § 313'ün

¹⁶⁶ Türk Medeni Kanunu madde 2, hakların kullanılması ve borçların ifasında dürüst davranma yükümlüğü getirmekle beraber bu kurala bir istisna öngörmemiştir. Bu nedenle borçlu konkordato prosedürü içerisinde dürüstlük kuralına uygun davranmalıdır. Atalı, Ermenek ve Erdoğan (n 2) 637-638. Bu bağlamda sözleşmenin uyarlanması ile konkordatonun amacına ulaşması mümkün ise İcra ve İflas Kanunu madde 296/2 uyarınca sözleşmenin feshedilmesi hakkın kötüye kullanılması bağlamında değerlendirilebilir.

¹⁶⁷ Oğuzman ve Öz (n 40) 563; Baysal (n 140) 272.

¹⁶⁸ Oğuzman ve Öz (n 40) 564; Baysal (n 140) 258.

¹⁶⁹ Esasen borçlunun bu şekilde davranmasının önünde hiçbir engel yoktur. Mevcut durumda uyarlama ile İcra ve İflas Kanunu madde 296/2 uyarınca fesih arasındaki tercih borçluya bırakılmış durumdadır. Ancak kanaatimizce somut olayın koşullarına göre borç ilişkisinin uyarlanması, sözleşmenin feshine nazaran konkordatonun amacına ulaşmasına daha fazla katkı sağlayabilir. Bu nedenle sürekli borç ilişkisinin uyarlanmasının konkordatonun başarıya ulaşmasına sağlayacağı katkı dikkate alınarak komiserin uygun görüşü ile birlikte borç ilişkisinin uyarlanması, bu mümkün olmadığı takdirde fesih hakkının kullanılması düşünülmelidir.

¹⁷⁰ Baysal (n 140) 263; Altınok Ormancı (n 22) 209; Oğuzman ve Öz (n 40) 564; Seliçi (n 22) 196-198.

¹⁷¹ Altınok Ormancı (n 22) 210.

¹⁷² Baysal (n 140) 263.

haklı sebeple feshe ilişkin BGB § 314'e göre özel hüküm olduğunu ileri sürmüştür¹⁷³. Başka bir görüş, BGB § 314'ün sürekli borç ilişkileri için daima öncelikli olduğunu savunmuştur¹⁷⁴. Diğer bir görüş her bir hükmün aynı ağırlıkta ve bağımsız olduğunu ileri sürmüştür¹⁷⁵. Ağırlıklı görüş ise, BGB § 313'ün öncelikli olduğunu kabul etmektedir¹⁷⁶. Buna göre, tarafların sözleşmeye devam etmeleri beklenebiliyor ve sözleşmenin uyarlanması mümkün görünüyorsa, daha düşük koşulları olan BGB § 314 uyarınca yapılan fesih talebi reddedilmelidir¹⁷⁷. Bu görüş, haklı sebeple feshe ilişkin hükmün koşullarının, işlem temelinin çökmesine ilişkin hükme göre daha düşük gereklilikler taşıdığını savunmaktadır¹⁷⁸.

Bu tartışmalar ışığında, Türk Borçlar Kanunu madde 138 ile İcra ve İflas Kanunu madde 296/2 arasında üstünlük ya da öncelik sonralık ilişkisinden söz edilemez. Bu hükümler birbirinden bağımsızdır. Bu sebeple borçlu, dilerse İcra ve İflas Kanunu madde 296/2 uyarınca fesih hakkını kullanabilir dilerse Türk Borçlar Kanunu madde 138 uyarınca uyarılma talebi ile sözleşmenin devamını isteyebilir. Bununla birlikte Alman hukukunda haklı sebeple fesih ile işlem temelinin çökmesi arasındaki ilişki bağlamında, daha düşük gereklilik ve koşullar taşıyan hükmün ikincil nitelikte bir uygulama alanı olduğunun kabulüne ilişkin görüş, Türk Borçlar Kanunu madde 138 ile İcra ve İflas Kanunu madde 296/2 arasındaki ilişki için de savunulabilir.

Kanaatimizce sözleşmenin uyarlanmasının mümkün olduğu durumlarda sözleşmenin feshine imkân tanınması ahde vefa ilkesi ile bağdaşmadığı gibi clausula rebus sic stantibus ilkesi ile de bağdaşmaz. Gerçekten de sözleşmenin devamı ve ayakta kalması mümkünse ve sözleşmenin uyarlanması konkordatonun amacına mani olmuyorsa İcra ve İflas Kanunu madde 296/2'deki fesih imkânı yerine sözleşmenin uyarlanması yoluna gidilmelidir¹⁷⁹. Bu bağlamda taraflar arasındaki menfaat dengesinin korunması amacıyla İcra ve İflas Kanunu madde 296/2'de sözleşmenin uyarlanmasına yönelik bir değişiklik yapılması düşünülebilir¹⁸⁰. Böylelikle

¹⁷³ OLG Saarbrücken, Urteil vom 27.04.2010 - 4 U 41/09, BeckRS, 2010, 14170; Christian Hirsch, 'Kündigung aus wichtigem Grund oder Geschäftsgrundlagenstörung bei Wegfall des Anmietinteresses Das Beispiel „illegaler“ Wettbüros' (2007) Neue Zeitschrift für Miet- und Wohnungsrecht 114.

¹⁷⁴ Horst Eidenmüller, 'Der Spinnerei-Fall: Die Lehre von der Geschäftsgrundlage nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts und im Lichte der Schuldrechtsmodernisierung' (2001) Juristische Ausbildung 824.

¹⁷⁵ Reiner Schulze, *Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar* (10. Auflage, Nomos 2019) Art 314 N 2; Thomas Finkenauer, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band 3, Schuldrecht-Allegemeiner Teil II, Krüger* (C.H.Beck 2019) Art 313, N 171; OLG Dresden (5. Zivilsenat), Beschluss vom 08.02.2017 - 5 U 1669/16, BeckRS, 2017, 106456, N 15.

¹⁷⁶ Volker Emmerich, *Das Recht der Leistungsstörungen* (C.H.Beck 2005) § 27 N 43; Otto Palandt ve Christian Grüneberg, *Palandt Bürgerliches Gesetzbuch* (C.H.Beck, 2020) Art 313 N 14; Hirsch (n 171) 114.

¹⁷⁷ Emmerich (n 174) § 27 N 43; Palandt and Grüneberg (n 174) Art 313 N 14.

¹⁷⁸ Finkenauer (n 173) Art 313 N 169.

¹⁷⁹ Mevcut durumda borçlu dilerse İcra ve İflas Kanunu madde 296/2'deki fesih olanağını kullanmaksızın doğrudan uyarılma davası açabilir. Ancak kanaatimiz borçlunun uyarılma mümkünken sözleşmeyi feshedememesidir.

¹⁸⁰ Önerimiz, 296/2'ye, "Sözleşmeyi fesih talebinden önce borçlu, koşullarının oluşması halinde sözleşmenin uyarlanmasını isteyebilir." ifadeleri eklenerek Türk Borçlar Kanunu madde 138 ile İcra ve İflas Kanunu madde 296/2'nin keşifen uygulama alanlarında sözleşmenin ayakta tutulmasının sağlanmasıdır. Gerçekten de haklı sebeple fesihte dahi ahde vefa ilkesi gereği sözleşmenin devamı ve ayakta tutulması öncelenmektedir. Gauch (n 29) 175.

konkordato borçlusu, uyarılma için ayrı bir dava açmanın neden olacağı ekonomik külfet ve zaman kaybına maruz kalmayacak ve konkordatonun amacına ulaşılmasına da katkı sağlanmış olur. Ayrıca sırf hakkın kötüye kullanılmasını önlemek amacıyla getirilmiş olan¹⁸¹ İcra ve İflas Kanunu madde 296/2'nin covid-19'un yarattığı ekonomik belirsizlik nedeniyle kötüye kullanılmasının da önüne geçilir.

Sonuç

İcra ve İflas Kanunu madde 296/2'de düzenlenen fesih imkânı, kanunî bir uyarlamadır. Fesih için sürekli bir borç ilişkisinin varlığı şarttır. Dönemli edimli sözleşmeler de bu bağlamda feshine konu olabilir. Kuruluşu ile ifası arasında bir süre bulunan sürekli borç ilişkileri için dönme imkânı tanınması gerekir.

Konkordatonun amacına mani olma kapsamında yapılacak değerlendirmede konkordatonun iyileşme amacı taşıyıp taşımadığı tespit edilmelidir. COVID-19 salgının sebep olduğu ekonomik darboğaz, borçlunun sürekli borç ilişkilerinin yükünden kurtulmak istemesi sonucunu doğurabilir. Buna rağmen covid-19 salgını, konkordatonun amacı bağlamında mutlak olarak nazara alınması gereken bir husus değildir. COVID-19 salgını, konkordatonun iyileşme amacına etki eden ya da onu engelleyen etkenlerin sayısı veya ağırlık oranında doğrudan veya dolaylı olarak bir değişme meydana getirdi durumlarda göz önünde bulundurulmalıdır.

COVID-19 salgını somut durumun koşullarına göre, konkordato komiserinin konkordatonun amacının tespiti bağlamında kullandığı takdir yetkisini etkiler. Ancak bu durum komiserin, hakkın kötüye kullanılması bağlamında yapacağı değerlendirmeyi etkilememelidir. Komiser, işletmenin faaliyeti, borçlunun likidite bakımından durumu ve sürekli borç ilişkisi ile konkordatonun amacı kapsamında covid-19 salgınına atfedilebilecek bir nedensellik bağının varlığı göz önünde bulundurulmalıdır. Hukuk sistemlerinde covid-19 nedeniyle meydana gelen ekonomik buhranın telafisi maksadı ile konkordato ve iflas hukukunda borçlu lehine bazı kolaylıkların kabul edilmesindeki eğilim, İcra ve İflas Kanunu madde 296/2 kapsamında da yüksek dereceli ispat ölçüsünün düşürülmesi bağlamında tezahür etmelidir. 7226 sayılı Kanun ile getirilen fesih yasağı, İcra ve İflas Kanunu madde 296/2 bakımından bir etki sonuç göstermez.

COVID-19 salgını bir uyarılma sebebi olarak kabul edilmeli ve sürekli borç ilişkilerinin bu nedenle uyarlanması mümkün olmalıdır. Türk Borçlar Kanunu madde 138 ile İcra ve İflas Kanunu madde 296/2, birbirinden bağımsızdır. Bu kapsamda İcra ve İflas Kanunu madde 296/2'ye gerekli koşulların oluşması halinde, sözleşmenin feshine bir alternatif olarak borçluya uyarılma talep edebilme imkânı veren bir hüküm eklenmesi yerinde olur.

¹⁸¹ Mabillard (n 26) 201; Lorandi (n 1) 297; Pekcanitez ve Erdönmez (n 28) 106; Kale (n 26) 257.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazarlar çıkar çatışması bildirmemiştir.

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

Peer-review: Externally peer-reviewed.

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

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

Bibliyografya/Bibliography

- Acar F, 'Sözleşmelerin Uyarlanmasında Öngörülemez Olgular, Döviz İle Sözleşme Yapma Yasağı ve Sözleşmelerin Uyarlanması' iç Murat Topuz (ed) *Döviz ile Sözleşme Yapma Yasağı ve Sözleşmelerin Uyarlanması* (Seçkin Yayınları 2019).
- Akil C, 'Konkordato Prosedürü Çerçevesinde Sürekli Borç İlişkilerinin Feshi' (2019) 143 Türkiye Barolar Birliği Dergisi.
- Akkaya T, 'COVID19 Salgını Nedeniyle Alınan İdari ve Yasal Önlemlerin Konkordatoya Etkisi ve Salgının Ekonomik Sonuçlarından Olumsuz Etkilenen Borçluların Korunmasına Yönelik Tedbirlere Dair Düzenleme Önerileri' (Lexpera Blog, 15 Mayıs 2020).
- Albayrak H, *İflas Dışı Adi Konkordatoda Konkordato Mühletinin Sözleşmeler Bakımından Sonuçları* (Yetkin Yayınları, 2020).
- Albayrak H, *Medeni Usul ve İcra İflas Hukukunda Yaklaşık İspat* (Yetkin Yayınları 2013).
- Altay S, Eskioçak A, *Konkordato ve Yeniden Yapılanma Hukuku* (Vedat Kitapçılık 2019).
- Altınkaya Z, '2020 Koronavirüs Pandemisinde Avrupa Birliği Sağlık Politikaları ve Neoliberalizm: İtalya Örneği' (2020) 10(20) Yalova Sosyal Bilimler Dergisi.
- Altınok Ormanlı P, *Sürekli Borç İlişkilerinin Haklı Sebep Feshi* (Vedat Kitapçılık 2011).
- Antalya G, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Seçkin Yayınları 2019).
- Atalay O, 'COVID-19 Salgını Sebebiyle Gerçekleşen Takip Tatili Sonrasına İlişkin Bazı Düşünceler ve Öneriler' (Lexpera Blog, 21 Mayıs 2020).
- Atalı M, Ermenek, İ, Erdoğan, E, *İcra ve İflas Hukuku* (Yetkin Yayınları, 2019).
- Atalı M, 'Konkordatoda Kesin Mühlet ve Sonuçları' iç Muhammet Özkes (ed), *7101 Sayılı Kanunla Konkordato ve Elektronik Tebligat Konularında Getirilen Yenilikler* (On İki Levha 2018).
- Ayan Ö, *Acentenin Denkleştirme Talep Etme Hakkı* (Seçkin Yayınları 2008).
- Başozen, A, *Müflisin Tasarruf Yetkisi* (Turhan Kitabevi 2005).
- Bauer T, Staehelin D, *Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs Ergänzungsband* (Helbing Lichtenhahn 2017).
- Baysal B, *Sözleşmenin Uyarlanması* (On İki Levha Yayınları 2009).
- Behrens H, 'Das Wiederkehrschuldverhältnis' (Dissertation, Hamburg, 1972).
- Berkin N, *İflas Hukuku*, (Fakülteler Matbaası 1972).
- Berkin N, *İflas Hukukunda Konkordato (Konkordato)* (İsmail Akgün Matbaası 1949).
- Bischoff J, *Vertragsrisiko und clausula rebus sic stantibus: Risikozuordnung in Verträgen bei veränderten Verhältnissen* (Schulthess 1983).
- Bloomberg Businessweek Koronavirüsü Özel Sayısı (Mart, 2020).
- Buz V, *Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar* (Yetkin Yayınları 2005).
- Caruso R, 'What Post COVID-19? Avoiding a Twenty-first Century General Crisis'(2020) Peace Economics, Peace Science and Public Policy.
- Cashin Ritaine E, 'Emprevizyon, Hardship ve İşlem Temelinin Çökmesi: Pacta Sunt Servanda ve Alman-Fransız Hukuki İlişkilerinde Sözleşmelerin Uyarlanmasına Giden Yollar' (2005) Başak Baysal (Çev), 63(1-2) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası.
- Demirsatan B, *Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Sözleşmenin Haksız Olarak Sona Erdirilmesi* (On İki Levha Yayınları 2019).

- Ehrenzweig A, *System des Österreichischen Allgemeinen Privatrechts Band 2* (Manz 1920).
- Eidenmüller H, 'Der Spinnerei-Fall: Die Lehre von der Geschäftsgrundlage nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts und im Lichte der Schuldrechtsmodernisierung' (2001) *Juristische Ausbildung*.
- Emmerich V, *Das Recht der Leistungsstörungen* (C.H. Beck 2005).
- Eren F, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Yetkin Yayınları 2019).
- Ermenek İ, 'Borca Batıklık Nedenine Dayalı Konkordatoda Geçici Mühletin Kaldırılması' *Adalet Dergisi* (2020) 1(64).
- Ermenek İ, *İflasın Erteleme* (Adalet Yayınevi 2010).
- Ermenek İ, Özdemir U, Özalp A R, 'Bir Konkordato Nedeni Olarak Borca Batıklığın Tespiti ve Borca Batıklık Halinin Konkordato Sürecindeki Etkileri' *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Arş. Gör. Ceren Damar Şenel Armağanı* (2020) 5(1).
- Ertuş Ş, 'Sürekli Borç İlişkilerinde Zamanaşımı' (2014), 16 *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*.
- Finkenauer T, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 3, Schuldrecht-Allegemeiner Teil II*, Krüger (C.H.Beck 2019).
- Gauch P, *System der Beendigung von Dauerverträgen* (Universitätsverlag 1968).
- Gernhuber J, *Das Schuldverhältnis* (J.C.B. Mohr 1989).
- Gierke O, 'Dauerne Schuldverhältnisse' (1914) 64 *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des Bürgerlichen Rechts*.
- Glanzmann L, *Das neue Sanierungsrecht, Entwicklungen im Gesellschaftsrecht X* (Stämpfli 2015).
- Gmünder H, *Der Betriebsverkauf in den Insolvenzverfahren Konkurs und Nachlassverfahren des SchKG, Konkursaufschub des OR sowie Chapter 11 des US Bankruptcy Code* (Dike 2018).
- Gschnitzer F, 'Die Kündigung nach deutschem und österreichischem Recht' (1926) 76 *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des Bürgerlichen Rechts*.
- Gürsoy K T, *Hususi Hukukta Clausula Rebus Sic Stantibus: Emlak Nazariyesi* (Güney Matbaacılık 1950).
- Güven H, 'Covid-19 Pandemi Krizi Sürecinde E-Ticarette Meydana Gelen Değişimler' (2020) 7(5) *Avrasya Sosyal ve Ekonomi Araştırmaları Dergisi*.
- Heinrich S, *Der Rücktritt bei den Dauerverträgen des Bürgerlichen Gesetzbuch* (Düsseldorf 1935).
- Hirsch C, 'Kündigung aus wichtigem Grund oder Geschäftsgrundlagenstörung bei Wegfall des Anmietinteresses Das Beispiel „illegaler“ Wettbüros' (2007) *Neue Zeitschrift für Miet- und Wohnungsrecht (NZM)*.
- Hunkeler D, 'Art 297a' in: Daniel Hunkeler (ed), *Kurzkommentar SchKG, Kurzkommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibungs und Konkurs* (2nd, Helbing Lichtenhahn 2014).
- İsviçre Uzmanlar Grubu Raporu (Expertengruppe), *Revision des SchKG: Sanierungsverfahren* (Bern, 2008).
- Kale S, 'Yeni Konkordato Hukuku' iç Selçuk Öztekin (ed), *Yeni Konkordato Hukuku* (Adalet Yayınevi 2018).
- Kaplan İ, *Hâkimin Sözleşmeye Müdahalesi* (Yetkin Yayınları 2013).
- Kaplan İ, *Yeni Türk Konkordato Hukuku* (Yetkin Yayınları 2019).
- Kaya Ü, 'Sözleşmenin Uyarlanmasında Sonradan Değişen Şartlar ve Öngörülemezlik İlkesi' (2016) 22(3) *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*.

- Kazancı İ T, 'Swissair Olayı: İsviçre Yeniden Yapılandırma Hukukuna Etkileri ve Bu Etkilerin Hukukumuz Bakımından Kısa Bir Değerlendirmesi' (2018) 14(39) Legal Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi.
- Keller G, *Der Nachlassvertrag ausser Concurs nach dem schweizerischen Bundesgesetz über SchKG mit einer historischen Einleitung* (Schulthess 1891).
- Kramer E, Art 18' in Kramer, Ernst and Bruno Schmidlin (eds), *Berner Kommentar, Band VI, Obligationenrecht, 1. Abteilung Allgemeine Bestimmungen, 1. Teilband, Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art 1-18 OR* (Stämpfli, 1986).
- Kuntalp E, *Ard Arda Teslimli Satım Akdi* (Sevinç Matbaası 1968).
- Lorandi F, 'Dauerschuldverhältnisse im neuen Sanierungsrecht' (2014) 3 AJP/PJA.
- Ludwig P, *Der Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung (Liquidationsvergleich)* (Stämpfli 1970).
- Mabillard R, 'Kündigung der Dauerschuldverhältnisse im ordentlichen Nachlassverfahren - Prozessuale Kompensation des materiellrechtlichen Eingriffs gemäss Art 297a VE-SchKG' (2010) 74 BISchK.
- Merz H, 'Die Revision der Verträge durch den Richter' (1942) 61 Zeitschrift für Schweizerisches Recht.
- Noll U, 'Zur Verjährung von Erfüllungsansprüchen aus Dauerschuldverhältnissen und anderen Ansprüchen auf Eine Dauernde Leistung' (Dissertation, Universität Bonn 2003).
- Oehri D, *Der Sachwalter im Nachlassverfahren: Ein Diener zweier Herren* (Schulthess 2018).
- Oğuzman K, Öz T, *Borçlar Hukuku Genel Hükmeler Cilt I* (Vedat Kitapçılık 2015).
- Otte-Gräbener S, 'Auswirkungen der COVID-19-Pandemie auf Lieferverträge' (2020) Heft 8 Gesellschafts und Wirtschaftsrecht.
- Özekes M, Atalay O, '7226 Sayılı Kanun ile İcra ve İflâs Kanunu m 330 Hükmünü Uygulayan Cumhurbaşkanlığı Kararı (2279 Sayılı) Çerçevesinde Ortaya Çıkan Bazı Sorular ve Tartışmalar Cevaplar' (Lexpera Blog, 27 Mart 2020).
- Özekes M, 'Konkordatoya Başvuru ve Geçici Mühlet iç Muhammet Özekes (ed), 7101 Sayılı Kanunla Konkordato ve Elektronik Tebliğat Konularında Getirilen Yenilikler (On İki Levha 2018).
- Pagenstecher M, Grimm M, *Der Konkurs* (C.H.Beck 1968).
- Palandt O, Grüneberg C, *Palandt Bürgerliches Gesetzbuch* (C.H.Beck 2020).
- Papa G, 'Die Analogie Anwendung der Konkursnormen auf den Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung' (Dissertation, Bern 1941).
- Pekcanitez H, Atalay O, Sungurtekin Özkan M ve Özekes M, *İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı* (6. Bası, On İki Levha 2019).
- Pekcanitez H ve Erdönmez G, *7101 sayılı Kanun Çerçevesinde Konkordato* (Vedat Kitapçılık, 2018).
- Pekcanitez H, '2279 sayılı Cumhurbaşkanı (Fevkalâde Mühlet) Kararı ile 7226 Sayılı Kanunun Geçici 1. Maddesinin Birlikte Değerlendirilmesi' (Lexpera Blog, 28 Mart 2020).
- Pekdinçer T, Yılmaz A, 'Korona Virüs (COVİD 19) Salgınının Tasdik Edilmiş Konkordato Projelerine Etkisi' (Lexpera Blog, 29 Nisan 2020).
- Rebsamen T, 'Immobilienmiete im revidierten SchKG' (2014) 110 Schweizerische Juristen-Zeitung.
- Sarıkaya S, Bakar G, 'Basiretli Tacir İlkesi Işığında Koronavirüs (COVID-19) Salgınının Sözleşmelerdeki Ceza Koşuluna Etkisi' (Lexpera Blog, 17 Nisan 2020).
- Sauter D, *Ausgewählte Probleme des Sukzessivlieferungsvertrages* (Schulthess 1982).

- Schluck-Amend A, ‘Änderungen im Insolvenzrecht durch das COVID-19-Insolvenzaussetzungsgesetz’ (2020) Heft 8 Neue Zeitschrift für Insolvenz- und Sanierungsrecht.
- Schulze R, *Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar* (10. Auflage, Nomos 2019).
- Seliçi Ö, *Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi* (Fakülteler Matbaası 1976).
- Serozan R, *Sözleşmeden Dönme* (Vedat Kitapçılık 2007).
- Tanrıver S, *Konkordato Komiseri* (Yetkin Yayınları 1993).
- Taşpınar S, ‘Adi Konkordato Hakkında İcra ve İflas Kanunu’nda Yapılan Değişiklikler’ (2003) 22 Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Dergisi (BATİDER).
- Taşpınar Ayvaz S, *İcra ve İflas Hukukunda Yeniden Yapılandırma* (Yetkin Yayınları 2005).
- Tekinay S S, Akman S, Burcuoğlu H, Altop A, *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Filiz Kitabevi 1993).
- Tunç Yücel M, ‘7226 sayılı Kanun ile Cumhurbaşkanlığının 2480 sayılı Yargı Alanındaki Hak Kayıplarının Önlenmesi Amacıyla Getirilen Durma Süresinin Uzatılmasına Dair Kararı Uyarınca Sürelerin Durmasının Konkordato Sürelerine Etkisi’ (Lexpea Blog, 11 Mayıs 2020).
- Tunç Yücel M, *Konkordato Mühletinin Alacaklılar Bakımından Sonuçları* (On İki Levha Yayınları 2020).
- Tümerdem M, *Sürekli Borç İlişkilerinde Borçlunun Temerrüdü ve Sonuçları* (Seçkin Yayınları 2018).
- Türkiye İhracatçılar Meclisi, Ekonomik Araştırmalar Şubesi Corona Virüsünün Türkiye&Dünya Ekonomisine Etkileri Bilgi Notu.
- Umar B, *İcra ve İflas Hukukunun Tarihi Gelişmesi ve Genel Teorisi* (Ege Üniversitesi İktisadi ve Ticari İlimler Fakültesi 1973).
- Umbach-Spahn B, Kesselbach S, Bossart S, ‘Art 297a’ in: Jolanta Kren Kostkiewicz and Dominik Vock (eds), *Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs SchKG* (4th, Schulthess 2017).
- Üstün, Ç, Özçiftçi, S, ‘COVID-19 Pandemisinin Sosyal Yaşam ve Etik Düzlem Üzerine Etkileri: Bir Değerlendirme Çalışması’ (2020) 25(1) Anadolu Kliniği Tıp Bilimleri Dergisi.
- Wohl G, *Die Sanierung von Immoniliengesellschaften, Sprecher; Thomas (Editör), Sanierung und Insolvenz von Unternehmen VIII* (Schulthess 2017).
- Yıldırım A, ‘Koronavirüs Krizinin Özel Hukuk Sözleşmelerine Etkisi’ (2020) 15(165) Terazi Hukuk Dergisi.



Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanması Kurumunun Ağır Tehlike Arz Eden Salgın Hastalık Hali Bakımından Elverişliliğinin Değerlendirilmesi

Nil Karabağ Bulut

Öz

Türk Medeni Kanunu'nda bir vesayet tedbiri olarak düzenlenmiş olan koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması kurumu, kişisel korumaya ihtiyaç duyan gerçek kişilerin TMK m 432 hükmünde sayılan şartlarla belirli bir kuruma zorla yerleştirilmelerini veya belirli bir kurumda zorla alıkonulmalarını düzenlemektedir. Özgürlüğün belirli bir kuruma yerleştirilmek veya orada alıkonulmak amacıyla kısıtlanması, kişinin ihtiyaç duyduğu kişisel korumanın sağlanması amacıyla yöneliktir. Bir kişinin özgürlüğünün bu şekilde kısıtlanması, koruma ihtiyacının TMK m 432 hükmünde sayılan zayıflık halleri dolayısıyla ortaya çıkmış olmasına bağlıdır. Türk Hukuku'na ilk defa 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu ile girmiş olan bu tedbir, vesayet hükümleri arasında yer almakla birlikte, uygulanması için öngörülen şartlar itibarıyla, ilgili kişinin korunmasından ziyade toplumun korunmasına hizmet edecek şekilde düzenlenmiştir. Kanun koyucu, TMK m 432 hükmünde sayılan zayıflık halleri dolayısıyla ortaya çıkan koruma ihtiyacının karşılanmasını, ilgili kişinin toplum için tehlike oluşturması şartına bağlamış görünmektedir. Bunun yanı sıra, hükümdede sayılan zayıflık hallerinden ağır tehlike arzeden bulaşıcı hastalık dolayısıyla kişi özgürlüğünün kısıtlanması, başlı başına toplumun korunması amacıyla hizmet etmektedir. Kanun koyucu, koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanmasına ilişkin hükümler arasında zorla tedaviye yer vermemiştir. Özellikle, korunma ihtiyacının ayırt etme gücünün bulunmaması dolayısıyla ortaya çıkmış olduğu hallerde zorla tedavi, kısa sürede kişinin korunma ihtiyacının ortadan kalkmasını sağlayabilecektir. Kanun koyucunun TMK m 432 vd hükümlerinde bu yönde bir düzenleme getirmemiş olması, ayırt etme gücü olmayan kişilerin ömür boyu bir kurumda kalmaları sonucunu doğurabilecektir. Buraya kadar ifade edilen sebepler, koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması kurumunun vesayet kurumu ile öngörülen amaçlara uygun bir şekilde, özellikle şartları itibarıyla yeniden düzenlenmesini gerektirmektedir. Çalışmanın amacı, TMK m 432 hükmü kapsamında öngörölmüş olan şartların, bu açıdan değerlendirilmesidir.

Anahtar Kelimeler

Vesayet, Koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması, Kişi hürriyeti, Zorla tedavi, Ağır tehlike arzeden bulaşıcı hastalık

Considerations on the Conditions Provided for the Restriction of Freedom for the Purposes of Protection due to an extremely dangerous Infectious Disease

Abstract

The institution of restriction of freedom for the purposes of protection is regulated as a guardianship measure under the Turkish Civil Code (TCC), and under conditions specified in Article 432 of TCC, it allows compulsory placement or detention in a certain establishment of individuals in need of personal protection. Restriction of freedom by compulsory placement/detainment in a particular establishment aims to protect the relevant individual needs. Such restriction requires the need for protection to arise from the causes of weakness listed under Article 432 of TCC. This measure, which was first introduced into Turkish Law by the TCC numbered 4721, is regulated within the guardianship provisions;

* **Sorumlu Yazar:** Nil Karabağ Bulut (Dr. Öğr. Üyesi), İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye. E-posta: nkarabag@istanbul.edu.tr ORCID: 0000-0001-6996-4228

Atf: Karabağ-Bulut N, "Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanması Kurumunun Ağır Tehlike Arz Eden Salgın Hastalık Hali Bakımından Elverişliliğinin Değerlendirilmesi" (2020) 78(2) İstanbul Hukuk Mecmuası 517. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2020.78.2.0010>



however, it serves for the protection of the society rather than the protection of the person concerned due to its conditions of implementation. It seems that the legislator stipulates the protection for instances where the person concerned also poses a threat to society. Furthermore, restriction of freedom due to an extremely dangerous infectious disease serves, in itself, the purpose of protecting society. Implementation of forced treatment is not regulated under these provisions even though forced treatment is a feasible method to overcome the need for protection specifically when this need is due to lack of mental capacity. The absence of provisions regarding forced treatment may result in lifelong detainment of individuals who lack mental capacity. The reasons stated so far reveals that the institution of restriction of freedom for protection and, in particular, its conditions for implementation must be revised following the objectives of the guardianship institution. Hence, this study aims to evaluate the conditions set forth under Article 432 of TCC within this context.

Keywords

Guardianship, Restriction of freedom for the purposes of protection, Freedom of person, Forced treatment, Extremely dangerous infectious disease

Extended Summary

Certain conditions of restriction of freedom for protection that are regulated are incorporated from Article 19/II of the Turkish Constitution, which aims to provide the legal basis of preventive measures under Article 432 of the Turkish Civil Code (TCC). Hence, mental disorder, mental disability, alcohol and drug addiction, extremely dangerous infectious disease, and vagrancy are specified in line with Article 19 of the Constitution. Nevertheless, Article 432 of TCC is a measure of deputyship that solely aims for the protection of personality. The preventive measures are intended for the protection of public health and safety. Therefore, interpretation of the conditions provided by Article 432 of TCC must be carried out bearing in mind its nature of deputyship measure.

One of the grounds for the restriction of freedom for protection set forth by Article 432 of TCC is “extremely dangerous infectious disease.” The restriction of freedom based on a serious infectious disease aims to protect the public. Inclusion of extremely dangerous infectious disease to Article 432 aims to prevent the spread of the disease; therefore, the purpose is to protect the public. Thus, the measure in question holds a just cause and pursues maintaining public safety, particularly public health. The spread of the disease to this extent not only endangers the health of individuals but also has adverse effects, primarily on the healthcare system and also on other areas such as economy and education, thus causing living conditions to be oppressive. Consequently, recent outcomes of the coronavirus disease 2019 (Covid-19) pandemic have demonstrated the necessity of implementing such a provision.

However, the application of forced treatment is beyond the scope of Article 432 of TCC, and the desired protection cannot be achieved through this provision. In case of serious infectious disease, Article 432 lacks legal legitimacy for the protection of public health. This provision excludes forced treatment, even under the assumption that individual protection is linked to treatment.

Moreover, the restriction of freedom for protection as per Article 432 requires a decision issued by the court of deputyship. However, any delay arising from this requirement would only cause further spreading of the disease during a pandemic such as Covid-19. In such a case, there is a public interest in isolating the patient without requiring a court order. For reasons explained thus far, the prevention of the spread of an extremely dangerous infectious disease cannot be maintained by implementing the deputyship measure of the restriction of freedom for protection. In other words, instances of extremely dangerous infectious disease should be removed from the scope of the relevant provision.

Furthermore, the Public Healthcare Law numbered 1593, dated April 24, 1930, is still in force under Turkish law. To enable the implementation of immediate measures, the aforementioned law needs modernization. In addition, a balance needs to be maintained between the limited interest for the protection of freedom of infected or suspected patients and the elimination of extremely dangerous infectious diseases considering public interest. Therefore, the principle of proportionality should be applied regarding isolation and forced treatment, and general principles and rules of implementation concerning forced treatment should be thoroughly regulated.

The condition of potential “endangering of the society” is also required for the application of the said measure in addition to the instances of the need for individual protection specified under the provision. This additional condition is only suitable in relation to the implementation of extremely dangerous infectious disease from among the instances listed under Article 432. Therefore, the conditions of “endangering the society” and the “extremely dangerous infectious disease” should both be removed from Article 432 TCC. The restriction of freedom for protection serves to protect those who need protection for certain reasons and is regulated under the institution of “deputyship.” The judge should rule in issues concerning the application of Article 432 of TCC bearing in mind the purpose of the deputyship institution. The condition of endangering the society should be interpreted narrowly and must only be applied to instances of extremely dangerous infectious disease taking into account the purpose of the relevant provision. In line with the principle regulated under Article 23 of the TCC where personal rights of an individual are also protected against his or her actions, the application of such a measure should a fortiori be allowed in instances where the focus of protection is the individual himself or herself. This is the case while bearing in mind that forced placement or detainment is possible even for the purposes of public protection.

Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanması Kurumunun Ağır Tehlike Arz Eden Salgın Hastalık Hali Bakımından Elverişliliğinin Değerlendirilmesi

Giriş

Koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması, bir gerçek kişinin, TMK m 432 hükümlerinde sınırlı sayıda düzenlenmiş olan belirli sebeplerle ihtiyaç duyduğu kişisel korunmanın sağlanması amacıyla iradesi hilafına belirli bir kuruma yerleştirilmesi veya bulunduğu kurumda alıkonulmasıdır. Bir vesayet tedbiri olarak öngörülmüş olan koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması, ilgili kişinin hürriyetinin sınırlanmasına yol açmaktadır.

Kişi hürriyeti ve güvenliği, AY m 19 hükmü ile koruma altına alınmıştır. Söz konusu hükümle, herkesin kişi hürriyeti ve güvenliğine sahip olduğu ifade edildikten sonra, ikinci fıkra hükmünde, kişi hürriyetinin kısıtlanmasının şartları öngörülmüştür. Bu kapsamda; *“toplum için tehlike oluşturan akıl hastası, uyuşturucu madde veya alkol tutkunu, serseri veya hastalık yayabilecek bir kişinin bir müessesede tedavi, eğitim veya ıslahı için kanunda belirtilen esaslara uygun olarak alınan tedbirin yerine getirilmesi”*, kişi hürriyetinin sınırlandırılmasına yol açabilecek istisnalardandır. Ancak AY m 19/II hükmü, söz konusu sınırlandırmanın esaslarının bir kanun hükmünde tayin edilerek gerçekleştirilmesini emretmiştir. Bu başlık altında inceleyeceğimiz TMK m 432 vd hükümlerinin, AY m 19/II hükmünde düzenlenmiş olan tedbirler bakımından hukuki dayanak oluşturduğu ifade edilmektedir¹.

Kişi özgürlüğü ve güvenliği, ayrıca Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamında da koruma görmektedir. Herkesin özgürlük ve güvenlik hakkına sahip olduğunu düzenleyen AİHS m 5/I hükmü, bu hakların sınırlandırılmasını mümkün kılan bir takım haller öngörmüştür. İlgili düzenleme de söz konusu hakların sınırlandırılmasının esaslarının mutlaka kanun ile düzenlenmiş olması şart koşulmuştur. Bu kapsamda m 5 hükmünün (e) bendi uyarınca; *“Bulaşıcı hastalıkların yayılmasını engellemek amacıyla, hastalığı yayabilecek kişilerin, akıl hastalarının, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılarının veya serserilerin yasaya uygun olarak tutulması;”* mümkün görülmüştür.

Kanun koyucu, ilk defa 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu m 432 vd hükümleri ile özgürlüğün, kişinin kendisini koruma amacıyla sınırlandırılmasına imkân veren

¹ Ahmet M Kılıçoğlu, *Aile Hukuku* (4. Bası, Turhan 2019). 586. Turgut Akıntürk ve Derya Ateş, *Türk Medeni Hukuku, Aile Hukuku, C 2* (22. Bası, Beta 2020) 505; Ayrıca bkz 4721 sayılı Kanun'un gerekçesi, s. 456: *“Bu kurum İsviçre Medeni Kanununda 1 Ocak 1981 tarihinde yürürlüğe girmiş olan yeni düzenlemeden esinlenmek suretiyle Ülkemiz için de geçerli olduğu düşüncesiyle yeni bir ayırım olarak kanuna alınmıştır. Nitekim aynı ihtiyaç Anayasa'nın 19 uncu maddesinde de açıkça ifade edilmiştir”*, Türk Medeni Kanunu Tasarısı ile Türk Kanunu Medenisinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Tasarısı ve Ankara Milletvekili Yücel Seçkiner'in; Ankara Milletvekili Esvet Özdoğu ve Dört Arkadaşının; Aynı Kanunda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Teklifleri ve Adalet Komisyonu Raporu (1/611, 1/425, 2/361, 2/680), <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem21/yil01/ss723mhtm> Erişim Tarihi 9 Mayıs 2020.

“Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanması” kurumunu düzenlemiştir². Söz konusu düzenlemelerin İsviçre Medeni Kanunu’nun 387a ila 397f maddelerinden³ yola çıkılarak oluşturulduğu, 22 Kasım 2011 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun gerekçesinde açıkça ifade edilmiştir. Buna göre; “...Yürürlükteki Kanunda ve 1984 tarihli Öntasarıda mevcut olmayan bu altıncı ayırım, İsviçre Medenî Kanununda 1 Ocak 1981 tarihinde yürürlüğe girmiş bulunan yeni düzenlemeden esinlenerek ve aynı düzenlemenin Ülkemiz için de gerekli ve yararlı olduğu düşünce ve inancıyla Tasarıya alınmıştır. Nitekim aynı ihtiyaç Anayasamızın 19 uncu maddesinde de açıkça ifade edilmiştir”⁴.

Kanun koyucu, koruma amacıyla özgürlüğün sınırlanması kurumunu düzenlerken, her ne kadar o tarihte yürürlükte olan İMK. m 397a vd hükümlerinden yola çıktığını ifade etse de, TMK m 432 vd hükümleri ile mülga İMK. m 397a vd hükümleri arasında önemli nitelikte farklılıklar bulunmaktadır. Aşağıda ayrıntılı şekilde inceleneceği üzere, kanun koyucu, koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanmasının şartlarını düzenleyen TMK m 432 hükmünün AY m 19/II hükmü ile bire bir uyumlu olmasına özen göstermiştir.

Bununla birlikte, AY m 19/II hükmü ile ilgili Danışma Meclisi’nin gerekçesinden açıkça anlaşıldığı üzere⁵, kanun koyucu, AY m 19/II hükmü ile “önleyici güvenlik tedbirleri” bakımından düzenleme getirmeyi amaçlamıştır. Gerekçeye göre; “(...) Bilindiği gibi suçla savaşta etkili olunabilmesi için suçun işlenmesini beklememek; suç işlemeye fevkalade müsait bir düzey üstünde bulunan kişiler hakkında, zamanında uygun tedbirler alarak zararı daha kaynağında önlemek gerekir. “Suç öncesi safha” denilen bu safhada bulunan kişiler özellikle, uyuşturucu madde tutkunları, alkolikler, akıl hastaları yahut serserilerdir.....Kolayca anlaşılacağı gibi akıl hastası, uyuşturucu madde tutkunu yahut alkolüğün veya yukarıda ifade edildiği anlamda bir serserinin suç işleme ihtimali, diğer kişilerin gösterdiği riskten daha yüksektir. Bunlar kendi hallerine bırakıldıkları takdirde toplum için devamlı bir tehlike ve tehdit teşkil edeceklerdir. Kendilerinin bir adım daha atarak suç alanına girmelerine engel olmak için kendileri

² 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun yürürlüğe girmesinden önce kişilerin ihtiyaç duyduğu kişisel korumanın sağlanması amacıyla başvurulan yasal düzenlemeler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz Mehmet Dağlı, *Emsal İçihatlarla Türk Medeni Hukukunda Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanması* (Turhan 2011) 3 vd.

³ Koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması, İsviçre Medeni Kanunu’na 6 Ocak 1978 tarihli Kanun ile eklenmiş olup, 1 Ocak 1981 tarihinde yürürlüğe girmiştir. İsviçre kanun koyucusu, söz konusu hükümlerin düzenlenmesinde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m 5 hükmünden yola çıkmıştır. Bkz Eugen Spirig, ‘Art 397a-397f’ in Peter Gauch, Jörg Schmid (eds) *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch. Das Familienrecht. 3. Abteilung: Die Vormundschaft (Art 360-456), Band II, Nummer 3a* (Schulthess1995) Vorb zu Art 397a-397f, N 35. Bununla birlikte ilgili hükümler, vesayet kurumunun yeniden düzenlenmesi amacıyla sevk edilen 19 Aralık 2008 tarihli Kanun kapsamında önemli değişikliklere uğramıştır. Söz konusu Kanun ile getirilen değişiklikler, 1 Ocak 2013 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bkz 19 Aralık 2008 tarihli Kanun Gerekçesi, BBI 2006 7003 vd (<https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2006/7001.pdf> Erişim Tarihi 2 Mayıs 2020).

⁴ “Türk Medeni Kanunu Tasarısı ile Türk Kanunu Medenisinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Tasarısı ve Ankara Milletvekili Yücel Seçkiner’in; Ankara Milletvekili Esvet Özdoğu ve Dört Arkadaşının; Aynı Kanunda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Teklifleri ve Adalet Komisyonu Raporu (1/611, 1/425, 2/361, 2/680)”, <https://www.tbmmgov.tr/sirasayi/donem21/yil01/ss723mhtm> Erişim Tarihi 9 Mayıs 2020.

⁵ Bkz Madde Gerekçeli Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, TBMM, 2008, (<<https://acikerisimtbmmgov.tr/xmlui/bitstream/handle/11543/1169/200901027.pdf?sequence=1&isAllowed=y>> Erişim Tarihi 12 Mayıs 2020).

konusunda “Önleyici güvenlik tedbirleri” yahut, diğer bir deyimle, “Toplumsal savunma tedbirleri” alınmaktadır. Bu tedbirlerin neler olduğu, uygulama şartları ve benzeri hususlar, bugün pekçok ülkede kabul edilmiş bulunan “Toplumsal Savunma Kanunları” tarafından düzenlenecektir. Bu tür tedbirlerin bazılarının (müessesede eğitim) uygulanması, “Tehlikeli hal” gösteren kişinin şu veya bu şekilde kısıtlanmasını zorunlu kılar. İzahına çalışılan hüküm bu ihtiyacı karşılamaktadır”.

Kanun koyucunun vesayet tedbiri olan “Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanması” kurumunu düzenlerken, “önleyici güvenlik tedbirleri” bakımından düzenleme getirmeyi hedefleyen AY m 19/II hükmüne ilişkin metnin ilgili kısmını olduğu gibi benimsemiş olması, kurum ile güdülen amaca ulaşılmasını önemli derecede engelleyebilecek nitelikte bir düzenleme getirilmesine yol açmıştır. Çalışmamızda güdülen amaç, koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması kurumunun şartlarını düzenleyen TMK m 432 hükmünün vesayet tedbiri olması sebebiyle, ifa etmesi gereken işleve ne denli uygun olduğunun incelenmesidir.

Bunun yanı sıra, TMK m 432 vd hükümlerinin düzenlenmesinde kaynak olarak dikkate alındığı ifade edilen mülga İMK. m 397a vd hükümleri, vesayet kurumunda önemli değişiklikler getiren 19 Aralık 2008 tarihli Kanun ile İsviçre Medeni Kanunu m 426 vd hükümlerinde yeniden düzenlenmiştir. İsviçre Kanun koyucusu, revizyon sonucunda “Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanması” kavramı yerine, “Koruma Amacıyla Yerleştirme” kavramını tercih etmiştir. Söz konusu değişikliklerin özgürlüğü kısıtlanacak olan kişiye daha güçlü bir hukuki koruma sağlanabilmesi ve düzenlemelerde yer alan boşlukların doldurulması amacıyla getirildiği ifade edilmiştir⁶. Çalışmada söz konusu değişikliklere de kısaca yer verilecektir.

I. Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanması Kurumunun Amacı

Koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması kurumunun amacının tayini bakımından, söz konusu tedbirin Medeni Kanun’da yer aldığı bölüm, büyük önem arz eder. Kanun koyucu, ilgili düzenlemeye ‘Aile Hukuku’ başlıklı ikinci kitabın ‘Vesayet’ başlıklı üçüncü kısmında yer vermiştir. Vesayet, kişisel ve malvarlıksal menfaatlerini koruma yetkinliğinden yoksun olan kimselerin korunması için öngörülmüş olan hukuki bir kurumdur⁷. Bu kapsamda velayet altında olmayan kişilerin korunması hedeflenmektedir. Vesayetin devlet tarafından teşkilatlandırılmış olması, bu kurumu, özel hukukun yanı sıra kamu hukukunun sınırlarına da sokmaktadır. Bu halde koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması kurumunun hem özel hukukun hem de kamu hukukunun alanına giren karma bir niteliğe sahip olduğunu söylemek yanlış olmaz⁸.

⁶ Bkz 19 Aralık 2008 tarihli Kanun Gerekeçesi, BBI 2006 7003 vd (<https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2006/7001.pdf> Erişim Tarihi 2 Mayıs 2020).

⁷ Tanım için bkz Bilge Öztan, *Aile Hukuku* (6. Bası, Turhan 2015) 1257; Nevzat Koç, ‘Türk Medeni Kanunundaki Düzenlemeler Işığında Vesayet Hukukuna Genel Bakış’, (2005) VII () Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 99.

⁸ Ayrıntılı bir inceleme için bkz Spirig (n 3) Vorb zu Art 397a-397f, N 26 vd; Öztan (n 7) 1257.

Vesayet kapsamında koruma gören kişiler, öncelikle fiil ehliyeti sınırlandırılmış olan kişilerdir. Kanun koyucu, fiil ehliyetini emredici hükümlerle düzenlemiştir. Fiil ehliyeti, bir kimsenin kendi fiiliyle hak edinebilmesi ve borç altına girebilmesini ifade etmektedir⁹. Hak ehliyetinde olduğu gibi, herkesin fiil ehliyetine sahip olduğunu söylemek mümkün değildir¹⁰. Kanun koyucu, bir kişinin fiil ehliyetine sahip olduğunun kabulü için ayırt etme gücü, erginlik ve kısıtlı olmama şartlarını aramıştır (TMK m 10). Bu şartları haiz bir kişi, fiil ehliyetine sahip olup, tam ehliyetli olarak nitelendirilir¹¹. Ayırt etme gücünün bulunmadığı haller bakımından ise kişinin tam ehliyetsiz olmasından söz edilir¹². Buna karşılık ayırt etme gücünü haiz küçükler ve kısıtlılar ise sınırlı ehliyetsiz olarak nitelendirilmektedirler¹³. Bu hali ile her bir şartın eksikliğinin fiil ehliyetinin farklı nitelikte sınırlandırılmasına yol açtığını söyleyebiliriz. Fiil ehliyetinin varlığının kabulü için bulunması gereken şartlardan hangisinin eksik olduğuna göre farklı kategoriler yaratılmış olmasının bir sebebi, söz konusu kişilerin kişisel ve malvarlıksal menfaatlerinin korunması için ihtiyaç duyacakları korumanın içeriğinin değişmesidir. Bu şekilde, günlük hayatta mantıklı şekilde hareket etmek suretiyle kendi şahsi ve maddi menfaatlerini koruyamayacak durumda olan kişilerin, başkaları tarafından istismar edilmeleri engellenmek istenmiştir. Hukuk tarafından iradelerine sonuç bağlanmamış olan kimselerin hukuka aykırı fiillerinden doğacak olan sorumluluk da aynı düşüncelerle farklı esaslara tabi tutulmuştur¹⁴.

Kanun koyucu tarafından özel bir koruma gereksinimi görülen bazı hallerde, söz konusu şartları taşıyan kimselerin korunması için fiil ehliyetinin sınırlandırılması gerekmez. Korumaya ihtiyacı olmakla birlikte, bu korumanın fiil ehliyetinin sınırlandırılmasını gerektirecek boyutta olmadığı haller bakımından kayımlık ve yasal danışmanlık kurumları düzenlenmiştir (TMK m 426 vd). Nitekim koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanmasında da kural olarak kişinin fiil ehliyeti sınırlanmamakta, kişi, ihtiyacı olduğu kişisel korumanın sağlanması amacıyla bir kuruma yerleştirilmekte veya orada alıkonulmaktadır.

⁹ Oğuzman K, Seliçi Ö ve Oktay-Özdemir S, *Kişiler Hukuku- Gerçek ve Tüzel kişiler* (17. Bası, Filiz 2018) N 138 vd; Mustafa Dural and Tufan Ögüz, *Türk Özel Hukuku-Cilt II-Kişiler Hukuku* (19. Baskı, Filiz 2018) N 222; Helvacı S, *Gerçek Kişiler* (8. Bası, Legal 2017) 49.

¹⁰ Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 9) N 141; Dural and Ögüz (n 9) N 229 vd; Serozan R, *Medeni Hukuk- Genel Bölüm- Kişiler Hukuku* (8. Bası, Vedat 2018). Helvacı (n 9) 50.

¹¹ Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 9) N 251; Dural and Ögüz (n 9) N 334 vd: Yazarlar “Ehliyetli” kavramını tercih etmektedirler; Serozan (n 10) § 2 N 5; Helvacı (n 9) 64.

¹² Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 9) N 253; Dural and Ögüz (n 9) N 352 vd; Serozan (n 10) § 2 N 6; Helvacı (n 9) 67 vd.

¹³ Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 9) N 289 vd; Dural and Ögüz (n 9) N 431 vd; Serozan (n 10) § 2 N 10; Helvacı (n 9) 77 vd.

¹⁴ Dural and Ögüz (n 9) N 235.

Buraya kadar aktarmış olduğumuz esaslardan anlaşılacağı üzere, vesayet hukuku, kişi özgürlüklerine, kişinin ihtiyaç duyduğu koruma ile orantılı şekilde müdahale edilmesi prensibi üzerine kurulmuştur. Vesayet hukuku alanında geçerli olan bu esas, orantılılık ilkesi olarak ifade edilir¹⁵.

Vesayet hukukunun uygulama alanı, kural olarak gerçek kişilerin korunması ile sınırlıdır. Kanun koyucu, istisnai bir düzenleme ile tüzel kişinin gerekli organlardan yoksun kalması ve yönetiminin de başka yoldan sağlanamaması şartlarıyla tüzel kişiye kayyım atanmasını mümkün görmüştür (TMK m 427, b. 4).

Vesayet hukuku alanında ‘tip sınırlılığı’ ilkesi geçerlidir. Bu şekilde vesayet kurumu kapsamında kişinin korunması için başvurulabilecek olan tedbirler sınırlı sayıda düzenlenmiş olup, kanun tarafından öngörülmüş olanlar haricindeki diğer tedbirlere başvurulması mümkün değildir. Kanun koyucu tarafından öngörülen tedbirlerin kapsamı da emredici şekilde düzenlenmiş olduğundan, bu alanda tipe bağlılık ilkesinin de geçerli olduğu ifade edilmelidir¹⁶. Kanun koyucu gerek orantılılık ilkesi ile gerekse tipe bağlılık ve tip sınırlılığı ilkeleri ile, kendisine koruma sağlanan kişinin hak ve özgürlüklerinin vesayet kurumunun uygulanması suretiyle ihlal edilmemesini teminat altına almak istemiştir.

Sonuç olarak, koruma amacıyla özgürlüğün korunması bir vesayet tedbiri olması itibarıyla, birincil amacı, özgürlüğü sınırlanan kişinin kendisinin korunmasıdır¹⁷. Söz konusu tedbirin uygulanması, tek başına fiil ehliyetini ortadan kaldırmaz. Ancak kişi hürriyetini kısıtlar¹⁸. Bununla birlikte koruma amacıyla özgürlüğü kısıtlanan tam ehliyetli kişi, şartları varsa ayrıca TMK m 405 vd hükümleri uyarınca kısıtlanabilir¹⁹. Kişi muhtaç olduğu kişisel korumayı gerçekleştirebilecek bir kuruma yerleştirilerek ya da bu tür bir kurumda alıkonularak, kendi sorumluluğunu tekrar üstlenmesi ve yardıma ihtiyaç duymaksızın insan onuruna yakışır bir yaşam sürdürebilmesi hedeflenir²⁰. Yoksa koruma amacıyla özgürlüğün sınırlanması ile özgürlüğü

¹⁵ Dural, Ögüz ve Gümüş (n 31) N 1920; Öztan (n 7) 1265.

¹⁶ Dural, Ögüz ve Gümüş (n 31) N 1931 vd; Öztan (n 7) 1266.

¹⁷ Spirig (n 3) Art 397a N 196; Geiser T, ‘Art 397a-405a’ in Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt and Thomas Geiser (eds) *Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch I* (3rd edn, Helbing & Lichtenhahn 2002) Vor Art 397a-f, N 9; Dural, Ögüz ve Gümüş (n 31) N 2169; Akıntürk ve Ateş (n 1) 506; Selma Hülya İmamoglu, ‘Hukuki Açından, Özellikle Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanmasına İlişkin Hükümler Çerçevesinde Zorla Tedavi’ (2012) VII (3-4) Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 29-59 41; Köksal Kocaağa, ‘Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanması’, (2006) X (1-2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 36; Koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanmasının kişinin kendisinin yanı sıra ayrıca tehlike oluşturduğu toplumun korunmasına hizmet ettiği yönünde bkz Kılıçoğlu (n 1) 586.

¹⁸ Peter Tuor, Bernhard Schnyder, Jörg Schmid and Alexandra Jungo, *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch* (14th edn, Schulthess 2015) § 57 N 1.

¹⁹ Spirig (n 3) Art 397a N 17.

²⁰ Dural, Ögüz ve Gümüş (n 31) N 2169; Akıntürk ve Ateş (n 1) 506; Pelin Çavuşoğlu İşntan, ‘Türk Hukukunda Yeni Bir Müesses: Koruma Amacıyla Kişi Özgürlüğünün Kısıtlanması (TMK m 432-437)’, (2002) I (2) Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 298; Aksi yönde Dağlı (n 2) 39.

sınırlanan kişilerin cezalandırılması amaçlanmamaktadır²¹. Koruma amacıyla özgürlüğün sınırlandırılmasının şartlarını düzenleyen TMK m 432 hükmünün de bu amaç kapsamında incelenmesi ve bu amaca ulaşmaya ne denli elverişli olduğunun gözden geçirilmesi gerekir.

II. Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanmasına Dair Hükümlerin Uygulama Alanına Giren Kişiler

Koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması, gerçek kişilere yönelik bir vesayet tedbiridir. Kanun koyucu, TMK m 432 hükmünün uygulama alanını “ergin kişiler” ifadesi ile belirlemiştir. Bu halde, koruma amacıyla özgürlüğü sınırlanan kişinin kısıtlı olup olmamasının bir önemi yoktur²². İlgili TMK m 432 hükmü, özgürlüğü kısıtlanacak olan kişinin ergin olmasından söz etmiştir. Bu sebeple, TMK m 432 vd hükümleri, kısıtlanarak velayet altına koyulmuş olan erginler bakımından da uygulama alanı bulur²³.

Kısıtlı bir kişinin koruma amacıyla özgürlüğünün sınırlandırılmasına dair bir takım esaslar, TMK m 447 hükmünde ayrıca düzenlenmiştir. Buna göre gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde vasi, koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanmasına ilişkin hükümlere göre kısıtlıyı bir kuruma yerleştirebilecek veya orada alıkoyabilecektir. Vasi, bu yola başvurmuş olması halinde durumu derhal vesayet makamına bildirmekle yükümlü tutulmuştur. Kanun koyucu, TMK m 462, b. 13 hükmünde ise vesayet

²¹ Kişi özgürlüğünün kişinin kendisinin korunması dışında başka bir amaçla kısıtlanamayacağı yönünde Mustafa Alper Gümüş, ‘Kısıtlı veya Kısıtlı Olmayan Ergin Kişilerin Koruma Amaçlı Özgürlüğünün Kısıtlanması (TMK 432-437)’, (2004) I (2) Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 193; Koruma tedbirlerinde toplumsal düzeninin sağlanması hedeflenmekle birlikte, bu halde korumanın aynı zamanda kişinin kendisine karşı olduğu yönünde Dağlı (n 2) 9.

²² Öztan (n 7) 1354; Akıntürk ve Ateş (n 1) 506; Gümüş (n 21) 194; Dağlı (n 2) 14; Kaynak İsviçre Medeni Kanunu mülga m 397a hükmünde, koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanmasının tam ehliyetliler ve kısıtlılar bakımından uygulama alanı bulacağı açıkça ifade edilmişti. 19 Aralık 2008 tarihli Kanun ile mülga m 397a hükmünün yerini almış olan m 426 hükmünde ise bu hususta açık bir ifade yer almamaktadır. Söz konusu değişikliklerle İsviçre Hukuku’nda vesayet sistemi önemli değişikliklere uğramıştır. Bu halde İMK. m 426 hükmünün uygulama alanına giren kişiler bakımından yapılması gereken ayırım, özgürlüğü kısıtlanacak kişinin ayırt etme gücüne sahip olup olmadığıdır. Ayırt etme gücüne sahip erginler bakımından İMK. m 426 vd hükümlerinin uygulanması, ilgili kişinin kuruma yerleştirilmesine veya kurumda alıkonulmasına rıza göstermemesi halinde söz konusu olacaktır. Buna karşılık ayırt etme gücü olmayan kimsenin kişisel koruma sağlanması amacıyla bir psikiyatri kurumuna yerleştirilmesi veya orada alıkonulması halinde, rızası olsun ya da olmasın İMK. m 380 hükmünün atfı dolayısıyla İMK. m 426 vd hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Ancak ayırt etme gücü olmayan bir kimsenin bedensel bir rahatsızlık dolayısıyla bir hastaneye yerleştirilmesinin gerektiği hallerde İMK. m 378 hükmü gereği, koruma amacıyla yerleştirme kurumuna ilişkin hükümler uygulanmayacaktır. Ayırt etme gücüne sahip olmayan kişinin, örneğin ağır bir zihinsel engel dolayısıyla eğitim için bir kuruma yerleştirilmesi halinde de şayet söz konusu kişi bu tür bir yerleştirmeye mukavemet göstermiyorsa koruma amacıyla yerleştirme kurumuna başvurulması gerekemeyecektir. Tüm bu hallerde ayırt etme gücü olmayan kişinin kendisini temsile yetkili kişi tarafından tıbbi işlemlerde temsili söz konusu olup, bu aşamada çıkan uyumsuzluklar yetişkinlerin korunması ile görevli olan makam tarafından çözümü kavuşturulacaktır. Yetişkinlerin korunması ile görevli olan makamın kararlarına karşı ise İMK. m 450 hükmü uyarınca yetkili mahkemeye başvurulabilecektir. Bkz 19 Aralık 2008 tarihli Kanun Gerekçesi, BBI 2006 7063, (<https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2006/7001.pdf> Erişim Tarihi 25 Mayıs 2020); Ayırt etme gücü bulunmayan yetişkinlere yapılacak tıbbi müdahalelere onay verilmesi hususunda İsviçre Medeni Kanunu’nda 19 Aralık 2008 tarihli Kanunla yapılan değişiklikler için bkz Saibe Oktay-Özdemir, ‘Ayırt Etme Gücü Bulunmayan Yetişkinlere Yapılacak Tıbbi Müdahalelere Onay Konusunda İsviçre Hukukunda Yapılan Değişiklikler’, (2016) XI (145-146) Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 235 vd.

²³ TMK m 447 hükmünün kaynağını teşkil eden İMK. m 406 hükmü, 19 Aralık 2008 tarihli “Yetişkinlerin Korunması, Kişilik Hakkı ve Çocuk Hukuku” başlıklı Kanun ile yürürlükten kaldırılmıştır. Bu kapsamda koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması bakımından İsviçre Medeni Kanunu ayırt etme gücü olanlar ve olmayanlar arasında bir ayırım yapmak suretiyle düzenleme getirmiştir. Bu konuda açıklayıcı bir şema için bkz Tuor, Schnyder, Schmid and Jungo (n 18) § 57 N 9.

altındaki kişinin bir eğitim, bakım veya sağlık kurumuna yerleştirilmesini vesayet makamının iznine tabi tutmuştur. Bu halde TMK m 447 hükmü, TMK m 462, b. 13 hükmü ile birlikte yorumlandığında, küçüğün özgürlüğünün korunması amacıyla kısıtlanması hususundaki son kararı vesayet makamının vereceği anlaşılmaktadır. Bu husus öğretide tartışmalı olup, bu kapsamda ileri sürülen görüşlere TMK m 446 hükmü ile bağlantılı şekilde değinilecektir.

Türk Medeni Kanunu m 446 hükmü uyarınca, vesayet altında olan küçüğün koruma amacıyla bir kuruma yerleştirilmesine veya zaten böyle bir kurumda ise orada alıkonulmasına, vasinin başvurusu üzerine vesayet makamı karar verecektir. Bununla birlikte vasi, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde küçüğü bir kuruma yerleştirebilecektir. Ancak bu halde vasinin durumu derhal vesayet makamına bildirmesi öngörülmüştür. Bunun dışında vesayet altındaki küçüğün özgürlüğünün koruma amacıyla kısıtlanmasının bütünüyle TMK m 432 vd hükümlerine tabi olacağı ifade edilmiştir. Kanun koyucu, TMK m 446/III hükmünde, on altı yaşını doldurmamış küçüklerin bu konuda bizzat mahkemeye başvuramayacaklarını ifade etmiştir²⁴.

Türk Medeni Kanunu m 445 hükmü, vasinin vesayet altındaki küçüğün bakımı ve eğitimi için gerekli önlemleri almakla yükümlü olduğunu öngörmektedir. Vasi, söz konusu önlemlerin alınması bakımından, vesayet dairelerinin yetkilerine ilişkin hükümler saklı kalmak kaydıyla ana ve babanın yetkilerine sahiptir. Vasinin küçüye karşı özen gösterme yükümlülüğünün kapsamı, küçüğün yararı dikkate alınarak tayin edilir²⁵. Vasi, küçüğün ihtiyaç duyduğu kişisel korumanın sağlanması ile görevlidir. Küçüğün koruma amacıyla özgürlüğünün kısıtlanması, ancak küçüğün korunmasının başka şekilde sağlanamaması şartıyla söz konusu olabilir²⁶. Bu hali ile vasinin özen yükümlülüğü ile vesayet altındaki küçüğün özgürlüğünün koruma amacıyla kısıtlanması arasında sıkı bir bağ bulunmaktadır²⁷.

Kanun koyucu, TMK m 462, b. 13 hükmünde ise vesayet altındaki kişinin bir eğitim, bakım veya sağlık kurumuna yerleştirilmesini vesayet makamının iznine tabi tutmuştur. Öğretide TMK m 462, b. 13 hükmünün, bu hususta “örtülü” kanun boşluğu olması dolayısıyla uygulanamayacağı ifade edilmektedir²⁸. Bu görüşün en önemli

²⁴ Söz konusu düzenleme 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun hazırlandığı sırada yürürlükte olan mülga İMK. m 405a hükmü göz önünde bulundurularak düzenlenmiştir. Ancak, İsviçre Medeni Kanunu m 405a hükmü, 19 Aralık 2008 tarihli Kanun ile yürürlükten kaldırılmıştır. İsviçre kanun koyucusu, küçüğün koruma amacıyla kapalı bir kuruma yerleştirilmesi hususunda velayet ya da vesayet altında olup olmadığına bakmaksızın, koruma amacıyla yerleştirmeye ilişkin İMK. m 426 vd hükümlerinin kıyasen uygulanmasını düzenlemiştir (velayet altındaki küçükler bakımından İMK. m 314b; vesayet altındaki küçükler bakımından İMK. m 327c). Bu kapsamda vasi, acil hallerde dahi küçüğü, koruma amacıyla bir kuruma yerleştirme hususunda yetkiye sahip değildir. Bunun yanı sıra kanun koyucu, çocukların yetkili makama başvurusu için öngörülmesi olan 16 yaş sınırını kaldırmış ve ayırt etme gücüne sahip olmasını yeterli görmüştür (İMK. m 314b). Bkz Tuor, Schnyder, Schmid und Jungo (n 18) § 44 N 61.

²⁵ Selma Hülya İmamoğlu, ‘Vesayet Altındaki Küçüğün Koruma Amacıyla Özgürlüğünün Kısıtlanması (TMK 446)’, (2005) LIV (4) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 299-342 (‘Vesayet Altındaki Küçüğün Korunması’) 305.

²⁶ İbid (n 25) 308.

²⁷ İbid (n 25) 308.

²⁸ Gümüş (n 21) 192; Kocaağa (n 17) 44 dnp 35; İmamoğlu ‘Vesayet Altındaki Küçüğün Korunması’ (n 25) 320 vd.

sebebi, kaynak İsviçre Medeni Kanunu'nun TMK m 446 hükmüne tekabül eden mülga m 405a hükmünün getirilmiş olduğu 1978 revizyonunda, TMK m 462, b. 13 hükmünü karşılayan İMK. m 421, b. 13 hükmünün yürürlükten kaldırılmış olmasıdır²⁹.

Kanaatimizce TMK m 446 hükmü. 462, b. 13 hükmü ile çelişmemekte, aksine söz konusu hükmü tamamlamaktadır. Vasi, TMK m 446 uyarınca, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde küçüğün koruma amacıyla bir kuruma yerleştirilmesi bakımından yetkili kılınmış olmakla birlikte, en nihayetinde bu durumu gecikmeksizin vesayet makamına bildirmekle yükümlüdür. O halde söz konusu m 446 hükmü, m 462, b 13 hükmü ile birlikte yorumlandığında, vesayet makamının küçüğün kuruma yerleştirilmesi veya orada alıkonulmasına dair uygulamayı onaylamaması halinde, küçüğün kurumdan çıkarılmasının gerekeceği anlaşılmaktadır. Aynı husus, vesayet altındaki erginlerin TMK m 447 uyarınca vasi tarafından özgürlüğü kısıtlanarak bir kuruma yerleştirilmesi veya orada alıkonulması halinde de söz konusudur. Koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması kişilik hakkına önemli derecede etki eden bir kısıtlama olup, bu yönde bir kararın mahkeme tarafından verilmiş olması, kişilik hakkının etkin şekilde korunmasına hizmet eder. Nitekim İsviçre Medeni Kanunu'nda 19 Aralık 2008 tarihli Kanun ile yapılan değişiklik sonucunda, vasiye tanınmış olan bu yetki tamamen kaldırılarak, vesayet altındaki kimselerin koruma amacıyla yerleştirilmesi bakımından yetişkinleri koruma makamı³⁰ ile çocukları koruma makamı (İMK. m 314b) yetkili kılınmıştır.

Bunun dışında vesayet altındaki kişinin bir kuruma yerleştirilmesi için mutlaka koruma amacıyla özgürlüğünün kısıtlanması gerekmez. Dolayısıyla vesayet altındaki kişinin kendi iradesi ile bir kuruma yerleştirilmesi halinde de TMK m 462, b. 13 hükmüne başvurmak gerekecektir. Nitekim vesayet altındaki kişinin yerleşim yerinin değiştirilmesi de TMK m 462, b. 14 uyarınca vesayet makamının denetimine tabidir. Kısıtlıların bir kuruma yerleştirilmesi, çoğunlukla yerleşim yerinin değiştirilmesine de yol açacaktır.

Kanun koyucunun TMK m 432 hükmünde ergin kişilerden söz etmiş olması dolayısıyla, TMK m 446 hükmü olmasaydı, koruma amacıyla kişi özgürlüğünün kısıtlanmasının küçükler bakımından uygulama alanı bulmayacağı sonucuna varmak gerekecekti. Ancak TMK m 446 hükmü dolayısıyla bu hususta tereddüt etmemek gerekir. Bununla birlikte vesayet altındaki küçük bakımından koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanmasına cevaz veren kanun koyucu, velayet altındaki küçükler bakımından bu yönde bir düzenlemeye gitmediğinden, TMK m 432 vd hükümlerinin velayet altındaki küçükler bakımından uygulanması mümkün görünmemektedir. Bu husus, öğretide kanun boşluğu olarak nitelendirilmekte ve bu boşluğun velayet altındaki küçüğün koruma amacıyla özgürlüğünün kısıtlanmasına dair esasları

²⁹ Ibid (n 25) 321.

³⁰ Ayrıca bkz yukarıda 22 numaralı dipnot.

düzenleyen İMK m 314a hükmüne uygun bir şekilde doldurulması savunulmaktadır³¹. Söz konusu İMK. m 314a hükmü, 19 Aralık 2008 tarihli Kanun ile yürürlükten kaldırılmıştır. Küçüklerin koruma amacıyla özgürlüklerinin sınırlandırılması, 1 Ocak 2013 tarihinde yürürlüğe girmiş olan m 314b hükmü ile düzenlenmektedir. Buna göre, küçüğün korunması için bir kuruma veya psikiyatri kliniğine yerleştirilmesinin gerekli olduğu hallerde, koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanmasına ilişkin hükümler kıyasen burada da uygulanacaktır. Ancak söz konusu m 314b hükmündeki atıf, koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanmasına dair usule ilişkin olup, küçüğün koruma amacıyla özgürlüğünün kısıtlanması bakımından hâkimin vereceği kararın İMK. m 310 hükmü esaslarına tabi olduğu kabul edilmektedir³².

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu Gerekeçesi'nde velayet altındaki küçükler bakımından koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanmasına yer verilmemiş olması esasen açıklanmıştır. Buna göre: “*Madde sadece ergin kişilerin bir kuruma yerleştirilmesini veya kurumda alıkonulmasını öngörmektedir. Ergin olmayan kişiler, yani küçükler bu maddenin kapsamına girmemektedir. Bu kişilere ilişkin koruma önlemleri daha önceki maddelerde hükme bağlanmıştır*”³³. Koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanmasına dair TMK m 432 vd hükümleri söz konusu Gerekeçe kapsamında yorumlandığında, kanun koyucunun velayet altındaki küçüğün korunmasına bilinçli olarak TMK m 432 vd hükümlerinde yer vermemiş olduğu anlaşılmaktadır. Velayet altındaki küçüklerin korunmasının TMK m 346 vd hükümleri kapsamında sağlanması arzu edilmiştir.

Küçüklerin koruma amacıyla özgürlüklerinin sınırlandırılması bakımından TMK m 346 vd hükümlerine göre bir değerlendirme yapılması, kanaatimizce de amaca uygundur. Zira küçüklerin korunması, ergin kişilerin korunmasından farklı esaslara tabidir. Küçüklerin korunması aşamasında küçüğün üstün yararının daima gözetilmesi gereği, bedensel, zihinsel ve ahlaki gelişimini tehlikeye atabilecek unsurların ivedilikle bertaraf edilmesi gerekmektedir³⁴. Nitekim 19 Aralık 2008 tarihli Kanun ile değiştirilen İsviçre Medeni Kanunu da bu yönde bir çözüm benimsemiştir. İsviçre kanun koyucusu, küçüğün koruma amacıyla kapalı bir kuruma yerleştirilmesi hususunda velayet ya da vesayet altında olup olmadığına bakmaksızın, koruma amacıyla yerleştirmeye ilişkin İMK. m 426 vd hükümlerinin kıyasen uygulanmasını düzenlenmiştir (velayet altındaki küçükler bakımından İMK. m 314b; vesayet altındaki küçükler bakımından İMK. m 327c). İsviçre Medeni Kanunu, vesayet altındaki çocuğun hukuki durumunun velayet altındaki

³¹ Mustafa Dural, Tufan Ögüz ve Alper Gümüş, *Türk Özel Hukuku- Cilt III-Aile Hukuku* (Filiz 2019) N 2168; Akıntürk ve Ateş (n 1) 506; Gümüş (n 21) 192.

³² Tuor, Schnyder, Schmid and Jungo (n 18) § 57 N 8.

³³ Türk Medeni Kanunu Tasarısı ile Türk Kanunu Medenisinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Tasarısı ve Ankara Milletvekili Yücel Seçkiner'in; Ankara Milletvekili Esvet Özdoğu ve Dört Arkadaşının; Aynı Kanunda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Teklifleri ve Adalet Komisyonu Raporu (1/611, 1/425, 2/361, 2/680)* , <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem21/yil01/ss723mhtm> Erişim Tarihi 9 Mayıs 2020.

³⁴ Elçin Grassinger G, *Küçüğün Kişi Varlığının Korunması İçin Alınacak Tedbirler* (On İki Levha 2009) 67, 81, 100 vd.

çocukla aynı olacağını öngörmüştür (İMK. m 327b). Koruma amacıyla yerleştirme kurumuna yapılmış olan atıf, yalnızca prosedüre ilişkin olup, kuruma yerleştirmenin esasları bakımından çocuk hukukuna hakim prensiplerin gözetileceği hükmüne bağlanmıştır. Buna göre küçük ister velayet altında ister vesayet altında olsun, koruma amacıyla bir kuruma yerleştirilmesi için küçüğün İMK. m 426 hükmünde öngörülmüş olan zayıflık hallerinden biri sebebiyle koruma ihtiyacı içerisinde olması şartı aranmayacaktır. Küçüğün koruma amacıyla bir kuruma yerleştirilmesi bakımından önemli olan, çocuğun, yaşadığı çevrede geçerli olan şartlar dolayısıyla bedensel, zihinsel ya da ahlaki bakımdan gelişiminin tehlikede olması ve kapalı bir kuruma yerleştirilmesinin koruma amacıyla ölçülü olmasıdır³⁵.

Kanaatimizce çocukların korunması bakımından velayet altındaki çocuk ile vesayet altındaki çocuk arasında bir ayırım yapmayan ve çocukların korunması hususundaki genel ilkelerin göz önünde bulundurulmasına imkân tanıyan İsviçre Mednei Kanunu'ndaki ilgili düzenlemeler, çocuğun etkin bir şekilde korunmasına hizmet etmektedir. Temennimiz, kanun koyucunun Türk Medeni Kanunu'nun velayet altında olan çocuklar ile vesayet altında olan çocuklar arasında ayırım yapmadan, tarafı olduğumuz Çocuk Haklarının Korunmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi'nde de ifadesini bulan genel ilkelerin, koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması alanında da uygulama alanı bulmasını teminat altına alan düzenlemelere yer vermesidir.

III. Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanmasının Şartları

1. Genel Olarak

Kanun koyucu koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanmasının şartlarını TMK m 432 hükmünde düzenlemiştir. Düzenlemenin ilk fıkrasına göre; “*Akil hastalığı, akıl zayıflığı, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı, ağır tehlike arzeden bulaşıcı hastalık veya serserilik sebeplerinden biriyle toplum için tehlike oluşturan her ergin kişi, kişisel korunmasının başka şekilde sağlanamaması hâlinde, tedavisi, eğitimi veya ıslahı için elverişli bir kuruma yerleştirilir veya alıkonulabilir. Görevlerini yaparlarken bu sebeplerden birinin varlığını öğrenen kamu görevlileri, bu durumu hemen yetkili vesayet makamına bildirmek zorundadırlar*”. Hükmün ikinci fıkrası ile, koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanmasında kişinin çevresine getirdiği külfetin de dikkate alınacağı ifade edilmiştir. Hükmün son fıkrasında ise özgürlüğü kısıtlanan kişinin durumu elverince derhal kurumdan çıkarılması emredilmiştir.

Kişinin kendi isteği ile tedavisi, bakımı veya eğitimi için bir kuruma yerleşmesi durumunda, koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanmasından söz edilemez. Geçerli bir

³⁵ Bkz Tuor, Schnyder, Schmid and Jungo (n 18) § 44 N 61.

irade, öncelikle kişinin ayırt etme gücünün bulunmasını gerektirir. Koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanmasından söz edebilmek için, kişinin bu kuruma iradesi hilafına yerleştirilmesi veya kurumda iradesi hilafına alıkonulması gerekir³⁶. Bu halde kendi isteği ile kuruma yerleşen bir kişi, kural olarak istediği zaman kurumu terk edebilir. Ancak böyle bir kişinin kurumda kalmasının zorunlu olduğu düşünülüyorsa kişi, TMK m 432 vd hükümlerinin şartları varsa özgürlüğün hâkim kararı ile kısıtlanması ile kurumda kalmaya zorlanabilir³⁷.

İsviçre Medeni Kanunu m 427 hükmü, kuruma psikolojik rahatsızlık dolayısıyla kendi isteği ile yerleşmiş olan kişilerin kurumdan çıkmak istemeleri halinde, bir takım şartlarla kurum yönetimi tarafından üç gün boyunca alıkonulabileceğini öngörmüştür. Bunun için psikolojik rahatsızlığı olan kişinin kurumdan çıkması halinde kendi yaşamı veya vücut bütünlüğünün ya da bir üçüncü kişinin yaşamı veya vücut bütünlüğünün tehlike altında olması aranmıştır³⁸. İlgili kişinin zorla alıkonulduğu üç günlük sürede, koruma amacıyla özgürlüğün korunmasına dair bir karar alınmamış olması durumunda, kişi, söz konusu kurumdan çıkabilecektir. Söz konusu kişinin kurumda alıkonulması halinde, kendisine, yazılı şekilde koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanmasına karşı itiraz edebileceği hususunda bilgi verilecektir.

2. Kişinin Kanun'da Sayılan Zayıflık Hallerinden Biri Sebebiyle Kişisel Korumaya İhtiyaç Duyması

Bir kişinin özgürlüğünün koruma amacıyla kısıtlanabilmesi, TMK m 432/I hükmünde sayılan sebeplerden biri dolayısıyla kişisel korumaya gereksinim³⁹ duymasına bağlıdır. Kanun hükmünde sayılan sebepler; akıl hastalığı, akıl zayıflığı, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı, ağır tehlike arz eden bulaşıcı hastalık⁴⁰ veya serserilik⁴¹ halleri olup, söz konusu sebepler sınırlı sayıdadır⁴².

İsviçre Medeni Kanunu, mülga m 397a hükmü gibi, şu anda yürürlükte bulunan İMK. m 426 hükmü de, serserilik ve ağır tehlike arz eden bulaşıcı hastalık hallerini

³⁶ Tuor, Schnyder, Schmid and Jungo (n 18) § 57 N 2.

³⁷ İbid (n 18) § 57 N 21.

³⁸ Ayrıca bkz Tuor, Schnyder, Schmid and Jungo (n 18) § 57 N 21 vd.

³⁹ Geiser (n 17) Art 397a N 3-5; Bu şartlarla hangi ergin kişilerin toplum için tehlike oluşturacağına düzenlendiği yönünde Kılıçoğlu (n 1) 593.

⁴⁰ Kanun koyucu TMK m 436/I, b. 5 hükmünde akıl hastalığı, akıl zayıflığı, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı, ağır tehlike arz eden bulaşıcı hastalığı olanlar hakkında özgürlüğün kısıtlanması kararı verilebilmesi için resmi sağlık kurulu raporu aramıştır.

⁴¹ Barınma yeri olmayan, kötü sağlık koşulları içinde yaşayan, giyim ve beslenme gibi günlük ihtiyaçlarını karşılayamayan ya da sosyal statüsü veya ekonomik koşulları ile bağdaşmayacak şekilde yaşam sürenlerin bu şartları sağladığı ifade edilmektedir. Kılıçoğlu (n 1) 588. Anayasa m 19/II hükmü gerekçesi uyarınca; "(...) 'Serseri' terimi, 'Muntazam ve normal geçim kaynağından mahrum ve meskeni bulunmayan' kimseleri ifade eder". Bkz Madde Gerekçeli Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, TBMM, 2008 <<https://acikerisimtbmm.gov.tr/xmlui/bitstream/handle/11543/1169/200901027.pdf?sequence=1&isAllowed=y>> Erişim Tarihi 12 Mayıs 2020.

⁴² Spirig (n 3) Art 397a N 2; Geiser (n 17) Art 397a N 6; Oliver Guillod, 'Art 426-439'in Andrea Büchler, Christoph Häfeli, Audrey Lauba, Martin Stettler (eds) *FammKomm: Erwachsenenschutz* (Stämpfli 2013) Art 426 N 34; Dural, Ögüz ve Gümüş (n 31) N 2173; Öztan (n 7) 1355; İmamoğlu 'Zorla Tedavi' (n 17) 41.

koruma amacıyla özgürlüğün korunması sebepleri arasında saymamıştır. Mülga m 397a hükmünde sayılan zayıflık halleri, akıl hastalığı, akıl zayıflığı, alkol ve diğer bağımlılık halleri ile ağır bakımsızlık haliydi. İsviçre Medeni Kanunu m 426 hükmü ise yalnızca üç tür zayıflık hali saymaktadır. Bunlar; psikolojik rahatsızlık, zihinsel engel ve ağır bakımsızlık halidir. Kanun koyucu, 19 Aralık 2008 tarihli Kanun'un gerekçesinde psikolojik rahatsızlığın bağımlılık hallerini de kapsadığını açıkça ifade etmiştir⁴³. Görüldüğü üzere, mülga İMK. m 397a hükmü gibi, yürürlükte olan m 426 hükmü de, koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması sebebi olarak “ağır bakımsızlık” haline yer vermiştir. Bu hali ile ağır bir şekilde bakımsız kalmış olan kimse, bu bakımsızlık hangi sebepten kaynaklanırsa kaynaklansın, şayet yardım görmemesi halinde içinde bulunacağı şartlarda yaşamaya insanlık onuru ile bağdaşmayacaksa koruma amacıyla bir kuruma yerleştirilebilecek veya orada alıkonabilecektir⁴⁴. Kişinin ağır nitelikte bakımsız kalmış olması, özgürlüğün kısıtlanması için tek başına yeterli görülmemektedir. Burada ayrıca, kişiye koruma sağlanmaması halinde ciddi şekilde zarar görme tehlikesinin varlığı aranmaktadır⁴⁵.

Koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanmasında AY m 19 hükmü ile koruma altına alınan kişi hürriyetinin sınırlandırılması söz konusudur. Anayasa ile güvence altına alınan bu hakkın sınırlandırılması bakımından yasallık şartı arandığından, TMK m 432 hükmünde açıkça sayılmamış bir sebep dolayısıyla kişi özgürlüğünün sınırlandırılması mümkün değildir⁴⁶. Bu sebeple ağır bakımsızlık halinin Türk Hukuku'nda özgürlüğün kısıtlanmasına dayanak oluşturması mümkün görünmemektedir.

Kanun koyucu, TMK m 436, b. 5 hükmünde, akıl hastalığı, akıl zayıflığı, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı, ağır tehlike arz eden bulaşıcı hastalığı olanlar hakkında özgürlüğün kısıtlanması kararı verilebilmesi için resmi sağlık kurulu raporu aramıştır. Serserilik ise her türlü delille ispatlanabilir⁴⁷.

Ağır tehlike arz eden hastalıklar bakımından kanun koyucu, örnek mukabilinden dahi olsa belirli hastalıkları sayma yoluna gitmemiştir. Türk Medeni Kanunu'nun gerekçesi uyarınca; “*Ağır tehlike arzeden hastalıkların neler olduğunun belirlenmesi tıp biliminin işi olmakla beraber, buraya AIDS, ilerlemiş verem, kolera ve veba gibi*

⁴³ Bkz BBI 2006 7062, (<https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2006/7001.pdf> Erişim Tarihi 2 Mayıs 2020); Ayrıca bkz Tuor, Schnyder, Schmid and Jungo (n 18) § 57 N 12 vd, özellikle 13; Guilloid (n 42) Art 426 N 34 vd.

⁴⁴ Bkz BBI 2006 7062, (<https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2006/7001.pdf> Erişim Tarihi 2 Mayıs 2020); Ayrıca bkz Tuor, Schnyder, Schmid and Jungo (n 18) § 57 N 15; Guilloid (n 42) Art 426 N 40, 41; Ağır bakımsızlık halinin AİHS m 5 hükmünde yer alan serserilik halinden daha dar bir gruba işaret etmesi dolayısıyla söz konusu hükmün AİHS m 5 hükmüne aykırı olmadığı yönünde Spirig (n 3) Art 397a N 94; Geiser (n 17) Art 397a, N 10; Ağır bakımsızlık hali ile serserilik halinin bütünüyle farklı şartlar olduğu yönünde Guilloid (n 42) Art 426 N 45: Yazar ayrıca ağır bakımsızlık halinin AİHS m 5/1 hükmünün e bendinde sayılmamış olması dolayısıyla kişi özgürlüğünün ihlali olarak değerlendirilebileceği görüşündedir (N 44).

⁴⁵ Tuor, Schnyder, Schmid and Jungo (n 18) § 57 N 12 15; Ayrıca bkz BGer 5A_189/2013, 3 numaralı gerekçe, (www.bger.ch Erişim Tarihi 22 Mayıs 2020)

⁴⁶ Çavuşoğlu İştınan (n 20) 298; Kocaağa (n 17) 36; Aksi yönde Gümüş (n 21) 202: Yazar ağır bir kanser hastasının TMK m 432 hükmü kapsamında korunabileceği görüşünün savunduğundan, hükümde sayılan sebeplerin sınırlı sayı ilkesine tabi olmadığı görüşünde olduğu ifade edilebilir.

⁴⁷ Kılıçoğlu (n 1) 588.

*bulaşıcı hastalıkların gireceği düşünülebilir*⁴⁸. Görüldüğü üzere, kanun koyucu, hangi hastalıkların ağır tehlike arz eden bulaşıcı hastalık olduğu hususundaki değerlendirmeyi tıp bilimine bırakmak suretiyle, hükmün güncel nitelikte bulaşıcı hastalıklar karşısında da uygulanmasını arzu etmiştir. Bununla birlikte, AIDS hastalığının gerekçede örnek mukabilinden sayılmış olması eleştirilmiştir. Bunun sebebi, AIDS hastalığının aynı ortamda bulunmakla başkalarına geçebilen bir hastalık olmaması, yani epidemik olarak nitelendirilememesidir⁴⁹.

3. Kişinin ihtiyaç duyduğu kişisel korumanın ancak özgürlüğün sınırlandırılması suretiyle sağlanabilmesi

Vesayet hukukuna hâkim olan ölçülülük ilkesi burada da geçerlidir⁵⁰. Kanun koyucu, TMK m 432 hükmü ile, özgürlüğün kısıtlanması için kişinin bu sebeplerden biri sebebiyle kişisel korumaya ihtiyaç duymasının yanı sıra, söz konusu korumanın başka şekilde sağlanamayacak olması gerektiğini de açıkça ifade etmiştir. Bir diğer ifadeyle, somut olay kapsamında kişinin korunması için özgürlüğünün kısıtlanması zorunlu ve kaçınılmaz olmalıdır⁵¹. Vesayet hukuku, kişi özgürlükleri üzerinde önemli nitelikte sınırlayıcı bir etkiye sahiptir⁵². Ancak bu sınırlandırma, özgürlüklerine etki edilen kişinin kendisinin korunmasına hizmet eder. Dolayısıyla vesayet hukuku kapsamında alınacak olan bir tedbir, kişinin korunma gereksinimiyle orantılı olmalıdır. Korunma ihtiyacının kişi özgürlüklerine daha az müdahale eden bir tedbirle sağlanması mümkün ise koruma amacıyla özgürlüğün sınırlandırılmasına başvurulmaz⁵³. Örneğin bir kimseye sosyal yardım bağlanması korunması için yeterli olacaksa ve bu yönde bir yardımın sağlanması mümkünse özgürlüğü kısıtlanamaz⁵⁴.

Kişi özgürlüğünün kısıtlanması, ancak kişinin ihtiyacı olan korumayı sağlamaya elverişli olması halinde başvuru bir tedbir olmalıdır⁵⁵. Bu kurum ile evvela, kişinin kendi sorumluluklarını bizzat yerine getirebilme ve yardıma ihtiyaç duymaksızın yaşayabilme kabiliyetine kavuşması hedeflenir. Ancak bunun mümkün olmadığı hallerde, özgürlüğün kısıtlanması bu defa kişinin insan onuruna yakışır bir yaşam

⁴⁸ Türk Medeni Kanunu Tasarısı ile Türk Kanunu Medenisinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Tasarısı ve Ankara Milletvekili Yücel Seçkiner'in; Ankara Milletvekili Esvet Özdoğu ve Dört Arkadaşının; Aynı Kanunda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Teklifleri ve Adalet Komisyonu Raporu (1/611, 1/425, 2/361, 2/680)* , <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem21/yil01/ss723mhtm> Erişim Tarihi 9 Mayıs 2020.

⁴⁹ Çavuşoğlu Işınan (n 20) 301; Kocaağa (n 17) 41.

⁵⁰ Spirig (n 3) Art 397a N 257 vd; Geiser (n 17) Art 397a N 2, 12 vd; Dural, Ögüz ve Gümüş (n 31) N 2180; İmamoğlu 'Zorla Tedavi' (n 17) 42; Koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması tedbirine, ancak uygulanmasının zorunlu ve kaçınılmaz olduğu hallerde başvurulabileceği yönünde Akıntürk ve Ateş (n 1) 508.

⁵¹ Tuor, Schnyder, Schmid and Jungo (n 18) § 57 N 16; Öztan (n 7) 1357; Akıntürk ve Ateş (n 1) 508.

⁵² Dural, Ögüz ve Gümüş (n 31) N 2180; Öztan (n 7) 1357.

⁵³ Geiser (n 17) Art 397a N 12; Tuor, Schnyder, Schmid and Jungo (n 18) § 57 N 16; Akıntürk ve Ateş (n 1) 508; Gümüş (n 21) 203 vd; Bu konuda örnekler için bkz Kılıçoğlu (n 1) 589;

⁵⁴ Spirig (n 3) Art 397a N 298; Geiser (n 17) Art 397a N 13; Ayrıca bkz Yarg. 18. HD., 14.6.2016 T., 2016/9524 E., 2016/9547 K., (www.lexpera.com.tr Erişim Tarihi 15 Mayıs 2020).

⁵⁵ Geiser (n 17) Art 397a N 14; Guilloid (n 42) Art 426 N 65.

sürdürmesi bakımından gerekli olan bakım hizmetlerinin sağlanması amacına yönelebilir⁵⁶. Bir kişinin özgürlüğünün kısıtlanması hususunda karar verirken, özgürlüğün kısıtlanmasının kişinin hayatında yaratacağı olumlu ve olumsuz etkilerin birbirleri ile ölçülmesi gerekir. Bu aşamada, kişinin çevresinin ve toplumun özgürlüğün kısıtlanması suretiyle sağlayacağı faydanın ikinci planda kalması gerekir. Yoksa bunlar tek başına özgürlüğün kısıtlanması sebebi olarak dikkate alınmazlar⁵⁷.

Kanunda sayılan zayıflık sebepleri ile kişisel korumaya ihtiyaç duyan kişinin bizzat kuruma başvurması veya kurumda kalmayı talep etmesi halinde, koruma amacıyla özgürlüğün sınırlanması gerekmez. Söz konusu hallerde kişinin bizzat bu taleplerde bulunması, korunması için özgürlüğünün kısıtlanmasının gerekli olmadığı anlamına gelir⁵⁸. Ancak kişinin kendi isteği ile kuruma yerleştirilmesi veya kurumda bulundurulmaya devam edilmesinden söz edebilmek için, ayırt etme gücüne sahip olması gerekir⁵⁹.

Koruma amacıyla gerçekleştirilecek olan özgürlük kısıtlamasının kişisel koruma ihtiyacının devam ettiği süre ile sınırlı olması da yine ölçülülük ilkesinin gereğidir⁶⁰. Nitekim TMK m 432/II hükmü, kişinin, durumu elverir elvermez kurumdan çıkarılacağını düzenlemiştir. Bu sebeple hakim, özgürlüğün kısıtlanması halini belirli bir süreyle sınırlayamayacağı gibi, kişi özgürlüğünün ömür boyu kısıtlanmasına da hükmedemez⁶¹. Kanun koyucu, özgürlüğün kısıtlanacağı süre bakımından zayıflık halinin devamı şartını aramıştır. İlgili kişinin durumu elverir elvermez kurumdan çıkarılacağı açıkça düzenlenmiştir (TMK m 432/III).

4. Kişinin ihtiyaç duyduğu kişisel korumanın tedavi, eğitim, ıslah veya bakıma yönelik olması

Türk Medeni Kanunu m 432 hükmünde, ilgili kişinin, tedavisi, eğitimi veya ıslahı için bir kuruma yerleştirilebileceği veya orada alıkonabileceği ifade edilmiştir. Bununla birlikte bir kişinin tedavi, eğitim veya ıslah edilmesi dışında yalnızca bakımı için bir kuruma yerleştirilmesi de mümkün olmalıdır. Kişisel koruma, kişinin, insan onuruna yakışan bir yaşam sürmesi için gereken her türlü tedbiri kapsar⁶². Buna göre, beslenme, vücut temizliği, giyim ve hatta asgari nitelikte uğraş veya iş bulma dahi bu kapsamda görülebilecektir⁶³. O nedenle, kişinin bakımı için bir kuruma

⁵⁶ İbid (n 17) Art 397a N 14.

⁵⁷ İbid (n 17) Art 397a N 15.

⁵⁸ Aynı yönde Kocağa (n 17) 41.

⁵⁹ Spirig (n 3) Art 397a N 189; Geiser (n 17) Art 397a N 19; Tuor, Schnyder, Schmid and Jungo (n 18) § 57 N 2.

⁶⁰ Spirig (n 3) Art 397a N 257.

⁶¹ İbid (n 3) Art 397a N 380 vd; Geiser (n 17) Art 397a N 31; Tuor, Schnyder, Schmid and Jungo (n 18) § 57 N 26; Guilloid (n 42) Art 426 N 81.

⁶² Geiser (n 17) Art 397a N 3.

⁶³ Spirig (n 3) Art 397a N 252; Geiser (n 17) Art 397a N 4; Gümüş (n 21) 197; Dağlı (n 2) 17.

yerleştirilmesi de, her ne kadar bakım⁶⁴ madde hükmünde sayılmamış olsa da, mümkün görülmelidir⁶⁵.

Kişinin yerleştirildiği kurumda alikonulabilmesi, TMK m 432 hükmünde sayılmış olan zayıflık hallerinin devam etmesine bağlıdır. Kişisel korumanın türü, süresi ve ne tür bir kurumda gerçekleşeceği, bütünüyle somut olayın şartlarına bağlıdır. O nedenle, kişisel koruma tıbbi tedavi, eğitim veya bakımın yanı sıra, kişisel uğraş sağlanması veya korunması hedeflenen kişinin gereksinim duyduğu temel ihtiyaçların karşılanması suretiyle de gerçekleşebilir⁶⁶.

Koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanmasının amacı, kişinin yeniden kendi sorumluluğunu taşıyabilecek bağımsız bir insan olmasını sağlamak, en azından yaşamını insan haysiyetine yakışır bir şekilde devam ettirmesini temin etmektir. Ayrıca, kişinin kurum dışında yaşamaya tekrar yetkin kılınmasının gerektiği de ifade edilmektedir⁶⁷. Bunun mümkün olmaması halinde ise ilgilinin kendisine sağlanan koruma vasıtasıyla insan onuruna yakışır bir yaşam sürmesi hedeflenmelidir⁶⁸.

5. Kişinin toplum için tehlike oluşturması

Kanun koyucu, TMK m 432 hükmünde sayılan zayıflık sebeplerinden biri sebebiyle korumaya ihtiyaç duyan kişi bakımından ayrıca, “toplum için tehlike oluşturma” şartını aramıştır. Oysa koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması ile hedeflenen, toplumun korunması değil, madde hükmünde sayılan sebeplerden biri dolayısıyla zayıflık hali içinde bulunan ve bu sebeple kişisel korumaya ihtiyaç duyan kişinin korunması olmalıdır⁶⁹. Burada toplumun korunması, tali bir öneme sahiptir⁷⁰. Hükmün, Medeni Kanun’un “Aile Hukuku” kitabının üçüncü kısmında yer alan “Vesayet” başlığı altında düzenlenmiş olması da, kişiye kişisel koruma sağlanması amacının ön planda tutulmasını gerektirir.

Sorunu bir örnek içinde nakletmek gerekirse; Bir kimsenin akıl hastalığı dolayısıyla kendi bakımını sağlayamadığını varsayalım. Bu halde kişinin vücut bütünlüğünün korunması bakımından yardıma ihtiyaç duyması söz konusu olsa dahi, kişi, toplum için tehdit oluşturmadığı sürece, özgürlüğünün kısıtlanması mümkün

⁶⁴ Kurum kavramının geniş yorumlanması suretiyle bakımevi, yurt veya kliniklerin dahi kurum olarak yorumlanabileceği yönünde Dural, Ögüz ve Gümüş (n 31) N 2184; Elif Aydın Özdemir, ‘19.12.2008 Tarihli İsviçre Medeni Kanunu Değişikliği ile Karşılaştırmalı Olarak Türk Medeni Kanunu’nda Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanması Düzenlemesi’, (2013) XV (2) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 191.

⁶⁵ Krş Kılıçoğlu (n 1) 589.

⁶⁶ İmamoğlu ‘Zorla Tedavi’ (n 17) 43.

⁶⁷ Çavuşoğlu İşintan (n 20) 302; Ayrıca bkz İmamoğlu ‘Zorla Tedavi’ (n 17) 43; Akıntürk ve Ateş (n 1) 506.

⁶⁸ Guilloid (n 42) Art 426 N 54.

⁶⁹ Dural, Ögüz ve Gümüş (n 31) N 2179; Öztan (n 7) 1358; Çavuşoğlu İşintan (n 20) 298; Gümüş (n 21) 193; Kocaağa (n 17) 40.

⁷⁰ Geiser (n 17) Art 397a N 3; Dural, Ögüz ve Gümüş (n 31) N 2179; Öztan (n 7) 1355, 1358; Aksi yönde Akıntürk ve Ateş (n 1) 508.

olmayacaktır⁷¹. Ancak bu somut sonuç, vesayet hukukunun ilke ve prensipleri ile bağdaşmamaktadır⁷². Koruma amacıyla kişi özgürlüğünün kısıtlanması bakımından önem arz eden, kişinin madde hükmünde sayılan sebepler dolayısıyla kişisel korumaya ihtiyaç duyması ve bu korumanın başka şekilde sağlanamaması şartlarıdır. Söz konusu şartların varlığı halinde ayrıca kişisel korumaya muhtaç olan kişinin toplum için tehlike oluşturmasını aramak, madde hükmünün amacına ulaşmasını engelleyecek ve hükmün kendi amacı ile çelişecektir⁷³. Bu sebeple, öğretilde “toplum için tehlike oluşturma” şartının TMK m 432 hükmünün uygulanması bakımından aranması gerektiği ileri sürülmektedir⁷⁴.

Bununla birlikte farklı bir görüş, koruma amacıyla özgürlüğün korunmasında kişinin kendisinden ziyade, sebep olacağı tehlikeler karşısında üçüncü kişilerin korunmasının hedeflendiğini, özgürlüğü kısıtlanan kişinin bu korumadan dolayısıyla yararlandığını ifade etmektedir⁷⁵.

Toplum için tehlike oluşturma şartının TMK m 432 hükmünün kapsamına, AY m 19/II hükmüne uyum sağlamak amacıyla getirildiği söylenebilir⁷⁶. Çünkü AY m 19/II hükmünde kişinin korunması amacıyla özgürlüğünün sınırlanması halleri düzenlenirken de “toplum için tehlike teşkil eden” ifadesi kullanılmıştır. Bununla birlikte söz konusu Anayasa hükmü, doğrudan koruma amacıyla özgürlüğün korunması kurumuna dayanak teşkil etmesi amacıyla düzenlenmemiştir⁷⁷. Bu husus Anayasa m 19/II hükmü ile ilgili Danışma Meclisi’nin gerekçesinden açıkça anlaşılmaktadır⁷⁸. Gerekçede ilgili düzenlemenin amacı, suç işleme potansiyeline sahip olan kişilerin suç işlemelerine engel olmak amacıyla “*Önleyici güvenlik tedbirleri*”, bir diğer ifadeyle “*Toplumsal savunma tedbirleri*” bakımından dayanak yaratılması olarak ifade edilmiştir. Nitekim yine gerekçede söz konusu tedbirlerin neler olacağına “*Toplumsal Savunma Kanunları*” tarafından düzenleneceğine işaret edilmiştir. O halde Anayasa m 19/II hükmünün amaçlarının koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması kurumu ile yerine getirilmesi zaten mümkün değildir. Zira “önleyici güvenlik tedbirleri” ile güdülen amaç, vesayet tedbirleri ile güdülen amaçtan bütünüyle farklıdır⁷⁹.

⁷¹ Ayrıca bkz Dural, Ögüz ve Gümüş (n 31) N 2179.

⁷² Aynı yönde ibid (n 31) N 2179.

⁷³ İbid (n 31) N 2179; Öztan (n 7) 1359.

⁷⁴ Dural, Ögüz ve Gümüş (n 31) N 2179; Öztan (n 7) 1358; Aksi yönde bkz Yarg.18. HD., 14.6.2016 T., 2016/9524 E., 2016/9547 K.; Yarg. 18. HD., 20.6.2016 T., 2016/6467 E., 2016/9883 K. (www.lexpera.com.tr Erişim Tarihi 15 Mayıs 2020).

⁷⁵ Dağlı (n 2) 9, 39.

⁷⁶ Gümüş (n 21) 200; Kocaağa (n 17) 40.

⁷⁷ Gümüş (n 21) 201; Kocaağa (n 17) 40; Aydın Özdemir (n 64) 185 vd.

⁷⁸ Bkz Madde Gereçeli Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, TBMM, 2008 <<https://acikerisimtbmmgov.tr/xmlui/bitstream/handle/11543/1169/200901027.pdf?sequence=1&isAllowed=y>> Erişim Tarihi 12 Mayıs 2020; Konu hakkında ayrıca bkz “Giriş başlığı.

⁷⁹ Gümüş (n 21) 201 vd; Aydın Özdemir (n 64) 185, 186; Ayrıca bkz Guilloid (n 42) Art 426 N 57 vd.

Kanun koyucunun Anayasa m 19/II hükmünde toplum için tehlike arz eden kimseler bakımından bu yönde bir düzenleme getirmiş olması, koruma amacıyla özgürlüğün korunması kurumunun düzenlenmesinde de mutlaka “toplum için tehlike oluşturma” şartının aranmasını zorunlu kılmaz⁸⁰. Kanun koyucu, bir kişinin özgürlüklerinin toplum menfaati için kısıtlanmasına olanak tanımışsa bu halde, kişi özgürlüğünün kişinin bizâtihi korunması amacıyla kısıtlanmasına evleviyetle imkân tanımış olduğu kabul edilmelidir⁸¹. Dolayısıyla koruma amacıyla kişi özgürlüğünün kısıtlanması bakımından TMK m 432 hükmünde “toplum için tehlike oluşturma” şartının aranmaması, Anayasa m 19/II hükmüne aykırılık oluşturmazdı. Ayrıca, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, m 5 hükmünün (e) bendinde bu yönde bir şarta yer vermemiştir.

Toplum için tehlike oluşturma şartı bakımından akla gelen bir diğer husus, bu şartın ağır tehlike arz eden bulaşıcı hastalık bakımından getirilmiş olabileceğidir. Zira ağır tehlike arz eden bulaşıcı hastalık hallerinde kişinin özgürlüğünden mahrum bırakılması, kendisinin korunmasından ziyade hastalığın bulaşmasının engellenmesiyle ilgilidir. Nitekim AIHS m 5, (e) bendinde açıkça, “bulaşıcı hastalıkların yayılmasını engellemek” amacından söz edilmektedir. Kaynak İsviçre Medeni Kanunu, mülga m 397a hükmünde olduğu gibi, yürürlükte olan İMK. m 426 hükmünde de özgürlüğü kısıtlanan kişi bakımından “toplum için tehlike oluşturmak” şartını aramamıştır. Ancak İsviçre Medeni Kanunu “ağır tehlike arz eden bulaşıcı hastalık” halini koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması sebebi olarak da öngörmemiştir.

O halde, toplum için tehlike oluşturma şartının yalnızca ağır tehlike arz eden bulaşıcı hastalık bakımından aranması sonucuna, hükmün amaca uygun sınırlanması suretiyle varılması mümkündür. Zira nakledilen örnekte görüldüğü üzere, kişilik hakkının korunmasını, ilgili kişinin toplum için tehlike arz etmesi şartına bağlamak, hakkaniyete ve vesayet hukukunun temel ilkelerine aykırı sonuçlara yol açacaktır. Bu sebeple, kanun hükmünün örtülü boşluk içerdiğinden bahisle amaca uygun sınırlandırılarak, toplum için tehlike oluşturma şartının yalnız ağır tehlike arz eden bulaşıcı hastalık bakımından aranması söz konusu olabilir. Ayrıca bir vesayet tedbiri olan koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması kurumuna kişinin üçüncü kişiler için tehlike arz etmesi halinde başvurulabiliyor olması, söz konusu şart olmaksızın sırf kişinin kendi kişiliğinin korunması için başvurulmasını evleviyetle kapsamalıdır. Nitekim Türk Medeni Kanunu, kişilik hakkını, bu hakkın kişinin kendisine karşı korunmasını da sağlayacak şekilde düzenlemiştir (TMK m 23).

⁸⁰ Kişi özgürlüğüne koruma amacıyla yapılacak olan müdahalenin TMK m 23 ve 24 hükümleri çerçevesinde, kişilik hakkı zedelenen kişinin rızası veya üstün nitelikte özel yarar hukuka uygunluk sebebine dayanacağı yönünde Aydın Özdemir (n 64) 188.

⁸¹ Gümüş (n 21) 202.

Bu kapsamda önerilebilecek bir diğer çözüm ise “toplum için tehlike oluşturma şartı”nın dar yorumlanmasıdır. Bir kimsenin toplum için tehlike oluşturmamasının mutlaka toplumun diğer fertlerine suç olarak nitelendirilebilecek davranışlarda bulunma ihtimali olarak anlaşılması gerekir. Toplumun, kendi bakımını, tedavisini, eğitimi ve kişisel ihtiyaçlarını karşılayamayan fertlerine yardım edilmesi, daha sağlıklı ve eğitilmiş bir toplumun yaratılmasına yol açar. Bu kişilerin yardımsız bırakılması ise toplumun zararına yol açar. Dolayısıyla kişilerin insan onuruna yakışır bir yaşam sürmesi için kişisel korumadan mahrum bırakılması, başlı başına toplumu tehlikeye atabilecek bir unsur olarak değerlendirilmelidir.

6. Kişinin çevresine getirdiği külfetin aşırı olması

Koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanmasında aranacak bir diğer şart ise kişinin çevresine getirdiği külfettir. Kişinin çevresine getirdiği külfet ile kast edilen, başlı başına kişinin çevresine karşı suç teşkil eden davranışları gerçekleştirme eğiliminde olup olmadığıdır⁸². Bir kimsenin suç işlemekten korunması da, söz konusu kişinin kişiliğinin korunmasına hizmet eder. Ancak bu halde kişiye karşı öncelikle ceza hukukundan doğan tedbirlerin uygulanıp uygulanamayacağı önemlidir⁸³. Şayet bu yönde uygulanabilecek etkili bir tedbir yoksa o halde, kişinin suç işlemekten korunması, suç işleme eğiliminin kanunda sayılan zayıflık sebeplerinden kaynaklanması şartıyla, koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması tedbirinin uygulanmasıyla gerçekleşebilir. Ancak burada amaç, öncelikle kişinin kendisinin korunması olmalıdır. Bu halde de özgürlüğün kısıtlanması tedbiri, ancak kişinin korunması ihtiyacı ile ölçülü olması şartıyla uygulanabilir.

“Kişinin çevresi” kavramına, korunmak istenen kişinin içinde bulunduğu zayıflık halinden etkilenen kişiler dâhildir. Kişinin ailesi, yakınları ve komşuları bu anlamda örnek verilebilir⁸⁴. Kişinin çevresine getirdiği külfetin aşırı olup olmadığı, söz konusu kişilerin özgürlüğü kısıtlanacak olan kişinin korunması için yaptıkları fedakârlıklar dikkate alınarak tespit edilmelidir. Bu halde, söz konusu korumanın kişinin çevresine dâhil olan kimselerin ekonomik ve sosyal değerleri üzerindeki etkisinin aşırı olup olmadığına bakılmalıdır⁸⁵. Külfete katlanma ölçüsünün tayininde, özgürlüğü kısıtlanacak kişinin söz konusu kişilerle olan yakınlık derecesi önem arz eder. Bir kişinin korunması gereken kişiyle ilgili ne kadar bir külfete katlanmasının gerektiği, yakınlık derecesine göre farklılık gösterir⁸⁶. Bunun sebebi, koruma amacıyla özgürlüğü kısıtlanacak olan kişinin çevresinde bulunan kişilerin kendisine bakma

⁸² Spirig (n 3) Art 397a N 339, 341 vd; Geiser (n 17) Art 397a N 26.

⁸³ Spirig (n 3) Art 397a N 344.

⁸⁴ İbid (n 3) Art 397a N 359; Geiser (n 17) Art 397a, N 27; Kocaağa (n 17) 42; İmamoğlu ‘Zorla Tedavi’ (n 17) 44; Çevre ifadesinin kapsamına ilgili kişi ile sürekli bir ortam birtikliliği içinde olan insanların girdiği yönünde bkz Akıntürk ve Ateş (n 1) 508.

⁸⁵ Spirig (n 3) Art 397a N 350; Güntüş (n 21) 196 vd; Akıntürk ve Ateş (n 1) 508.

⁸⁶ Çavuşoğlu Işıntan (n 20) 299; Kocaağa (n 17) 42 vd.

yükümlülüğünün kapsamının yakınlık derecesine göre tayin edilmesidir. Koruma amacıyla özgürlüğün sınırlanması bakımından kişinin çevresine getirdiği külfetin dikkate alınabilmesi için, bu külfetin aşırı olması gerekmektedir⁸⁷.

Bu kapsamda, kişinin korunması için sarf edilmesi gereken emek ve malvarlığı değerinin katlanılabilir olduğunun tespit edilmesi, söz konusu kişinin özgürlüğünün koruma amacıyla kısıtlanamayacağı anlamına gelmez. Zira burada asıl önemli olan husus, ilgilinin çevresi tarafından alınan tedbirlerin, korunması bakımından yeterli olup olmadığıdır. Dolayısıyla kişi her ne kadar çevresine aşırı derecede külfet getirmese de, şayet ilgilinin çevresi tarafından alınabilen tedbirler kişiyi korumaya elverişli değilse o halde, yine de ilgilinin bir kuruma yerleştirilmesi veya orada alıkonulması gerekli olabilir. Bunun yanı sıra, kişinin çevresine getirdiği külfetin aşırı olması da, tek başına söz konusu kişinin özgürlüğünün kısıtlanmasını gerektirmez. Şayet kişiyi kuruma yerleştirmeden, örneğin sosyal yardım imkânı var ise bu imkândan yararlanılarak çevrenin katlanması gereken külfet hafifletilebiliyorsa kişinin özgürlüğünün kısıtlanmasına gerek kalmaz. Görüldüğü üzere, kişinin çevresine getirdiği külfetin aşırı olması şartı, özgürlüğün kısıtlanması için kişinin başka türlü korunamaması gerektiğine işaret eden ölçülülük şartı ile birlikte değerlendirilmelidir⁸⁸.

Sonuç olarak, özgürlüğü kısıtlanacak olan kişinin çevresine getirdiği külfetin tali bir unsur olduğu ifade edilmelidir⁸⁹. Kişinin çevresine getirdiği külfetin aşırı olması, tek başına özgürlüğün kısıtlanmasını gerektirmediği gibi, diğer şartların varlığı halinde, kişinin çevresine aşırı külfet getirmesi söz konusu olmasa dahi, özgürlüğün kısıtlanması söz konusu olabilir⁹⁰.

7. Kişinin ihtiyaç duyduğu kişisel korumayı sağlayabilecek bir kurumun bulunması

Koruma amacıyla kişi özgürlüğünün kısıtlanmasının sebebi, kişiye ihtiyaç duyduğu korumanın, bu korumayı sağlamaya elverişli bir kurum vasıtasıyla sağlanmasıdır. Bu halde kurum, özgürlüğü kısıtlanan kişiye gereksinim duyduğu korumanın sağlanacağı yer olarak tarif edilebilir⁹¹. Kurum kavramının geniş yorumlanarak, kişinin geçerli bir iradesi olmadan, hürriyetinin hissedilebilir şekilde kısıtlanması suretiyle, ihtiyaç duyduğu korumanın sağlandığı her yerin kurum olarak nitelendirilmesi savunulmaktadır⁹². Kişinin kurumu dilediği zaman terk edememesi, yeterli görülmektedir. Yoksa kurumun mutlaka giriş ve çıkışlarının cezaevlerine

⁸⁷ Dural, Ögüz ve Gümüş (n 31) N 2174.

⁸⁸ Aydın Özdemir (n 64) 189.

⁸⁹ Spirig (n 3) Art 397a N 339; Geiser (n 17) Art 397a N 26; Öztan (n 7) 1358; Kocaağa (n 17) 43.

⁹⁰ Spirig (n 3) Art 397a N 11, 339, 340; Geiser (n 17) Art 397a, N 26; İmamoğlu 'Zorla Tedavi' (n 17) 44.

⁹¹ Kavram hakkında ayrıca bkz Dural, Ögüz ve Gümüş (n 31) N 2184.

⁹² Spirig (n 3) Art 397a N 119; Geiser (n 17) Art 397a N 22; Tuor, Schnyder, Schmid and Jungo (n 18) § 57 N 17; Dural, Ögüz ve Gümüş (n 31) N 2184; Gümüş (n 21) 206.

benzer şekilde kontrol edilmesi şart koşulmamalıdır⁹³. Bu halde kurum, bakımevi, huzurevi, yurt, klinik vb. yerler olabilir⁹⁴.

Kanun koyucu TMK m 432 hükmünde kurum bakımından “elverişlilik” şartını aramıştır⁹⁵. Kurum bakımından elverişlilik şartının yerine gelmiş olup olmadığı, somut olayın özellikleri kapsamında dikkatle incelenmelidir. Hâkim, her bir somut olayda elverişli olan kurumu, somut olayın özellikleri dairesinde belirlemelidir⁹⁶. Elverişli kurum ile kast edilen, kişinin ihtiyaç duyduğu kişisel korumayı sağlayabilecek nitelikte organizasyon ve personele sahip kurumdur⁹⁷.

Kişinin korunması amacıyla özgürlüğünün kısıtlanmasına dair verilen kararda elverişli kurumun ismen belirlenmiş olması gerekir. Aksi takdirde, söz konusu karar, kurumun elverişli olup olmadığı hususunda denetime tabi tutulamaz ve icra edilemez⁹⁸. O sebeple, elverişli kurumun belirlenmemiş olması durumunda koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanmasına dair kararın maddi anlamda kesin hüküm oluşturduğundan söz edilemez⁹⁹. Öğretide, hâkimin karar vermeden önce tespit etmiş olduğu kuruma ilgili kişinin kabul edilip edilmeyeceği hususunu sorması gerektiği ifade edilmektedir. Aksi takdirde ilgili kurumun özgürlüğü kısıtlanmış olan kişiyi kabul etmemesi, kararın icra edilememesine yol açacaktır¹⁰⁰. Bununla birlikte kişi özgürlüğünün ilgili kurumun özgürlüğü kısıtlanacak olan kişiyi kabul etmesi şartına bağlı olarak kısıtlanması da mümkün görülmektedir¹⁰¹.

Kişisel korumanın gerçekleşmesini sağlayabilecek uygun bir kurumun bulunmaması, kişinin özgürlüğünün kısıtlanmasına karar verilmesini engelleyecektir¹⁰². Bununla birlikte elverişli bir kurumun varlığından söz edebilmek için, özgürlüğü kısıtlanmak istenen kişinin temel sorunlarına ve ihtiyaçlarına cevap verebilecek nitelikte bir kurumun bulunması yeterli görülmelidir. Yoksa ideal bir kurumun bulunması aranmamalıdır¹⁰³. O halde diyebiliriz ki koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması tedbirinin kendisinden beklenen faydayı sağlaması, ancak ülkede kişisel korumayı sağlayabilecek elverişli kurumların bulunması şartıyla mümkündür.

⁹³ Spirig (n 3) Art 397a N 119, 120; Geiser (n 17) Art 397a N 22; Tuor, Schnyder, Schmid and Jungo (n 18) § 57 N 17; Guilloid (n 42) Art 426 N 68.

⁹⁴ Geiser (n 17) Art 397a N 23; Tuor, Schnyder, Schmid and Jungo (n 18) § 57 N 17; Dural, Ögüz ve Gümüş (n 31) N 2184; Gümüş (n 21) 206.

⁹⁵ Kurumun elverişli olması şartının ölçülülük prensibinin gereği olduğu hususunda Guilloid (n 42) Art 426 N 67.

⁹⁶ Spirig (n 3) Art 397a N 130; Dural, Ögüz ve Gümüş (n 31) N 2186; Gümüş (n 21) 207.

⁹⁷ Spirig (n 3) Art 397a N 123; Geiser (n 17) Art 397a N 24; Dural, Ögüz ve Gümüş (n 31) N 2186; İmamoğlu ‘Zorla Tedavi’ (n 17) 44.

⁹⁸ Spirig (n 3) Art 397a N 125; Dural, Ögüz ve Gümüş (n 31) N 2187.

⁹⁹ Dural, Ögüz ve Gümüş (n 31) N 2187.

¹⁰⁰ Geiser (n 17) Art 397a N 24.

¹⁰¹ İbid (n 17) Art 397a N 24.

¹⁰² Spirig (n 3) Art 397a N 131; Geiser (n 17) Art 397a N 25; Tuor, Schnyder, Schmid and Jungo (n 18) § 57 N 17; Dural, Ögüz ve Gümüş (n 31) N 2187; Gümüş (n 21) 208; Kocaağa (n 17) 42; İmamoğlu ‘Zorla Tedavi’ (n 17) 44.

¹⁰³ Geiser (n 17) Art 397a N 25; Tuor, Schnyder, Schmid and Jungo (n 18) § 57 N 17.

IV. Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanmasının Sonuçları ve Zorla Tedavi Sorunu

1. Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanmasının Sonuçları

Bir kimsenin TMK m 432 vd hükümleri uyarınca özgürlüğünün kısıtlanması, söz konusu kişinin, tedavisi, eğitimi veya ıslahı için elverişli bir kuruma yerleştirilmesi sonucunu doğurur. Kişinin zaten böyle bir kurumda bulunması halinde, özgürlüğün kısıtlanması kararı, ilgilinin bulunduğu kurumda alıkonulmasına yol açar.

Bir kişinin korunması amacıyla özgürlüğünün kısıtlanabilmesi, ancak hâkim kararı ile olabilir. Koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanmasına TMK m 420 kapsamında geçici bir önlem olarak hükmedilemez¹⁰⁴. Kişinin korunması amacıyla geçerli bir iradesi olmaksızın belirli bir kuruma yerleştirilmesine veya orada alıkonulmasına karar verecek olan yetkili makam, kişinin yerleşim yerindeki vesayet makamıdır (TMK m 433). Bununla birlikte gecikmesinde sakınca bulunan hallerde kişinin bulunduğu yer vesayet makamının da söz konusu kararı vermesi mümkündür. Aşağıda açıklanacak olan şartların gerçekleşmiş olduğu sonucuna varan hâkim, kişinin özgürlüğünün koruma amacıyla kısıtlanması hususunda karar vermek zorundadır¹⁰⁵.

Kişisel korumayı gerektiren durumun sona ermesi halinde kişi, yerleştirildiği veya alıkonulduğu kurumdan çıkarılmalıdır. Kanun koyucu, ilgili kişinin durumu elverir elvermez kurumdan çıkarılmasını emretmiştir (TMK m 432/III). Kişinin kurumdan çıkarılmasına koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanmasına dair kararı veren vesayet makamı karar verir. Koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması için aranan şartların ortadan kalkması halinde kişinin kurumdan çıkarılması, her zaman talep edilebilir¹⁰⁶. Vesayet makamı, çıkarmaya re'sen de karar verebilmelidir¹⁰⁷. Söz konusu talep, özgürlüğü kısıtlanan kişi tarafından yöneltilebileceği gibi, onun yakınları tarafından da yöneltilebilmelidir. İlgili kişinin kurumdan çıkarılma talebinde bulunabilmesi, ayırt etme gücüne sahip olmasına bağlıdır. Kanun koyucu, özgürlüğün kısıtlanması ve kurumdan çıkarılma kararlarına karşı özgürlüğü kısıtlanan kişinin yanı sıra, yakınlarının da itiraz edebilmesini mümkün kılmıştır (TMK m 435). Bu halde, yakınların ilgili kişinin kurumdan çıkarılmasını talep edebileceklerinin de kabulü gerekir. Yakın kavramının kapsamına özgürlüğü kısıtlanan kişi ile fiili ilişki içerisinde olan kişiler dâhildir¹⁰⁸. Bu anlamda ilgili kişi ile yakın bir ilişki içinde olan, söz konusu kişi ile aralarında güven ilişkisi kurulmuş olan, ilgili kişiye olan yakınlığı ve karakteristik özellikleri itibariyle

¹⁰⁴ Geiser (n 17) Art 397a N 16; Spirig (n 3) Vorb zu Art 397a-397f N 49 vd.

¹⁰⁵ Spirig (n 3) Art 397a N 19; Tuor, Schnyder, Schmid and Jungo (n 18) § 57 N 20.

¹⁰⁶ Tuor, Schnyder, Schmid and Jungo (n 18) § 57 N 27; Guillod (n 42) Art 426 N 78 vd.

¹⁰⁷ Guillod (n 42) Art 426 N 81.

¹⁰⁸ Tuor, Schnyder, Schmid and Jungo (n 18) § 57 N 27.

İlgili kişinin menfaatlerinin korunması hususunda dikkate alınması gereken kişiler, “yakın” olarak kabul edilmelidir¹⁰⁹. İsviçre Medeni Kanunu, 19 Aralık 2008 tarihli Kanun ile gerçekleşen revizyonla birlikte, ilgili kişinin kendisinin ve yakınlarının her zaman kurumdan çıkarılma kararı verilmesini talep edebileceklerini açıkça düzenlemiştir. İlgili hükümde bu yönde bir talep hakkında gecikmeksizin karar verilmesi gereği de öngörülmüştür (İMK. m 426/IV)¹¹⁰. Türk Hukuku’nda bu yönde açık bir düzenleme olmamakla birlikte, TMK m 432/III hükmü icabı, aynı esasın Türk Hukuku’nda da kabulü gerekir.

Bunun yanı sıra ilgili kişinin yerleştirildiği veya alıkonulduğu kurumun yetkili kişileri de vesayet makamına başvurarak kısıtlamanın kaldırılmasını talep edebilmelidirler¹¹¹. İlgili kişinin kurumdan çıkarılmasının talep edilmesi halinde hâkim, kural olarak kişinin kaldığı kurumun görüşüne de başvurmalıdır. Ancak hâkim, kurumun kişisel koruma ihtiyacının sona ermiş olduğu hususundaki görüşü ile bağlı değildir. Bunun yanı sıra hâkimin bu hususta karar verme yetkisini ilgili kuruma devretmesi de mümkün değildir¹¹². Kişinin bulunmakta olduğu kurumun değiştirilmesi, kural olarak hâkim kararı ile mümkün olmak gerekir¹¹³. Bununla birlikte kişi bakımından tayin edilen yeni kurumun özgürlüğü daha az oranda sınırlaması söz konusu ise bu halde, istisnaen hâkim kararı aranmayacağı öğretide kabul edilmektedir¹¹⁴.

İlgili kişinin dini bayramlarda veya özel günlerde kurum dışında zaman geçirmesine bulunduğu kurum tarafından izin verilmesi mümkündür. Böyle bir izin, koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanmasını ortadan kaldırmaz. Bu durumda ilgilinin kuruma geri dönmemesi söz konusu olursa koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması için

¹⁰⁹ İbid (n 18) § 50 N 26; Guilloid (n 42) Art 426 N 93; Ayrıca bkz BGer 5A_837/2008, 5.2. numaralı gerekçe, (www.bger.ch Erişim Tarihi 28 Mayıs 2020)

¹¹⁰ İsviçre Medeni Kanunu, 19 Aralık 2008 tarihli Kanun ile getirilmiş olunan m 432 hükmüyle, özgürlüğü kısıtlanan herkesin güvendiği bir kişiyi seçerek, kurumda bulunduğu sürece ve özgürlüğün kısıtlanması ile ilgili süreç sona erene kadar, seçtiği bu kişiden destek alabileceği düzenlenmiştir. Kanun koyucu, söz konusu kişiyi “Vertrauensperson” olarak nitelendirmiş olup, bu nitelendirmenin Türkçe karşılığı olarak “güvenilir kişi” kavramı kullanılabilir. Özgürlüğü koruma amacıyla kısıtlanan kişi, kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olması dolayısıyla “güvenilir kişiyi” bizzat seçmelidir. Bu kişinin için niteliği gereği gerçek kişi olması gerektiği kabul edilmektedir. Bkz Tuor, Schnyder, Schmid and Jungo (n 18) § 57 N 56. Güvenilir kişi, bu görevi kural olarak ivazsız ifa edecektir. Ancak özgürlüğü kısıtlanan kişi, bu görevi ivazsız yapacak kimse bulamazsa ve bunun karşılığında ivaz ödeyecek maddi olanaklara da sahip değilse bu halde, özgürlüğü kısıtlanan kişiye vasi atanır. Tuor, Schnyder, Schmid and Jungo (n 18) § 57 N 56. Güvenilir kişi, özgürlüğün kısıtlanması ile ilgili prosedür sona erene kadar ilgili kişiyi hakları ve yükümlülükleri konusunda bilgilendirmek, ilgili kişinin taleplerini formüle ederek yetkili makama iletmek, uyumsuzlukların çözümünde yardım etmek ve ilgili kişiye süreç sona erene kadar refakat etmekle yükümlüdür. Kişinin tedavi edilmesinin gerektiği hallerde güvenilir kişi, tedavi planının hazırlanmasına da katılır. Bunun yanı sıra tedavinin esasları hakkında ve özellikle zorla tedavi gerçekleştirilecek ise tedavi hakkında, güvenilir kişinin bilgilendirilmesi gerekir (İMK. m 433, 434). Bunlar dışında güvenilir kişi, özgürlüğü kısıtlanan kişinin yakınına tanınmış olan hakları da kullanabilecektir. Bkz Tuor, Schnyder, Schmid and Jungo (n 18) § 57 N 57. Güvenilir kişinin sorumluluğunun kapsamı ise vesayete ilişkin hükümler arasında düzenlenmemiştir. Güvenilir kişinin hak ve borçlarının vekalet sözleşmesi veya vekaletsiz iş görmeye ilişkin hükümler kapsamında tayin edileceği kabul edilmektedir. Bkz Tuor, Schnyder, Schmid and Jungo (n 18) § 57 N 58.

¹¹¹ Kocaağa (n 17) 53; Aydın Özdemir (n 64) 205.

¹¹² Dural, Ögüz ve Gümüş (n 31) N 2188.

¹¹³ Geiser (n 17) Art 397a N 32 vd; Tuor, Schnyder, Schmid and Jungo (n 18) § 57 N 18; Guilloid (n 42) Art 426 N 76; Aksi yönde BGE 122 I 18, s. 35 (www.bger.ch Erişim Tarihi 20 Mayıs 2020)

¹¹⁴ Geiser (n 17) Art 397a N 32 vd.

yeni bir karar alınması aranmaz. İlgilinin kuruma zorla getirilmesi, özgürlüğünün kısıtlanması hususunda verilmiş olunan karara dayanarak sağlanacaktır¹¹⁵.

Kişinin kurumda geçirmesi gereken sürenin kademeli olarak azaltılması mümkündür. Bu nitelikte bir karar da ilgilinin kurumdan tamamen çıkarılması anlamına gelmediği için ayrıca karar alınmasını gerektirmez¹¹⁶.

İsviçre Medeni Kanunu, 19 Aralık 2008 tarihli Kanun vasıtasıyla değiştirilmiş olan m 431 hükmü ile, koruma amacıyla özgürlüğü kısıtlanan kişinin durumunun belirli aralıklarla denetlenmesi yükümlülüğünü getirmiştir. Bu denetimi yapacak olan kişi, ilgilinin özgürlüğünün kısıtlanması hususunda karar vermeye yetkili olan yetişkinleri koruma makamıdır. Söz konusu hükme göre, ilk denetimin en geç ilgili kişinin kuruma yerleştirilmesinden veya orada alıkonulmasından sonraki altı ay içinde yapılması gerekmektedir. Bundan sonraki diğer denetimin ise ilk denetimden itibaren altı ay içerisinde yapılması öngörülmüştür. İkinci denetimden sonra hangi aralıklarla denetim yapılacağı ise yılda en az bir defa olması şartıyla, somut olayın özelliklerine göre tayin edilecektir. Kanun koyucu, ikinci denetimden sonraki diğer denetimlerin gerekli sıklıkta yapılmasını öngörmüştür (İMK. m 431/II). Denetimler ile hedeflenen, koruma amacıyla özgürlüğün korunması şartlarının ortadan kalkmış olup olmadığı ile kurumun hala elverişli olup olmadığı hususlarının tespitidir. Yetkili makam, söz konusu denetimi ilgili kişinin veya yakınlarının talebi olmasa da re'sen yapmakla yükümlüdür¹¹⁷. Denetimin detaylı yapılması ve esaslı noktaları gözden geçirmeye yönelik olması gerektiği kabul edilmektedir¹¹⁸. Bunun yanı sıra ilgili kişinin kurum içinde ayrıca bir odada izole edilmesi gibi tedbirler alınmışsa bu tedbirlerin gerekliliklerinin de aynı denetimde gözden geçirilmesi öngörülmektedir¹¹⁹. Söz konusu düzenleme, özgürlüğün kısıtlanması tedbirinin işlevini yerine getirmesinin yanı sıra ayrıca ilgilinin kişilik hakkının korunmasını da teminat altına almaktadır.

Koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması, bir kişinin rızası hilafına bir kuruma yerleştirilmesi veya bulunduğu kurumda alıkonulması sonuçlarına yol açmaktadır. Bunun dışında kişinin söz konusu kurumdaki hareket özgürlüğünün sınırlandırılması bakımından Türk Medeni Kanunu herhangi bir düzenleme içermemektedir. Kural, kişinin yerleştirildiği kurumda hareket özgürlüğünün ve dış dünyayla olan ilişkisinin kısıtlanmamasıdır¹²⁰. Hareket özgürlüğü, kişilik hakkı kapsamında koruma gören özgürlüklerden olması itibariyle, sınırlanması, açık bir yasa hükmünün varlığını gerektirir. Ayrıca bu tür bir sınırlamanın da yine ölçülük presibine uygun şekilde

¹¹⁵ Guillod (n 42) Art 426 N 83.

¹¹⁶ İbid (n 42) Art 426 N 85.

¹¹⁷ Tuor, Schnyder, Schmid and Jungo (n 18) § 57 N 52.

¹¹⁸ İbid (n 18) § 57 N 52.

¹¹⁹ İbid (n 18) § 57 N 52.

¹²⁰ Guillod (n 42) Art 426 N 69.

gerçekleşmesi şarttır¹²¹ Yoksa burada TMK m 24/II hükmü kapsamında üstün nitelikte özel ya da kamusal yarar kavramlarından yola çıkılarak kişinin hareket özgürlüğünün sınırlandırılması söz konusu olamaz. Nitekim hem AİHS m 5/I hükmü hem de AY m 19/II hükmü, usul ve esasların yasa ile düzenlenmiş olmasını öngörmüştür. Bu tür bir tedbirin şartları ve usulü, bir kanun hükmü ile düzenlenmek suretiyle, kişilik hakkı, söz konusu tedbirler kapsamında koruma altına alınmalıdır. Bu hali ile TMK m 24/II hükmünde kişi özgürlüğünün sınırlandırılması bakımından usul ve esasların düzenlenmemiş olması itibarıyla, söz konusu hüküm, kişi hürriyetinin sınırlandırılması aşamasında yasallık şartını yerine getirmeye elverişli bir hüküm olarak değerlendirilemez.

Hareket özgürlüğünün sınırlandırılmasından kasıt, bedensel hareket imkânlarının sınırlandırılmasıdır¹²². Bu halde, elektronik gözetleme tedbirleri, kapıların kilitlemesi, kişinin yatağa bağlanması gibi tedbirler hareket özgürlüğünün sınırlandırılmasına yönelik tedbirlere örnek verilebilir¹²³.

İsviçre Medeni Kanunu m 438 hükmünde, ilgili kişinin bulunduğu kurumda hareket özgürlüğünün sınırlandırılmasına dair esaslar bakımından İMK. m 383 vd hükümlerine atıfta bulunulmuştur. Kendisine atıf yapılan İMK. m 383 vd hükümleri ise yurtlarda veya bakımevlerinde kalan, ayırt etme gücünden yoksun kimselerin bu yerlerdeki hareket özgürlüklerinin hangi şartlar altında sınırlandırılacağına ilişkin olup, ayrıca ilgili kişinin ve yakınlarının bu tür kısıtlamalara karşı sahip oldukları itiraz hakkını da düzenlemektedir. Kanun koyucu, bakım evlerinde kalan ayırt etme gücü olmayan kimselerin kendilerinin veya üçüncü kişilerin yaşam ve vücut bütünlükleri bakımından ciddi tehlike oluşturmaları ya da ortak yaşamı ağır bir şekilde engellemeleri hallerinde, bakımevinde kalan kimselerin ölçülülük ilkesine uymak şartıyla hareket özgürlüklerinin sınırlandırılmasını düzenlemiştir (İMK. m 383)¹²⁴. Söz konusu hükümler arasında yer alan m 386 hükmüyle, özgürlüğü kısıtlanan kişinin kişilik hakkının korunması gereği ayrıca ifade edilmiştir. Kanun koyucunun İMK. m 438 hükmünde m 383 vd hükümlerine yapmış olduğu atıf sebebiyle, koruma amacıyla özgürlüğü sınırlandırılmış olan ayırt etme gücünden yoksun kimseler hakkında kurum içindeki hareket özgürlüğünün sınırlandırılması amacıyla alınacak tedbirler de aynı esaslara tabidir¹²⁵.

¹²¹ Selma Hülya İmamoğlu, 'İsviçre Medeni Kanununun Yurtlarda veya Bakım Kurumlarında Kalan Ayırt Etme Gücü Bulunmayan Kişiler Hakkındaki Hükümleri Ve Türk Hukuku Açısından Değerlendirilmesi', (2019) LXVIII (1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 225.

¹²² İmamoğlu (n 121) 226.

¹²³ İbid (n 121) 227.

¹²⁴ Söz konusu İsviçre Medeni Kanunu m 383 vd hükümleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz İmamoğlu (n 121) 217 vd.

¹²⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz Tuor, Schnyder, Schmid and Jungo (n 18) § 57 N 50 vd.

Türk Hukuku'nda bu yönde bir düzenleme olmamakla birlikte, ilgili kişinin kurum içindeki hareket özgürlüğünün kısıtlanması bakımından aynı sonuçlara varmak gerekecektir. İMK. m 438 hükmünün atfıyla uygulama alanı bulan İMK. m 383 hükmünün vardığı sonuç, esasen ölçülülük prensibi vasıtasıyla yapılacak olan bir değerlendirmeye varılması gereken sonucun aynıdır. İlgiliye kurum içinde ne şekilde muamele edileceği, ilgilinin içinde bulunduğu koruma ihtiyacına göre belirlenmek gerekir. Dolayısıyla bu ihtiyaca hizmet etmeyen veya bu ihtiyaç ile ölçülü olmayan her türlü sınırlama hukuka aykırı sayılmalıdır. Bu yönde bir düzenlemeye Türk Medeni Kanunu'nda yer verilmesi, elbette kişilik haklarının ilgili kişinin kurumda bulunduğu süreçte daha etkin bir şekilde korunmasını sağlayacaktır. Bu şekilde kişi hürriyeti kapsamında yer alan hareket özgürlüğünün kısıtlanması, AİHS m 5/I ve AY m 19/II hükümlerinin emrettiği şekilde, hukuki bir dayanağa da kavuşturulmuş olacaktır. Kanaatimizce TMK m 432 hükmü, kişinin kurum içindeki hareket özgürlüğünün kısıtlanması bakımından başlı başına hukuki dayanak olarak ele alınamaz.

Kişi özgürlüğünün koruma amacıyla kısıtlandığı hallerde amaç, kişinin ihtiyaç duyduğu kişisel korumanın sağlanmasıdır. İhtiyaç duyulan kişisel koruma, özgürlüğü kısıtlanan kişinin tedavi edilmesini de gerektirebilir. Bu ihtimalde koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanmasına ilişkin olarak verilen kararın, kişinin iradesi hilafına gerçekleştirilecek olan tedaviler bakımından hukuki bir dayanak sağlayıp sağlamadığının tartışılması gerekir. Bir diğer ifadeyle, ihtiyaç duyduğu kişisel koruma sebebiyle özgürlüğü kısıtlanan kişi, zorla tedavi edilebilecek midir? Türk Medeni Kanunu m 432 vd hükümlerinin zorla tedavi bakımından hukuki dayanak teşkil edip etmediği hususunda bir sonuca varılabilmesi bakımından, öncelikle hukuk sistemimizin zorla tedaviye hangi hallerde ve hangi şartlarla izin verdiğinin incelenmesi gerekmektedir.

a. Kanun hükmü ile zorla tedavi imkanı getirilebilmesinin şartları

Tıbbi müdahale, kişilik hakkı kapsamında korunan değerlere etki etmesi dolayısıyla hukuki dayanağa sahip olmadığı müddetçe kişilik hakkını ihlal eden, hukuka aykırı bir fiil olarak nitelendirilmelidir¹²⁶. Hukuk düzeninin öngörmüş olduğu kurallar çerçevesinde gerçekleşen bir tıbbi müdahalenin hukuka uygun sayılabilmesi için, ilgilinin rızasına dayanıyor olması gerekir.

Kişinin maddi ve manevi bütünlüğü, AY m 17 hükmü ile koruma altına alınmıştır. “Kişinin dokunulmazlığı, maddî ve manevî varlığı” başlıklı hükmün ilk fıkrası uyarınca: “*Herkes, yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına*

¹²⁶ Thomas Geiser, ‘Die medizinisch-therapeutische Behandlung und Zwangsmassnahmen im Lichte der geltenden Rechtslage und besonderer Berücksichtigung von vormundschaftlichen Fragestellungen’ (2001) Zeitschrift für Vormundschaftswesen 234.

sahiptir". Söz konusu hükmün ikinci fıkrası ise, kişinin vücut bütünlüğünü konu edinmiştir. Buna göre; *"Tıbbî zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbî deneylere tâbi tutulamaz"*. Tıbbî müdahale, kişinin maddi ve manevi bütünlüğünün yanı sıra AY m 19 hükmü ile korunan kişi hürriyetine de etki etmektedir. Hukuk düzeni tarafından korunan temel hak ve hürriyetlere etki eden tıbbî müdahalenin hukuka uygun olması, ilgili kişinin bu tıbbî müdahaleye geçerli şekilde rıza vermiş olmasına bağlıdır¹²⁷. Rıza ile yapılan tıbbî müdahalenin hukuka uygun sayılabilmesi için, öncelikle tıbbî müdahaleye verilen rıza geçerli olmalı¹²⁸ ve tıbbî müdahale hukuk düzeni tarafından tıbbî müdahaleler için öngörülen hükümlere uygun olmalıdır. Türk Hukuku bakımından, 11 Nisan 1928 tarihli ve 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun ile 01.08.1998 tarihli ve 23420 sayılı Resmî Gazete'de yayınlanmış olan Hasta Hakları Yönetmeliği, bu hususta önem arz eder.

¹²⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz Gülay Arslan-Öncü, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde Özel Yaşamın Korunması Hakkı* (Beta 2011) 87; Ayrıca bkz Y.F. v. Turkey, (App. No:24209/94) Judgment of the ECHR of 22 July 2003, para 12, (Söz konusu kararın Türkçe çevirisi için bkz Gülay Arslan, 'Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Özel Yaşam Hakkına Müdahaleyle Elde Edilmiş Deliller Hakkındaki Güncel Kararlarının İlgili Paragrafları' iç Yener Ünver (ed) *Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi, Özel Yaşam (VII) Medya ve Ceza Hukuku* (Seçkin 2007) 465-475.

¹²⁸ 1219 Sayılı ve 11.04.1928 tarihli Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun, tıbbî müdahale bakımından rızayı m 70 hükmünde düzenlemektedir. 01.08.1998 tarihli ve 23420 sayılı Resmî Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe giren Hasta Hakları Yönetmeliği uyarınca da genel kural, tıbbî müdahalenin rızaya dayanmasıdır. İlgili Yönetmeliğin m 22/1 hükmüne göre: *"Kanunda gösterilen istisnalar hariç olmak üzere, kimse, rızası olmaksızın ve verdiği rızaya uygun olmayan bir şekilde tıbbî ameliyeye tabi tutulamaz"*. Hükmün ikinci fıkrası uyarınca: *"Bir suç işlediği veya buna iştirak ettiği şüphesi altında bulunan kişinin işlediği suçun muhtemel delillerinin, kendisinin veya mağdurun vücudunda olduğu düşünülen hallerde; bu delillerin ortaya çıkarılması için sanığın veya mağdurun tıbbî ameliyeye tabi tutulması, hâkimin kararına bağlıdır"*. Hükmün son fıkrasında ise, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde tıbbî müdahale, cumhuriyet savcısının talebi üzerine yapılabilecektir. Söz konusu Yönetmeliğin m 24 hükmü ise tıbbî müdahalelerde hastanın rızasının aranması gerektiğini açıkça ifade etmiştir. Buna göre hastanın küçük veya kısıtlı olması durumunda, velisinden veya vasisinden izin alınır. Bununla birlikte, hastanın velisinin ya da vasisinin olmadığı veya hazır bulunmadığı veya hastanın ifade gücünün olmadığı hallerde, rıza şartının aranmayacağı ifade edilmiştir. Kanaatimizce hastanın rızasının aranmadığı bu son hal, acil durumlar ile sınırlı olmalıdır. Aynı yönde İmamoğlu 'Zorla Tedavi' (n 17) 36. Kanun koyucu, ilgili hükmün ikinci fıkrasında, kanuni temsilcinin rızasının yeterli olduğu hallerde dahi, anlatılanları anlayabilecekleri ölçüde, küçük veya kısıtlı olan hastanın dinlenmesi suretiyle, mümkün olduğu kadar bilgilendirme sürecine ve tedavisi ile ilgili alınacak kararlara katılımının sağlanması öngörmüştür. Hükmün devamında, sağlık kurum ve kuruluşları tarafından engellilerin durumuna uygun bilgilendirme yapılmasına ve rıza alınmasına yönelik gerekli tedbirlerin alınması gereği düzenlenmiştir. Kanuni temsilci tarafından rıza verilmeyen hallerde, müdahalede bulunmak tıbben gerekiyorsa velayet ve vesayet altındaki hastaya tıbbî müdahalede bulunulabilmesinin TMK m 346 ve 487 hükümleri uyarınca verilecek mahkeme kararına bağlı olduğu da yine m 24 hükmünün dördüncü fıkrasında öngörülmüştür. Hükmün beşinci fıkrasında ise tıbbî müdahale sırasında isteğini açıklayabilecek durumda bulunmayan bir hastanın, tıbbî müdahale ile ilgili olarak önceden açıklamış olduğu isteklerinin dikkate alınması gereği emredilmiştir. Bununla birlikte hastanın rızasının alınmadığı, hayati tehlikesinin bulunduğu ve bilincinin kapalı olduğu acil durumlar ile hastanın bir organının kaybına veya fonksiyonunu ifa edemez hale gelmesine yol açacak durumun varlığı halinde, hastaya tıbbî müdahalede bulunulması rızaya bağlı değildir. Ancak söz konusu halde, mümkünse hastanın orada bulunan yakını veya kanuni temsilcisinin, mümkün olmadığı takdirde de tıbbî müdahale sonrasında hastanın yakını veya kanuni temsilcisinin bilgilendirilmesi öngörülmüştür. Hastanın bilincinin açılmasının akabinde gerçekleştirilecek tıbbî müdahaleler, hastanın yeterliği ve ifade edebilme gücüne bağlı olarak rızası var ise gerçekleştirilebilecektir. Söz konusu düzenlemeler hakkında değerlendirme için bkz Oktay-Özdemir (n 22) 240 vd; Hasta Hakları Yönetmeliği m 25 hükmü ise hastanın tedaviyi reddetmek veya durdurulmasını istemek hakları ile ilgilidir. Buna göre, kanunen zorunlu olan haller dışında hasta, doğabilecek olumsuz sonuçların sorumluluğu kendisine ait olmak üzere, önerilen tedaviyi reddetme veya durdurulmasını isteme hakkına sahiptir. Söz konusu halde, tedavinin uygulanmamasından doğacak sonuçların hastaya veya kanuni temsilcilerine veyahut yakınlarına anlatılması ve bunu gösteren yazılı belge alınması gereği düzenlenmiştir. Hastanın tedaviyi reddetme veya durdurma hakkını kullanmasının, hastanın sağlık kuruluşuna tekrar müracaatında kendi aleyhine kullanılmayacağı da öngörülmüştür. Hasta Hakları Yönetmeliği'nin m 32/I hükmünde ise rıza, tıbbî araştırmalar bakımından düzenlenmektedir. Buna göre; *"Hiç kimse; Bakanlığın izni ve kendi rızası bulunmaksızın, tecrübe, araştırma veya eğitim amaçlı hiçbir tıbbî müdahale konusu yapılamaz"*.

İlgilinin rızasına dayanmayan tıbbi müdahaleler, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi nezdinde, AIHS m 8 hükmünün ihlali olarak değerlendirilmiştir¹²⁹. Tıbbi müdahale ve özellikle de ilgilinin rızası hususlarında ele alınması gereken bir diğer uluslararası sözleşme, Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'dir¹³⁰. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğu aşamasında aradığı koşullar, İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nde düzenlenmiş olan koşullar ile özdeştir. Türkiye tarafından 3 Aralık 2003 tarihinde kabul edilmiş olan ilgili Sözleşme'nin m 5 hükmünde, sağlık alanında herhangi bir müdahalenin, ilgili kişinin bu müdahaleye özgürce ve bilgilendirilmiş bir şekilde muvafakat etmesi ile yapılabileceği ifade edilmiştir. Hükmün ikinci fıkrası uyarınca, ilgili kişinin, müdahalenin amacı, niteliği, sonuçları ve tehlikeleri hakkında önceden bilgilendirilmesi gerekmektedir. Üçüncü fıkra ise bu muvafakatin her zaman serbestçe geri alınabileceği düzenlenmiştir. Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nin m 6 hükmü, muvafakat verme yeteneği bulunmayan kişilerin korunması ile ilgilidir. Hükmün ilk fıkrası uyarınca, üzerinde yapılacak bilimsel araştırmaya muvafakat etme yeteneği bulunmayan kişilerin korunmasına dair m 17 hükmü ve organ alınmasına muvafakat verme yeteneği olmayan kişilerin korunmasına dair m 20 hükmüne tabi olmak koşuluyla, muvafakat verme yeteneği bulunmayan bir kimse üzerindeki tıbbi müdahale, sadece kendisinin doğrudan yararı için yapılabilir. Hükmün ikinci fıkrası uyarınca; *“Kanuna göre bir müdahaleye muvafakatini verme yeteneği bulunmayan bir küçüğe, sadece temsilcisinin veya kanun tarafından belirlenen makam, kişi veya kuruluşun izni ile müdahalede bulunulabilir”*. Hükmün üçüncü fıkrası uyarınca ise: *“Kanuna göre, akıl hastalığı, bir hastalık veya benzer nedenlerden dolayı, müdahaleye muvafakat etme yeteneği bulunmayan bir yetişkine, ancak temsilcisinin veya kanun tarafından belirlenen kişi veya makamın izni ile müdahalede bulunulabilir”*.

Bu halde kişinin rızası alınmaksızın yapılan tıbbi müdahaleler, kural olarak hukuka aykırıdır. Bununla birlikte İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi m 8 hükmü, acil bir durum nedeniyle uygun bir rızanın verilemediği hallerde, ilgili bireyin sağlığı için gerekli olan herhangi bir tıbbi müdahalenin yapılabileceğini öngörmüştür. Nitekim Hasta Hakları Yönetmeliği m 24 hükmünün yedinci fıkrası da acil durumlarda rızanın aranmamasını düzenlemiştir.

¹²⁹ Arslan-Öncü (n 127) 91. Ayrıca bkz Tirado Ortiz and Lozano Martin v. Spain, (App. No. 43486/98), Admissibility Decision of the ECHR of 15 July 1999, paragraph 2, (<http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-5635&filename=001-5635.pdf&TID=ihgdqbxnfı> Erişim Tarihi 28 Mayıs 2020).

¹³⁰ İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi arasında sıkı bir bağ bulunmaktadır. İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nde, “insan hakları” ibaresi ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne gönderme yapıldığı ifade edilerek, İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ndeki bir takım prensiplerin geliştirilmesine hizmet ettiği ifade edilmektedir. Konu hakkında bkz Arslan Öncü, s. 89, 34 numaralı dipnot. Ayrıca bkz İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi Açıklayıcı Raporu, No: 164, m 9 (Explanatory Report to the Convention for the protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine), ilgili rapor için bkz <https://rmcoe.int/16800ced5> Erişim Tarihi 28 Mayıs.2020). Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'ne atf yapmış olduğu bir karar için bkz Glass v. United Kingdom (App. No. 61827/00), Judgment of the ECHR of 9 March 2004, para. 75, , (<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng-press/pages/search.aspx?i=003-945840-974305> Erişim Tarihi 28 Mayıs 2020). İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'ne atf yapılmış olan diğer AIHM kararları için bkz Arslan Öncü, s. 90, 35 numaralı dipnot.

Bir kişinin kendi iradesi hilafına veya tedavi olma yönünde geçerli bir iradesi olmaksızın tedavi edilmesi, zorla tedavi olarak isimlendirilmektedir¹³¹. Zorla tedavi, kişinin maddi ve manevi bütünlüğünün yanı sıra kendi kaderini belirleme hakkına da müdahale teşkil etmektedir. O halde zorla tedavinin mümkün olup olmadığı, tıbbi müdahaleden etkilenen temel hak ve özgürlüklerin korunmasıyla ilgilidir.

Kişinin dokunmazlığı ile maddi ve manevi varlığını koruma altına alan AY m 17 hükmünün ikinci fıkrası, tıbbî zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamayacağını, rızası olmadan bilimsel ve tıbbî deneylere tâbi tutulamayacağını düzenlemiştir. Kanun koyucu, AY m 19/II hükmüyle, toplum için tehlike teşkil eden bir akıl hastası, uyuşturucu madde veya alkol tutkunu, serseri veya hastalık yayabilecek bir kişinin bir müessesede tedavi, eğitim veya ıslahı için kanunda belirtilen esaslara uygun olarak alınan tedbirin yerine getirilmesi amacıyla hürriyetinin kısıtlanabileceğinden söz etmiştir. Görüldüğü üzere, AY m 19/II hükmü kişi hürriyetinin sınırlanmasını, bu sınırlamanın şekil ve şartlarını düzenleyen bir kanun hükmünün bulunması şartı ile mümkün kılmıştır¹³².

Zorla tedavi, taraf olduğumuz anlaşmalar kapsamında da ayrıca incelenmelidir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, tıbbi müdahaleyi reddetme hakkını AİHS m 3 ve m 8 kapsamında inceleme konusu yapmaktadır¹³³. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m 3 hükmünde hiç kimsenin işkenceye veya insanlık dışı ya da aşağılayıcı muameleye veya cezaya tabi tutulamayacağı ifade edilmiştir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m 8/I hükmü uyarınca: *“Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir”*. Hükmün ikinci fıkrası uyarınca: *“Bu hakkın kullanılmasına bir kamu makamının müdahalesi,ccc ancak müdahalenin yasayla öngörülmüş ve demokratik bir toplumda ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli bir tedbir olması durumunda söz konusu olabilir”*.

O halde zorla tedaviden söz edebilmek, ancak bu yönde bir kanun hükmünün varlığı ile mümkündür. Öğretide, TMK m 24/II hükmünde ifadesini bulan *“üstün nitelikte özel veya kamusal yarar”* kavramlarının zorla tedavi bakımından hukuki dayanak teşkil edebileceği ileri sürülmektedir¹³⁴. Ancak söz konusu kavramlar, zorla tedaviyi öngören yasal bir dayanak olarak nitelendirilmeye kesinlikle elverişli değildir. Zorla tedavi öngören hüküm, zorla tedavinin hangi şartlarda ve hangi usulde gerçekleşmesi

¹³¹ Geiser (n 126) 225; İmamoğlu ‘Zorla Tedavi’ (n 17) 31.

¹³² İmamoğlu ‘Zorla Tedavi’ (n 17) 39 vd.

¹³³ Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz Arslan-Öncü (n 127) 86.

¹³⁴ Gümüş (n 21) 205; Aydın Özdemir (n 64) 192: Yazar, özgürlüğü kısıtlanan kişinin TMK m 24 hükmü kapsamında sayılan hukuka uygunluk sebeplerinden daha üstün nitelikte özel yarar ve kamusal yarar kavramları kapsamında rızası olmaksızın tedavi edilebileceği görüşündedir.

gerektiğini açıkça düzenlemiş olmalıdır¹³⁵. Tıbbi müdahalenin kişilik hakkı kapsamında bulunan değerlere olan etkisi, zorla tedavi öngören hüküm karşısında kişilik hakkının korunmasının teminat altına alınmış olmasını gerektirir. Zorla tedavi öngören hüküm, öngördüğü şartlar ve usul itibarıyla her halde ölçülülük ilkesine uygun olmalıdır¹³⁶. Bu hüküm kapsamında yapılacak olan tıbbi müdahale, konu, yer, zaman ve kişi açısından amaca uygun şekilde sınırlandırılmalıdır¹³⁷. Koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması kurumunun vesayet tedbiri olması dolayısıyla, bu kurum kapsamında düzenlenmiş olan ve zorla tedaviye olanak sağlayan bir hüküm, tedaviyi ancak korunması hedeflenen kişinin menfaatine olarak öngörebilir. Yoksa kişi, bu kurum kapsamında toplumun veya üçüncü kişinin menfaatine yapılacak bir tedaviye zorlanamaz¹³⁸.

Avrupa Konseyi İnsan Hakları Biyotıp Sözleşmesi, zorla tedavinin hangi hallerde getirilebileceğine dair sınırlayıcı düzenlemeler içermektedir. İlgili Sözleşme'nin m 7 hükmünde, ayrıca akıl hastalığı olan kişilerin korunması amacıyla da bir düzenleme getirilmiştir. Buna göre; *“Gözetim, denetim ve başka bir makama başvurma süreçleri dahil, kanun tarafından öngörülen koruyucu şartlarla bağlı olmak üzere, ciddi nitelikte bir akıl hastalığı olan kişi, yalnızca böyle bir tedavi yapılmadığı takdirde sağlığına ciddi bir zarar gelmesinin muhtemel olduğu durumlarda, muvafakati olmaksızın, akıl hastalığının tedavi edilmesini amaçlayan bir müdahaleye tabi tutulabilir”*. İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi m 7 hükmünde *“ciddi nitelikte akıl hastası”* ifadesi kullanılmıştır. Buna göre kimlerin bu kapsamda olacağını tayini yönündeki yetki, iç hukuktur¹³⁹. Bu hususun iç hukukta düzenlenmesi aşamasında kişisel özgürlüğün korunmasına mümkün olan en fazla özenin gösterilmesi ve ilgili kişilerin en yüksek menfaatleri gerektirdiği ölçüde zorla tedavi yoluna başvurulması gerektiği belirtilmiştir¹⁴⁰.

Bu durumda kanun koyucunun buraya kadar açıklanmış olan şartları ihtiva eden bir düzenleme ile zorla tedavi imkânını getirmesi, yalnızca akıl hastalığı dolayısıyla tedaviye rıza gösteremeyecek kişiler bakımından mümkündür. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi, söz konusu sözleşmeye dair açıklayıcı rapor ile birlikte incelendiğinde, zorla tedavinin kural olarak tedaviye muhtaç olan kişinin korunması amacıyla mümkün kılındığı anlaşılmaktadır.

Bununla birlikte İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nin m 26 hükmü, Sözleşme konusu hakların kısıtlanmasını düzenlemektedir. Hükmün ilk fıkrası uyarınca; *“Bu*

¹³⁵ Geiser (n 126) 235, 240; İmamoğlu ‘Zorla Tedavi’ (n 17) 54.

¹³⁶ Geiser (n 126) 235.

¹³⁷ İmamoğlu ‘Zorla Tedavi’ (n 17) 39.

¹³⁸ Geiser (n 126) 225, 235.

¹³⁹ Arslan-Öncü (n 127) 99.

¹⁴⁰ İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi Açıklayıcı Raporu (No: 164), paragraph 42, (ilgili Rapor için bkz <https://rmcoe.int/16800ccde5>, 19 Mayıs 2020).

Sözleşmede yer alan haklar koruyucu hükümlerin kullanılmasında, kamu güvenliği, suçun önlenmesi, kamu sağlığının korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için kanun tarafından öngörülen ve demokratik bir toplumda gerekli olanlardan başka kısıtlama konulmayacaktır”.

Salgın hastalıkların tedavisi, kamu sağlığı ve başkalarının hak ve özgürlükleri ile yakından ilgilidir. Bu sebeplerle kamu sağlığını tehdit edecek nitelikte olan hastalıklar ile, başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması bakımından gerekli olduğu hallerde, sözleşme tarafı devletlerin zorla tedaviye ilişkin yasal bir düzenleme getirmeleri, ölçülülük ilkesine de uygun olduğu müddetçe mümkündür. Sözleşme'nin m 26 hükmünün ikinci fıkrasında bir takım hakların kısıtlanamayacağı ifade edilmekle birlikte, tedavinin, hastanın özgürce ve bilgilendirmiş bir şekilde muvafakat etmesi ile mümkün olabileceğine dair genel kural, söz konusu ikinci fıkra hükmü kapsamına alınmamıştır.

Ağır tehlike arz eden salgın hastalıkların tedavisi başta kamu sağlığı olmak üzere, kamu düzeni ile yakından ilgilidir. Bu halde kişinin tedavisi, yalnızca hasta olan kişinin kendisinin korunması ile ilgili olmadığından, ağır tehlike arz eden salgın hastalığın zorla tedavisinin vesayet hükümleri kapsamında düzenlenmesi mümkün değildir. Nitekim Türk Hukuku'nda 24 Nisan 1930 tarihinde kabul edilmiş olan 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu yürürlükte olup, ağır tehlike arz eden hastalıklar bakımından zorla tedaviyi düzenleyen bir takım hükümler içermektedir (m 57, 67, 72, 88, 101, 107 ve 119 hükümleri). Türk Hukuku'nda kamu sağlığının korunması amacı dışında zorla tedaviyi öngören ceza hukuku kuralları da bulunmaktadır¹⁴¹.

b. Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanması Kurumunun Zorla Tedavinin Hukuki Dayanağını Teşkil Edip Etmediği

Koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması kurumunu ilk defa düzenlemiş olan 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun gerekçesinde, söz konusu kurumun zorla tedaviye imkân tanıyıp tanımadığı hakkında açıklayıcı bir ifade yer almamaktadır. Öğretide tıbbi tedaviler bakımından bir ayırım yapılmaktadır. Kişinin kuruma yerleştirilebilmesi için zorunlu olan tıbbi müdahalelerin TMK m 432 uyarınca verilmiş olan karar gereği zorla yapılması mümkündür. Buna göre, ilgiliye, yerleştirildiği kurumda geçici olarak sakinleşmesi için zorla ilaç verilebilecektir¹⁴². Kişiye bu şekilde sakinleştirici ilacın rızası hilafına verilmesi, kuruma yerleştirme tedbirinin gereği olarak görülmekte ve bağımsız bir tedavi olarak nitelendirilmemektedir. Bununla birlikte söz konusu müdahalelerde de ölçülülük ilkesine uygun davranılması gereği unutulmamalıdır. Ölçülülük ilkesi, yalnızca kişinin özgürlüğünün kısıtlanması

¹⁴¹ Bu anlamda TCK. m 57 ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun m 82 hükmü örnek gösterilebilir. İmamoğlu 'Zorla Tedavi' (n 17) 39, dpn. 65 ve 66.

¹⁴² Gümüş (n 21) 205; İmamoğlu 'Zorla Tedavi' (n 17) 52.

kısıtlanmayacağı noktasında değil, kişinin hak ve özgürlüklerine kurum içerisinde yapılacak olan her türlü müdahale bakımından geçerlidir.

Kuruma yerleştirilen veya kurumda alıkonulan kişinin sağlığı yönünden tehlike yaratan acil hallerde, gerekli tedavinin ayrıca rıza aranmaksızın yapılması, Biyotıp Sözleşmesi m 8 hükmüne uygun şekilde, Hasta Hakları Yönetmeliği m 24/III hükümleri kapsamında mümkündür¹⁴³.

Koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanmasına ilişkin TMK m 432 vd hükümleri, kişinin kuruma yerleştirilebilmesi veya burada alıkonulması hedeflerine ulaşılması dışında, zorla tedavi bakımından hukuki dayanak olarak ele alınmamaktadır¹⁴⁴. Tıbbi tedavinin kişilik değerleri üzerindeki etkisi, TMK m 432 vd hükümlerinin her türlü kişisel koruma için getirilmiş son derece genel hükümler olduğu ve tıbbi tedaviler bakımından koruyucu özel hükümler içermediği hususu dikkate alındığında, söz konusu hükümlerin zorla tedavi bakımından dayanak olarak kabul edilmeleri hukuka uygun görünmemektedir. Bir hükmün zorla tedavi bakımından hukuki dayanak teşkil etmesi için, tedavinin şekil ve şartları bakımından ayrıntılı düzenlemeler içermesi gerekmektedir¹⁴⁵. Oysa TMK m 432 vd hükümlerinde bu yönde düzenlemelere yer verilmemiştir

Kaynak İsviçre Medeni Kanunu, koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması kurumuna ilk defa 1978 yılında yer vermiştir. Koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması kurumunun düzenlenmesi amacıyla sevk edilen hükümlerde açıkça tedaviden söz edilmemiş olması sebebiyle, uygulamada¹⁴⁶ ve öğretilerde¹⁴⁷, ilgili hükümlerin zorla tedavi bakımından hukuki dayanak teşkil edemeyeceği ileri sürülmüştü. Ancak İsviçre Medeni Kanunu'nun vesayet hükümlerinde 19 Aralık 2008 yılında yapılan esaslı değişiklikle, ayırt etme gücü olmayan kişiler bakımından zorla tedavi imkânı getirilmiştir. Özgürlüğü kısıtlanan kişiye sağlanması gereken tıbbi tedavinin hangi prosedürlere ve şartlara uyularak gerçekleştirileceği ayrıntılı şekilde düzenlenmiştir¹⁴⁸. “Psikolojik hastalıklarda alınacak tıbbi önlemler” başlığı altında, “Rızanın olmadığı hallerde tedavi” kenar başlığı ile düzenlenmiş olan İsviçre Medeni Kanunu m 434 hükmü, zorla tedavi için bir takım şartlar aramıştır. Bunlar; (1) tedavinin gerçekleşmemesi halinde hastalığın ilgilinin kendi sağlığını ciddi

¹⁴³ İsviçre Medeni Kanunu m 435 hükmü, psikolojik bir hastalığın söz konusu olması halinde, kişinin kendisini veya üçüncü kişileri ilgilendiren acil bir durum karşısında gerekli tedbirlerin derhal alınmasını öngörmüştür. Bu halde kişi, daha önce kuruma tedavisinin ne şekilde olması gerektiğine dair bir irade beyanında bulunmuşsa ilgili kurum, söz konusu kişinin bu beyanını da dikkate almalıdır

¹⁴⁴ Dural, Ögüz ve Gümüş (n 31) N 2182; İmamoğlu ‘Zorla Tedavi’ (n 17) 54; Geiser (n 17) Vor Art 397a-f N 7; Geiser (n 126) 237; Ayrıca bkz ; BGE 118 II 254, s. 262; BGE 126 I 112, s. 115 vd; ; BGE 127 I 6, s. 8 vd, (www.bger.ch Erişim Tarihi 20 Mayıs 2020).

¹⁴⁵ İmamoğlu ‘Zorla Tedavi’ (n 17) 54.

¹⁴⁶ BGE 125 III 169; BGE 126 I 112 (kararlar için bkz www.bger.ch, Erişim Tarihi 20 Mayıs 2020).

¹⁴⁷ Geiser (n 17) Art 397a N 4.

¹⁴⁸ Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz Tuor, Schnyder, Schmid and Jungo (n 18) § 57 N 28 vd; İmamoğlu ‘Zorla Tedavi’ (n 17) 48 vd.

şekilde tehdit etmesi ya da üçüncü kişilerin vücut bütünlüğünü veya yaşamını ciddi nitelikte tehlikeye atması, (2) ilgilinin tedaviyi gerektiren sebepler dolayısıyla ayırt etme gücünden yoksun olması, (3) duruma elverişli ve kişinin özgürlüklerine daha az müdahalede bulunan bir tedbirin bulunmaması, olarak sayılabilir. Bu şartların varlığı halinde, ilgiliye, yerleştirildiği veya alıkonulduğu bölümdeki yetkili doktorun tedavi planındaki tıbbi tedbirlerin uygulanabileceği kabul edilmiştir¹⁴⁹. Bu hali ile İMK. m 434 vd hükümlerinin Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi m 7 hükmü ile uyum içerisinde olduğu ifade edilmelidir¹⁵⁰.

Sonuç olarak, TMK m 432 hükmünün kişisel koruma sağlama işlevinin ifası için kişinin kuruma yerleştirilmesini öngören bir kanun hükmü olduğu ve bu anlamda özgürlüğü kısıtlanan kişinin zorla tedavi edilmesi için hukuki dayanak teşkil etmeyeceğinin kabulü gerekir. İfade etmek gerekir ki zorla tedavi, kişilik hakkı kapsamında korunan değerlere olan yoğun etkisi itibarıyla, son derece istisnai hallerde başvurulacak bir çare olmalıdır. Kişinin tedaviye rızası ile başlamasının başarı şansını arttırdığı da dikkate alınarak, öğretide ayırt etme gücü olmayan kişilerin dahi, tedavi aşamasında karar alma sürecine mümkün olduğu kadar dâhil edilmesi gereği haklı olarak savunulmaktadır¹⁵¹. Nitekim İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi de, ilgili kişinin menfaatine yönelik olarak oldukça dar bir alanda zorla tedaviyi mümkün görmüştür (m 7). Kişisel korumanın ancak tedavi ile gerçekleştirilebileceği hallerde, şayet özgürlüğü kısıtlanan kişi tedaviye rıza göstermezse, özgürlüğün kısıtlanması yönündeki tedbir çoğunlukla anlamsız kalacaktır¹⁵². Tedaviye rıza gösterme hususunda ayırt etme gücüne sahip olmayan kişilerin bu halde ömür boyu yerleştirildikleri kurumda alıkonulmaları gerekir ki, bu husus esasen TMK m 432 vd hükümlerinin amacı ile uyumlu değildir. İsviçre’de 2008 yılında yapılan kanun değişikliğine dair gerekçede, bir takım özel hallerde zorla tedavinin kabul

¹⁴⁹ İsviçre Medeni Kanunu m 433/I uyarınca, yazılı tedavi planının hazırlanmasına hekimin yanı sıra tedavi göreceği ilgilinin kendisi ile varsa güvendiği üçüncü bir kişi de katılabilir. Hekim, ilgiliyi ve varsa onun güvendiği üçüncü kişiyi, planlanan tedavi bakımından önem arz eden bütün konularda bilgilendirir. Bu kapsamda özellikle tedavinin sebepleri, amacı, şekli, yöntemi, riskleri ve yan etkileri, tedavinin yapılmamasının sonuçları ve alternatif tedavi yöntemleri hususunda bilgilendirme yapılır. Tedavi planı, ilgili kişinin onayına sunulur. Ayırt etme gücü olmayan kişinin varsa önceden açıklanmış olduğu istekleri de bu aşamada dikkate alınır. Ancak ilgili kişi tedaviye rıza göstermezse bu halde, ancak İMK. m 434 hükmünün şartları varsa zorla tedavi söz konusu olabilir. Kanun koyucu, bu aşamada ilgilinin rızasının alınmaya çalışılmasının son derece önemli olduğunu, 19 Aralık 2008 tarihli Kanun’un gerekçesinde özellikle vurgulamıştır. İlgilinin rızasının özellikle tedavinin başarıya ulaşması bakımından önem taşıdığına dikkat çekilerek, zorla tedavi halinde dahi, tedavi süreci boyunca ilgilinin isteklerinin dikkate alınması gereğine işaret edilmiştir. Bkz BBI 2006 7068, (<https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2006/7001.pdf> Erişim Tarihi 12 Mayıs 2020). Ayırt etme gücü olmayan kişilerin bedensel hastalıklarının da İMK. m 426 hükmü kıyasen uygulanmak suretiyle zorla tedavi edilebileceği yönünde Tuor, Schnyder, Schmid and Jungo (n 18) § 57 N 9, Bu halde tıbbi müdahalelerde ayırt etme gücü olmayan kişinin temsiline ilişkin İMK. m 377 vd hükümlerinin uygulanması gerektiği görüşünde Guilloid (n 42) Art 426 N 56.

¹⁵⁰ İsviçre kanun koyucusu, İMK. m 434 hükmünün, zorla tedavinin ilgilinin koruma amacıyla kuruma yerleştirilmesi hali ile sınırlı şekilde düzenlenmiş olması ve uygulama alanının ayırt etme gücü olmayan kişilerle sınırlandırılmış olması sebebiyle, İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi m 7 hükmüne kıyasla daha dar bir uygulama alanına sahip olduğunu ifade etmiştir. BBI 2006 7069, (<https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2006/7001.pdf> Erişim Tarihi 18 Mayıs 2020). İsviçre kanun koyucusu, İMK. m 435 hükmünde ise acil hallerde gerçekleşmesi gereken tıbbi müdahaleleri düzenleyerek, İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi m 8 hükmünün gereğini yerine getirmiştir. Bkz BBI 2006 7070.

¹⁵¹ İmamoglu ‘Zorla Tedavi’ (n 17) 53.

¹⁵² Aynı yönde İmamoglu ‘Zorla Tedavi’ (n 17) 53.

edilmemesi durumunda, psikiyatri kliniklerinin de bu haldeki kişiler bakımından gözetim kurumlarına dönüşeceği ifade edilmiştir¹⁵³. O sebeple temennimiz, Türk Hukuku'nda, İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi m 7 hükmü ile çizilmiş olan yasal çerçevede, zorla tedaviye cevaz veren hükümlerin getirilmesidir.

Bununla birlikte bulaşıcı hastalıkların tedavisi başka bir boyutta ele alınmalıdır. Özellikle kişinin tedavi edilmediği müddetçe taşıdığı hastalığın bulaşma riskinin devam ettiği hallerde tedavi, vücut bütünlüğüne müdahale edilen kişinin yanı sıra toplumun diğer fertlerini de yakından ilgilendirmektedir. Bir diğer ifadeyle, salgın hastalıkların tedavisi bazı şartlarla kamu sağlığı ve dolayısıyla kamu düzeni ile yakından ilgilidir. Bu sebeptendir ki İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi m 26 hükmü, kamu sağlığının söz konusu olduğu hallerde, Sözleşme kapsamında korunan bir takım hakların sınırlandırılmasını mümkün görmüştür. Türk Hukuku'nda salgın hastalıkların önlenmesi 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu kapsamında düzenlenmektedir. İlgili Kanun, bir takım hallerde tecrit uygulamasının yanı sıra ayrıca zorla tedaviyi de düzenlemektedir. Söz konusu Kanunun ilgili hükümlerinin kısaca ele alınmasında fayda vardır.

2. Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nda Zorla Tedaviye İlişkin Hükümler

Bir önceki başlıkta ele aldığımız üzere, MK m 432 vd hükümleri, zorla tedaviye hukuki dayanak teşkil etmemektedir. Ülkemizde 24 Nisan 1930 tarihinde kabul edilmiş olan 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu yürürlüktedir. Söz konusu Kanun'un amacı, m 1 hükmünde ifade edildiği üzere, ülkenin sağlık şartlarını iyileştirmek ve milletin sağlığına zarar veren bütün hastalıklar veya diğer sağlığa zararlı etkenlerle mücadele etmek ve müstakbel neslin sağlıklı olarak yetişmesini temin ve halka tıbbi ve toplumsal yardım sağlamaktır. İlgili hükümde tüm bu hususların Devlet hizmetlerinden olduğu ifade edilmiştir. İlgili Kanun, bulaşıcı hastalıklarla mücadele hususunda bir takım düzenlemeler içermektedir.

Söz konusu Kanun m 23 hükmü uyarınca, her vilayet merkezinde bir umumi hıfzıssıhha meclisi toplanır. Bu Meclis'in ayda bir defa toplanması hükmüne bağlanmıştır. Bununla birlikte olağanüstü bir durumda veya ciddi ve salgın hastalık halinde yetkililerin daveti ile daha sık toplanabilecekleri öngörülmüştür (m 26). Umumi hıfzıssıhha meclislerinin o yerin sağlık durumunu dikkate alarak, şehir, kasaba ve köylerde sağlık durumunun iyileştirilmesine ve mevcut tehlikelerin giderilmesine yarayan tedbirleri alabilecekleri düzenlenmiştir. Söz konusu meclisler, ciddi nitelikte salgın hastalık hakkında bilgi toplamak, hastalıktan korunmanın çareleri ve sağlıklı bir yaşamın faydaları hakkında halkı bilgilendirmekle yükümlü tutulmuşlardır. Ciddi nitelikte salgın hastalığın giderilmesi için alınan tedbirlerin ifası

¹⁵³ BBI 2006 7070, (<https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2006/7001.pdf> Erişim Tarihi 18 Mayıs 2020).

bakımından yardımcı olmak da, yine söz konusu meclisin yükümlülükleri arasındadır (m 27). Bununla birlikte ağır tehlike arz eden bulaşıcı hastalığı taşıyan kimselerin tecrit edilmesi ve zorla tedavisi, AY m 19 hükmü ile teminat altına alınmış olan kişi hürriyeti ve kişi güvenliği ile ilgili olduğundan, meclislere bu hususta karar alma yetkisinin tanınmış olduğu kabul edilemez. Kişi hürriyetinin sınırlandırılmasının şartları kanun ile düzenlenmiş olmalıdır. Yoksa devletin bir organına yasal düzenlemeyle bir takım şartlar öngörülmez, gerektiğinde bu hususta karar alma yetkisi verilemez. Nitekim Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nda bir takım salgın hastalıkların varlığı halinde kişi hürriyetinin yetkili makamlarca sınırlandırılacağına ilişkin yasal düzenlemeler mevcut olup, söz konusu düzenlemelerle, kişi hürriyetinin sınırlandırılması hususunda yasallık şartının yerine getirilmesi hedeflenmiştir.

Umumi Hıfzıssıhha Kanunu m 49 hükmü bu yönde bir düzenlemedir. İlgili hüküm, Türkiye limanlarına ciddi ve salgın hastalığın girmemesi için Hudutlar ve Sahiller Umum Müdürlüğü tarafından alınabilecek olan tedbirleri düzenlemiştir. Bu tedbirlerden birisi de, bulaşıcı hastalık taşıdığından şüphe edilen yolcuların nezaret altında bulundurulması veya tecridi hususundadır (m 49/b 2). Söz konusu m 49 hükmünün üçüncü bendinde, hastaların tahaffuzhane¹⁵⁴ veya salgın hastalıklar hastanelerinde şifa buluncaya kadar tedavi ve etrafları için tehlike arz etmeyinceye kadar tecrit edilebilecekleri öngörülmüştür (b. 3). Bir diğer tedbir ise yolcu ve mürettebata aşı yapılması veya serum verilmesidir (b. 6).

Umumi Hıfzıssıhha Kanunu m 49 hükmünde öngörülen tedbirler, m 37 hükmü uyarınca kolera, veba, sarıhümme, lekeli hümme, çiçek hastalıkları ile Sağlık Bakanlığı'nca belirlenerek ilan edilecek olan diğer tehlikeli salgın hastalıklar söz konusu ise alınabilir. Kanun koyucu, m 49 hükmünde yer alan tedbirleri kara hudutları bakımından m 54 hükmünde, hava yolu ile ülkeye giriş yapacak olan kişi ve eşyalar bakımından ise m 56 hükmünde düzenlemiştir.

Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nun "Memleket dahilinde sari ve salgın hastalıklarla mücadele" başlıklı ikinci faslında yer alan m 57 hükmü uyarınca; "Kolera, veba (Bübon veya zatürree şekli), lekeli humma, karahumma (hummayi tiroidi) daimi surette basil çıkaran mikrop hamilleri dahi - paratifoit humması veya her nevi gıda maddeleri tesemmümatı, çiçek, difteri (Kuşpalazı) - bütün tevkiatı dahi sari beyin humması (İltihabı sahayai dimağii şevkii müstevli), uyku hastalığı (İltihabı dimağii sari), dizanteri (Basilli ve amipli), lohusa humması (Hummai nıfası) ruam, kızıl, şarbon, felci tifli (İltihabı nuhai kuddamii sincabii haddi tifli), kızamık, cüzam (Miskin), hummai racia ve malta humması hastalıklarından biri zuhur eder veya bunların birinden şüphe edilir veyahut bu hastalıklardan vefiyat vuku bulur veya mevtin bu hastalıklardan biri sebebiyle

¹⁵⁴ "Sefer sırasında, yolcu ve çalışanların arasında bulaşıcı hastalık görülen gemilerin karantina sürelerini geçirmeleri, gerekli sağlık önlemlerinin alınması ve hastaların iyileştirilmeleri için büyük limanlara yakın kıyılara kurulmuş sağlık kuruluşu", <<https://sozluk.gov.tr/>< Erişim Tarihi 8 Mayıs 2020.

husule geldiğinden şüphe olunursa aşağıdaki maddelerde zikredilen kimseler vak'ayı haber vermeğe mecburdurlar. Kudurmuş veya kuduz şüpheli bir hayvan tarafından ısırılmaları, kuduzla müptela hastaların veya kuduzdan ölenlerin ihbarı da mecburidir”. Kanun koyucu, söz konusu Kanun ile bulaşıcı ve salgın hastalıklarla mücadeleye ilişkin m 57 vd hükümleri bakımından bir takım hastalıkları açıkça saymıştır. Bununla birlikte ilgili m 57 hükmünde belirtilmeyen bir hastalık hakkında Kanun'un m 57 vd hükümleri uyarınca tedbir alınması ise Sağlık Bakanlığı'na bırakılmıştır. Buna göre, m 57 hükmünde sayılmayan bir hastalığın yayılması veya yayılma tehlikesinin bulunması halinde Sağlık Bakanlığı, söz konusu hastalığın ülkenin tamamında veya bir kısmında ihbarının mecbur olduğu hususunda karar verebilecektir. Sağlık Bakanlığı, bu halde m 57 vd hükümlerinde adı geçen tedbirlerin tamamının veya bir kısmının söz konusu hastalığa karşı uygulanmasına da karar verebilecektir (m 64).

Umumi Hıfzıssıhha Kanunu kapsamında alınabilecek temel hak ve özgürlükleri sınırlayıcı nitelikte olan tedbirlerden bir diğeri, salgın hastalık hakkında araştırma ve inceleme yapan doktorun, araştırmaları bakımından gerekli olması halinde, hastayı ve hasta ile birlikte yaşayan evin sakinlerini muayene etmeye, hastalığın belirtileri ile seyrine dair açıklama ve bilgi talep etmeye yetkili kılınmış olmasıdır (m 67). Doktorun bu yetkilerini kullanmasına karşı koyanların TCK m 195 hükmü uyarınca cezalandırılacağı hüküm altına alınmıştır (UHK m 284). Bunun yanı sıra m 72 hükmünde ise hasta olanların veya hasta olduğundan şüphe edilenlerin ve hastalığı yaydığı bilimsel raporlarla tespit edilenlerin bilimsel olarak gereken müddet boyunca ve sağlık görevlilerince, evlerinde ya da tıbbi ve bilimsel şartları haiz yerlerde tecrit ve müşahede altında bulundurulabilecekleri düzenlenmiştir (m 72/ (b) 1). Aynı hükmün ikinci bendinde ise hastalara veya hastalığa maruz bulunanlara serum ve aşı uygulaması yapılabileceği düzenlenmiştir. Nitekim yedinci bentte ise bulaşıcı ve salgın hastalıkların baş gösterdiği kamuya açık yerlerin tehlike sona erinceye kadar tahliye edilmesi ve bu yerlere girişin engellenmesi mümkün kılınmıştır.

Benzer yönde düzenlemelere trahom hastalığı bakımından m 99 vd hükümlerinde yer verilmiştir. Bu kapsamda m 101 hükmünde, trahom mücadele mintikalarında teşkil edilecek heyetlerin bütün ahaliyi muayene ve tescile, trahoma hastalığına yakalandığı anlaşılan hastaları tedavi amacıyla ilgili kurumlara celbe yetkili oldukları düzenlenmiştir. Hastalığı taşıyan kişilere gereken tedavinin ilgili kurumlarda uygulanacağı öngörülmüştür.

Zührevi hastalıklar bakımından ise m 107 hükmünde zorla tedavi ve tecrit uygulamasına ilişkin düzenleme yer almaktadır. Hükmünde gerektiğinde bir kimse üzerinde bu amaçlarla cebir kullanılmasının dahi mümkün olduğu düzenlenmiştir. Verem hastalığına yakalanan kimselerin tecrit edilmesi ve zorla tedavisi edilmesine ilişkin esaslar ise m 119 hükmünde yer almaktadır.

Umumi Hıfzıssıha Kanunu, yukarıda incelediğimiz üzere, salgın hastalık taşıyan veya salgın hastalık taşıma şüphesi bulunan kimselerin tecrit edilmesi, müşahade altına alınması ve zorla tedavi edilmesi hususlarında bir takım düzenlemeler içermektedir. İlgili Kanun'da her ne kadar salgın hastalığı taşıyan kimselerin tecridi ve zorla tedavisi bir takım hastalıklar ismen sayılarak düzenlenmiş olsa da, m 64 hükmü dolayısıyla Kanun'un 57 ila 96 maddeleri arasında sayılmış olan tedbirler, Sağlık Bakanlığı tarafından karar verilmesi şartıyla Umumi Hıfzıssıha Kanunu'nda sayılmamış olan salgın hastalıklar bakımından da uygulanabilecektir. Bununla birlikte içinde bulunduğumuz 2020 yılında salgın halini alan ve pandemi ilan edilen Covid 19 hastalığı da göstermektedir ki virüslerin mutasyona uğramaları ve bir takım diğer biyolojik sebepler kapsamında her zaman yeni bir bulaşıcı hastalığın salgın hastalık halini alması mümkündür. Bu halde Kanun'da bir takım hastalıkların ismen sayılmak yerine, tüm bulaşıcı ve salgın hastalıklar bakımından geçerli olabilecek şekilde tedbirlerin düzenlenmesi, Kanun'un güncel gelişmeler karşısında kolayca uygulanabilir olmasını sağlayacaktır.

Ayrıca her ne kadar m 37 ve 64 hükümleriyle Sağlık Bakanlığı'nın Umumi Hıfzıssıha Kanunu'ndaki tedbirlerin Kanun'da ismen sayılmamış olan hastalıklar hakkında uygulanması hususunda karar almasına imkân tanınmışsa da, bu yöndeki düzenleme tekniği, zorla tedavi bakımından yasallık şartının yerine gelmiş olup olmadığı konusundaki tartışmaları beraberinde getirecektir. O sebeple Kanun'da bir hastalığın hangi hallerde kamu sağlığı ve kamu düzenini tehdit edebilecek boyutta olabileceğine dair tıp ve biyoloji bilimleri vasıtasıyla denetlenebilecek bir takım somut şartlar getirilerek, tüm bu hallerde uygulanabilecek tedbirlerin düzenlenmesi amaca daha uygun bir yöntem olurdu.

İlgili Kanun, tecrit dışında serum bağlama veya aşı yapılması da dâhil olmak üzere, salgın hastalığa yakalanacak olan kişilerin zorla tedavi edilebileceği düzenlenmiştir. Bunun yanı sıra Kanun, zorla tedavi halinde uygulanması gereken usul ve esaslar bakımından da temel ilke ve prensipler belirlemeli ve ayrıca ölçülülük ilkesini güvence altına alan düzenlemeler içermelidir. Ne var ki bu yöndeki düzenlemeler Umumi Hıfzıssıha Kanunu'nda yer almamaktadır. Bu halde söz konusu Kanun hükümlerinin serum bağlama veya aşı uygulaması dışındaki tedaviler bakımından yasallık şartını hangi oranda yerine getirdiği hususu, ayrıca tartışılmalıdır. Bununla birlikte, her ne kadar söz konusu Kanun'da tedavide uyulması gereken esaslar ve usul hakkında düzenleme bulunmasa da, tedavinin hukuka uygun sayılması gereken şartlar bakımından ilgilinin rızası dışında diğer kurallara uyulması gerekmektedir. Aksi halde uygulanacak olan zorla tedavinin hukuka uygun olduğundan söz edilemez. Zorla tedavi kapsamında yapılacak olan müdahalenin hukuka uygun sayılabilmesi, tedavi amacına yönelik ve bu amacı yerine getirmeye elverişli olan bir müdahale olmasına bağlıdır. Tedavi ve koruma amacı olmayan veya bu amaca elverişli

olduğu hususunda güvenilir çalışmalar bulunmayan yöntemlerin yanı sıra, tıp veya biyoloji biliminin gelişmesine hizmet eden deneysel nitelikteki çalışmalara yönelik müdahalelere zorla tedavi kapsamında cevaz verilmesi söz konusu değildir¹⁵⁵. Zorla tedavi, Türk Hukuku'nda yürürlükte olan ilgili kurallara uygun, şekilde yapılmalıdır. Bu hususta 11 Nisan 1928 tarihli ve 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun ile 01.08.1998 tarihli ve 23420 sayılı Resmî Gazete'de yayınlanmış olan Hasta Hakları yönetmeliği önem arz eder.

V. Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanması İçin Aranan Şartların Değerlendirilmesi

Koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması kurumunun şartları, çalışmamızın başında da ifade ettiğimiz üzere, “önleyici güvenlik tedbirleri” bakımından hukuki dayanak oluşturmayı hedefleyen AY m 19/II hükmünden bire bir alınmıştır. Kanun koyucu, AY m 19/II hükmünde olduğu gibi, TMK m 432 hükmünde de akıl hastalığı, akıl zayıflığı, alkol ve uyuşturucu madde bağımlılığı, ağır tehlike arz eden bulaşıcı hastalık ve serserilik sebeplerinden yola çıkmıştır. Bununla birlikte TMK m 432 hükmü, bir vesayet tedbiri olması itibarıyla kişinin korunması amacına yönelmiş olmalıdır. “Önleyici güvenlik tedbirleri” ise ihtiyacı olan kişilere kişisel koruma sağlamak hususundan farklı bir amaca, toplum güvenliğinin ve toplum sağlığının korunmasına hizmet etmektedir. O halde TMK m 432 hükmünün şartları hakkında yapılacak olan değerlendirme, bu kurumun bir vesayet tedbiri olduğu dikkate alınarak yapılmalıdır.

Kanun koyucu, öncelikle, akıl hastalığı ve zayıflığı ile alkol ve uyuşturucu madde bağımlılığını özgürlüğün kısıtlanması sebepleri arasında saymıştır. Bu sebepler, TMK m 405 ve 406 hükümlerinde bir takım diğer şartlarla kısıtlama sebebi olarak da öngörülmüşlerdir. İsviçre Medeni Kanunu'nda 19 Aralık 2008 tarihli Kanun ile yapılan değişiklikler sonucunda kanun koyucu, İsviçre Medeni Kanunu'nun ilgili m 426 hükmünde, zayıflık halleri bakımından metnin lafzını sadeleştirmiştir. Bu kapsamda, akıl hastalığı, akıl zayıflığı ile alkol ve uyuşturucu madde bağımlılığı sebepleri, zihinsel engel ve psikolojik rahatsızlıklar başlıkları altında toplanmıştır.

Türk Medeni Kanunu m 432 hükmünün kapsamı, serserilik hali bakımından da amaca uygun bir şekilde daraltılmalıdır. Kişinin insan onuruna yakışır bir yaşam sürmeye tek başına yetkin olmadığı hallerde, toplum için tehlike arz etmemesine rağmen, diğer şartların da varlığı halinde TMK m 432 hükmü tarafından sağlanan korumadan faydalanabilmesi gerekir. Diğer taraftan, insan onuruna uygun olmayan şartlarda yaşamını sürdüren ve içinde bulunduğu şartları tek başına değiştirme kabiliyetinden yoksun bir kişi de, daimi bir ikametgahı olması itibarıyla TMK m

¹⁵⁵ Oğuzman/Seliçi /Oktay-Özdemir, N 585.

432 hükmü vasıtasıyla sağlanacak korumadan mahrum kalmamalıdır¹⁵⁶. Böyle bir sonuç, vesayet hukukunun amacı ile bağdaşmayacaktır. Bu itibarla Türk Medeni Kanunu'nun serserilik yerine İsviçre Medeni Kanunu m 426 hükmünde olduğu gibi, "ağır bakımsızlık" haline yer vermesi, daha isabetli olacaktır.

Kanun koyucunun TMK m 432 hükmü kapsamında koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması için saymış olduğu hallerden bir diğeri ise "ağır tehlike arz eden bulaşıcı hastalık" halidir. Ağır tehlike arz eden bulaşıcı hastalık taşıyan kimsenin özgürlüğünün kısıtlanması da yine toplumun korunmasına yöneliktir. Ağır tehlike arz eden bulaşıcı hastalığa yakalanan bir kişinin özel bir koruma ihtiyacı içerisinde olması elbette mümkündür. Ancak kanun koyucu, madde hükmünde diğer başka bir hastalığa yer vermemiştir. Örneğin kanser olan bir kişinin kişisel korunmaya ihtiyaç duyması halinde TMK m 432 hükmünün kendisi bakımından uygulanması mümkün değildir¹⁵⁷. Bu halde akla, ağır tehlike arz eden bulaşıcı hastalığın kişiyi her zaman diğer başka hastalıklardan daha fazla koruma gereksinimine muhtaç edip etmediği sorusu gelmektedir. Bu soruya olumlu yanıt vermek mümkün değildir. O halde kanun koyucunun ağır tehlike arz eden bulaşıcı hastalık halini TMK m 432 hükmünün kapsamına alması, hastalığın yayılmasını engellemeye, bir diğer ifadeyle toplumun korunması amacına yöneliktir¹⁵⁸. Kanun koyucunun ağır tehlike arz eden bulaşıcı hastalık taşıyan bir kişinin özgürlüğünün sınırlanmasını öngörmesi, haklı bir menfaate yönelik olup, bu şekilde kamu sağlığı başta olmak üzere, kamu düzeninin korunması hedeflenmektedir. Nitekim 2020 yılı içerisinde yaşamakta olduğumuz Covid 19 hastalığı pandemisi sırasında cereyan eden olaylar, bu yönde bir hükme gereksinim olduğunu da açıkça ortaya çıkarmıştır. Zira bu nitelikte bir hastalığın yayılması, yalnızca toplumun fertlerinin sağlığını değil, sağlık sistemi başta olmak üzere, eğitimden ekonomiye birçok alanı kötü etkileyerek, ülke genelindeki yaşam şartlarını çekilemeyecek derecede zor bir hale getirebilmektedir.

Ancak, ağır tehlike arz eden bulaşıcı bir hastalığın varlığı halinde toplumun geneli bakımından arzu edilen korumanın TMK m 432 vd hükümleri ile sağlanması mümkün görünmemektedir. İncelediğimiz üzere, TMK m 432 hükmü zorla tedavi bakımından yasal dayanak oluşturmamaktadır. Söz konusu hüküm, kişisel korumanın yalnızca tedavi hali ile giderilebilmesi durumunda dahi, zorla tedavinin hukuki dayanağını oluşturmaya elverişli değildir.

Ayrıca, bir kişinin madde hükmünde sayılan sebeplerle özgürlüğünün kısıtlanabilmesi için vesayet makamından karar alınması gerekmektedir. Bununla birlikte Covid 19 virüsü örneğindeki gibi, hastalığın hızla yayılabileceği hallerde,

¹⁵⁶ Kişinin evini çöplerle doldurması halinin serserilik kapsamında ele alınmasının araştırılması gerektiği yönünde bir karar için bkz Yarg.18. HD., 14.6.2016 T., 2016/9524 K., 2016/9547 K, (www.lexpera.com.tr Erişim Tarihi 15 Mayıs 2020).

¹⁵⁷ Kocaağa (n 17) 41; Aksi yönde Gümüş (n 21) 203.

¹⁵⁸ Öztan (n 7) 1355; Gümüş (n 21) 199 vd; Kocaağa (n 17) 36.

her bir hasta bakımından vesayet makamının kararının beklenmesi, hastalığın o esnada birçok kişiye bulaşmasına yol açabilecektir. Bu halde kişinin hâkim kararı beklenmeksizin toplumdan izole bir şekilde yaşamasının sağlanmasında kamu menfaati vardır. Buraya kadar aktarılan sebeplerle, ağır tehlike arz eden bulaşıcı hastalığın yayılmasının önlenmesinin bir vesayet tedbiri olan koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması ile sağlanması mümkün değildir. Nitekim Türk Hukuku'nda bu amaçlarla sevk edilmiş olan, 24 Nisan 1930 tarihli ve 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu yürürlükte. Söz konusu Kanun hükümlerinin ağır tehlike arz eden bulaşıcı hastalık halinde kamu menfaatini korumaya ne denli uygun olduğu ve söz konusu Kanun karşısında kişilik hakkının yeterli koruma görüp görmediği, düşünülebilir. Ancak bu konu, çalışmamızın sınırlarını aştığından, ayrıca ele alınamamıştır.

Kanun koyucu, öngörmüş olduğu zayıflık halleri dolayısıyla ilgilinin kişisel korumaya ihtiyaç duyması dışında ayrıca “toplum için tehlike oluşturma” şartına da hükümde yer vermiştir. Türk Medeni Kanunu m 432 hükmünde özgürlüğün kısıtlanması için öngörülmüş olan “toplum için tehlike oluşturma şartı”, bulaşıcı hastalık dışında hükümde sayılan diğer sebepler bakımından uygulanmaya elverişli değildir. Koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması, “vesayet” kurumu altında düzenlenmiş olup, belirli sebeplerle koruma gereksinimi duyan kişilerin korunmasına hizmet etmektedir. İlgili TMK m 432 hükmünün ilk fıkrasında “*kişisel korumanın başka şekilde sağlanamaması*”, özgürlüğün kısıtlanması için aranan bir başka şarttır. Dolayısıyla madde hükmünden de, özgürlüğün kişisel koruma amacıyla kısıtlanabileceği açıkça anlaşılmaktadır. Bu halde ‘toplum için tehlike oluşturma’ şartı ile kişinin hükümde sayılan sebeplerle “kişisel korumaya ihtiyaç duyması” şartlarını aynı anda aramak, madde hükmünün uygulama alanını amaca aykırı bir şekilde daraltacaktır. Örneğin uyuşturucu madde bağımlısı olan bir kişi veya sürekli kendisine zarar veren akıl hastası bir kişi, kişisel korumaya ihtiyaç duysa da, şayet bu kişiler toplum için tehlike oluşturmuyor ise vesayet kurumunca sağlanan korumadan faydalanmaları mümkün olmayacaktır.

Kanaatimizce hâkim, somut bir olayda TMK m 432 hükmünün uygulanıp uygulanmayacağı hususunu, ilgili hükmün içinde yer aldığı vesayet kurumunun amacından yola çıkarak belirlemelidir. Bu halde, toplumun korunması için kişilerin zorla kuruma yerleştirilmelerine veya kurumda alıkonulmalarına cevaz veren kanun koyucunun, bu imkâna, ilgilinin kendisinin korunmasının gerektiği hallerde evleviyetle imkân vermesi gerektiği, gözden uzak tutulmamalıdır. Nitekim Türk Medeni Kanunu, m 23 hükmü özelinde, kişilik hakkının korunmasını kişinin kendisine karşı da gerçekleştirmektedir.

Son olarak ifade etmek gerekir ki, gerçek kişileri bir takım zayıflık halleri dolayısıyla etkin bir şekilde korumaya yönelik sevk edilmiş olunan koruma amacıyla

özgürlüğün korunması kurumu, amacına ulaşması bakımından mutlaka zorla tedavi imkânını da içermelidir. İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi m 7 hükmüne uygun şekilde sevkedilecek olan ve zorla tedaviye olanak sağlayan hükümler, özellikle zihinsel engelli ve psikolojik hastalıktan muzdarip kimselerin kurum dışında insan onuruna uygun bir yaşam süremelerini mümkün kılabilecektir. Ancak zorla tedavi imkânının getirilmediği hallerde söz konusu zayıflık hali içerisinde olan kişiler, belki de bütün ömürlerini kurumda geçirmek zorunda kalacaklardır. Bu son ihtimalde ilgili kişilerin yeterince korunduklarından söz etmek mümkün olmayacaktır. Zira bir kimsenin ömür boyu kurumda kalması, zorla tedavi ile karşılaştırıldığında daha ağır bir müdahale olup, ölçülülük ilkesine aykırı bir sonuca yol açmaktadır.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

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

Peer-review: Externally peer-reviewed.

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

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

Bibliyografya/Bibliography

- Akıntürk T ve Ateş D, *Türk Medeni Hukuku, Aile Hukuku, C 2* (22. Bası, Beta 2020).
- Arslan G, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Özel Yaşam Hakkına Müdahaleyle Elde Edilmiş Deliller Hakkındaki Güncel Kararlarının İlgili Paragrafları” iç Yener Ünver (edt) *Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi, Özel Yaşam (VII) Medya ve Ceza Hukuku* (Seçkin 2007) 465-475.
- Arslan-Öncü G, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde Özel Yaşamın Korunması Hakkı* (Beta 2011).
- Aydın Özdemir E, ‘19.12.2008 Tarihli İsviçre Medeni Kanunu Değişikliği ile Karşılaştırmalı Olarak Türk Medeni Kanunu’nda Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanması Düzenlemesi’, (2013) XV (2) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 171-208.
- Çavuşoğlu Işıntan, P, ‘Türk Hukukunda Yeni Bir Müessese: Koruma Amacıyla Kişi Özgürlüğünün Kısıtlanması (TMK m 432-437)’, (2002) I (2) Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 297-306.
- Dağlı, M, *Emsal İçtihatlarla Türk Medeni Hukukunda Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanması* (Turhan 2011).
- Dural M and Ögüz T, *Türk Özel Hukuku-Cilt II-Kişiler Hukuku* (19. Baskı, Filiz 2018).
- Dural M, Ögüz T ve Gümüş A, *Türk Özel Hukuku- Cilt III-Aile Hukuku* (14. Baskı, Filiz 2019).
- Elçin Grassinger G, *Küçüğün Kişi Varlığının Korunması İçin Alınacak Tedbirler* (On İki Levha 2009).
- Geiser T, ‘Art 397a-405a’ in Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt and Thomas Geiser (eds) *Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch I* (3rd edn, Helbing & Lichtenhahn 2002).
- Geiser T, ‘Die medizinisch-therapeutische Behandlung und Zwangsmassnahmen im Lichte der geltenden Rechtslage und besonderer Berücksichtigung von vormundschaftlichen Fragestellungen’ (2001) Zeitschrift für Vormundschaftswesen 225-243.
- Guillod O, ‘Art. 426-439’in Andrea Büchler, Christoph Häfeli, Audrey Lauba, Martin Stettler (eds) *FammKomm: Erwachsenenschutz* (Stämpfli 2013).
- Gümüş, MA, ‘Kısıtlı veya Kısıtlı Olmayan Ergin Kişilerin Koruma Amaçlı Özgürlüğünün Kısıtlanması (TMK 432-437)’, (2004) I (2) Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 189-228.
- Helvacı S, *Gerçek Kişiler* (8. Bası, Legal 2017).
- İmamoğlu S H, ‘Hukuki Açından, Özellikle Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanmasına İlişkin Hükümler Çerçevesinde Zorla Tedavi’ (2012) VII (3-4) Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 29-59 (‘Zorla Tedavi’).
- İmamoğlu S H, ‘İsviçre Medeni Kanununun Yurtlarda veya Bakım Kurumlarında Kalan Ayırt Etme Gücü Bulunmayan Kişiler Hakkındaki Hükümleri Ve Türk Hukuku Açısından Değerlendirilmesi’, (2019) LXVIII (1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 213-240.
- İmamoğlu S H, ‘Vesayet Altındaki Küçüğün Koruma Amacıyla Özgürlüğünün Kısıtlanması (TMK 446)’, (2005) LIV (4) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 299-342 (‘Vesayet Altındaki Küçüğün Korunması’).
- İsviçre Medeni Kanunu’nun Değiştirilmesine İlişkin 19 Aralık 2008 tarihli Kanun Gerekeşi (Yetişkinlerin Korunması, Kişiler Hukuku, Çocuk Hukuku) BBI 2006 7003 vd <<https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2006/7001.pdf>> Erişim Tarihi 2 Mayıs 2020.
- Kılıçoğlu A M, *Aile Hukuku* (4. Bası, Turhan 2019).
- Kocağa K, ‘Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanması’, (2006) X (1-2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 33-54.

- Koç N, 'Türk Medenî Kanunundaki Düzenlemeler Işığında Vesayet Hukukuna Genel Bakış', (2005) VII () Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 120-99.
- Oğuzman K, Seliçi Ö ve Oktay-Özdemir S, *Kişiler Hukuku- Gerçek ve Tüzel kişiler* (17. Bası, Filiz 2018).
- Oktay-Özdemir, Saibe: 'Ayrırt Etme Gücü Bulunmayan Yetişkinlere Yapılacak Tıbbi Müdahalelere Onay Konusunda İsviçre Hukukunda Yapılan Değişiklikler', (2016) XI (145-146) Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 223-243.
- Öztan B, *Aile Hukuku* (6. Bası, Turhan 2015).
- Serozan R, *Medeni Hukuk- Genel Bölüm- Kişiler Hukuku* (8. Bası, Vedat 2018).
- Spirig E, 'Art 397a-397f' in Peter Gauch, Jörg Schmid (eds) *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Familienrecht, 3. Abteilung: Die Vormundschaft (Art. 360-456), Band II, Nummer 3a* (Schulthess1995)
- Tuor P, Schnyder B, Schmid J and Rumo-Jungo A, *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch* (14th edn, Schulthess 2015).
- Türk Medeni Kanunu Tasarısı ile Türk Kanunu Medenisinde Değişiklik Yapılması Hak-kında Kanun Tasarısı ve Ankara Milletvekili Yücel Seçkiner'in; Ankara Milletvekili Esvet Özdoğu ve Dört Arkadaşının; Aynı Kanunda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Teklifleri ve Adalet Komisyonu Raporu (1/611, 1/425, 2/361, 2/680), <<https://www.tbmmgov.tr/sirasayi/donem21/yil01/ss723mhtm>> Erişim Tarihi 9 Mayıs 2020.

Elektronik Kaynaklar

<http://www.bger.ch>

<http://www.hudoc.echr.coe.int>

<http://www.lexpera.comtr>



Package Tour Contracts in Times of COVID-19

Ömer Ali Girgin* , Sebastian Löw** 

Abstract

This comparative study deals with the question of whether travelers can terminate an already booked package tour free of charge after the outbreak of COVID-19 ("coronavirus") in EU law and Turkish law. It first provides preliminary information about the regulations related to package tour contracts. It explains afterwards, which package travelers have the right of termination and compares the conditions and legal consequences of termination of the contract, under the perspective of EU and Turkish laws. In this context, the terms such as unavoidable and extraordinary circumstances, force majeure, the situation that cannot be foreseen and prevented and the reason that not caused by consumer are examined in respect of the COVID-19 pandemic. Different results of the cancellation of the package tour or termination of contract are analyzed. Also a recent amendment in the directive about the package tour contracts in the Turkish law is criticized.

Keywords

Covid-19 pandemic, Package tour, Termination, Refund, Unavoidable and extraordinary circumstances

COVID-19 Döneminde Paket Tur Sözleşmeleri

Öz

Çalışma, halihazırda satın alınmış paket turların, COVID-19 salgını ("koronavirüs") ortaya çıktıktan sonra ücret kesintisi olmadan iade edilebilip edilemeyeceğini araştırmaktadır. Eserde öncelikle paket tur sözleşmeleri hakkındaki kanuni düzenlemeler hakkında ön bilgiler aktarılmıştır. Ardından, salgın sebebiyle hangi paket tur yolcularının sözleşmeyi sona erdirebileceği açıklanmış; sona erdirmenin şartları ve sona ermenin yasal sonuçları AB Hukuku ve Türk hukuku bakımından karşılaştırmalı olarak incelenmiştir. Bu çerçevede, kaçınılmaz ve olağanüstü şartlar, mücbir sebep, öngörülemeyen ve engellenemeyen durum, tüketiciden kaynaklanmayan sebepler gibi terimler COVID-19 pandemisi açısından incelenmiştir. Turun başlangıcından önce ve sonra turun iptali veya sözleşmenin sona erdirilmesi hallerinde ortaya çıkan farklı neticeler analiz edilmiştir. Ayrıca Türk hukukunda konuyla ilgili yakın tarihte yapılan yönetmelik değişikliği eleştirilmiştir.

Anahtar Kelimeler

Covid-19 pandemisi, Paket tur, Sözleşmenin sona erdirilmesi, Para iadesi, Kaçınılmaz ve olağanüstü haller

* **Corresponding author:** Ömer Ali Girgin (Res. Asst), Anadolu University Faculty of Law, Civil Law, Eskişehir, Turkey. E-mail: omeraligirgin@anadolu.edu.tr ORCID: 0000-0001-7469-9174

** Sebastian Löw (Res. Asst), University of Innsbruck, Faculty of Law, Corporate Law, Innsbruck, Austria. E-mail: sebastian.loew@uibk.ac.at ORCID: 0000-0001-7426-7531

To cite this article: Girgin OA, Löw S, "Package Tour Contracts in Times of COVID-19" (2020) 78(2) *İstanbul Hukuk Mecmuası* 563. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2020.78.2.0011>

Introduction

A package tour can be defined simply as a vacation at a fixed price in which the travel agency plans for the travel, accommodation and sometimes food for the travelers. As a pandemic, effects of COVID-19 (“coronavirus”) are seen worldwide. Travel bans were one of the first precautions taken by the governments¹. In this context, flights have been stopped, customs have been closed and any kind of tourism mobility both domestically and internationally, has been prohibited. For this reason, a great number of people² who booked and paid for package tours are struggling to get refund. This article deals with the question of whether travelers can terminate an already booked package tour free of charge after the outbreak of COVID-19. It explains and compares the conditions of the termination and which package travelers have the right of termination under the perspective of EU and Turkish laws.

I. Termination under the perspective of EU law

Package tourism in Europe is determined by the Package Travel Directive (Directive 2015/2302), which came into force on 1 July 2018. The directive is based on the principle of full harmonization (Directive 2015/2302 art 4) and is therefore fully and identically applicable in all member states of the EU Union (EU).³ Although the member states have transformed the Directive into their national law, the following paper is directly based on the Directive, as the legal situation is uniform and should therefore be explained in abstract terms for the entire EU. In order to concretize the paragraphs, German and Austrian case law will be consult. According to Directive 2015/2302 art 3 sub clause 2 a package tour is the combination of at least two different types of travel services for the purpose of the same trip. If the traveler has only booked individual services or linked travel arrangements (Directive 2015/2302 art 3 sub clause 5) the Directive 2015/2303 does not apply in case of such a withdrawal.

No traveler is obliged to actually take part in his booked package tour, which is why Directive 2015/2302 art 12/1 provides that a traveler may terminate the package tour contract at any time and without giving reasons. If the traveler is exercising his termination right, he must pay appropriate compensation (the so-called “termination fee”).⁴ Nevertheless, Directive 2015/2302 art 12/2 contains an important exception to this: if unavoidable and extraordinary circumstances occurring at the place of destination or its immediate vicinity and significantly affecting the performance of the package tour, or which significantly affect the carriage of passengers to the

¹ <https://www.nytimes.com/article/coronavirus-travel-restrictions.html>

² For instance, 1.5 million Turkish people buy package tours to go abroad per year. See Uğur Ceylan and Ömer Zafer Güven, ‘Yerli Turistlerin Satın Aldıkları Yurtdışı (Outgoing) Paket Turları Değerlendirmeleri Üzerine Bir Araştırma’ (2017) 2 (2) Bilecik Şeyh Edebali Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi 515, 515.

³ Ecker, ‘Das neue Pauschalreisegesetz’ (2017/2018) JAP 238, 238; Führich, ‘Das neue Pauschalreiserecht’ (2017) NJW 2945, 2945.

⁴ Tonner, ‘Auswirkungen von Krieg, Epidemie und Naturkatastrophe auf den Reisevertrag’ (2003) NJW 2783, 2783.

destination, the traveler can terminate the package tour contract without paying any termination fee. In the present case it is therefore decisive whether the outbreak of COVID-19 can constitute such an event.

A. Unavoidable and Extraordinary Circumstances

According to the definition of Directive 2015/2302 art 3/1 sub clause 12, unavoidable and extraordinary circumstances are deemed to exist, if a situation is beyond the control of the party who invokes such a situation and the consequences of the situation could not have been avoided even if all reasonable measures had been taken. Whether an event constitutes such circumstances must be determined in each individual case.⁵

In case of an epidemic outbreak, the existence of unavoidable, exceptional circumstances is indisputable, since the Directive's Preamble refers to the outbreak of a serious disease at the destination as an example of the existence of such an event.⁶ This must also apply to the COVID-19 pandemic, as its wider geographical spread is the only difference to an epidemic.⁷

B. Occurrence at the Place of Destination or in Its Immediate Vicinity

Directive 2015/2302 art 12/2 requires that the unavoidable and extraordinary circumstance occurs at the place of destination or its immediate vicinity. But the Directive does not define more precisely what is meant by immediate vicinity. Since the immediate vicinity was also assumed according to the former legal situation, the previous jurisdiction can be used. The outbreak of an epidemic in a town 250 km away should not give rise to such a right of termination, due to the territorial restriction.⁸ A problem in this context is that the wording of the law does not cover places which must necessarily be passed during the journey to and from the place of destination. If the concept of immediate vicinity is interpreted teleologically, the conclusion is that places which must necessarily be passed during the journey to and from the place of destination are in the immediate vicinity of the place of destination because of their contractual vicinity. This outcome would be in line with Directive's Preamble, according to which a right of termination should be granted if safe travel to the final destination is impossible.⁹ If the disease has therefore already broken out at the place of departure or intermediate landing, this also fulfils the condition of immediate proximity, since not only the physical proximity to the place of destination

⁵ Steinrötter, '§ 651 h' para 22 in Junker, Beckmann and Rübmann (eds), *jurisPraxisKommentar-BGB* (juris 2020).

⁶ Directive 2015/2302's Preamble Para 31.

⁷ Klafki, *Risiko und Recht* (Mohr Siebeck 2017) 163; Löw (n1) 1253.

⁸ AG Königstein RRa 1996, 32.

⁹ Directive 2015/2302's Preamble Para 31.

can be decisive. In the case of the COVID-19 pandemic, which is already prevalent worldwide, the result is that the geographical criterion is fulfilled in any case.

C. Significant affectation

The essential element of Directive 2015/2302 art 12/2 is the existence of a significant affect on the performance of the package tour. The package tour is significantly affected if, it is impossible, from an objective point of view, to carry out the package tour safely, ie the purpose of the journey as a whole is in question. This condition must be fulfilled *ex ante* at the time of termination.¹⁰ In the event of an epidemic spreading, the significant affect could result from a risk to the traveler's physical health. In this context, only the personal safety is important, not the operability of the package.¹¹ The existence of a health risk is indicated in particular by a travel warning issued by the national Ministry of Foreign Affairs.¹² However, the lack of a travel warning does not necessarily mean that a significant affect must be denied. But if the Ministry of Foreign Affairs does not issue a travel warning, the burden of proof that such circumstances nevertheless prevail at the destination rests with the traveler.¹³ In this case, the traveler can, for example, rely on serious media coverage or probably also on a health warning from the WHO.¹⁴ In the current situation regarding COVID-19, there are plenty of travel warnings from the Ministries of Foreign Affairs from the EU member states, a warning from the World Health Organization and a large amount of serious media coverage. In times of COVID-19, the trip is significantly affected in any case, therefore the EU travelers can terminate the package travel contract without paying any termination fee.

D. Termination Date

The most controversial issue in this context is the moment at which the traveler can declare the termination of the package travel contract. From an *ex ante* point of view, the circumstances must still exist at the time of the journey, therefore the traveler has to make a forecast decision, a hasty termination would be at his expense.¹⁵ The German Federal Court of Justice¹⁶ basically grants the traveler the right of termination as soon as there is a probability of at least 25% that the significant affectation still exists at the time of the journey. Although this decision referred to the risk of hurricane weather,

¹⁰ Fühlich, *Basiswissen Reiserecht* (4th edn, Vahlen 2018) para 123.

¹¹ Tonner (n 4) 2784.

¹² Fühlich, *Basiswissen Reiserecht* (n 10) para 123.

¹³ Fühlich, 'Rücktritt vom Pauschalreisevertrag vor Reisebeginn wegen Covid-19-Pandemie' (2020) NJW 2137, 2138; Löw, 'Rechtsfolgen bei Änderung des Pauschalreisevertrags' (2020) VbR 133, 137f.

¹⁴ Steinrötter (n 5) para 23; OGH 6 Ob 145/04y RdW 2004, 724.

¹⁵ Bergmann and Blankenburg, 'Unvermeidbare außergewöhnliche Umstände im Pauschalreise- und Luftverkehrsrecht' (2019) NJW 3678, 3679; Teichmann, '§ 651j' para 3 in Jauernig (ed) *Bürgerliches Gesetzbuch* (17th edn, CH Beck 2018).

¹⁶ BGH (n 2) 3700: This decision referred to the risk of hurricane weather.

the barrier must be just as low for the risk of corona infection, as this can be life-threatening for the traveler.¹⁷

In contrast, the Austrian Court of Justice has ruled that it is necessary to wait with the termination to evaluate the risk as long as traveler would still have enough time to change the booked destination.¹⁸ This decision concerned a termination due to several PKK attacks and the threat to attack also vacation facilities. Unfortunately this decision result contains considerable legal uncertainty, since the possibility of rebooking depends on the individual case. In case of COVID-19 pandemic, not only one destination but the whole world is affected. Therefore the right of termination does not depend on whether there is still time for rebooking. In conclusion this means, that in Austria the the right of termination arises later than in Germany, where the 25 percent barrier needs to be exceeded.¹⁹ In Germany, termination is possible approximately 4 weeks before the start of the trip;²⁰ in Austria the limit of admissibility would probably be around 2 weeks before the start of the trip, although both termination rights result from the same legal basis.

According to this situation, the question arises whether a cancellation under Directive 2015/2302 art 12/2 is still possible if the traveller books his journey in the knowledge of the existing pandemic. The thought behind the termination right is that the traveler should no longer be bound to the contract if circumstances in the destination area have changed in such a dangerous way. If the traveler is booking after the circumstances have already changed, he is no longer in need of protection.²¹ Therefore, for travellers who have booked their journey after the outbreak of the COVID-19 pandemic in March there exists no right of termination free of charge, because general civil law cannot (any longer) be applied to the withdrawal from a package travel contract due to the fully harmonising effect of the Directive 2015/2303 (Art 4).

E. Legal consequences

If the traveler exercises his right of termination, the travel agency is obliged to refund the traveler all amounts already paid for the package without delay and in any event within 14 days (Directive 2015/2302 art 12/4).

Due to the exceptional situation caused by COVID-19, the German Federal Government asked the EU Commission to temporarily grant the travel agencies a right

¹⁷ Fühlich (n 15) 2138.

¹⁸ OGH 6 Ob 145/04y RdW 2004, 724; OGH 1 Ob 257/01b RdW 2002, 211.

¹⁹ Löw, 'Die Auswirkungen von Epidemien und Pandemien auf Pauschalreise- und Luftbeförderungsverträge' (2020) ZVR 156, 158.

²⁰ Fühlich (n 15) 2139f.

²¹ Fühlich, 'Terror, Angst und höhere Gewalt – Antworten des Reiserechts' (2003) RRA 50, 55.

to refund the already paid amounts in vouchers, for the purpose of liquidity assurance. Nevertheless, the EU Commission rejected the proposal, because it would contradict Directive 2015/2302 art 12/4.²² In addition, in case of insolvency of the travel agency, which is threatened by the high repayments by COVID-19, payments of the traveler are secured due to the mandatory insurance system according to Directive 2015/2302 art 17, while vouchers would not be secured.²³ The EU Commission therefore pointed out that vouchers as an alternative to refunds are only possible on a voluntary basis and would be only attractive for the traveler if they would be protected by the state in case of insolvency.²⁴

Furthermore it should not be ignored, that also the travel agency may withdraw from the package travel contract free of charge until the start of the package tour due to unavoidable and extraordinary circumstances, which prevent them from carrying out the package tour (Directive 2015/2302 art 12/3b). With regard to COVID-19, the actual impossibility (e.g. if the airlines stop flight operations or airports are closed) and legal impossibility of carrying out the journey (e.g. due to the issuing of entry bans in the destination area) plays a major role. Therefore, as long as such circumstances exist, the travel agent can also withdraw from the package travel contract without being liable for damages.²⁵

II. Termination under the Perspective of Turkish Law

A. A Brief Look at the Regulations Related to Package Tours in Turkish Law

Package tour contract in Turkish law is defined in Law on Consumer Protection No 6502 (“TKHK”), art 51/1 as follows: “*Package tour contracts are the contracts which at least two of the following services are sold or pledged to be sold together at the all-in price by package tour organizers or their agents and the service takes more than twenty-four hours or includes overnight stay: a) transportation b) accommodation c) other tourism services not dependent on transportation and accommodation services.*” Package tour contracts are considered as a matter of consumer law under the Turkish law. That is why the main regulation about package tour contracts finds its place with ten sub-articles in the Law on Consumer Protection. It can be argued that it is questionable whether the definition of the contract is consistent with the literature²⁶

²² In detail: https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/recommendation_vouchers_en.pdf

²³ Keiler, ‘COVID-19: Gutscheinlösung für Reisende’ (2020) RdW 329, 329.

²⁴ EU Commission, Recommendations 2020/648 of 13 May 2020 on vouchers offered to passengers and travelers as an alternative to reimbursement for cancelled package travel and transport services in the context of the COVID-19 pandemic (15).

²⁵ Löw (n 1) 1254.

²⁶ Pauline J Sheldon and James Mak, ‘The demand for package tours: A mode choice model’ (1987) 25 (3) Journal of travel research 13, 14.

and the EU law²⁷. The main reason behind this inconsistency is that the TKHK was enacted before the regulation of the European Union in 2015 and was based on the old directive no. 90/314²⁸. Unlike the Directive 90/314, Directive 2015/2302 is based on the product, that is, the package tour itself, rather than the seller/provider, in order to prevent any package tour contract left outside the scope²⁹. According to the article, there are three criteria for a contract to be considered as “package tour contract”. The contract must include at least two of the services of transportation, accommodation and other services; there must be an all-in price that covers all of the services and the service must last longer than twenty-four hours or it must include an overnight stay. Contracts that do not fit even one of those criteria, cannot be considered as a package tour contract; therefore Law No 6502 cannot be applied to them³⁰. Another significant article states that people who participate in package tours within the scope of their commercial or professional activities, also considered as consumers³¹ (TKHK art 51/9). Rights and obligations of the parties such as agency’s liability, the obligation of giving informative brochure and a copy of the contract to the consumer, right of termination and right of compensation are other matters that regulated in art 51³².

Another regulation about package tours in Turkish law is the Directive on Package Tour Contracts (*Paket Tur Sözleşmeleri Yönetmeliği- PTSY*) which is promulgated by the Turkey’s Ministry of Trade based on the Law No 6502. In the PTSY, regulations that took place in the Law on Consumer Protection art 51 are elaborated. However, it can be observed that some regulations in PTSY cause ambiguity and incoordination between the law (TKHK) and the directive (PTSY)³³.

B. Rights of Package Tour Travelers During COVID-19

1. In General

TKHK art 51 spares two sub-articles to non-performance and poor performance of the package tour contract. PTSY is more elaborated with five articles. When determining the rights of consumers in case of non-performance or poor performance,

²⁷ Ebru Ceylan, ‘Paket Tur Sözleşmesiyle İlgili 6502 Sayılı Yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ‘a Göre Getirilen Düzenlemeler’ (2015) 1 (1) İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 71, 75. The regulation implied is Council Directive 90/314/EEC art. 2. However, Directive (EU) 2015/2302 of the EU Parliament and of the Council of 25 November 2015 on package travel and linked travel arrangements, amended Regulation (EC) No 2006/2004 and Directive 2011/83/EU of the EU Parliament and of the Council and repealed Council Directive 90/314/EEC.

²⁸ Ece Baş Süzcel, *Tatil Sözleşmeleri* (On İki Levha 2019), 146.

²⁹ Baş Süzcel (n 30) 148.

³⁰ Ceylan (n 21) 75; Süleyman Savaş, ‘Paket Tur Sözleşmeleri’ (Master Thesis, Atatürk University Social Sciences Institute 2019) 52; Baş Süzcel (n 30) 148.

³¹ Ceylan (n 21) 78.

³² For details on obligations of parties see: Gökçen Bilge Özdemir, ‘Paket Tur Sözleşmesinde Taraflar ve Tarafların Borçları ve Hakları’ (2011) (2) Sosyal Bilimler Dergisi 68; Ömer Öksüz, ‘Tüketici Hukukunda Paket Tur Sözleşmeleri’ (2006) (66) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 331, 343 – 344.

³³ See 2.2.1.

both regulations can be examined under a dual classification: Rights of consumers in the period before the tour starts and in the period after the tour starts.

According to TKHK, if one of the essential elements of the package tour contract is changed or the tour is canceled before the tour starts due to reasons not caused by the consumer, consumer may accept the change or an alternative tour offered by the package tour organizer³⁴. Consumer also has the right of termination of the contract (TKHK art 51/6). In case of termination of the contract, the package tour organizer or its agency must refund all the price paid by the consumer without any deduction as soon as getting the termination notification³⁵ (TKHK art 51/6). On the other side, consumers have two different rights in the period after the tour starts. The consumer has the right to demand a reduction in the price due to any deficiencies that arise during the performance of the contract³⁶. If organizer does not fulfill an important obligation after the tour starts, consumer can terminate the contract (TKHK art 51/7)³⁷. As is seen, TKHK regulates consumer rights in the package tour contracts in two periods by taking the starting date of the tour as a milestone.

However, PTSY handles the matter in a more complicated way than TKHK. Regulations in PTSY about the period before the tour starts, can be examined in four parts. These parts are the cancellation of the tour, termination of the contract by the consumer when there are 30 days or more to the tour, termination of the contract by the consumer due to specific reasons when there are less than 30 days to the tour and termination of the contract by the consumer without an excuse when there are less than 30 days to the tour³⁸. Further examination on the topic is going to take place below.

In a closer look, it can be argued that some regulations clearly indicate inconsistencies between TKHK and PTSY. The inconsistencies are mostly derived from the inattentive usage of the terminology and ignoring the hierarchy of norms. To be specific, while TKHK only uses the term “*dönme*” (Rücktritt; termination ex tunc); PTSY uses both “*fesih*” (Kündigung; termination ex nunc) and “*dönme*” in different articles for the exact same type of contract. Whenas “*fesih*” is only valid for contracts of continuous performance and it is proactive³⁹. On the other hand, if a contract of continuous performance is to be terminated before the performance starts, the type of the termination is “*dönme*”⁴⁰. Because in this case, the contract

³⁴ Gülşah Hamamcıoğlu, ‘Paket Tur Sözleşmelerinde Tüketicinin Korunması’ (2010) 68 (1-2) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 275, 298 – 299.

³⁵ Savaş (n 22) 91.

³⁶ Çağlar Özel, *Tüketicinin Korunması Hukuku* (Seçkin 2019) 268.

³⁷ Öksüz (n 24) 347.

³⁸ Sezer Çabri, *Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi* (Adalet 2016) 845.

³⁹ Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Yetkin 2014) 1001.

⁴⁰ Eren (n 41) 1001.

is terminated retroactively. There is no interest that needs to be protected in the termination of the contract effective for the future⁴¹. When it comes to package tour contracts, termination is “ex tunc”. As a conclusion, the proper term should only be “*dönme*”⁴². Another example is about deductions. There is a right to terminate in PTSY which does not take place in the TKHK. And while this right is being used, as mentioned above, consumer has to suffer deductions like taxes, fees and third-party payments when terminating the contract, even if the reason of termination is force majeure. This regulation can be criticized in terms of the unfairness of bearing the risk by only one party. A regulation which spreads the burden fairly among the parties, e.g. refunding half of the expenses instead of none to the consumer, would be better.

It is fair to say the pandemic named COVID-19 can be considered as force majeure under the Turkish law⁴³. Thus, consumer rights in case of force majeure in TKHK and PTSY can be applied to package tour contracts affected by COVID-19. Adopting the opposite idea and not considering the pandemic in question as a case of force majeure, does not change the conclusion. Because, regulations aforesaid include not only the term “force majeure”; but also other terms such as “reasons not caused by the consumer” and “a situation that consumer could not foresee and prevent despite showing maximum necessary attention”.

2. In Case the COVID-19 Occurs Before the Tour Starts

The pandemic may have occurred before the tour starts. PTSY repeats the article of TKHK which entitles consumers to terminate the contract or accept the alternative tour offer, in case of cancellation of the tour due to reasons not caused by the consumer or change of essential elements of the contract⁴⁴ (Directive art 10&11). Thus, if the tour is canceled by the organizer due to COVID-19 precautions taken by the authorities including travel bans, since the pandemic is a situation that not caused by the consumer, consumer has two options. They can either accept the offer for an alternative tour or terminate the contract without any deduction⁴⁵ (TKHK art 51/6; Directive art 11). In case of accepting to participate in an alternative tour (e.g. postponement to a later date), there are specific conditions that the offered tour has to fulfill. The price of the offered package tour must be equal to or higher than the price

⁴¹ Baş Süznel (n 30) 233.

⁴² Baş Süznel (n 30) 234.

⁴³ See Announcement from Turkey Ministry of Treasury and Finance, Date: 03.04.2020 No 80100189-105[13-1540]-E.42718; Announcement from Turkey Ministry of Trade General-Directorate of Export, Date: 23.03.2020 No 31429883-451.01; Announcement from Revenue Administration of Turkey, Date: 04.06.2020, Access on: <https://gib.gov.tr/mucbir-sebep-halihak-samindaki-65-yas-ve-ustunde-olan-bazi-mukellefler-tarafindan-sokaga-cikma>

⁴⁴ Emin Türkyılmaz, ‘Paket Tur Sözleşmeleri’ (Master Thesis, Kadir Has University Social Sciences Institute 2017) 74 – 75; Feyza Eren Sayın, ‘Paket Tur Sözleşmesinde Tüketicinin Korunması’ (Master Thesis, İstanbul University Social Sciences Institute 2013) 139; Çabri (n 30) 845.

⁴⁵ Savaş (n 22) 91; Çabri (n 30) 845.

of the canceled tour and consumers cannot be forced to pay any additional fee. If the price of the offered tour is lower than the price of the canceled tour, organizer has to refund the difference.

Other than the cancellation, consumers have the right to terminate the contract. In such a scenario, consequences of the termination depend on the date and reason of termination. It is stated that if there are at least 30 days to the tour, the consumer has the right to terminate the contract without giving anything as an excuse (Directive art 16/2). Termination must be notified in written or via durable medium⁴⁶. If the termination notification is sent at least thirty days before the start of the package tour, the price paid by the consumer must be refunded without any deduction, except for the expenses arising from the taxes, fees and similar legal obligations. In other words, consumer can terminate the contract if there are 30 or more days to the tour and get full refund only giving up the mandatory expenses. Consumer does not have to show a reason while terminating the contract⁴⁷.

On the other hand, consumer can still terminate the contract if there are less than 30 days to the tour. According to PTSY, if termination notification is sent less than 30 days before the start of the package tour, a certain amount or rate of deduction can be made, provided that it is stated in the package tour contract (Directive art 16/3). However, if termination notification is sent less than thirty days before the start of the package tour due to force majeure or a situation that they could not foresee and prevent despite showing maximum necessary attention, the price paid by the participant must be refunded without any deduction; except for the unavoidable costs arising from taxes, fees and similar legal obligations and documented and nonreturnable payments which are made to third parties by the organizer⁴⁸ (Directive art 16/4). As the regulation indicates, PTSY makes a distinction here. If the termination results from a force majeure or a situation that they could not foresee and prevent despite showing maximum necessary attention, consumers are entitled to get a full refund except for the mandatory expenses and irreversible, documented third-party payments. In other cases where consumer cannot show a reason that meets the definition given in PTSY while terminating the contract, the refund can be reduced in the certain amount or at

⁴⁶ Yusuf Erdem Mirhanogullari, '6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna Göre Paket Tur Sözleşmesinde Tüketicinin Korunması' (Master Thesis, İstanbul Aydın University Social Sciences Institute 2019) 65.

⁴⁷ Türkylmaz (n 32) 102. Before the TKHK No 6502, it was controversial whether the participants could terminate the contract without showing a reason. The issue discussed here is whether the participant who terminates the contract without a valid reason will compensate to the package tour organizer. In this context, the participant is required to indemnify the damages of the package tour organizer that will arise due to the termination of the contract, except for the participant's inability to participate in the tour. See Oktay S, *Gezi Sözleşmeleri* (Beta 1997) 218. In the provision of 16/2, the expenses that the participant may have to compensate in case of termination of the contract are clearly stated. However, the failure of the package tour organizer to get the compensation for the damages that may be incurred except for these specified expense items will constitute an unfair situation. For example, it would not be fair to expect the package tour organizer to bear expenses such as air tickets purchased on behalf of the participant and cannot be returned. It is also clear that the organizer of the package tour will be deprived of the relevant earnings if the participant declines other participants, trusting that they will continue the contract. See Oktay (n 49) 221; Türkylmaz (n 32) 103.

⁴⁸ Sayın (n 32) 155.

the rate stated in the contract (Directive art 16/3). As mentioned above, the law and PTSY clearly contradict at this point. Because while the law states that the refund must be made without any deduction; it is stated in PTSY that the consumer must suffer the necessary costs. According to principle of the hierarchy of norms, with those in the lower rungs of the hierarchy cannot be against to the norms in higher rungs⁴⁹. A directive cannot burden the consumer unless there is a provision which makes it possible in the law. Therefore, the relevant article of PTSY is ineffective and must be ignored.

3. In Case the COVID-19 Occurs After the Tour Starts

Rights of consumers in case of breach of contract in the period after the tour started are regulated in a similar way to TKHK in PTSY. According to TKHK and PTSY, if it is clear that organizer fails or will fail to perform an important obligation, consumer has two alternative rights. In such a case, consumer is entitled to terminate the contract⁵⁰ or maintain the contract by accepting the organizer's offer for an alternative arrangement⁵¹ (PTSY art 12/2&3). The alternative arrangement offer must not incur additional costs to the consumer and organizer or its agent must compensate for the difference between the services offered to the consumer and the services stated in the contract⁵². One can argue that the second option is not consumer's best interest in respect of COVID-19 pandemic. Because most likely, maintaining the contract is not going to be possible due to pandemic precautions. In other deficiencies, which are relatively less important, consumer can ask for a reduction in the price (PTSY art 12/1).

When consumer chooses to terminate the contract, the package tour organizer or its agent can request an appropriate amount of the money from the consumer for the actions they have performed so far⁵³ (TKHK art 51/7; PTSY art 12/3). On the other hand, organizer or its agent is obliged to provide free transfer to the place where the consumer starts the package tour or to another agreed place and to cover the expenses incurred in case of compulsory accommodation⁵⁴ (PTSY art 12/4). The latest article is crucial especially for the consumers who are trapped in a different country or city other than the place of departure because of the pandemic. Owing to the article, they are not going to have to pay for their compulsory accommodation.

⁴⁹ Paul Craig and Gráinne de Búrca, *EU Law: Text, Cases and Materials* (Oxford University Press 2015) 105.

⁵⁰ Termination here is *ex nunc*. Because in contracts of continuous performance, contract can be terminated only proactively if the performance started. See Baş Süznel (n 30) 254; Eren (n 41) 1002.

⁵¹ Baş Süznel (n 30) 254; Kadir Erk Pekmez, 'Tüketici Hukuku Çerçevesinde Paket Tur Sözleşmeleri' (Master Thesis, Akdeniz University Social Sciences Institute 2014) 93; Selin Sert, '6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Hükümlerine Göre Paket Tur Sözleşmeleri' (2015) (22) TAAD Year 6 217, 235.

⁵² Sert (n 37) 235; Baş Süznel (n 30) 255.

⁵³ Özel (n 28) 848; Baş Süznel (n 30) 255.

⁵⁴ Sert (n 37) 236; Baş Süznel (n 30) 256.

Another consequence of termination is the consumers' right to claim compensation for the damages incurred due to breach of contract according to general principles of the law of obligations⁵⁵. However, when the failure results from force majeure or a situation that the organizer cannot foresee and prevent, consumer cannot claim compensation⁵⁶ (PTSY 14/1/c&ç). Hence, if organizer of the package tour fails to perform an important obligation because of the COVID-19 and the tour is interrupted, the consumer can terminate the contract and claim refund for the services they could not benefit from; but cannot claim compensation, even if they suffer damages. This is because the COVID-19 prevents to establish a proper causal relation between the damage and the action.

4. Legal Consequences

When consumer terminates the contract, the contract is removed from the outset (ex tunc); the package tour organizer's or its agent's right to charge fees ends and the payments made are refunded to the consumer within fourteen days at the latest after the contract is terminated⁵⁷ (PTSY art 10/4, 12/3, 16/5). Refunds are made according to articles of unjust enrichment (Turkish Code of Obligations art 77 – 82)⁵⁸.

However, a recent regulation creates an exception to the refund deadline: "Provisional article – 1" of PTSY which took effect on 15 May 2020. According to the article, due to the COVID-19 pandemic, the price refunds for package tour contracts, which are envisaged to be performed as of 5 February 2020 and which include airline transport, are made within fourteen days following the sixth day after the flight ban is lifted. This means that the consumer who is already affected negatively by the pandemic, is going to have to wait for getting their money back; and what is worse, without knowing how long. Because if attention is paid, it can be seen that the refund deadline is not clear as it was before. The date of lifting of the flight bans is uncertain. This recent regulation is clearly against the interests of the consumer and it deserves every criticism. It does not comply with the main principle of the consumer law which is protecting the consumer. Besides, it is also against the principle of hierarchy of norms. Because it does not take place in the law and it takes a toll on consumers. Such an amendment cannot be made with a directive. It must be made with the law.

However, all criticism aside, there is one thing that might justify this regulation. If the article stayed the same, hundreds or thousands of travelers were going to apply for refund simultaneously. In this scenario, a lot of tour operators would probably

⁵⁵ Sayın (n 32) 186; Mirhanoğulları (n 34) 44.

⁵⁶ Özel (n 28) 268; Sayın (n 32) 186; Mirhanoğulları (n 34) 44.

⁵⁷ Çabri (n 32) 853.

⁵⁸ Hamamcıoğlu (n 26) 292.

bankrupt and none of the consumers could get their refund. It would possibly mean that causing consumers end up getting nothing, while actually trying to protect the consumer. Therefore, it can be argued that it is a regulation that made on economic grounds.

Conclusion

The termination of package tour contract is regulated similarly in EU and Turkish laws. However, this does not mean there are no differences. To sum up:

According to EU law (Directive 2015/2302 art 12/2) the “EU traveler” may terminate the package tour contract free of charge due to unavoidable and extraordinary circumstances, if there is a travel warning for the holiday destination. In case of termination the travel agency is obliged to refund the traveler all amounts already paid for the package without delay and in any event within 14 days (Directive 2015/2302 art 12/4).

According to Turkish law, when the COVID-19 emerged, consumer can terminate the contract regardless of how many days left to start of the package tour. If the tour is canceled before the starting date by the organizer because of the COVID-19, consumer can take the offer for an alternative tour or terminate the contract. If the tour had already started when the COVID-19 emerged, consumer, again, has the right to terminate the contract. As a consequence of the termination, refunds must be done within fourteen days following the sixth day after the flight ban is lifted (Directive provisional article-1). This extended refund deadline is only applied to terminations related to COVID-19 and include an air transportation.

Apart from the existing regulations, it can be quickly noticed that approaches of Europe and Turkey to the COVID-19 outbreak in respect of the package tour contracts are different. The recently added provisional article of PTSY which postpones the refund deadline until an indefinite date in Turkey is a proof of this difference. Because, in EU law, such a regulation did not take place. So, while EU travelers can get refunds within 14 days after termination; Turkish travelers are going to have to wait until an uncertain date to get refunds.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

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

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

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazarlar çıkar çatışması bildirmemiştir.

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

Bibliography

- Baş Süzel E, *Tatil Sözleşmeleri* (On İki Levha 2019)
- Bergmann S and Blankenburg D, ‘Unvermeidbare außergewöhnliche Umstände im Pauschalreise- und Luftverkehrsrecht’ (2019) *Neue Juristische Wochenschrift* 3678-3683.
- Çabri S, *Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi* (Adalet 2016).
- Ceylan E, ‘Paket Tur Sözleşmesiyle İlgili 6502 Sayılı Yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ‘a Göre Getirilen Düzenlemeler’ (2015) 1 *İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 71-98.
- Ceylan U and Güven Ö Z, ‘Yerli Turistlerin Satın Aldıkları Yurtdışı (Outgoing) Paket Turları Değerlendirmeleri Üzerine Bir Araştırma’ (2017) 2 *Bilecik Şeyh Edebali Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi* 515-532.
- Craig P and de Búrca G, *EU Law: Text, Cases and Materials* (Oxford University Press 2015).
- Ecker M, ‘Das neue Pauschalreisegesetz’ (2017/2018) *Juristische Ausbildung und Praxis* 238-242.
- Eren F, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Yetkin 2014).
- Führich E, ‘Rücktritt vom Pauschalreisevertrag vor Reisebeginn wegen Covid-19-Pandemie’ (2020) *Neue Juristische Wochenschrift* 2137-2141.
- Führich E, ‘Das neue Pauschalreiserecht’ (2017) *Neue Juristische Wochenschrift* 2945-2950.
- Führich E, ‘Terror, Angst und höhere Gewalt – Antworten des Reiserechts’ (2003) *ReiseRecht aktuell* 50-57.
- Führich E, *Basiswissen Reiserecht* (4th edn, Vahlen 2018).
- Hamamcıoğlu G, ‘Paket Tur Sözleşmelerinde Tüketicinin Korunması’ (2010) 68 *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 275-304.
- Keiler S, ‘COVID-19: Gutscheinelösung für Reisende’ (2020) *Recht der Wirtschaft* 329-334.
- Klafki A, *Risiko und Recht* (Mohr Siebeck 2017).
- Löw S, ‘Rechtsfolgen bei Änderung des Pauschalreisevertrags’ (2020) *Zeitschrift für Verbraucherrecht* 133-138.
- Löw S, ‘Pauschalreiserecht in Zeiten der Covid-19-Pandemie’ (2020) *Neue Juristische Wochenschrift* 1252-1255.
- Löw S, ‘Die Auswirkungen von Epidemien und Pandemien auf Pauschalreis- und Luftbeförderungsvertrag’ (2020) *Zeitschrift für Verkehrsrecht* 156-161.
- Mirhançoğulları Y E, ‘6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna Göre Paket Tur Sözleşmesinde Tüketicinin Korunması’ (Master Thesis, İstanbul Aydın University Social Sciences Institute 2019).
- Oktay S, *Gezi Sözleşmeleri* (Beta 1997).
- Öksüz Ö, ‘Tüketici Hukukunda Paket Tur Sözleşmeleri’ (2006) *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 331-351.
- Özdemir G B, ‘Paket Tur Sözleşmesinde Taraflar ve Tarafların Borçları ve Hakları’ (2011) *Sosyal Bilimler Dergisi* 68-74.
- Özel Ç, *Tüketicinin Korunması Hukuku* (Seçkin 2019).
- Pekmez K E, ‘Tüketici Hukuku Çerçevesinde Paket Tur Sözleşmeleri’ (Master Thesis, Akdeniz University Social Sciences Institute 2014).
- Savaş S, ‘Paket Tur Sözleşmeleri’ (Master Thesis, Atatürk University Social Sciences Institute 2019).

- Sayın F E, 'Paket Tur Sözleşmesinde Tüketicinin Korunması' (Master Thesis, İstanbul University Social Sciences Institute 2013).
- Sert S, '6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Hükümlerine Göre Paket Tur Sözleşmeleri' (2015) TAAD Year 6 217-240.
- Sheldon PJ and Mak J, 'The demand for package tours: A mode choice model' (1987) 25 Journal of travel research 13-17.
- Steinrötter B, *jurisPraxisKommentar-BGB § 651 h* (juris 2020).
- Teichmann A, *Bürgerliches Gesetzbuch § 651 j* (17th edn, CH Beck 2018).
- Tonner K, 'Auswirkungen von Krieg, Epidemie und Naturkatastrophe auf den Reisevertrag' (2003) Neue Juristische Wochenschrift 2783-2787.
- Türkyılmaz E, 'Paket Tur Sözleşmeleri' (Master Thesis, Kadir Has University Social Sciences Institute 2017).



İstanbul Hukuk Mecmuası

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Başvuru: 16.06.2020
Revizyon Talebi: 12.08.2020
Son Revizyon Tarihi: 19.08.2020
Kabul: 04.09.2020

Sermaye Şirketlerinin Özkaynaklarının Korunmasına Yönelik Türk Ticaret Kanunu Geçici M 13 ile Kabul Edilen COVID-19 Önlemleri

Hamdi Pınar* , S. Özlem Türkoğlu** , Esra Tutulmaz***

Öz

Geçtiğimiz aylarda tüm dünyayı etkisi altına alan COVID-19 salgınının ülkemizdeki ekonomik hayata olumsuz etkilerinin önlenmesi amacıyla birçok kanuni değişiklik yapılmıştır. Bu kapsamda ihtiyatlılık politikası gereği TTK Geçici m 13 düzenlemesi de kabul edilmiştir. Bu düzenlemenin amacı salgının olumsuz etkilerinin en üst seviyede olacağına öngörüldüğü dönem için sermaye şirketlerinin özkaynaklarının şirket bünyesinde tutulmasıdır. Düzenleme ile ülkemizdeki sermaye şirketlerinin COVID-19 salgını dönemini en az zararlı atlatarak devamlılığının sağlanması hedeflenmiştir. Bu amaca ulaşmak için belli bir süre ile sınırlı olmak üzere 2019 yılı net dönem kârının en fazla %25'inin dağıtılabileceği, geçmiş yıl kâr payları ile serbest yedek akçelerin dağıtılamayacağı ve kâr payı avans dağıtım yetkisi verilemeyeceği kuralı getirilmiştir. Hükmün, yürürlüğe giriş ve yürürlükte kalacağı tarih dikkate alındığında, getirdiği sınırlama, genel kurul kararlarının geçerliliği ve icrasına ilişkin Türk hukukunda yeni tartışmaları başlatmıştır. Bu çalışmamızda Geçici m 13 hükmünde yer alan temel kavramlar ve hükmün kapsamı ile uygulama alanı tespit edildikten sonra, sermayenin korunması ilkesi ve hükme aykırı genel kurul kararları sebebiyle ortaya çıkacak muhtemel sorunlar ve bunlara ilişkin görüşlerimiz inceleme konusu yapılmıştır.

Anahtar Kelimeler

COVID-19, Sermaye şirketi, Kâr payı, Sermayenin korunması ilkesi, Butlan

COVID-19 Measures Adopted Under the Provisional Article 13 of the Turkish Commercial Code for the Protection of the Equity of Stock Corporations

Abstract

Several legal amendments regarding the economic life in Turkey have been made to prevent the negative impacts of the coronavirus disease 2019 (COVID-19). The Provisional Article 13 of the Turkish Commercial Code (TCC) has been adopted due to the precautionary principle. This regulation aims to keep the equity of stock corporations within the company during this epidemic. The provision aims to ensure the continuity of the stock corporations in our country by overcoming the COVID-19 pandemic with minimum damage. According to the provision, for a certain period of time, the corporations can only distribute their net profits for the fiscal year of 2019 up to 25%, cannot subject the previous years' dividends and distributable reserves to distribution, and cannot give authority to their governing bodies to distribute advance dividend. The enforcement date of the provision has initiated new discussions in Turkish law about the validity and execution of general assembly resolutions. This study examines the principle of capital maintenance and possible problems regarding the outcome of the general assembly resolution about distribution after determining the basic concepts, scope, and execution area of the TCC's Provisional Article 13.

Keywords

COVID-19, Stock corporation, Dividend, Principle of capital maintenance, Invalidity

* **Sorumlu Yazar:** Hamdi Pınar (Dr. Öğr. Üyesi) Bilkent Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, Ankara, Türkiye. E-posta: hpınar@bilkent.edu.tr ORCID: 0000-0002-3864-3736

** S. Özlem Türkoğlu (Avukat), Ankara Barosu, Ankara, Türkiye. E-posta: ozlemturkoglu@outlook.com ORCID: 0000-0002-4300-9422

*** Esra Tutulmaz (Stj Avukat), Ankara Barosu, Ankara, Türkiye. E-posta: esratutulmaz@gmail.com ORCID: 0000-0003-4499-2964

Atrf: Pınar H, Turkoğlu SÖ ve Tutulmaz E, "Sermaye Şirketlerinin Özkaynaklarının Korunmasına Yönelik Türk Ticaret Kanunu Geçici M 13 ile Kabul Edilen COVID-19 Önlemleri" (2020) 78(2) İstanbul Hukuk Mecmuası 579. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2020.78.2.0012>



Extended Summary

Provisional Article 13 has been added to the TCC in the context of measures against the negative impacts of the COVID-19 pandemic on business life, aiming to prevent the potential need for financing and to maintain strong capital in cash and ensure continuity for stock corporations.

The distribution of distributable reserves and retained earnings of stock corporations is prohibited for the duration in which the Provisional Article 13 is effective. A maximum of 25% of the net profit of the fiscal year of 2019 can be distributed, and governing bodies cannot be given the authority to distribute dividend advances. The scope of the Provisional Article 13 that is the subject of our review, its application, and our perspectives on the challenges that may arise in the implementation of this provision are as follows.

The joint stock companies, limited companies, and commandite companies whose capital is divided into shares are subject to this provision. The provision limits the distribution of dividend, distributable reserves, and advance dividend. However, Provisional Article 13 and the Communiqué set out companies that will not be subject to these distribution restrictions.

The publication and enforcement date of Provisional Article 13 is April 17, 2020, and the first paragraph of this article shall be applied in respect of corporations that have not yet taken general assembly resolution regarding distribution by April 17, 2020.

The second paragraph of the article includes corporations that have decided to distribute for the period of 2019 but have not distributed fully. The article shall remain in force until September 30, 2020, and the President shall be authorized to extend and contract this period by 3 months. (Note: The period has been extended for 3 months.)

Therefore, Provisional Article 13 will not have any effect with respect to these transactions if the general assembly resolution taken before April 17, 2020, is executed fully. If the distribution is made partially as of April 17, 2020, remaining payments for the portion exceeding 25% of the net profit for the fiscal year of 2019 will be deferred until Provisional Article 13 cease to have effect. Moreover, the advance payments that have not yet been distributed will be deferred in the same way if the general assembly resolution authorizes the distribution of advanced dividend payments.

The lapse of time on the claim of deferred payments shall cease during the enforcement period of Provisional Article 13, and no interest shall be claimed for deferred payments.

The legal basis of the sanctions relating to the general assembly resolutions that exceed the limit regulated by Provisional Article 13 and taken after the date of April 17, 2020, is controversial. Because Provisional Article 13 is a provision concerning the principle of maintenance of capital, we believe that whether the resolutions are in breach of this provision or are invalid within the framework of Article 447 of the TCC should be examined.

According to our opinion, a general assembly resolution taken after April 17, 2020, and only partially in breach of the Provisional Article 13 of the TCC should be subject to partial invalidity. Such approach would conform with the teleological interpretation of the relevant provision and to the procedural economy.

At a general meeting after April 17, 2020, it is also possible to decide on the distribution of 25% of the net profit immediately and the distribution of extra dividend after Provisional Article 13 will cease to have effect. We believe that following the constitutional interpretation, no part of such resolution shall be subject to invalidity.

Dividend shares that are distributed to the board of directors are not directly regulated in Provisional Article 13. However, the main purpose of the provision is not to distribute more than 25% of the company's net profit for the enforcement period. We believe that dividend shares should be added to the scope of Provisional Article 13, considering that dividend shares are distributed from the net profit.

Prohibition of borrowing from the company for shareholders serves for the principal of capital maintenance, which makes the absence of its mention in Provisional Article 13 a deficiency. Following TCC Article 385, all shareholders who do not owe due capital debt will be able to become indebted to the corporation if the profit of the corporation together with the distributable reserves covers the losses of the previous year. In this way, the Provisional Article 13 will be eliminated, and it is possible to cash out of the corporation without any limit during the period.

In case an unlawful resolution is adopted by the general assembly, the governing bodies that execute the illegal resolution will be held responsible. Therefore, the governing bodies should avoid distributing net profits that exceed 25% in distributable reserves and/or advance dividend, contrary to the Provisional Article 13. In this case, if it is needed, the governing bodies are obliged to apply to the court and request an invalidity declaration of the regulations that are against the provision.

Sermaye Şirketlerinin Özkaynaklarının Korunmasına Yönelik Türk Ticaret Kanunu Geçici M 13 ile Kabul Edilen COVID-19 Önlemleri

I. Giriş

Çin’de başlayıp tüm dünyaya yayılan COVID-19 salgını kaynaklı Türkiye’deki ilk vakanın 11.03.2020 tarihinde duyurulması üzerine kişisel izolasyonun yanında idari kararlar ve yasal düzenlemeler yoluyla da çeşitli önlemler alınmıştır. Özellikle kalabalık ortamların virüsün yayılmasını kolaylaştırması nedeniyle birçok işyeri çalışma sistemini değiştirmiş; kimi evden çalışma yöntemine geçmiş kimi ise vardiyalı çalışma sistemini benimsemiştir. Sosyal hayatın sınırlanması, pek çok şehir için uygulanan seyahat ve sokağa çıkma kısıtlamaları ekonomiyi de olumsuz etkilemiş ve sonuçta birçok işyeri çalışanlarını ücretsiz izne çıkarmıştır. Sürecin devamında çalışanların işlerine son verilmeye başlanmasıyla oluşacak işsizliğin önüne geçmek amacıyla fesih yasağına ilişkin düzenleme getirilmiştir.

Ekonomide meydana gelen endişe verici gelişmeler sonucunda sermaye şirketlerinin özkaynaklarının korunması amacıyla TC Ticaret Bakanlığınca (**Bakanlık**) Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği’ne (**TOBB**) 31.03.2020 tarihinde bir yazı gönderilmiştir. TOBB ise ilgili yazı içeriğine ilişkin tüm oda ve borsalara gerekli bilgilendirmeyi 01.04.2020 tarihinde yapmıştır¹. Duyuru yazısında Bakanlığın özkaynakların korunmasına atfettiği önemin altı çizilmiş ve şu ifadelerin şirketlere duyurulması talep edilmiştir:

“kamunun iştirak olan şirketler hariç olmak üzere, sermaye şirketlerinin 2019 yılı hesap dönemine ilişkin olarak bu yıl gerçekleştirilecek genel kurul toplantılarında gündeme alınacak nakit kâr payı dağıtım kararlarında, geçmiş yıl kârlarının dağıtımına konu edilmemesi ve dağıtım tutarının 2019 yılı net dönem kârının %25’ini aşmaması ile yönetim kuruluna kâr payı avansı dağıtım yetkisi verilmemesi...”

Sermaye şirketlerinde özkaynakların korunmasına yönelik kanuni düzenleme öncesi yapılan bu duyuru ile Bakanlık, kamu iştiraki olan şirketleri istisna tutup tüm sermaye şirketlerinin kâr payı dağıtımına üç önemli sınırlama getirmiştir. Bakanlığın TOBB aracılığıyla duyurduğu ilgili sınırlamaların hukuki dayanağının Anonim Şirketlerin Genel Kurul Toplantılarının Usul ve Esasları ile Bu Toplantılarda Bulunacak Ticaret Bakanlığı Temsilcileri Hakkında Yönetmelik² m 13/5 olduğu belirtilmiştir. Ancak genel kurulun kâr payı dağıtımına ilişkin devredilemez yetkisi ve serbest iradesinin 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (**TTK**) m 408/2 ile hüküm altına alınması karşısında Bakanlığın ilgili yazısının normlar hiyerarşisinde bağlayıcı

¹ İlgili duyuru metni için bkz <https://itb.org.tr/img/userfiles/files/Sermaye%20%C5%9Eirketlerinin%20Kar%20Da%C4%9F%C4%B1%C4%B1m%C4%B1%20hk.pdf?v=1591684129831> Erişim Tarihi 11 Mayıs 2020.

² 28.11.2012 tarihli ve 28481 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanmıştır.

olmayan bir tavsiyeden öteye geçemeyeceği sonucuna ulaşılmıştır³. Dolayısıyla söz konusu duyuruda yer alan taleplerin gündeme eklenmesi gerektiği fakat Bakanlık duyurusu ile genel kurulun iradesinin bağlanmasının hukuken mümkün olmaması sebebiyle ilgili genel kurulda aksine kararlar alınması halinde duyurunun genel kurul kararının geçerliliğini etkilemeyeceği tartışmasıdır.

Bakanlık yazısına müteakiben TOBB tarafından yapılan duyurunun hukuken bağlayıcı olup olmadığı hakkındaki tartışmaya son vermek amacıyla ilgili konuda 7244 sayılı Yeni Koronavirüs -COVID-19- Salgınının Ekonomik ve Sosyal Hayata Etkilerinin Azaltılması Hakkında Kanun ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun⁴ (**7244 sayılı Kanun**) ile TTK'ya Geçici m 13 hükmü eklenmiştir. Bu çalışmada Geçici 13. maddenin amacı, kapsamı ve uygulaması incelenecek, sermaye şirketlerinin genel kurul kararlarına ilişkin ilgili düzenleme bağlamında ortaya çıkması muhtemel sorunlar ele alınarak uygulamaya yol gösterici nitelikteki değerlendirmemizden sonra yönetim organı üyelerinin sorumluluğunun doğup doğmayacağı tartışılacaktır.

II. Kanuni Düzenleme – TTK Geçici m 13

7244 sayılı Kanun m 12 ile sermaye şirketlerinin özkaynaklarının korunmasına yönelik olarak getirilen TTK Geçici m 13 şu şekildedir:

“(1) Sermaye şirketlerinde, 30/9/2020 tarihine kadar 2019 yılı net dönem kârının yalnızca yüzde yirmi beşine kadarının dağıtımına karar verilebilir, geçmiş yıl kârları ve serbest yedek akçeler dağıtımına konu edilemez, genel kurulca yönetim kuruluna kâr payı avansı dağıtım yetkisi verilemez. Devlet, il özel idaresi, belediye, köy ile diğer kamu tüzel kişilerinin ve sermayesinin yüzde ellisinden fazlası kamuya ait fonların, doğrudan veya dolaylı olarak sermayesinin yüzde ellisinden fazlasına sahip olduğu şirketler hakkında bu fıkra hükmü uygulanmaz. Bu fıkarda belirtilen süreyi üç ay uzatmaya ve kısaltmaya Cumhurbaşkanına yetkilidir.

(2) Genel kurulca 2019 yılı hesap dönemine ilişkin kâr payı dağıtım kararı alınmış ancak henüz pay sahiplerine ödeme yapılmamışsa veya kısmi ödeme yapılmışsa, 2019 yılı net

³ Bu konuda öğreti fikir birliği içindedir. Bkz Hamdi Pınar ve Özlem Türkoğlu, ‘Sermaye Şirketlerinin Öz Kaynaklarını Korumasına İlişkin COVID-19 Önlemleri’ (Magna Hukuk, 20 Mayıs 2020) <http://www.magnahukuk.com/sermaye-sirketlerinin-oz-kaynaklarini-korumasina-iliskin-covid-19-onlemleri/> Erişim Tarihi 20 Mayıs 2020; Serdar Karababa, ‘Koronavirüs (COVID-19) Pandemisi Nedeniyle 7244 sayılı Kanun’la Türk Ticaret Kanunu’nda Yapılan Değişikliklerin Sermaye Şirketlerinde Kâr Payı Dağıtımına Etkisi’ (LexperaBlog, 30 Nisan 2020) <https://blog.lexpera.com.tr/koronavirus-covid-19-pandemisi-nedeniyle-7244-sayili-kanunla-turk-ticaret-kanununda-yapilan-degisikliklerin-sermaye-sirketlerinde-kar-payi-dagitimina-etkisi/> Erişim Tarihi 28 Mayıs 2020; Murat Yusuf Akın, ‘Murat Yusuf Akın: Ticaret Bakanlığının 31.03.2020 tarihli Kâr Payı Dağıtımına İlişkin Yazısı Üzerine Düşünceler’ (Ticaret Kanunu.Net, 9 Nisan 2020) <http://www.ticaretkanunu.net/murat-yusuf-akin-ticaret-bakanliginin-31-03-2020-tarihli-kar-payi-dagitimina-iliskin-yazisi-uzerine-dusunceler/> Erişim Tarihi 20 Nisan 2020; Bilge Aytuğar, ‘Anonim Şirketlerde Kar Payı ve Kar Payı Avansı Dağıtım Hakkında 7244 Sayılı Kanun ile Öngörülen Tedbirler’(2020) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 11(2) 402.

⁴ 17.04.2020 tarihli ve 31102 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanmıştır. 18.09.2020 tarihli ve 31248 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Cumhurbaşkanlığı Kararı ile TTK Geçici m 13’te belirtilen süre üç ay uzatılmıştır. Bu çalışma söz konusu karardan önce tamamlanmış olduğundan çalışmamızın devamında Geçici m 13’ün uygulanacağı son tarih 30.09.2020 olarak ifade edilmiştir.

dönem kârının yüzde yirmi beşini aşan kısma ilişkin ödemeler birinci fıkrada belirtilen sürenin sonuna kadar ertelenir:

(3) Bu maddenin kapsamına giren sermaye şirketlerine ilişkin istisnalar ile uygulamaya dair usul ve esasları belirlemeye, Hazine ve Maliye Bakanlığının görüşünü almak suretiyle Ticaret Bakanlığı yetkilidir.”

1602 Sayılı Türk Ticaret Kanununun Geçici 13 üncü Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğ⁵ (**Tebliğ**) yürürlüğe girmiş ve söz konusu düzenlemeye ilişkin çeşitli istisnalar getirilmiştir.

A. Düzenlemenin Amacı

7244 sayılı Kanun ile düzenlenen TTK Geçici m 13 temel anlamda COVID-19 salgınının ekonomi alanında oluşturduğu belirsizliğin doğurabileceği olumsuz etkilere karşı bir önlem olarak öngörülmüştür. Nitekim ilgili madde gerekçesinde COVID-19’un toplum sağlığı yanında ekonomik hayat için de oluşturduğu ciddi tehditten bahsedilmiş ve düzenlemenin salgının ekonomik faaliyetler üzerindeki olumsuz etkilerinin bertaraf edilebilmesi amacıyla bir tedbir niteliğinde olduğuna işaret edilmiştir. Söz konusu hükmün gerekçesinin tam metni şöyledir:

“Yeni koronavirüs (COVID-19), toplum sağlığına olduğu kadar ekonomik hayata ciddi bir tehdit oluşturmaktadır. Salgının ekonomik faaliyetler üzerindeki olumsuz etkilerinin bertaraf edilebilmesi amacıyla çeşitli tedbir programları uygulamaya konulmuştur.

Ekonomik faaliyetlerin yavaşlaması, sınırların kapatılması, ekonominin hem arz hem de talep tarafında ortaya çıkan belirsizlikler sebebiyle salgının toplum sağlığı ve ekonomi üzerindeki etkileri henüz net olarak ortaya konulamamaktadır.

Bu çerçevede, ihtiyatlılık politikası gereği olarak, şirket kaynaklarının nakit kâr dağıtımını yapmak suretiyle azaltılmaması, şirketlerimizin mevcut özkaynak yapılarının korunması ve ilave finansman ihtiyacının doğmaması amacıyla madde ile; 30/09/2020 tarihine kadar yapılacak kâr dağıtımına ilişkin düzenleme yapılmaktadır⁶.”

Hükmün gerekçesinden de anlaşılabilceği üzere yapılan düzenlemenin üç amacı olup bunların tamamı temelde “*ihtiyatlılık politikası*”na dayanmaktadır. Söz konusu amaçlar; “*şirket kaynaklarının nakit kâr dağıtımını yapmak suretiyle azaltılmaması, şirketlerimizin mevcut özkaynak yapılarının korunması ve ilave finansman ihtiyacının doğmaması*” olarak ifade edilmiştir. Bu düzenleme ile COVID-19 salgınının ekonomik etkilerinin ne kadar süreceğinin bilinmemesi sebebiyle sermaye şirketlerinin uzun vadede ekonomik sıkıntılar yaşamasının önüne geçilmek istenmiştir. Zira 16.03.2020 itibarıyla COVID-19’la mücadele kapsamında ekonomik sonuç doğurabilecek önlemler kademeli olarak alınmaya başlanmış olup 7244 sayılı Kanunun yürürlük

⁵ 17.05.2020 tarihli ve 31130 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanmıştır.

⁶ 7244 sayılı Kanun gerekçesinin tam metni için bkz TBMM Sıra Sayısı: 213 12 <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem27/yil01/ss213.pdf> Erişim Tarihi 12 Haziran 2020.

tarihi itibarıyla salgının etki alanı ve süresine ilişkin belirsizlik devam etmekteydi. Dolayısıyla Geçici m 13 hükmü ile şirketlerin özkaynaklarının ekonominin olumsuz gidişatından mümkün olduğunca az etkilenmesi ve ilerleyen zamanlarda şirketlerin borca batıklık, iflas gibi durumlarla karşılaşmasının önüne geçilmesi hedeflenmiştir⁷.

B. Geçici m 13 Düzenlemesinin Kapsamı

1. Kişi Bakımından Kapsamı

TTK Geçici m 13'ün kişi yönünden kapsamı ilk fıkrada ortaya konulmuştur. Buna göre hükmün muhatabı sadece sermaye şirketleridir. TTK m 124/2'ye göre sermaye şirketi, anonim, limited ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirkettir. Dolayısıyla Geçici m 13 kapsamına bu üç şirket tipi girmektedir.

TTK Geçici 13. maddenin ilk fıkrasının ilk cümlesinde “*genel kurulca yönetim kuruluna kâr payı avansı dağıtım yetkisi*” verilemeyeceği düzenlenmiştir. Hükmün lafzından, yönetim kurulunun anonim şirketin yönetim organı olması nedeniyle kâr payı avansı dağıtımını için yetki verilemeyeceğine ilişkin düzenlemenin yalnızca anonim şirketler bağlamında getirildiği gibi bir anlam çıkarılabilecektir. Ancak Geçici m 13'ün TTK'daki diğer maddelerle ilişkisi (m 124/2), yeni hükmün gerekçesi ve amacı bir arada değerlendirildiğinde sermaye şirketlerinin tamamını kapsadığı tartışmasızdır. Nitekim Tebliğ hükümlerinde “*yönetim kurulu*” kavramı yerine “*yönetim organı*” kavramı tercih edilmiştir. Tebliğ m 3/1/(ğ) bendi ile isabetli olarak yönetim organı kavramı diğer sermaye şirketlerinin yöneticilerini de kapsar şekilde tanımlanmıştır. Bu tanıma göre sermaye şirketlerinin yönetim organlarına genel kurulun kâr payı avansı dağıtımını için yetki veremeyeceğine ilişkin düzenleme yalnızca anonim şirketlerdeki yönetim kurulları için değil limited şirketlerde müdürler ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketlerde yöneticiler için de geçerli olacaktır.

Söz konusu düzenleme temelde 2020 yılında henüz dağıtım kararı almayan sermaye şirketlerini ve ikinci fıkra gereğince 2019 yılı dönemine ilişkin dağıtım kararı almış ancak henüz tamamen dağıtım yapmamış şirketleri de kapsamaktadır.

⁷ Hükmün tartışıldığı Plan Bütçe Komisyonunda sunulan bir muhalefet şerhinde, getirilen bu sınırlama ile dağıtılan kâr payı üzerinden devlete ödenecek verginin de zorunlu olarak azalacağı, bu kapsamda yaklaşık olarak stopaj sebebiyle 4,5 milyar TL, gelir vergisi sebebiyle de 6 milyar TL olmak üzere toplam 10,5 milyar TL gibi bir gelir kaybıyla karşı karşıya kalmacağı; hükmün şirketleri zorunlu olarak tasarruf etmeye yöneltirken dağıtılmayan kârın sonuçta toplam talepten çekilen bir harcama olduğu, bu gelirlerin dağıtılması halinde toplam talebe sağlayacağı olumlu katkının göz önüne alınması gerektiği ifade edilmiştir. Bkz TBMM Sıra Sayısı: 213 62-63 <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem27/yil01/ss213.pdf> Erişim Tarihi 12 Haziran 2020.

Öte yandan düzenlemenin birinci fıkrasının son cümlesinde hükmün istisnaları devlet, il özel idaresi, belediye, köy ile diğer kamu tüzel kişilerinin ve sermayesinin yüzde ellisinden fazlası kamuya ait fonların doğrudan veya dolaylı olarak sermayesinin yüzde ellisinden fazlasına sahip olduğu şirketler⁸ olarak sayılmıştır.

2. Konu Bakımından Kapsamı

Getirilen bu düzenleme ile sermaye şirketlerinin 2019 yılı hesap dönemine ilişkin 2020 yılında yapılacak genel kurul toplantılarında;

- (1) 2019 net dönem kârının en fazla %25'inin dağıtılabileceği,
 - (2) Geçmiş yıl kârlarının (2018 ve öncesi) ve serbest yedek akçelerin dağıtılamayacağı,
 - (3) Yönetim organına kâr payı avansı dağıtma yetkisi verilemeyeceği
- hüküm altına alınmıştır.

Söz konusu hükümde açıkça kâr payı, serbest yedek akçe ve kâr payı avansı dağıtımından bahsedilmiş olsa da hükmün şirketlerden nakit çıkışını ihtiyatlılık politikası gereği sınırlandırma amacı göz önünde bulundurulduğunda bahsi geçen sınırlamalar yanında kazanç payı dağıtımı ve ortakların şirketlere borçlanması hallerinin de değerlendirilmesi gerekmektedir.

a. Kâr Payı

TTK Geçici m 13 ile düzenlenen temel husus 2019 yılı net dönem kârının dağıtımına ilişkin getirilen sınırlamadır. Hükmün yürürlük tarihi olan 17.04.2020 sonrası yapılan genel kurul toplantılarında 2019 net dönem kârının en fazla %25'inin dağıtılabileceği ve geçmiş yıl kârlarının dağıtılamayacağı düzenlenmiştir. Bu düzenlemenin kapsamı ve amacının anlaşılması için kâr ve kâr payı kavramlarının tanımı ve hukuki niteliği incelenmelidir.

Sermaye şirketleri kanunen yasaklanmamış her türlü ekonomik amaç ve konu için kurulabilmekte olup⁹ nihai amaçları kâr elde etmek ve dağıtmaktır¹⁰. Genel anlamıyla *“bir ticaret şirketi bakımından kâr, yıllık hesap devresi içinde şirket faaliyeti sonunda*

⁸ Örnek vermek gerekirse varlık fonu portföyünde bulunan şirketlerden fon sahiplik oranına göre Ziraat Bankası (%100), Halkbank (%75,3), Botaş (%100), Eti Maden (%100), Türksat (%100) Geçici m 13/3'te yer alan istisna kapsamında sayılırken; Vakıfbank (%36), Türk Hava Yolları (%49,12), Türk Denizcilik İşletmeleri (%49), Türk Telekom (%6,68) ise istisna kapsamında değildir. Bkz <https://www.tvf.com.tr/portfoyumuz> Erişim Tarihi 12 Haziran 2020.

⁹ İlgili hükümler için bkz TTK m 331, m 573/3, m 565/2.

¹⁰ Reha Poroy, Ünal Tekinalp ve Ersin Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku I* (Güncellenmiş, Yeniden Yazılmış 14. Bası, Vedat 2019) 696; Oğuz İmregün, 'Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Kar Payı (Temettü) Hakkı' *Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı* C 1 2002 413; Yüksel Bilgin, *Anonim Ortaklıklarda Kar Dağıtımı ve Kara Katılan Kişiler* (Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi 1982) 12; Güzin Üçışık ve Aydın Çelik, *Anonim Ortaklıkta Finansal Tablolar Yedek Akçeler ve Kar Dağıtımı* (On İki Levha 2018) 291.

o yılın kâr ve zarar hesabının kâr bakiyesi vermesi halinde şirket bilançosunun pasif tablosuna yazılan ve genellikle kanun ve esas sözleşme hükümlerine göre ortaklara dağıtmaya tahsis olunan kalemdir. Ortak açısından kâr ise ortağın servetine eklenecek nakdi bir kazançtır.”¹¹.

TTK Geçici m 13 hükmüne ilişkin yayımlanan Tebliğ’de de kâr payı¹² “*Net dönem kârı veya serbest yedek akçeler üzerinden ortaklara ve kâra katılan diğer kimselere genel kurulca dağıtılmasına karar verilen tutar*” olarak tanımlanmıştır¹³.

Ortakların kâr payı hakkını düzenleyen TTK m 507’ye göre her pay sahibi, kanun ve esas sözleşme hükümlerine göre pay sahiplerine dağıtılması kararlaştırılmış net dönem kârına, payı oranında katılma hakkını haizdir. Net dönem kârı ise TTK’da ve ikincil mevzuatta tanımlanmamıştır. Fakat genel olarak yıllık kârdan geçmiş yıllara ait zararların ve şirketin ödemekle yükümlü olduğu vergiler ve mali yükümlülüklerin düşülmesinden sonra kalan tutar net dönem kârını ifade etmektedir¹⁴. Dolayısıyla dağıtılabılır kâr, son hesap döneminde elde edilen net dönem kârı, önceki dönemden elde edilen kârdan dağıtılmayan kısımlar, kâr dağıtımı için ayrılan özel yedek akçeler, belli bir amaca tahsis edilmeyen yedek akçeler ve ihtiyari yedek akçeden oluşan kârdır¹⁵.

Kâr payı hakkı, ortakların sermaye için şirkete yaptıkları ödeme ile orantılı olarak sahip oldukları, paya bağlı mali haklardandır¹⁶. Bu hak ancak genel kurul tarafından kâr dağıtımı kararı alınması halinde pay sahibi açısından bir alacak hakkına dönüşebildiği için şarta bağlı alacak hakkı niteliğindedir¹⁷. Kâr elde etme ve dağıtma amacı esas sözleşmelerde yer almasa dahi emredici nitelikteki TTK m 331’den kaynaklanır. Dolayısıyla söz konusu amaçtan doğan kâr payı hakkı vazgeçilemez bir haktır¹⁸. Zira vazgeçilmez haklar ancak sermaye şirketinin temel yapısı gereği oluşan,

¹¹ Aslı E. Gürbüz Usluel, *Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Kâr Payı Alma Hakkı* (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 2016) 10.

¹² Kâr payının ortaklar tarafından şirkete ödenen sermayenin semeresi olduğu ifade edilmektedir. Bkz İmregün (n 10) 414 vd; Bilgin (n 10) 36.

¹³ Kâr Payı Tebliği m 3/1/(f) bendinde kâr payını “*Net dönem kârı veya kâr dağıtımına konu edilebilecek kaynaklar üzerinden ortaklara ve kâra katılan diğer kimselere genel kurulca dağıtılmasına karar verilen tutar*” olarak tanımlamıştır. Tebliğ metni için bkz 23.01.2014 tarihli ve 28891 sayılı Resmî Gazete. Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz Bilgin (n 10) 53 vd.

¹⁴ Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu (n 10) 697; Veliye Yanlı, ‘Yeni Ticaret Kanunu ve Anonim Şirketlerde Kâr Dağıtımı’ (2014), Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi C 30 S1 7; İmregün (n 10) 417; Işık Özer, *Türk ve Yabancı Hukuk Sistemlerinde Anonim Şirket Yöneticilerinin Mali Hakları* (Adalet 2013) 232. Net dönem kârının tespitine ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz Üçışık ve Çelik, (n 10) 206-217; Erdem Ateşgaoğlu, *Vergi Hukuku Bakımından Anonim Şirketlerde Kâr Payı Dağıtımı* (On İki Levha 2012) 42 vd.

¹⁵ Gürbüz Usluel (n 11) 14; Bilgin (n 10) 17.

¹⁶ Gürbüz Usluel (n 11) 90; Ateşgaoğlu (n 14) 24.

¹⁷ Hasan Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Genel Esaslar* (Adalet 2020) 569; Rıza Ayhan, Hayrettin Çağlar ve Mehmet Özdamar, *Şirketler Hukuku Genel Esaslar* (2. Baskı, Yetkin 2020) 428; Üçışık ve Çelik, (n 10) 294; Bilgin (n 10) 38; Özer (n 14) 339.

¹⁸ Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu (n 10) 696; Hasan Karşoğlu, ‘Anonim Şirketlerde Kâr Payının Hesaplanması ve Dağıtım İlkeleri’ (2019) Ankara Barosu Dergisi C 77 S 3 190; Ünal Tekinalp, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku* (Değişiklikler ve İkincil Düzenlemelerle Güncelleştirilmiş 4. Bası, Vedat 2015) 354; İmregün (n 10) 428; Üçışık ve Çelik, (n 10) 298; Özer (n 14) 242. Ateşgaoğlu (n 14) 26-27. Kâr payının hukuki niteliğine ilişkin olarak ağırlıklı görüş vazgeçilmez bir hak olduğu yönündedir. Bu konuya ilişkin tartışmalar ve aksi görüş için bkz Gürbüz Usluel (n 11) 96-105; Aytuğar, (n 3) 398-399.

kanunda sınırlanabilen ve eşitlik ilkesine tabi haklardır¹⁹. Uygulamada da pek çok Yargıtay kararında kâr payı hakkının vazgeçilmez niteliğinden söz edilmektedir²⁰.

Kâr payı genel kurul kararına dayalı olarak dağıtılmayabileceği için söz konusu hak mutlak şekilde müktesep hak niteliği taşımaz²¹. Zira müktesep hak sınırlandırılması, değiştirilmesi, ortadan kaldırılması için pay sahipleri ve temsilcilerinin oy birliğinin arandığı haklardır²². Oysa kâr payı dağıtımına ilişkin genel kurul kararı aksi esas sözleşmede kararlaştırılmadıkça TTK m 418/1 uyarınca oybirliği aranmaksızın alınmaktadır. Uygulamada da Yargıtay'ın kâr payının müktesep hak olma kuralının mutlak olmadığı, uzun vadede daha yüksek ve istikrarlı kâr payı dağıtılmasını sağlamak gibi bir haklı nedenle net kârın saklı tutulan oranının dahi olağanüstü yedek akçelere ayrılmasının mümkün olduğu yönünde kararları mevcuttur²³.

Genel anlamda şirketlerin mutlak olarak kâr dağıtımını zorunluluğunun olmadığı, şirket menfaati ile pay sahibi menfaati arasında denge sağlanması şartıyla, haklı nedenle kâr dağıtılmamasının ve yedek akçe olarak şirkette tutulmasının da mümkün olabileceği sonucuna ulaşılabilecektir²⁴.

TTK m 509/2'ye göre kural olarak kâr payı dağıtımını yalnızca net dönem kârı ve serbest yedek akçelerden gerçekleştirilebilir. Ancak TTK Geçici m 13'ün açık olan lafzından dolayı kâr payı dağıtımında serbest yedek akçe kullanımı geçici bir süre için tamamen yasaklanmıştır. Bunun sonucu olarak Geçici m 13 yürürlükte kaldığı sürece kâr payı dağıtımını yalnızca net dönem kârından yapılabilecek olup bu dağıtım miktarı da söz konusu kârın %25'i ile sınırlandırılmıştır. Netice itibariyle TTK m 509/2 hükmünün serbest yedek akçelere ilişkin kısmı Geçici m 13 sebebiyle geçici bir süre ile uygulanamayacaktır.

b. Kâr Payı Avansı

TTK m 509/3 hükmünde anonim şirketlerde kâr payı avansının Sermaye Piyasası Kanununa tabi olmayan şirketlerde, Bakanlığın bir tebliği ile düzenleneceği ifade edilmiş, TTK'nın yürürlük tarihinden kısa bir süre sonra Kâr Payı Avansı Dağıtımını

¹⁹ Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu (n 10) 684.

²⁰ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 17.01.2018 tarihli, 2017/11-2874 E ve 2018/37 K sayılı kararı; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 17.03.2016 tarihli, 2015/6354 E ve 2016/3021 K sayılı kararı (Kazancı veri tabanı).

²¹ Tekinalp (n 18) 354; Gürbüz Usluel (n 11) 105; Senar Çağırğan Tuncer ve Yasin Ulusoy, 'Yedek Akçeler' (2017) DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Şeref Ertaş'a Armağan C 19 Özel Sayı 1992; Özer (n 14) 242; Üçışık ve Çelik, (n 10) 296-297; Aytuğar (n 3) 399.

²² İsmail Kırcı, Feyzan Hayal Şehirali Çelik ve Çağlar Manavgat, *Anonim Şirketler Hukuku* (Cilt 2/2, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 2016) 31.

²³ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 10.2.2005 tarihli, 2004/2649 E ve 2005/990 K sayılı kararı (Kazancı veri tabanı).

²⁴ Yanlı (n 14) 27; M. Halil Çonkar, 'Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Kâr Payı Hakkına İlişkin Bazı Meseleler' (2017) İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası C 75 S 2 665, 666; Çağırğan Tuncer ve Ulusoy (n 21) 1980. Genel kurulda kâr dağıtım hakkında karar alınması için işletmenin likidite durumu, yatırımları nedeniyle fon ihtiyacı, ileri vadeli borçlanmaları gibi hususları değerlendirmesi gerektiğine ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz Ateşoğlu (n 14) 33-35.

Hakkında Tebliğ²⁵ (*Avans Dağıtım Tebliği*) çıkarılmıştır. TTK m 644'teki atıf dolayısıyla bu hüküm, limited şirketler için de uygulanacaktır.

Avans Dağıtım Tebliğinde sermaye şirketleri açısından kâr payı avansı dağıtımına ilişkin usul ve esaslar yer almış ve m 4/1/(c) bendinde kâr payı avansı, kâr payından mahsup edilmek üzere ara dönem finansal tablolara göre oluşan kârlar üzerinden bu tebliğ hükümlerine göre hesaplanan tutar olarak tanımlanmıştır. Bu tebliğin 8. maddesine göre kâr payı avansı yalnızca ortaklara payları oranında ödenmekte, ortaklar dışında kâra katılması öngörülen diğer kimseler ise kâr payı avansından yararlanamamaktadır.

Kâr payı avansı ödemesi için gereken şartlar şirketin kâr etmiş olması, bu hususta genel kurulda karar alınması ve Avans Dağıtım Tebliği m 7'de sayılan tutarların indirilmesidir²⁶.

Kâr payı avansı, söz konusu avansın dağıtılacağı hesap dönemi içinde yapılacak genel kurul toplantısında karara bağlanır. Bu konuda TTK'da açık hüküm bulunmamakla beraber genel kurulun devredilemez yetkilerinin düzenlendiği m 408/2/(d) bendinde kâr dağıtımını yer almaktadır. Kâr payı avansı dağıtımını yetkisi de genel kurulun devredilemez yetkilerindedir²⁷. Avans Dağıtım Tebliği m 5'e göre kural olarak kâr payı avansı dağıtılabilmesi için hesap döneminde hazırlanan üç, altı ve dokuz aylık ara dönem finansal tablolarına göre kâr edilmiş olması gerekmektedir. Ancak bu şartların tamamı gerçekleşmiş olsa bile TTK Geçici m 13 yürürlükte kaldığı sürece genel kurulda, yönetim kurulunun kâr payı avansı dağıtmasına yönelik bir karar alınamayacaktır.

c. Serbest Yedek Akçe

Yedek akçeler genel anlamda tedbir amacıyla şirketlerin ekonomik zorluk çektiklerinde kullanabilmeleri için ayırdıkları birikimlerdir. Söz konusu birikimler şirketin devamlılığının sağlanması, alacaklıların haklarının korunması, iş hayatındaki belirsizliklerin azaltılması, gelecekteki zararların karşılanması ve istikrarlı kâr payı dağıtımının sağlanması amaçlarına hizmet eder²⁸. Ayrıca şirketlerin kendi kendini finanse etmesi için önemli bir kaynak teşkil etmektedir. Yedek akçe ayrılması yoluyla şirketler yeni ortak bulmadan öz malvarlığını artırarak sermayenin korunması ve kuvvetlendirilmesini sağlar²⁹.

TTK'ya göre serbest yedek akçeler, özel bir amaca özgülenmeyen yedek akçeler olup üç şekilde ortaya çıkar. Bunlar kanuni sermayenin veya çıkarılmış sermayenin

²⁵ 09.08.2012 tarihli ve 28379 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

²⁶ Veliye Yanlı, 'Kâr Payı Avansı Dağıtım Hakkındaki Düzenleme (Sermaye Piyasası Kanunu'na Tabi Olmayan Şirketlerde' (Ankara 2014) *Türk Ticaret Kanunu'na İlişkin İkincil Mevzuatın Değerlendirilmesi Sempozyumu* 18 vd; Gürbüz Usluel (n 11) 108 vd; Üçışık ve Çelik, (n 10) 556 vd.

²⁷ Gürbüz Usluel (n 11) 118; Yanlı *Kâr Payı Avansı* (n 26) 22; Üçışık ve Çelik, (n 10) 557.

²⁸ Üçışık ve Çelik, (n 10) 183-184; Karşoğlu (n 18) 202; Bilgin (n 10) 146; Çağırğan Tuncer ve Ulusoy (n 21) 1974.

²⁹ Üçışık ve Çelik, (n 10) 188-189; Bilgin (n 10) 147.

yarısını aşan kısmının oluşturduğu yedek akçeler (m 519/3), esas sözleşme gereği belli bir amaca tahsis edilmeden ayrılan yedek akçeler (m 521) ve genel kurulca ayrılmasına karar verilen yedek akçelerdir [m 523/2/(b)]. Kural olarak serbest yedek akçelerin şirket menfaati gözetilerek serbestçe kullanımı mümkündür³⁰. Ancak yürürlükte kaldığı süre boyunca TTK Geçici m 13'te serbest yedek akçelerin dağıtımı da açıkça yasaklanmıştır.

d. Kazanç Payı

Yıllık kârdan alınan paylar TTK m 394 gereğince yönetim kurulunun mali haklarındandır. TTK m 511'e göre ise kazanç payı, yönetim kurulu üyelerine net kârdan kanuni yedek akçe için belirli ayırım yapıldıktan ve pay sahiplerine ödenmiş sermayenin yüzde beşi oranında veya esas sözleşmede öngörülen daha yüksek bir oranda kâr payı dağıtıldıktan sonra yapılabilen bir ödemedir. Dolayısıyla her iki hükmü birlikte değerlendirdiğimizde yönetim kurulunun mali haklarından olan kazanç payı, belirli dönemlerde ödenen sabit bir bedel olmayıp şirket kârlarından alınan paydır³¹.

TTK Geçici m 13'te açıkça kazanç payı dağıtımının da kısıtlandığına ilişkin bir ifade bulunmamaktadır. Ancak kazanç payının hukuki niteliği ve Geçici m 13 hükmünün amacı bir arada değerlendirildiğinde, kazanç payı dağıtımına ilişkin genel kurul kararlarının da Geçici m 13 kapsamında tartışılması gerektiği kanaatindeyiz.

e. Borçlanma Yasağı

Pay sahiplerinin şirkete borçlanması yasağı TTK m 358 ile hukukumuzda ilk kez düzenlenmiştir. Değişiklikten önceki hüküm, pay sahiplerinin iştirak taahhüdünden doğan borç hariç şirkete borçlanamayacağı, bunun istisnasının ise işletmesi dolayısıyla şirketle iş yapan pay sahiplerinin şirketin diğer müşterileri gibi şirketten mal alabilmesi şeklindeydi. Ancak TTK'nın yürürlüğe girmesinden önce, 26.12.2016 tarihli ve 6335 sayılı Kanunla bu hükümde değişiklik yapılmıştır. Söz konusu değişiklik sonucu daha kolay şartlar altında pay sahiplerinin şirkete borçlanması mümkün hale gelmiştir. Borçlanmanın şartları, ilgili pay sahibinin sermaye taahhüdünden doğan vadesi gelmiş borçlarını ifa etmiş olması ve şirketin serbest yedek akçelerle birlikte kârının geçmiş yıl zararlarını karşılayacak düzeyde olmasıdır. Dolayısıyla mevcut hükümde borçlanma yasağının kapsamı oldukça daraltılmış, bu iki şartın sağlanması halinde pay sahiplerinin şirkete borçlanması zaman ve miktar sınırı da olmaksızın serbest hale gelmiştir³².

³⁰ Çağırğan Tuncer ve Ulusoy (n 21) 1993.

³¹ Kazanç payının huzur hakkı ve ücretten farklı bir nitelikte ödeme olduğuna ilişkin bkz Karşlıoğlu (n 18) 217; Bilgin (n 10) 124,125. Kazanç payının dağıtımına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz Veliye Yanlı, 'Yönetim Kurulu Üyelerine Sağlanacak Mali Haklar İle İlgili Bazı Değerlendirmeler' (2017) BATIDER C 33 45 vd. Üçışık ve Çelik, (n 10) 338 vd.

³² Ayhan, Çağlar ve Özdamar (n 17) 281; Maddede buna ilişkin açık bir düzenleme bulunmamasıyla birlikte pay sahibi borçlanırken vade, faiz gibi konular bakımından üçüncü kişilerin borçlanmasına ilişkin şartlar göz önüne alınmalıdır. Konuya ilişkin bkz Kırcı Şehirli Çelik ve Manavgat *Cilt 2/2* (n 22) 680.

TTK m 358’de değişiklik yapan maddenin gerekçesinde ortakların ve şirket yöneticilerinin acil kaynak ihtiyaçlarının şirket varlıklarından karşılanabilmesinin mümkün hale getirildiği, bu anlamda borçlanma yasağının yumuşatıldığı ancak kaldırılmadığı ifade edilmiştir³³.

Şirkete borçlanma yasağının konusu nakit para, aynı malvarlığı gibi her türlü borç olabilir³⁴. Söz konusu yasağın uygulama alanına anonim şirketlerle birlikte TTK m 644’teki atıftan dolayı limited şirketler de girmektedir. Borçlanma yasağına tabi kişiler ise pay sahipleri ve intifa hakkı sahipleridir³⁵.

Pay sahibinin şirkete borçlanabilmesi için gerekli iki şartın; şirketin geçmiş yıl zararlarını karşılayacak şekilde yedek akçelerle birlikte kârının varlığı ve vadesi gelmiş sermaye borcunun bulunmaması olması, esasen şirkete borçlanma yasağının temelinde de sermayenin korunması ilkesinin bulunduğunu gösterir³⁶. Hükmün gerekçesinde de TTK m 358 ile pay sahiplerinin şirket varlıklarından sınırsız olarak borçlanmasına imkân tanınmadığı zira bu hususun TTK’nın temel ilkelerinden birisi olan sermayenin korunması ilkesine ters düşeceği ifade edilmiştir³⁷.

TTK Geçici m 13 ile pay sahiplerinin borçlanmasını kısıtlayıcı herhangi bir düzenleme getirilmemiştir. Ancak bu hususun, Geçici m 13 ile ulaşılmak istenen amaca uygunluğu açısından bir değerlendirmenin yapılması gerektiği kanaatindeyiz.

C. Zaman Bakımından Uygulanması

7244 sayılı Kanun m 17/1/(c) bendinde TTK Geçici m 13’ün yürürlük tarihi yayım tarihi olarak belirtilmiştir. Dolayısıyla bu düzenlemenin ilk fıkrası 17.04.2020’den sonra genel kurul kararı alacak şirketler bakımından uygulanacaktır. Öte yandan ilgili düzenlemenin ikinci fıkrası 2019 yılı dönemine ilişkin dağıtım kararı almış ancak henüz dağıtım yapmamış veya kısmi ödeme yapmış şirketleri de kapsamaktadır. Dolayısıyla icra edilmemiş genel kurul kararları açısından söz konusu hüküm geriye dönük uygulama alanı bulacaktır.

³³ 6335 sayılı Kanun m 15 gerekçesi.

³⁴ Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu (n 10) 356; Mustafa Çeker, ‘Şirkete Borçlanma Yasağı’ (2012) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi C 18 S 2 663.

³⁵ Ayhan, Çağlar ve Özdamar (n 17) 281; Emek Çolgar Toraman, *Şirkete Borçlanma Yasağı* (On İki Levha 2019) 144.

³⁶ Ünal Tekinalp, ‘Sermayenin Korunması İlkesi’ *Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan* Cilt 2 (Oniki Levha 2010) 1693; Kırca, Şehirli Çelik ve Manavgat *Cilt 2/2* (n 22) 682; Pulaşlı (n 17) 354; Çeker (n 34) 663; Çolgar Toraman (n 35) 128; Ömer Korkut, *6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’na göre Anonim Şirketlerde Genel Kurul Kararlarının Butlanı* (Karahana 2012) 132.

³⁷ 6335 sayılı Kanun m 15 gerekçesi.

Buna göre Kanun'un yürürlüğe girdiği 17.04.2020 tarihinden önce dağıtım kararı almış ancak henüz tamamını dağıtmamış olan şirketler 2019 yılı net dönem kârının %25'ini aşan kısma ilişkin ödemeleri 30.09.2020 tarihine kadar ertelemek zorunda olup Tebliğ m 4 hükmüne göre bu şekilde ertelenen ödemelere de faiz işletilmeyecektir³⁸.

Benzer şekilde 17.04.2020 tarihinden önce yapılan genel kurulda yönetim organına kâr payı avansı dağıtım yetkisi verilmişse avans ödemeleri de süre sonuna kadar ertelenecektir. Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten önce genel kurul kararı alıp ödemelerin tamamını gerçekleştirmiş olan şirketlere ise söz konusu düzenleme uygulanamayacaktır.

TTK Geçici m 13, 30.09.2020 tarihine kadar geçerli olmak üzere yürürlüğe girmiş olup belirlenen süreyi üç ay uzatmaya ve kısaltmaya Cumhurbaşkanı yetkilidir.

D. Tebliğ ile Getirilen İstisnalar

Tebliğ m 4 doğrultusunda net dönem kârının en fazla %25'inin dağıtılabileceği ve geçmiş yıl kârlarının ve serbest yedek akçelerin dağıtılamayacağı kuralı TTK m 462'ye göre yapılacak iç kaynaktan sermaye artırımında uygulanmayacaktır. Esasen böyle bir istisna hükmü sayılmazdı da TTK Geçici m 13'ün kâr dağıtım yapılmaksızın iç kaynaklı sermaye artırımını engellemeyeceği sonucuna ulaşılmaktadır. Yine de uygulamada tereddüt oluşmaması adına, kârın şirket sermayesine eklenmesi durumunun açıkça istisna olarak sayılması düzenlemenin amacıyla uyumlu olmuştur.

Tebliğ m 5/1 ile kâr payı ve kâr payı avansı dağıtım kısıtlamasına ilişkin başka birtakım istisnalara yer verilmiştir. Buna göre;

- a. Çalışanları COVID-19 salgını nedeniyle kısa çalışma ödeneğinden veya ücretsiz izne ayrılarak nakdi ücret desteğinden yararlanan şirketler ile hazine destekli kredi kefaleti kullanan ve kapanmamış kredi borç bakiyesi sunulan şirketler hariç olmak üzere genel kurulda en fazla 120.000 TL tutarında kâr payı dağıtım kararı alan şirketler;
- b. Dağıtımına karar verilen kâr payının en az yarısının başka bir sermaye şirketine olan sermaye taahhüt borcunun nakden ifasında kullanılacak olması şartıyla karar alan şirketler;
- c. Dağıtımına karar verilen kâr payının imzalanan kredi ve proje finansman sözleşmeleri kapsamında 30.09.2020 tarihine kadar muaccel hale gelecek yükümlülükleri ifasında nakden kullanılacak olması şartıyla karar alan şirketler

³⁸ Hükmün genel olarak pay sahiplerinin meşru beklentilerine aykırı olduğu ve hukuki güvenliğe zarar verdiği, ikinci fıkrasının ise mülkiyet hakkına ölçülülük ilkesine aykırı bir müdahale oluşturduğu yönünde Aytuğar (n 3) 402-404. TTK Geçici m 13 düzenlemesi pay sahiplerinin mülkiyet hakkına bir müdahale olmakla birlikte bunun ölçülülük ilkesine uygun olup olmadığını ayrıntılı bir şekilde tartışmak gerekir. Bu hüküm ekonomik etkilerinin ne kadar süreceği bilinmeyen COVID-19 salgınından dolayı sermaye şirketlerinin uzun vadede ekonomik sıkıntılar yaşamasının önüne geçilmesi amacıyla getirilmiştir. Ayrıca bu hüküm geçici niteliktedir. Bu nedenle hükmün, dünya çapında beklenilmeyen olağanüstü gelişmeler dikkate alındığında, kabul edilebilir, amaca elverişli ve sermayenin korunması açısından gerekli olduğu söylenebilir. Ayrıca şirket kârının %25'inin dağıtılabileceği imkânı ve yasağın da belirli bir süreyle sınırlı olması sebebiyle düzenleme orantılılık ilkesiyle de uyumludur. Ancak bu dönemin şartlarının tahmin edilemeyecek bir şekilde e-ticaret, kargo gibi bazı sektörlerde faaliyet gösteren şirketlerin cirosunu ve dolayısıyla kârlılığını da artırmış olduğu da bir gerçektir. Buna rağmen hükmün muhataplarının tamamının menfaatleri birlikte değerlendirildiğinde, sınırlamanın kısa süreli olması ve dağıtılabilecek %25'lik kâr payı da dikkate alındığında bahse konu kanuni düzenlemenin ölçülülük ilkesine aykırı olmadığı kanaatindeyiz.

net dönem kârının en fazla %25'inin dağıtılabileceği ve geçmiş yıl kârlarının ve serbest yedek akçelerin dağıtılamayacağı kuralından istisna tutulmuştur. Ancak m 5/1/(c) ile sayılan şirketler için tanınan istisna Tebliğ m 5/2 düzenlemesiyle pay sahiplerinin ifa yükümlülüklerinin tutarı ile sınırlandırılmıştır.

Görüldüğü üzere TTK Geçici m 13 ile COVID-19 salgını nedeniyle şirketlerde nakdi sıkıntı yaşanmaması için tedbir amaçlı sınırlama getirilirken bu sınırlamanın ticari hayatı olumsuz etkilemesi muhtemel alanlara ilişkin de istisnalar tanınmıştır. Hükümde sayılan istisnalar kapsamında kalarak kâr payı dağıtımını yapacak şirketlerin bu hususu genel kurulda görüşmek için Tebliğ m 6'da sayılan belgelerle başvuru yaparak Bakanlıktan uygun görüş alması zorunludur.

TTK Geçici m 13'ün yürürlüğe girmesinden önce alınan ancak henüz icra edilmemiş ve istisna kapsamına giren genel kurul kararları için de Bakanlıktan uygun görüş alınması gerekip gerekmediği kamuoyunda tartışılmaktadır. İstisnalar dar yorumlandığı gibi ilgili istisna hükmünün uygulanmasına yönelik tamamlayıcı hükümlerin de aynı şekilde dar yorumlanması gerekir. Tebliğ m 6 hükmü incelendiğinde açıkça “5 inci madde uyarınca yapılacak kâr payı dağıtımlarının genel kurulda görüşülebilmesi için” Bakanlıktan uygun görüş alınması zorunlu tutulmuştur. Maddenin lafzından da anlaşılacağı üzere TTK Geçici m 13'ün yürürlüğe girmesinden önce yapılan genel kurullarda istisna kapsamına giren bir kâr payı dağıtımını kararı alınmış ise bu kararın uygulanması için daha sonra Bakanlıktan uygun görüş alınması gerekmediği kanaatindeyiz.

III. TTK Geçici m 13'e Göre Genel Kurul Kararlarının Değerlendirilmesi

A. Genel Kurul Kararlarının Hukuki Niteliği

Genel kurul kararı, hukuki sonuç doğuran bir irade beyanı olması nedeniyle bir hukuki işlem niteliğindedir. Bu nedenle hukuki işlemlerin geçersizliğine ilişkin müeyyideler genel kurul kararları için de uygulanabilir³⁹. Dolayısıyla genel kurul kararlarının geçerliliği hem hukuki işlemlerin geçerlilik şartlarını düzenleyen genel hükümlere hem de TTK'nın özel hükümlerine tabi olacaktır⁴⁰. Geçerli bir genel kurul kararından söz edebilmek için kararın toplantı ve karar yetersayılarına, kanuna, esas sözleşmeye, iyi niyet kurallarına uygun şekilde alınması ve tescile tabi kararların ticaret siciline tescil edilmesi gerekmektedir⁴¹.

³⁹ Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu (n 10) 588; Hasan Pulaşlı, 'Anonim Şirket Genel Kurul Kararlarının Sakatlığı ve Müeyyidesi' (2013) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C XVII S 1-2 885 (“Pulaşlı, Genel Kurul Kararları”); Fahrettin Önder, 'Yargıtay Kararları Açısından Limited Şirket Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü' (2005) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C 7 S 1 103.

⁴⁰ Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu (n 10) 594.

⁴¹ Pulaşlı Genel Kurul Kararları (n 39) 887.

B. Kanuna Aykırı Genel Kurul Kararlarına Uygulanacak Müeyyide

Kanuna aykırı genel kurul kararlarının sakatlığının söz konusu olduğu durumlarda yokluk, butlan veya iptal olmak üzere üç farklı müeyyide gündeme gelebilir⁴². Bu çalışmada TTK Geçici m 13 bağlamında alınan ve kurucu unsurlar bakımından geçerli genel kurul kararları incelendiğinden yalnızca iptal ve butlan tartışma konusu yapılacaktır.

1. İptal

Yokluk ve butlan halleri dışında kalan genel kurul kararlarının sakatlığına uygulanan müeyyide iptal edilebilirliktir. Bu konu TTK m 445 ve m 446 hükümlerinde düzenlenmiştir. Buna göre iptal davası kanun veya esas sözleşme hükümlerine ve özellikle dürüstlük kuralına aykırı genel kurul kararları aleyhine açılabilir⁴³.

Müeyyidenin hangisi olacağına dair şüphe bulunması halinde kararın iptale tabi olduğunun kabul edilmesi gerekir⁴⁴. Söz konusu kabul, butlanın ikincilliği ilkesi veya sakınma ilkesi olarak adlandırılan ve geçersizliğin sebebine ilişkin tereddüt yaşanması halinde hukuka aykırılığın çok ağır olmadığı görüşüne dayanmaktadır⁴⁵. Geçici m 13'e aykırılık teşkil edebilecek bir genel kurul kararının iptal değil butlan kapsamında tartışılmasının isabetli olacağı kanaatindeyiz.

2. Butlan

Genel kurul kararlarının bir hukuki işlem olması nedeniyle söz konusu kararların butlanı da, hukuk düzeni tarafından öngörülen geçerlilik şartlarını içermemesi sebebiyle, başlangıçtan itibaren hüküm ve sonuç doğurmaması anlamına gelmektedir⁴⁶. TTK m 447 veya 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (**TBK**) m 27 hükümlerine aykırılık teşkil eden haller içeren genel kurul kararları batıldır.

TBK m 27 gereğince yasanın emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine ve kişilik haklarına aykırı ya da konusu imkânsız olan genel kurul kararları butlan müeyyidesine tabidir. TTK m 447'de de ayrıca örneksene yoluyla üç butlan hali sayılmıştır⁴⁷. TTK m 447'de açıkça sayılan butlan halleri TBK m 27'de sayılan butlan hallerinden sadece emredici hükümlere aykırılığa örnek verilebilir. Dolayısıyla özel

⁴² Dördüncü ihtimal olarak askıda hükümsüzlük konusunda ayrıntılı bilgi için bkz Erdoğan Moroğlu *Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü* (8. Baskı, On İki Levha 2017) 32 vd.

⁴³ İptal davasını açmaya m 446'da sayılan kişiler yetkilidir ve hak düşürücü süre karar tarihinden itibaren üç aydır. Genel kurul kararının iptali için mutlaka dava açılması gerekmekte olup iptal edilebilirlik itiraz veya def'i niteliğinde değildir. Hâkim tarafından re'sen dikkate alınmaz. Ayrıntılı bilgi için bkz Rauf Karasu, *Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi* (Güncelleştirilmiş 2. Bası, Yetkin 2015) 90 vd. Genel kurul kararının iptali, kararın mahkeme tarafından geriye dönük olarak ortadan kaldırılmasını sonucunu doğurur. Bkz Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu (n 10) 598.

⁴⁴ Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu (n 10) 598; Pulaşlı (n 17) 360.

⁴⁵ Bkz TTK m 447 Gerekeçesi; aynı yönde bkz Kırca, Şehirali Çelik ve Manavgat *Cilt 2/2* (n 22) 18.

⁴⁶ Pulaşlı (n 17) 352.

⁴⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz Kırca, Şehirali Çelik ve Manavgat *Cilt 2/2* (n 22) 18 vd., 74 vd.

nitelikteki bir düzenleme olan TTK m 447 hükmüne nazaran genel nitelikteki TBK m 27 aynı anda uygulanmaya devam edecektir⁴⁸.

Butlan halleri çok geniş yorumlanmamalıdır. Çünkü batıl genel kurul kararlarının tespitinde butlanın ikincilliği ilkesi uygulanmakta olup ayrıca TTK m 445 karşısında TTK m 447 hükmü istisnai niteliktedir⁴⁹. Nitekim TTK m 447 hükmünün gerekçesinde de bu husus şöyle açıklanmıştır:

“Sakinme, hükmün içerdiği bir ilkedir. Özellikle sözcüğü bu sebeple sınırlayıcı bir işleve de sahiptir. Konusu itibarıyla bütöl olan genel kurul kararları, bazı niteliklere sahip paysahipliği haklarını kaldıran veya sınırlandıran, anonim şirketin temel yapısını bozan ve sermayenin korunması ilkesine aykırı olan kararlara özgülenmiştir.”⁵⁰

Sermayenin korunması ilkesi, pay sahiplerinin, alacaklıların, şirket çalışanları ile genel olarak ekonomik hayat ve nihayetinde kamu menfaatinin korunmasını hedefler⁵¹. Sermayenin korunması, alacaklıların ve diğer menfaat sahiplerinin korunması yanında şirketin ekonomik istikrarını koruyabilmesi ve varlığının devam edebilmesi açısından hayati öneme sahiptir⁵². Sermayenin korunması ilkesi tüm sermaye şirketleri için geçerlidir⁵³ ve bu ilkenin kapsamına kanuna aykırı her türlü ödeme ve malvarlığı çıkışının engellenmesi ile kanundaki şartlara aykırı kâr dağıtılmaması da girmektedir⁵⁴. İhtiyatlılık politikası gereği çıkarılan ve dolayısıyla sermayenin korunmasına da hizmet eden Geçici m 13 ile getirilen sınırlamayı doğrudan ihlal eden bir genel kurul kararının TTK m 447/1/(c) bendi kapsamında butlana tabi olup olmadığını tartışılması gerekir. Öğretide görüş birliğiyle bu hükmün (c) bendinin ihlalinin mutlak butlanla sakat olduğu kabul edilmektedir⁵⁵.

Yukarıdaki açıklamalar çerçevesinde TTK Geçici 13. madde ile getirilen dağıtım sınırlaması ve ortaya çıkabilecek ihtimalleri ayrı ayrı değerlendirmenin uygulamaya yol gösterici olacağı kanaatindeyiz.

⁴⁸ Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu (n 10) 597.

⁴⁹ Bkz TTK m 447 Gerekçesi, Karasu (n 41) 70; Kırca, Şehirli Çelik ve Manavgat *Cilt 2/2* (n 22) 17.

⁵⁰ Bkz TTK m 447 Gerekçesi.

⁵¹ Bkz TTK m 447 Gerekçesi; Çolgar Toraman (n 35) 127; Korkut (n 36) 125.

⁵² Tekinalp *Sermayenin Korunması* (n 36) 1693; Karşoğlu (n 18) 201.

⁵³ Tekinalp *Sermayenin Korunması*, (n 36) 1681.

⁵⁴ Üçışık ve Çelik, (n 10) 313; Korkut (n 36) 126.

⁵⁵ Tekinalp *Sermayenin Korunması*, (n 36) 1698; Bu konudaki tartışmalar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz Kırca, Şehirli Çelik ve Manavgat *Cilt 2/2* (n 22) 73 vd; Moroğlu (n 42) 169 vd.

C. Geçici m 13'ün Yürürlük Tarihinden Önce Alınmış Olan Genel Kurul Kararları

1. İcra Edilmiş Genel Kurul Kararları

TTK Geçici m 13 hükmünün yürürlük tarihi 17.04.2020 olup bu düzenlemenin icra edilmiş genel kurul kararları için geçmişe yürütmesi söz konusu değildir. Bu nedenle 17.04.2020 tarihinden önce yapılan bir genel kurulda herhangi bir sınırlama olmaksızın kâr payı dağıtımını yapılması veya kâr payı avansı dağıtım yetkisi verilmesi mümkün olmuştur. Geçici 13. maddenin yürürlüğe girmesinden önce alınmış olan genel kurul kararları icra edilmişse, diğer bir ifade ile kararlaştırılan kâr paylarının tamamı dağıtılmışsa artık bahse konu işlemler açısından Geçici m 13 hüküm ve sonuç doğurmayacaktır.

2. İcra Edilmemiş Genel Kurul Kararları

Türkiye'de şirket genel kurulları çoğunlukla Mart ayının sonuna doğru yapılmaktadır. Bu sebeple de genel kurul kararlarının tescili ve icrası takip eden aylara sarmaktadır. Dolayısıyla Geçici m 13 yürürlüğe girmeden önce alınmış bir genel kurul kararının icrasının yürürlük tarihinden sonraya kalması muhtemeldir. Bu ihtimali dikkate alan kanun koyucu da bu duruma ilişkin özel bir düzenleme yapmıştır.

a. Kâr Payı Dağıtım

TTK Geçici 13. maddenin ikinci fıkrasında yer alan özel düzenlemeye göre 17.04.2020 tarihi itibarıyla henüz pay sahiplerine ödeme yapılmamışsa veya kısmi ödeme yapılmışsa, 2019 yılı net dönem kârının %25'ini aşan kısma ilişkin ödemeler de düzenlemenin yürürlükte kaldığı süre boyunca ertelenecektir. Konuyu örnekler üzerinden şöyle açıklayabiliriz:

- (1) 17.04.2020 tarihinden önce yapılan genel kurulda 2019 net dönem kârının tamamının dağıtılmasına karar verilmiş olmasına rağmen 17.04.2020 tarihi itibarıyla bu ödeme henüz yapılmamışsa kârın ancak %25'i dağıtılabilecektir.
- (2) 17.04.2020 tarihinden önce yapılan kısmi ödemeye net dönem kârının yarısı dağıtıldıysa bu halde zaten %25 sınırından fazlası dağıtılmış olduğu için geri kalan kısım dağıtılamayacaktır.
- (3) 17.04.2020 tarihinden önce yapılan kısmi ödemeye net dönem kârının %20'si dağıtılmışsa, ancak geri kalan %5'lik kısım dağıtılabilecektir.

b. Serbest Yedek Akçe

Tebliğ m 4/3'e göre 17.04.2020 tarihinden önce alınan ancak icra edilmeyen genel kurul kararlarında hesap döneminde zarar edilmiş olmasına karşın serbest yedek akçelerden dağıtım kararı alınmışsa, bu kararın da 17.04.2020 tarihi itibarıyla icra edilmemiş olan kısmının dağıtımını ertelenmiştir. Buna göre hesap döneminde zarar etmemiş olan şirketler açısından serbest yedek akçeden dağıtım yapılması mümkündür.

c. Kâr Payı Avansı

17.04.2020 tarihinden önce alınan genel kurul kararında kâr payı avansı dağıtım yetkisi verilmişse henüz dağıtılmamış avans ödemeleri de düzenlemenin yürürlük süresi boyunca ertelenmiştir⁵⁶.

d. Zamanaşımı ve Faiz

Kâr payı alacağını talep hakkı, alacağın muaccel olmasından itibaren 5 yıllık zamanaşımına tabidir (TBK m 147). Geçici m 13/2 ile getirilen sınırları aşan ve hükmün yürürlükte kaldığı süre boyunca ertelenmiş olan ödemelerin talep edilmesine ilişkin olarak erteleme süresince zamanaşımının duracağını kabul etmek isabetli olacaktır⁵⁷.

Ayrıca Tebliğ m 4 doğrultusunda Geçici m 13 gereği ertelenmiş ödemeler için faiz de talep edilemeyecektir.

D. Geçici m 13'ün Yürürlük Tarihinden Sonra Alınan Genel Kurul Kararları

Serbest yedek akçe, kâr payı avansı veya Geçici m 13'te belirlenen sınırları aşan kâr payı dağıtımına ilişkin genel kurul kararlarının yanında bu hükme uygun olarak alınan genel kurul kararlarının da geçerliliği hakkında bazı tartışmalar mevcuttur⁵⁸.

⁵⁶ Tebliğ m 4/4

⁵⁷ Ali Dural, 'COVID-19 Salgını Nedeniyle Türk Ticaret Kanunu'na 7244 Sayılı Kanunla Eklenen Geçici 13. Madde ile Sermaye Şirketlerinde Kar Dağıtımına Getirilen Sınırlamalar' (LexperaBlog, 20 Nisan 2020) <https://blog.lexpera.com.tr/covid-19-salgini-nedeniyle-turk-ticaret-kanununa-eklenen-gecici-13-madde-ile-sermaye-sirketlerinde-kar-dagitimina-getirilen-sinirlamalar/> Erişim Tarihi 28 Nisan 2020.

⁵⁸ Paslı COVID-19 salgını ile mücadele kapsamında alınan sokağa çıkma yasağı, seyahat kısıtlaması gibi önlemlerin pay sahiplerinin genel kurul toplantısına katılımına olumsuz etki edebileceğini, böyle bir durumun da eşit işlem ilkesine aykırı olması ve genel kurulun usulsüz toplanması sonucunu doğurması sebebiyle alınan tüm genel kurul kararlarının geçersiz olacağını ifade etmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz Ali Paslı, 'Anonim/Limited Ortaklık Genel Kurul Toplantılarının 7244 sayılı Özel COVID-19 Kanunu Sonrasındaki Durumu: Sermaye Şirketlerindeki Ortakların Sağlığının Değeri Var mıdır?' (Ticaret Kanunu.Net, 20 Nisan 2020) <http://www.ticaretkanunu.net/ali-pasli-anonim-limited-ortaklik-genel-kurul-toplantilarinin-7244-sayili-ozel-covid-19-kanunu-sonrasindaki-durumu-sermaye-sirketlerindeki-ortaklarin-sagliginin-degeri-var-midir/> Erişim Tarihi 11 Mayıs 2020; Ali Paslı, 'COVID-19 Salgınının Anonim ve Limited Ortaklık Yıllık Olağan Genel Kurul Toplantılarına Etkisi: Güncel Koşullar Süzerken Genel Kurul Kararı Alınabilir mi?' (Ticaret Kanunu.Net, 24 Mart 2020) <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/> Erişim Tarihi 11 Mayıs 2020.

Bu çalışmada Geçici 13. maddeye aykırılık teşkil edebilecek genel kurul kararları farklı ihtimaller dâhilinde incelenecektir.

1. Kanuni Sınırı Aşan Kısımın Dağıtılması Hali

Geçici 13. maddenin emredici nitelikte olduğu ve esasen bir sermayenin korunması hükmü olduğu göz önüne alındığında kural olarak bu düzenlemeye aykırı kararların batıl olduğu kabul edilmelidir. Öğretideki bir görüş, Geçici m 13'e aykırı genel kurul kararının TTK m 1530/1 gereği batıl olduğunu ileri sürmüştür. Bu görüşe göre genel kurul kararları hukuki işlem niteliği taşıdığından ve Geçici m 13 de ticari bir hüküm niteliğinde olduğundan bu hükme aykırı genel kurul kararları TTK m 1530/1 kapsamında değerlendirilmelidir⁵⁹.

Geçici 13. maddeye aykırı genel kurul kararlarına uygulanacak müeyyidenin dayanağının TTK m 1530 olup olamayacağı tartışmalıdır. Zira genel kurul kararlarının butlanı TTK m 447'de açıkça düzenlenmiştir. Dolayısıyla "*Ticari hükümlerle yasaklanmış işlemler ile mal ve hizmet tedarikinde geç ödemenin sonuçları*" başlıklı TTK m 1530 hükmü, TTK'nın diğer hükümleri ve düzenlendiği yer ile metne dahil olan başlık hep birlikte değerlendirilmelidir. Hükmün lafzı tam açık olmamakla birlikte sistematik yorum açısından TTK 1530. madde hükmünün uygulama alanının esasen mal ve hizmet tedarikine ilişkin işlemler veya şartlarla sınırlı olması gerektiği kanaatindeyiz. TTK m 1530'un gerekçesinde, 6762 sayılı Kanun'un 1466. maddesinde öngörülen ticarî hükümlerde belirlenen sınırların aşılması halinde, yapılan sözleşmelerin tamamının geçersiz kılınması yerine, kısmî geçersizlik

⁵⁹ Dural (n 57).

kavramının korunduğu ifade edilmiştir⁶⁰. O halde TTK Geçici m 13 hükmüne aykırı bir genel kurul kararı söz konusu olduğunda, TTK m 1530'un karşılığı olan eski 6762 sayılı TTK m 1466'nın gerekçesindeki açıklamalar ile TTK m 447 hükmü birlikte dikkate alındığında genel kurul kararlarının butlanını özel olarak düzenleyen TTK m 447 çerçevesinde bir değerlendirme yapılarak bir sonuca varılmasının daha isabetli olacağı kanaatindeyiz⁶¹.

Geçici 13. maddenin yürürlüğe girmesinden sonraki tarihli bir genel kurul kararında hükümde getirilen sınırlamalara aykırı şekilde dağıtım yapılmasına karar verilir ve icra edilirse iki ihtimalin ortaya çıkması mümkündür. İlk olarak alınan genel kurul kararının bir bütün halinde batıl olduğu söylenebilir. Böyle bir yorum da esasen TTK m 447/1/(c) bendine ilişkin öğretinin görüşüne de uygundur⁶². İkinci olarak ise kararın yalnızca TTK Geçici m 13 ile getirilen sınırlamaya aykırı kısımları batıl kabul edilerek genel kurul kararının tamamının değil, yalnızca kâr payı dağıtımına ilişkin

⁶⁰ TTK m. 1530'un karşılığı olan eski 6762 sayılı TTK m. 1466'nın gerekçesi dikkate alındığında 1530 hükmünün ilk cümlesinin amacıyla uyumlu olduğunu ve yeni olan 2. fıkranın da esasen 1466'nın gerekçesinde ifade edildiğini söyleyebiliriz. 6762 sayılı TTK m 1466'nın gerekçesi şöyledir (<http://www.ticaretkanunu.net/eski-ttk/> Erişim Tarihi 18 Ağustos 2020):

"MADDE 1466: Birtakım akitlerin veya hukuki muamelelerin yapımlarının caiz olmadığı veya birtakım hukuki muameleleri yapanların şu veya bu cezalara çarptırılacakları şeklinde hükümler derpiş eden kanunların tabikatında bilhassa ilk zamanlarda birtakım tereddütler hissedilmektedir. Halbuki hususi hükümden aksi anlaşılmadıkça yapılması caiz olmadığı bildirilen veyahut sadece yapanların ceza göreceği bildirilen muamelelerin Borçlar Kanununun 20 ci maddesi hükmünce bätıl sayılmalari esasır. Birinci cümle bu noktada tereddütleri kaldırmaktadır. Gerçekten ticari olmyan muameleler hakkında da durum aynıdır ve bu cihet Borçlar Kanununun 20 nci maddesine ait ilmi eserlerden anlaşılmaktadır. Fakat burada sadece ticari hükümlerle konulan yasakların müeyyidesi için açık hüküm konulması kâfi görülmüş ve muhalif mefhum yoluile ticari olmyan muameleler sahasında aksi neticeye varılmaması için bu cihet burada belirtilmiştir.

Tasarının birinci maddesindeki tarifen anlaşılacağı üzere bir ticari işletmenin yapacağı her hangi bir muameleyi ceza tehdidi altında bulunduran umumi veya hususi ceza kanunlarındaki hükümler dahi ticari hükümlerden sayılmakla gerektir. Bu itibarla bir kanunun sadece ceza hükümlerini ihtiva ettiği ileri sürülerek ona aykırı olan muameleler hakkında tasarının bu maddesinin tatbik edilemeyeceği ortaya atılamaz.

Gerek harb ve fevkalâde hallerde gerekse iktisadi birtakım sebeplerle, nizam altında tutulmak bilfarz bir narha tâbi tutulmak lâzımgelen akitlerde butlan hükmünün mutlak şekilde tatbiki, korunmak istenen kimselerin menfaatlerine asla uygun düşmez. Bu bakımdan bir akit uyarınca yerine getirilecek edalar meselâ teslim edilecek mallar veya ödenecek paralar hakkında en yüksek bir had tesbit edilmiş bulunmasına rağmen bu haddi aşkın olarak yapılan akitlerdeki edaların ancak haddi aşan kısmının hükümsüz sayılması ve fakat en yüksek hat içinde olan kısmın muteber tutulması kanun koyucunun en yüksek had koymayı derpiş ederek varmak istediği koruma gayesine uygundur. İkinci cümle hükmü, bu esası belirtmek üzere konulmuştur. Fakat hususi kanun hükmünden aktin tamamının bätıl olacağı anlaşılmakta ise bittabi bu madde hükmü yerine ö hususi hüküm tatbik olunacaktır.

Borçlar Kanununun 20 nci maddesinin son cümlesi hükmünce kanuna aykırı şartlar olmaksızın aktin yapılmıyacağı kati olarak bilindiği takdirde aktin tamamen bätıl sayılacağı kabul edilmiş olduğundan en yüksek haddi aşan akitlerde kanuna aykırı olarak en yüksek haddi aşan alacağın alacaklısı bulunan kimsenin bu hükmü ileri sürüp aktin tamamıyla bätıl olduğunu tesbit ettirmesi dahi mümkündür. Halbuki bu imkân en yüksek had hakkındaki kanun hükmünün konuluş gayesine aykırı düşer. Bu engeli de ortadan kaldırmak üzere son cümle hükmü konulmuş ve böylece ikinci ve üçüncü cümleler hükmünün tatbikinin önlenmesi meydan bırakılmamıştır."

⁶¹ Bu yönde bkz Pınar ve Türkoğlu (n 3); Karababa (n 3). TTK Geçici m. 13 hükmüne aykırı genel kurul kararlarının sermayenin korunması ilkesine aykırılıktan bahisle batıl kabul edilmemesi gerektiği yönünde aksi görüşte Ayтуğar (n 3) 405. Ancak sermayenin korunmasından amaç esasen şirket malvarlığının korunmasıdır. Bu nedenle ilkenin kapsamına kanuna aykırı her türlü ödemeye ve malvarlığı çıkışının engellenmesi ile kanundaki şartlara aykırı kâr dağıtılmaması da girdiğinden [Tekinalp Poroy ve Çamoğlu (n 10) 316; Üçışık ve Çelik, (n 10) 313; Korkut (n 36) 126] bahse konu hükme aykırı bir uygulamanın da sermayenin korunması ilkesine aykırı olacağını söylemenin isabetli olduğu kanaatindeyiz.

⁶² Tekinalp *Sermayenin Korunması*, (n 36) 1698; Kırcı, Şehirali Çelik ve Manavgat *Cilt 2/2* (n 22) 73 vd; Moroğlu (n 42) 169 vd.

%25 sınırını aşan veya geçmiş yıl kârları, serbest yedek akçeler ve avans payı dağıtımı kısmının butlana tâbi olması sonucuna ulaşılabilir. Kanaatimizce ikinci ihtimalde kısmi butlan⁶³ müeyyidesinin kabul edilmesi ve hukuki işlem lehine yorumla⁶⁴ kararın kanuna uygun kısımlarının geçerli kabul edilerek sonuç doğurması, Geçici m 13 hükmünün amacına, genel kurul kararı alınması ve toplantının düzenlenmesi için gerçekleştirilmesi gereken prosedürlerin fazlalığı dikkate alındığında da usul ekonomisine daha uygun olacaktır. Ayrıca COVID-19 tehlikesi halen devam ettiğinden 2020 yılı içinde yeni bir genel kurul toplantısı yapılmasının mümkün olamayacağı ihtimali de göz önüne alınmalıdır.

2. Kanuni Sınırı Aşan Kısmın Dağıtılmaması Hali

TTK Geçici m 13 kapsamında değerlendirilmesi gereken son ihtimal hükmün yürürlüğe girmesinden sonraki tarihli bir genel kurulda, hükümde belirtilen sınırları aşar şekilde karar alınması ancak kararın icra edilmemesidir.⁶⁵ 17.04.2020 tarihinden sonraki bir genel kurulda kanuni sınırı aşar şekilde karar alınmasına ilişkin iki farklı ihtimal gündeme gelebilir:

a. Kanuni Sınırı Aşan Kısmın Derhal Dağıtılmasına Karar Verilmesi

17.04.2020 tarihinden sonra alınan bir genel kurul kararında doğrudan TTK Geçici m 13 ile getirilen sınırlamalara aykırı şekilde dağıtım kararı alınmış ve kararın icrasına ilişkin herhangi bir erteleme öngörülmemiş olabilir. Böyle bir durumda sermayenin korunması ilkesine ilişkin emredici bir hükme aykırılık içeren kararın batıl olacağını kabul etmek gerekir. Ancak bu genel kurul kararının sadece TTK Geçici m 13'e aykırı kısımlarının, yukarıdaki açıklamalarımız dikkate alındığında, kısmi butlana tabi olması gerektiği kanaatindeyiz. Böyle bir yorumla genel kurul kararının kanuna uygun kısımlarının geçerli kabul edilmesi ve sonuç doğurması, ilgili hükmün gaî (amaçsal) yorumuna ve usul ekonomisine daha uygun olacaktır.

⁶³ TTK hükümlerinde kısmi butlan kavramı yer almamakla birlikte TTK m 1 ile bu kanunun 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun (*TMK*) ayrılmaz bir parçası olduğu düzenlenmiştir. TBK m 646 ise bu kanunun *TMK*'nin beşinci kitabı olup, onun tamamlayıcısı olduğunu hüküm altına almıştır. Dolayısıyla TTK'da hüküm bulunmayan hallerde TBK hükümlerine başvurulabileceği kabul edilmelidir. TBK m 27/2 ile sözleşmenin bir kısmının geçersiz olmasının diğer kısımları etkilemeyeceği ifade edilerek kısmi butlan düzenlenmiştir. Butlan sebebi sözleşmenin yalnızca bir bölümünün batıl olmasına sebep olurken sözleşmenin diğer kısımlarının geçerliliğini korumasında hukuka aykırılık bulunmuyorsa kısmi butlan kabul edilmelidir. Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (24. Baskı, Yetkin 2019) 336, 337. Kısmi butlanı düzenleyen TBK m 27/2 hükmünün genel bir hukuk ilkesinin uygulanması olduğu ve sözleşme dışındaki diğer hukuki işlemlere de uygulanması gerektiği hakkında bkz Veynel Başpınar, *Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı* (Adalet 1998) 49. Bu açıklamalar dikkate alındığında tıpkı sözleşme gibi bir hukuki işlem olan genel kurul kararları için de kısmi butlan kurumunun kıyasen uygulanması mümkündür.

⁶⁴ Kısmi butlan kurumuyla sözleşmenin bir kısmının geçerli kabul edilmesinin dayanağı sözleşme lehine yorum ilkesidir. Eren (n 63) 381.

⁶⁵ Kâr dağıtımına ilişkin genel kurul kararında dağıtım zamanını da tespit edilmesi gerektiği hakkında bkz İmregün (n 10) 434; Üçişik ve Çelik, (n 10) 295.

b. Kanuni Sınırı Aşan Kısmın Kısıtlama Sona Erdikten Sonra Dağıtılmasına Karar Verilmesi

17.04.2020 tarihinden sonra alınan bir genel kurul kararında net dönem kârının %25'inin derhal, geri kalan kısmının ve/veya serbest yedek akçeler ile kâr payı avansının ise TTK Geçici m 13 yürürlükten kalktıktan sonra dağıtılmasına karar verilmesi mümkündür. Kurul kararında bu durumun özel olarak belirtilmesi halinde Geçici m 13 sınırını aşan kısma ilişkin kararın geçerli olup olmayacağına incelenmesi gerekir.

Gaî (amaçsal) yorum ilkesi göz önüne alındığında açıkça net dönem kârının %25'inin dağıtılmasına, bu miktarı aşan kısmın ve/veya geçmiş yıl kârları ile avans paylarının bu kanuni düzenleme ile öngörülen sürenin geçmesinden sonra dağıtılmasına ilişkin bir genel kurul kararının, TTK Geçici m 13'e uygun kabul edilmesi daha isabetli olacaktır⁶⁶. Kanaatimizce aksi yönde bir yorum, ilgili hükmün yorumlanmasında dikkate alınması gereken anayasaya uygun yorum ilkesiyle bağdaşmayacaktır. Zira %25 sınırını aşan miktarın kanunun yürürlükten kalkmasından sonra dağıtılmasına yönelik kararın geçersiz sayılması irade özerkliğine⁶⁷ ve pay sahiplerinin mülkiyet hakkına bir müdahale olup böyle bir müdahale ölçülülük ilkesine aykırılık teşkil edecektir.

Ölçülülük ilkesi, ulaşılmak istenen amaç için kullanılan aracın ölçülü olması gerektiği anlamına gelir⁶⁸. TTK Geçici m 13 ile ulaşılmak istenen amaç; sermayenin korunması ve COVID-19 salgınının şirketlerde sebep olduğu finansman ihtiyacının karşılanması için nakit çıkışının sınırlandırılmasıdır. Hükümde öngörülen sınırı aşan ödemelerin kanunun yürürlükten kalkmasından sonra dağıtılmasına ilişkin bir genel kurul kararının, Geçici m 13 gereğince batıl kabul edilmesinin ölçülülük ilkesine uygun olmadığı düşüncesindeyiz.

Ölçülülük ilkesinin alt ilkeleri elverişlilik, gereklilik ve orantılılık ilkeleridir⁶⁹. Kullanılan aracın amaca ulaşma noktasında hiçbir etkisi bulunmuyorsa aracın elverişli

⁶⁶ Aksi yönde Dural (n 57). Dural, TTK Geçici m 13 birinci fıkrasındaki düzenlemeye aykırı olarak maddenin yürürlüğe girdiği 17.04.2020 tarihinden sonra 2019 faaliyet yılına ilişkin genel kurullarda net kârın %25'ini aşan oranda dağıtılmasına karar verilebileceği ve fakat kâr payı ödemelerinin ikinci fıkradaki kurallara tabi olacağı şeklinde anlaşılmasının mümkün olmadığını ifade etmiştir.

⁶⁷ Anayasa Mahkemesi'nin 05.03.2009 tarihli ve 27160 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 2004/87 E ve 2009/5 K sayılı kararında irade özerkliği kavramı "*Özel hukukta irade özerkliği, kişilerin yasal sınırlar içerisinde istedikleri hukuki sonuca bu yoldaki iradelerini yeterince açığa vurarak ulaşılabilmelerini ifade etmektedir.*" şeklinde açıklanmıştır. Irade özerkliği ile hukuki işlem ilişkisi için bkz Başpınar (n 63) 35, 36.

⁶⁸ Metin Yüksel, 'Temel Hakların Sınırlanması ve Ölçülülük' (2017) SDÜHFCD C 7 S 1 6.

⁶⁹ Fazıl Sağlam, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü* (AÜSBF yayını 1982) 144; Yüksel (n 68) 7; Anayasa Mahkemesi'nin 31.05.2016 tarihli ve 29728 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 2016/6 E ve 2016/37 K sayılı kararında ölçülülük ilkesine ilişkin "*kanun koyucu, düzenlemeler yaparken hukuk devleti ilkesinin bir gereği olan ölçülülük ilkesiyle de bağlıdır. Bu ilke ise "elverişlilik", "gereklilik" ve "orantılılık" olmak üzere üç alt ilkedен oluşmaktadır. "Elverişlilik", getirilen kuralın ulaşılmak istenen amaç için elverişli olmasını, "gereklilik", getirilen kuralın ulaşılmak istenen amaç bakımından gerekli olmasını, "orantılılık" ise getirilen kural ile ulaşılmak istenen amaç arasında olması gereken ölçüyü ifade etmektedir. Bir kuralda öngörülen düzenleme ile ulaşılmak istenen amaç arasında da "ölçülülük ilkesi" gereğince makul bir denge bulunması zorunludur.*" ifadeleriyle hüküm kurulmuş ve ölçülülük ilkesiyle alt ilkeleri tanımlanmıştır.

olmadığı kabul edilir⁷⁰. TTK Geçici m 13 yürürlükten kalktıktan sonra dağıtım öngören bir genel kurul kararının batıl kabul edilmesinin hüküm yürürlükte kaldığı süre içinde şirketten nakit çıkışını sınırlama amacına hiçbir etkisi bulunmadığından elverişli bir araç olmadığı açıktır.

Ulaşılmak istenen amaca daha az müdahale eden bir başka araç ile ulaşmak mümkünse kullanılan aracın gerekli olmadığı sonucu ortaya çıkar⁷¹. Bu kapsamda bir değerlendirme yapmak gerekirse, söz konusu genel kurul kararı geçerli kabul edildiğinde de TTK Geçici m 13 ile ulaşılması istenen belli süre nakit sermayeyi şirkette tutma amacına ulaşılmaktadır. Zira kararın uygulanması halinde de TTK Geçici m 13 ile şirkette kalması amaçlanan sermaye şirketten çıkmamış olacaktır. Öyleyse %25 sınırını aşan miktarın kanunun yürürlükten kalkmasından sonra dağıtılmasına yönelik kararın geçersiz sayılması amaca ulaşmada gerekli bir araç değildir.

Kanuni sınırı aşan kısımların kanuni kısıtlama kalktıktan sonra dağıtılması kararını geçersiz kabul etmenin orantılılık ilkesiyle de uyumlu olmadığı açıktır. Çünkü kullanılan aracın gerekli olmadığı tespit edildiği takdirde orantılılık denetimi yapılmasına da gerek kalmamaktadır⁷².

Yukarıdaki açıklamalar doğrultusunda, Geçici 13. maddenin sınırlarını aşan kısmın kanunun yürürlükten kalkmasından sonra dağıtımını öngören bir genel kurul kararının batıl kabul edilmesi ölçülülük ilkesine aykırı olacaktır. Netice itibariyle Geçici m 13'ün yürürlükten kalkmasından sonra hükümde belirtilen sınırı aşan kısmın dağıtımına ilişkin genel kurul kararının geçerli kabul edilmesinin anayasaya uygun yorum ilkesi gereğince isabetli olacağı kanaatindeyiz.

3. Kazanç Payı ve Ortakların Borçlanmasına İlişkin Karar Alınması Hali

Kazanç payı esasen belirli dönemlerde ödenen sabit bir bedel olmayıp TTK m 394 doğrultusunda şirket kârından alınan paydır⁷³. Kazanç payının hangi şartlarda ödeneceği TTK m 511'de düzenlenmiştir. Kazanç payının istenebilir hale gelmesinin ön şartı genel kurul tarafından önce kâr payı dağıtımını kararı alınmış olmasıdır⁷⁴.

Daha önce de bahsedildiği üzere TTK Geçici m 13'ün amacı; şirket sermayesinin korunması ve şirketten nakit çıkışının sınırlandırılmasıdır. Her ne kadar Geçici m 13'te açıkça kazanç payından söz edilmese de kazanç paylarının serbestçe dağıtılmasının

⁷⁰ Sağlam (n 69) 114,115; Yüksel (n 68) 8.

⁷¹ Sağlam (n 69) 115; Yüksel (n 68) 11.

⁷² Yüksel (n 68) 13.

⁷³ Tekinalp (n 18) 277; Yanlı (n 14) 22; Ayhan, Çağlar ve Özdamar (n 17) 319; Hasan Pulaşlı 'Anonim Şirket Yöneticilerinin Haksız Yere Aldıkları Kazanç Payı ve Diğer Edimleri İfade Yükümlüğünün Türk ve İsviçre Hukuku Perspektifinden Değerlendirilmesi' Prof. Dr. Hikmet Sami Türk'e Armağan (Turhan 2017) 590, 591 (Pulaşlı, İfade Yükümü). Kazanç payının niteliği konusundaki tartışmalar için bkz Bilgin (n 10) 124, 125.

⁷⁴ Yanlı *Mali Haklar* (n 31) 48; İmregün (n 10) 424; Özer (n 14) 247.

kabulü halinde hükmün amacına uygun bir sonuç doğmayacağı düşüncesindeyiz. Zira kazanç payının dağıtılacak kâr payı ile birlikte hesaplandığında net dönem kârının %25'ini aşması halinde şirket kârının amaçlandığı şekilde şirket bünyesinde tutulması mümkün olmayacaktır.

Yönetim kurulu üyelerine dağıtılan kazanç paylarının TTK m 511 gereğince net dönem kârından dağıtılması sebebiyle TTK Geçici m 13 kapsamında sayılmasının evleviyetle kabulü gerektiği kanaatindeyiz. Zira Geçici m 13'te geçen kâr payı dağıtımını ifadesinin kazanç payını da kapsar şekilde geniş yorumlanması bu hükmün amacına uygun olacaktır. Geçici m 13 kapsamında dağıtımını ertelenen kâr payları için faiz istenemeyeceği göz önüne alındığında kazanç payının ertelenmesi halinde de faiz talep edilemeyeceği kabul edilmelidir. Ancak yabancı şirketler tarafından Türkiye'de TTK'ya göre kurulan şirketler ve bankalar haricinde diğer Türk şirketlerinde esas sözleşmede kazanç payı dağıtımını istisnai olarak görülmektedir. Kazanç payı dağıtımının öngörülmesi halinde de kâr payı dağıtımını içindeki oranı çok yüksek deşildir⁷⁵. Yine de net dönem kârının %25'i dağıtılırken yönetim kurulunun kazanç payının da bu oranı aşmayacak şekilde hesaba dâhil edilmesinin gözden kaçırılmaması gerektiği kanaatindeyiz.

TTK Geçici m 13 kapsamında açıkça ifade edilmeyen ancak sermayenin korunmasına hizmet eden bir diğer husus da pay sahiplerinin şirkete borçlanması yasağına ilişkin TTK m 358'in uygulanmasının doğuracağı sonuçlardır. Geçici m 13 kapsamına pay sahibinin şirkete borçlanmasına ilişkin kararların girmediği açık olup esasen bu durum kanuni düzenlemede eksiklik olarak değerlendirilmiştir. Zira şirketin serbest yedek akçelerle birlikte kârı geçmiş yıl zararlarını karşılıyorsa, muaccel sermaye borcu bulunmayan her ortak şirkete borçlanabilecek olup bu yolla TTK Geçici m 13'ün bertaraf edilmesi ve salgın döneminde şirketten bir sınır olmaksızın nakit çıkışı sağlanması mümkündür⁷⁶.

IV. Yönetim Kurulu Üyelerinin Kanuna Aykırı Genel Kurul Kararlarından Sorumluluğı

Yönetim kurulu kendisine tanınan yetkiler dâhilinde karar almanın yanında genel kurul tarafından alınan kararları yürütmekle görevlidir⁷⁷. Öğretide hakim görüş şirket ile yönetim kurulu üyesi arasındaki ilişkinin sözleşme ilişkisi olduğunu ve türünün

⁷⁵ Kar Payı Tebliğı m 5/4'e göre esas sözleşmede yönetim kurulu üyelerine, kâr payı dağıtılması hususunda hüküm bulunmasına rağmen, kâr payına ilişkin olarak herhangi bir oran belirlenmemişse; bu kişilere dağıtılacak kâr payı tutarı, her durumda pay sahiplerine dağıtılan kâr payının dörtte birini aşamaz. Hukuka aykırı şekilde ödenen kazanç payının iadesine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz Pulaşlı *İade Yükümü* (n 73) 591 vd.

⁷⁶ Dural (n 57).

⁷⁷ Ersin Çamoğlu, 'Yönetim Kurulu Üyelerinin Genel Kurul Kararlarının İcrasından Doğan Sorumluluğı Konusunda Yeni Gelişmeler' (Aralık 1971) Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi C 6 S 2 284.

vekalet sözleşmesi olduğunu kabul etmektedir⁷⁸. Taraflar aksini kararlaştırmadığı sürece, bu sözleşme bir vekâlet akdi olarak nitelendirilir⁷⁹. Yargıtay uygulamasında da yönetim kurulunun şirketle arasında vekâlet ilişkisi olduğu ve vekil gibi sorumlu olunacağı kabul edilmektedir⁸⁰.

TTK m 369 ile yönetim kurulu üyelerinin özen ve bağlılık yükümlülüğü düzenlenmiş, görevlerini tedbirli bir yöneticinin özeniyle yerine getirmeleri ve şirketin menfaatlerini dürüstlük kurallarına uyararak gözetmeleri gerektiği hüküm altına alınmıştır⁸¹.

TTK m 553 ise yönetim kurulu üyelerinin kanundan ve esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerini kusurlarıyla ihlal ettikleri takdirde hem şirkete hem pay sahiplerine hem de şirket alacaklılarına karşı verdikleri zarardan sorumlu olacaklarını düzenlemiştir.

Yönetim kurulu üyelerinin şirkete karşı olan özen yükümlülüğünün bir sonucu yerine getirmekle yükümlü oldukları genel kurul kararının hukuka uygun olsa bile şirket menfaatlerine uygun olup olmadığını değerlendirmek ve bu konuda alınması gereken tedbirleri almaktadır⁸². Nitekim TBK hükümleri kapsamında da vekilin, kendisine verilen talimatın amaca ve vekâlet verenin menfaatine aykırılığına ilişkin vekâlet vereni uyarması gerektiği kabul edilmektedir⁸³.

Genel kurul tarafından hukuka aykırı bir karar alınması durumunda ise söz konusu hukuka aykırı kararı yerine getiren yönetim kurulunun sorumlu olacağı kabul edilmelidir⁸⁴. Zira yönetim kurulunun esasen alınan genel kurul kararının şirket menfaatine uygunluğundan önce hukuka uygunluğunu da denetlemesi gerekir⁸⁵. Yönetim kurulunun, görevlerini tedbirli bir yöneticinin özeniyle yerine getirme yükümlülüğü, genel kurul kararının kanun emredici hükmüne aykırı olduğunu tespit etmesi halinde kararı uygulamaktan kaçınması ve gerekirse bu hususa ilişkin

⁷⁸ ibid 287; Pulaşlı (n 17) 431; başka bir görüş ise sözleşmenin vekâlet sözleşmesine yakın olmakla beraber sui generis olarak nitelendirilmesinin daha uygun olduğu yönündedir. Bkz Ayhan, Çağlar ve Özdamar (n 17) 305. İsviçre hukukunda murahhas üye olmayan yönetim kurulu üyeleriyle şirket arasındaki ilişki, vekâlet benzeri isimsiz sözleşme (*auftragsähnlicher Innominatkontrakt*) olarak nitelendirilmektedir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz Peter Böckli, *Schweizer Aktienrecht* (Vol 2, Schulthess 2009) 1572 vd. Makale kapsamını aşmamak için buradaki tartışmalara değinilmemesi uygun görülmüştür.

⁷⁹ Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu (n 10) 389.

⁸⁰ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 07.07.2010 tarihli, 2010/9-328 E ve 2010/370 K sayılı kararı; Yargıtay 22. Hukuk Dairesi'nin 25.06.2014 tarihli, 2013/6333 E ve 2014/19169 K sayılı kararı (Kazancı veri tabanı).

⁸¹ Özen yükümlülüğü konusunda ayrıntılı bilgi için bkz Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu (n 10) 240,241; Pulaşlı (n 17) 431; Hamdi Pınar, 'Şirketler Hukuku Açısından Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Rekabet İhlallerinden Dolayı Sorumluluğu' (2009) BATİDER C XXV S 4 390 vd.

⁸² Çamoğlu (n 76) 287; Mehmet Helvacı, Emin Çamurcu ve İsmail Türkyılmaz, 'Özellikle Anonim Şirket Açısından Şirket Menfaati Kavramı' Prof. Dr. Hamdi Yasaman'a Armağan (Seçkin 2017) 315.

⁸³ Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (7. Baskı, Yetkin 2019) 742; Haluk Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri* (Cilt 2, Vedat 2010) 445; Mustafa Alper Gümüş, *Türk-İsviçre Borçlar Hukukunda Vekilin Özen Borcu* (Beta 2001) 164,165.

⁸⁴ Hukuka uyma yükümlülüğü kapsamındaki tartışmalar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz Pınar (n 81) 385 vd.

⁸⁵ Çamoğlu (n 77) 290.

mahkemeye başvurmasını gerekli kılar⁸⁶. Özen yükümlülüğüne ilişkin bu açıklamalar TTK m 626 gereğince ve m 644'teki atıf sebebiyle limited şirket müdürleri için de geçerlidir⁸⁷.

Netice itibarıyla TTK Geçici 13. maddeye aykırı bir genel kurul kararı alınması halinde bu kararın uygulanması yönetim organlarının özen ve şirket menfaatini gözetme yükümlülüğünün ihlali anlamına gelecektir. Dolayısıyla yönetim organının alınan genel kurul kararının Geçici m 13'te yer alan sınırlamayı aştığı için batıl olan kısımlarını yerine getirmemesi, daha açık bir ifadeyle %25'i aşan kâr payını, serbest yedek akçeleri ve kâr payı avansını dağıtmaması gerekmektedir. Bu halde yönetim organının gerekiyorsa mahkemeye başvurarak söz konusu kararın Geçici m 13'e aykırı kısımlarının butlanının tespitini talep etmekle yükümlü olduğu kabul edilmelidir⁸⁸.

V. Sonuç

COVID-19 salgınının ticari hayata ilişkin olumsuz etkileriyle mücadele kapsamında sermaye şirketlerinin finansman ihtiyacının doğmaması, nakdi sermayesinin güçlü tutulması ve devamlılığının sağlanması için TTK'ya Geçici 13. madde eklenmiştir.

Geçici 13. madde yürürlükte kaldığı sürece şirket sermayesinde bulunan serbest yedek akçelerin ve 2018 yılı ve öncesine ait geçmiş yıl kârlarının dağıtılması yasaklanmıştır. 2019 yılı net dönem kârının ise en fazla %25'inin dağıtılabileceği ve yönetim organlarına kâr payı avansı dağıtım yetkisi verilemeyeceği hüküm altına alınmıştır. İncelememizin konusu olan Geçici 13. maddenin kapsamı, uygulaması ve bu hükmün uygulanmasında ortaya çıkabilecek sorunlar hakkındaki görüş ve değerlendirmemiz kısaca şöyledir:

- (1) Hükmün kapsamına sermaye şirketleri olan anonim, limited ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketler dâhil olup hükümde kâr payı, serbest yedek akçe ve kâr payı avansı dağıtımına sınırlamalar getirilmiştir. Ancak bu dağıtım sınırlamalarına tabi olmayacak şirketler Geçici m 13 ve Tebliğ ile sınırlı sayıda belirtilmiştir.
- (2) Geçici m 13'ün yayım ve yürürlük tarihi 17.04.2020 olup bu düzenlemenin ilk fıkrası 17.04.2020 itibarıyla henüz dağıtımına ilişkin genel kurul kararı almayan şirketler bakımından uygulanacaktır. Düzenlemenin ikinci fıkrası ise 2019 yılı dönemine ilişkin dağıtım kararı almış ancak henüz dağıtım yapmamış veya kısmi ödeme yapmış şirketleri de kapsamaktadır. Düzenleme 30.09.2020 tarihine kadar yürürlükte kalacak olup Cumhurbaşkanı bu süreyi 3 ay uzatmaya ve kısaltmaya yetkilidir.

⁸⁶ Çamoğlu (n 77) 291; Helvacı, Çamurcu ve Türkyılmaz (n 82).

⁸⁷ Pulaşlı (n 17) 831 vd; Ayhan, Çağlar ve Özdamar (n 17) 530.

⁸⁸ Dural (n 57); yönetim organının Geçici m 13 hükmüne uygun davranması gerektiği yönünde bkz Karababa (n 3).

- (3) 17.04.2020 tarihinden önce yapılan bir genel kurulda alınan kararların icrası tamamlanmışsa bu işlemler açısından Geçici m 13 hüküm ve sonuç doğurmayacaktır.
- (4) 17.04.2020 tarihi itibarıyla henüz net dönem kârı üzerinden kâr payı ödemesi yapılmamışsa veya kısmi ödeme yapılmışsa, 2019 yılı net dönem kârının %25'ini aşan kısma ilişkin ödemeler Geçici 13. maddenin yürürlükte kaldığı süre boyunca ertelenecektir. Ayrıca bu genel kurul kararında kâr payı avansı dağıtımı yetkisi verilmişse henüz dağıtılmamış avans ödemeleri aynı şekilde ertelenecektir.
- (5) Geçici m 13 yürürlükte kaldığı süre boyunca ertelenmiş olan ödemelerin talep edilmesine ilişkin zamanaşımı duracak, ertelenmiş ödemeler için faiz de talep edilemeyecektir.
- (6) Geçici m 13 ile düzenlenen dağıtım sınırını aşan ve 17.04.2020 tarihinden sonra alınan genel kurul kararlarına ilişkin müeyyidenin hukuki dayanağı tartışmalıdır. Kanaatimizce Geçici m 13 sermayenin korunması ilkesine ilişkin bir düzenleme olduğundan bu hükme aykırı kararların TTK m 447 çerçevesinde batıl olup olmadığı incelenmelidir:
 - a. Kanaatimize göre 17.04.2020 tarihinden sonra alınan bir genel kurul kararının sadece TTK Geçici m 13'e aykırı kısımlarının kısmi butlana tabi olması gerekir. Zira bu şekilde genel kurul kararının kanuna uygun kısımlarının geçerli kabul edilerek sonuç doğurması, ilgili hükmün gaî (amaçsal) yorumuna ve usul ekonomisine daha uygun olacaktır.
 - b. 17.04.2020 tarihinden sonra yapılan bir genel kurulda net dönem kârının %25'inin derhal, bunu aşan kısımların Geçici m 13 yürürlükten kalktıktan sonra dağıtılmasının kararlaştırılması da mümkündür. Bu karardaki Geçici m 13'te yer alan sınırları aşan kısmın batıl kabul edilmesinin ölçülülük ilkesine aykırılık teşkil edeceği, bunun yerine bu kararın geçerli kabul edilmesinin anayasaya uygun yorum ilkesi gereğince isabetli bir tercih olacağı düşüncesindeyiz.
- (7) Yönetim kurulu üyelerine dağıtılan kazanç payları Geçici m 13'te doğrudan düzenlenmemiştir. Ancak hükmün asıl amacı şirket net dönem kârının %25'inden fazlasının dağıtılmamasıdır. Kazanç paylarının da net dönem kârından dağıtılması sebebiyle Geçici m 13 kapsamına evleviyetle dâhil edilmesi gerektiği kanaatindeyiz.
- (8) Pay sahiplerinin şirkete borçlanması yasağı da sermayenin korunması ilkesine hizmet eden ancak Geçici m 13 kapsamında sayılmayan eksik bir husustur.

TTK m 385 doğrultusunda Şirketin serbest yedek akçelerle birlikte kârı geçmiş yıl zararlarını karşılıyorsa, muaccel sermaye borcu bulunmayan her ortak Şirkete borçlanabilecek olup bu yolla Geçici m 13'ün bertaraf edilmesi ve salgın döneminde Şirketten bir sınır olmaksızın nakit çıkışı sağlanması mümkün görünmektedir.

- (9) Genel kurul tarafından hukuka aykırı bir karar alınması durumunda bu hukuka aykırı kararı yerine getiren yönetim organı sorumlu olacaktır. Bu nedenle yönetim organının Geçici 13. maddeye aykırı Şekilde net dönem kârının %25'i aşan kâr payını, serbest yedek akçeleri ve/veya kâr payı avansını dağıtmaması gerekmektedir. Bu halde yönetim organı gerekiyorsa mahkemeye başvurarak söz konusu kararın Geçici m 13'e aykırı kısımlarının butlanının tespitini talep etmekle yükümlüdür.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazarlar çıkar çatışması bildirmemiştir.

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

Peer-review: Externally peer-reviewed.

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

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

Bibliyografya/Bibliography

- Akın M Y, ‘Ticaret Bakanlığının 31.03.2020 tarihli Kâr Payı Dağıtımına İlişkin Yazısı Üzerine Düşünceler’ (Ticaret Kanunu.Net, 9 Nisan 2020) (<http://www.ticaretkanunu.net/murat-yusuf-akin-ticaret-bakanliginin-31-03-2020-tarihli-kar-payi-dagitimina-iliskin-yazisi-uzerine-dusunceler/> E T 20 Nisan 2020).
- Ateşgaçoğlu E, *Vergi Hukuku Bakımından Anonim Şirketlerde Kâr Payı Dağıtımı* (On İki Levha 2012).
- Ayhan R, Çağlar H ve Özdamar M, *Şirketler Hukuku Genel Esaslar* (2. Baskı, Yetkin 2020).
- Aytuğar B, ‘Anonim Şirketlerde Kar Payı ve Kar Payı Avansı Dağıtımı Hakkında 7244 Sayılı Kanun ile Öngörülen Tedbirler’ (2020) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 11(2) 396-410.
- Başpınar V, *Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı* (Adalet 1998).
- Bilgin Y, *Anonim Ortaklıklarda Kar Dağıtımı ve Kara Katulan Kişiler* (Ankara İktisadi ve Ticari Bilimler Akademisi 1982).
- Böckli P, *Schweizer Aktienrecht* (Vol 2, Schulthess 2009).
- Çağırğan Tuncer S ve Ulusoy Y, ‘Yedek Akçeler’ (2017) DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi *Prof. Dr. Şeref Ertuş’a Armağan* C 19 Özel Sayı 1971-1996.
- Çamoğlu, E, ‘Yönetim Kurulu Üyelerinin Genel Kurul Kararlarının İcrasından Doğan Sorumluluğu Konusunda Yeni Gelişmeler’ (1971) Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi C 6 S 2 283-296.
- Çeker M, ‘Şirkete Borçlanma Yasağı’ (2012) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi C 18 S 2 659-670.
- Çolgar Toraman E, *Şirkete Borçlanma Yasağı* (On İki Levha 2019).
- Çonkar M H, ‘Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Kâr Payı Hakkına İlişkin Bazı Meseleler’ (2017) İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası C 75 S 2 659-680.
- Dural A, ‘COVID-19 Salgını Nedeniyle Türk Ticaret Kanunu’na 7244 Sayılı Kanunla Eklenen Geçici 13. Madde ile Sermaye Şirketlerinde Kar Dağıtımına Getirilen Sınırlamalar’ (LexperaBlog, 20 Nisan 2020) (<https://blog.lexpera.com.tr/covid-19-salgini-nedeniyle-turk-ticaret-kanununa-eklenen-gecici-13-madde-ile-sermaye-sirketlerinde-kar-dagitimina-getirilen-sinirlamalar/> E T 28 Nisan 2020).
- Eren F, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (24. Baskı, Yetkin 2019).
- Eren F, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (7. Baskı, Yetkin 2019).
- Gümüş Mustafa A, *Türk-İsviçre Borçlar Hukukunda Vekilin Özen Borcu* (Beta 2001).
- Gürbüz Usluel A E, *Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Kâr Payı Alma Hakkı* (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 2016).
- Helvacı M, Çamurcu E ve Türkyılmaz İ, ‘Özellikle Anonim Şirket Açısından Şirket Menfaati Kavramı’ *Prof. Dr. Hamdi Yasaman’a Armağan* (Seçkin 2017).
- İmregün O, ‘Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Kar Payı (Temettü) Hakkı’ *Prof. Dr. Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağanı* C 1 2002, 413-343.
- Karababa S, ‘Koronavirüs (COVID-19) Pandemisi Nedeniyle 7244 sayılı Kanun’la Türk Ticaret Kanunu’nda Yapılan Değişikliklerin Sermaye Şirketlerinde Kâr Payı Dağıtımına Etkisi’ (LexperaBlog, 30 Nisan 2020) (<https://blog.lexpera.com.tr/koronavirus-covid-19-pandemisi-nedeniyle-7244-sayili-kanunla-turk-ticaret-kanununda-yapilan-degisikliklerin-sermaye-sirketlerinde-kar-payi-dagitimina-etkisi/> E T 28 Mayıs 2020).
- Karasu R, *Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi* (Güncelleştirilmiş 2. Bası, Yetkin 2015).

- Karslıoğlu H, 'Anonim Şirketlerde Kâr Payının Hesaplanması ve Dağıtım İlkeleri' (2019) Ankara Barosu Dergisi C 77 S 3 181-227.
- Kırca İ, Çelik F H ve Manavgat Ç, *Anonim Şirketler Hukuku* (Cilt 1, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 2013) (Kırca, Şehirali Çelik ve Manavgat, Cilt 1).
- Kırca İ, Çelik F H ve Manavgat Ç, *Anonim Şirketler Hukuku* (Cilt 1, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 2016) (Kırca, Şehirali Çelik ve Manavgat, Cilt 2/2).
- Korkut Ö, *6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na göre Anonim Şirketlerde Genel Kurul Kararlarının Butlanı* (Karahan 2012).
- Moroğlu, *Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü* (8. Baskı, On İki Levha 2017).
- Önder F, 'Yargıtay Kararları Açısından Limited Şirket Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü' (2005) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C 7 S 1 103-126.
- Özer I, *Türk ve Yabancı Hukuk Sistemlerinde Anonim Şirket Yöneticilerinin Mali Hakları* (Adalet 2013).
- Paslı A, 'Anonim/Limited Ortaklık Genel Kurul Toplantılarının 7244 sayılı Özel COVID-19 Kanunu Sonrasındaki Durumu: Sermaye Şirketlerindeki Ortakların Sağlığının Değeri Var mıdır?' (Ticaret Kanunu.Net, 20 Nisan 2020) (<http://www.ticaretkanunu.net/ali-pasli-anonim-limited-ortaklik-genel-kurul-toplantilarinin-7244-sayili-ozel-covid-19-kanunu-sonrasindaki-durumu-sermaye-sirketlerindeki-ortaklarin-sagliginin-degeri-var-midir/> E T 11 Mayıs 2020).
- Paslı A, 'COVID-19 Salgınının Anonim ve Limited Ortaklık Yıllık Olağan Genel Kurul Toplantılarına Etkisi: Güncel Koşullar Süzerken Genel Kurul Kararı Alınabilir Mi?' (Ticaret Kanunu.Net, 24 Mart 2020) (<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/> E T 11 Mayıs 2020).
- Pınar H, 'Şirketler Hukuku Açısından Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Rekabet İhlallerinden Dolayı Sorumluluğu' (2009) BATİDER C XXV S 4 369-405.
- Pınar H ve Türkoğlu Ö, 'Sermaye Şirketlerinin Öz Kaynaklarını Korumasına İlişkin COVID-19 Önlemleri' (Magna Hukuk, 20 Mayıs 2020) (<http://www.magnahukuk.com/sermaye-sirketlerinin-oz-kaynaklarini-korumasina-iliskin-covid-19-onlemleri/> E T 20 Mayıs 2020).
- Poroy R, Tekinalp Ü ve Çamoğlu E, *Ortaklıklar Hukuku I* (Güncellenmiş, Yeniden Yazılmış 14. Bası, Vedat 2019).
- Pulaşlı H, *Şirketler Hukuku Genel Esaslar* (Adalet 2020).
- Pulaşlı H, 'Anonim Şirket Genel Kurul Kararlarının Sakatlığı ve Müeyyidesi' (2013) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C XVII S 1-2 885-898 (Pulaşlı Genel Kurul Kararları).
- Pulaşlı H, 'Anonim Şirket Yöneticilerinin Haksız Yere Aldıkları Kazanç Payı ve Diğer Edimleri İade Yükümlüğünün Türk ve İsviçre Hukuku Perspektifinden Değerlendirilmesi' *Prof. Dr. Hikmet Sami Türk'e Armağan* (Turhan 2017) (Pulaşlı İade Yükümlüğü).
- Sağlam F, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özünü* (AÜSBF yayını 1982).
- Tandoğan H, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri* (Cilt 2, Vedat 2010).
- Tekinalp Ü, 'Sermayenin Korunması İlkesi' *Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan* Cilt 2 (Oniki Levha 2010) 1681-1699 (Tekinalp Sermayenin Korunması).
- Tekinalp Ü, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku* (Değişiklikler ve İkincil Düzenlemelerle Güncellenştirilmiş 4. Bası, Vedat 2015).
- Üçışık G ve Çelik A, *Anonim Ortaklıkta Finansal Tablolar Yedek Akçeler ve Kar Dağıtımı* (On İki Levha 2018)

Yanlı V, 'Kâr Payı Avansı Dağıtımı Hakkındaki Düzenleme (Sermaye Piyasası Kanunu'na Tabi Olmayan Şirketlerde' (2014) *Türk Ticaret Kanunu'na İlişkin İkincil Mevzuatın Değerlendirilmesi Sempozyumu* 13-15 (Yanlı Kâr Payı Avansı).

Yanlı V, 'Yeni Ticaret Kanunu ve Anonim Şirketlerde Kâr Dağıtımı' (Mart 2014) *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* C 30 S 1 5-32.

Yanlı V, 'Yönetim Kurulu Üyelerine Sağlanacak Mali Haklar İle İlgili Bazı Değerlendirmeler' (2017) *BATIDER*, C 33 45-69 (Yanlı Mali Haklar).

Yüksel M, 'Temel Hakların Sınırlandırılması ve Ölçülülük' (2017) *SDÜHFD* C 7 S 1 3-74.



Taşıma Hukukunda Riziko Alanı İlkesi Bağlamında Nötr Alan ve COVID-19'un Nötr Alan Olarak Değerlendirilmesi

Vural Seven* , Ahmet Batuhan Oyal**

Öz

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun "Taşıma İşleri" başlıklı dördüncü kitabında yer alan TTK m 863/3, 865, 866/2, 867/4, 869/1, 4 ve 870/2, 3 hükümleri incelendiğinde taşıma sözleşmesinin taraflarına tanınan bazı talep haklarının doğması; taşıma veya teslim engelinin kendi riziko alanına girmemesine veya karşı tarafın riziko alanında yer almasına bağlanmıştır. Riziko alanı ilkesi, kusur sorumluluğundan daha geniştir. Zira taşıma sözleşmesinin taraflarının riziko alanları belirlenirken, şahsi kusurlu davranış veya ihmallerinin yanı sıra; tarafların organizasyon alanlarından kaynaklı kusurlar, öngörülebilirlik ve hakimiyet gibi bazı diğer kriterlere de başvurulması gerekir. Taşıma sözleşmelerinde tarafların, başka bir deyişle gönderen ve taşıyıcının riziko alanı olmak üzere en az iki riziko alanı olduğu tartışmasız kabul edilmektedir. Bununla birlikte bu iki riziko alanı dışında bir "nötr alan" olup olmadığı tartışmalıdır. Nötr alanın varlığının kabulü durumundaysa, nötr alanda yer alan bir sebepten ötürü bir taşıma veya teslim engelinin doğması durumunda buna taşıma sözleşmesinin hangi tarafının katlanması gerektiğine ilişkin kanuni bir düzenleme olmadığı gibi doktrinde de farklı çözümler önerilmektedir. 2020 yılının Şubat ayından itibaren tüm dünyada hayatı durma noktasına getiren COVID-19 pandemisi, nötr alanın kabulünün ne kadar gerekli olduğunu ortaya koymuştur. Nötr alanın varlığı kabul edildiğindeyse, nötr alanda yer alan bir sebepten kaynaklanan taşıma veya teslim engelinin sonuçlarının ve özellikle maddi külfetinin taşıma sözleşmesinin hangi tarafına yüklenmesine ilişkin taşıma hukuku sistematiği içerisinde, riziko alanı ilkesini içeren her bir hükmün ratio legis ve menfaatler dengesi gözetilerek çözümler üretilmelidir. Bu bağlamda Türk Ticaret Kanunu'nun beşinci kitabı altında yer alan ve denizde taşımaya ilişkin hükümlerden de faydalanılmalıdır.

Anahtar Kelimeler

Riziko alanı, Risk alanı, Riziko alanı prensibi, Eşya taşıma, Taşıma hukuku, COVID-19, Taşıma engeli, Teslim engeli, Nötr alan

Neutral Area In Terms of Risk Area Principle In Transportation Law and Assessment of COVID-19 Pandemic In Regards To Neutral Area

Abstract

The transport law of Turkish Commercial Code No. 6102 grants certain demand rights to the parties of a carriage contract. This has been attributed to the fact that the transport or delivery obstacle may not fall within the carrier's own risk area or is included in the risk area of the other party. Risk area principle is broader than fault liability. Because, while determining the risk areas of the parties of the contract, besides personally culpable behavior or negligence; some other criteria such as culpability arising from the organizational areas of the parties, predictability, and controllability are also applicable. It is not disputed that there is a carrier's risk area and a consignor's risk area. It is, however, controversial whether there is a third or neutral area. If the existence of a neutral risk area is accepted, there is no legal regulation regarding which party must endure the consequences of carriage or delivery obstacles that arise from the neutral risk area; doctrinal solutions to this issue diverge. For much of the world, the COVID-19 pandemic brought normal life to a standstill beginning in February 2020. The pandemic revealed how necessary it is to acknowledge the existence of a neutral risk area. Solutions

* **Sorumlu Yazar:** Vural Seven (Prof. Dr.), Türk-Alman Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Ana Bilim Dalı, İstanbul, Türkiye. E-Posta: seven@tau.edu.tr ORCID: 0000-0002-8241-3196

** Ahmet Batuhan Oyal (Arş. Gör.), Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Ana Bilim Dalı Araştırma Görevlisi, İstanbul, Türkiye. E-Posta: oyal@tau.edu.tr ORCID: 0000-0002-3055-5870

Atf: Seven V, Oyal AB, "Taşıma Hukukunda Riziko Alanı İlkesi Bağlamında Nötr Alan ve COVID- 19'un Nötr Alan Olarak Değerlendirilmesi" (2020) 78(2) İstanbul Hukuk Mecmuası 611. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2020.78.2.0013>



must be developed within transport law regarding the consequences of carriage or delivery obstacles that result from a neutral event. Also, in this context, the fifth book of the Turkish Commercial Code contains provisions related to sea transport that should be utilized..

Keywords

Risk area, Risk area principle, Carriage of goods, Transportation law, COVID-19, Carriage obstacle, Delivery obstacle, and neutral area

Extended Summary

According to some of the transport law provisions in Turkish Commercial Code No. 6102, the emergence of certain demand rights granted to the parties of a carriage contract was attributed to the fact that the transport or delivery obstacle does not fall within the carrier's own risk area or is included in the risk area of the other party. The risk area principle is a concept that has been obtained from German law. The risk area principle is incorporated in Art 863 par 3, 865, 866; par 2, 867; par 4, 869; par 1 and par 4, 870; par 2; and par 3 of the Turkish Commercial Code. In these articles, risk area is the determining factor of whether a party of the carriage contract has demand rights. Risk area is not equivalent to or synonymous with fault liability. The risk area principle is more comprehensive than fault liability.

In German doctrine and judicature, it is unanimously accepted that there are at least two risk areas, the risk area of the carrier and the risk area of the consignor. The same applies to Turkish law. But it is disputed whether there is a third risk area, a neutral area outside the risk areas of the parties of the carriage contract. In order to determine whether a carriage or delivery obstacle falls within the risk area of a party, several factors must be taken into consideration. If the carriage or delivery obstacle arises because of personally culpable behavior or negligence of a party, the obstacle falls within the risk area of that party. The same applies if the obstacle is not caused by personally culpable behavior or negligence of a party but by the fault of operational sphere of that party which must comply with the legal requirements. If one party might have been better able to foresee the obstacle than the other party, that obstacle falls also within the risk area of that party.

Even though a majority of obstacles can be placed in the risk area of one of the parties using these criteria, some do not fall within the risk areas of either party. This problem raises the question of whether there is a third risk area, a neutral risk area for that matter. More importantly there is a question of how to handle an obstacle caused by a reason arising from the neutral area and which party should have the onus of responsibility for that obstacle when neither party can be held responsible for an obstacle caused by a reason that lies in the neutral risk area.

COVID-19 has proven that a global pandemic is not something that either party in a carriage contract could have anticipated. Globally, lockdowns, nationwide shutdowns, import/export limitations, and other drastic measures to fight the pandemic have caused a lot of carriage and delivery obstacles. According to our sort criteria whether an obstacle should be placed in the risk area of the carrier or of the consignor did not help us with COVID-19 related obstacles because COVID-19 and measures that were taken to fight the pandemic did not result from culpable behavior or negligence of either party or fault in their organizational areas. A pandemic that happens only once a century is also not foreseeable for the parties in a carriage contract. Nor is it a more controllable circumstance for either party in the contract. COVID-19 has proved that some obstacles are caused by forces for which the parties of the carriage contract cannot be held responsible. Therefore, the existence for a neutral risk area is legally necessary.

The problem with acknowledging the existence of a neutral risk area is that the consequences of an obstacle arising from the neutral risk area are not regulated and the question remains which party must be burdened with the economic responsibility. The solution must be developed within transportation law separately for each provision that contains a risk area principle. The interests of both parties and the reason behind the specific provision must be considered. In this context, the provisions under the fifth book of the Turkish Commercial Code related to carriage of goods by sea should also be utilized. For example, according to Art 863, par 3 TCC, if the carrier waits for a longer time than is reasonable for loading or unloading based on the provisions of the contract or for reasons out of its risk area, it becomes entitled to reasonable fees as demurrage (a charge for detaining the ship). This provision is parallel to Art 1156 par 4 TCC which regulates the right to demurrage payment in maritime law. According to Art 1156 par 4 TCC, if the loading cannot be completed because of accidental reasons related to the activity areas of both parties like storms, ice, etc., the carrier must wait for loading to be completed. In return, the ship charterer is obliged to pay demurrage to the carrier for these delays even though they are within the loading time. A similar solution is applicable to Art 863 par 3 TCC. The carrier shall wait to load/unload if the consignor insists when the loading/unloading is not possible due to a neutral obstacle. In that case the consignor must pay demurrage for the waiting time. If it is uncertain when the obstacle will be lifted and the consignor does not wish to pay demurrage, the consignor has the right to terminate the contract according to Art 865 TCC without having to pay a termination indemnity.

Taşıma Hukukunda Riziko Alanı İlkesi Bağlamında Nötr Alan ve COVID-19'un Nötr Alan Olarak Değerlendirilmesi

Giriş

Türk Ticaret Kanunu'nun "*Taşıma İşleri*" kitabında eşya taşımaya ilişkin bazı hükümlerinde, mehz kanun olan Alman Ticaret Kanunu'na paralel olarak "*riziko alanı ilkesi*"ne yer verilmiştir. Bir taşıma veya teslim engeli söz konusu olduğunda, taşıma sözleşmesinin taraflarına tanınan bazı talep haklarının doğması, taşıma veya teslim engelinin kendi riziko alanına girmemesine veya karşı tarafın riziko alanında yer almasına bağlanmıştır.

Riziko alanı kavramı, hukukumuzda üzerinde durulan bir kavram olmamakla birlikte mehz hukukta hem doktrinde geniş ölçüde tartışılan hem de yargı kararlarında sıklıkla üzerinde durulan bir kavramdır. Riziko alanı ilkesine yer verilen TTK m 863/3, 865, 866/2, 867/4, 869/1, 4 ve 870/2, 3 hükümlerinin lafzı incelendiğinde "*gönderenin riziko alanı*" veya "*taşıyıcının riziko alanı*"ndan bahsedilmektedir. Bu çalışmamızda, riziko alanı ilkesini açıklamaya çalışmanın yanı sıra kanunun lafzından farklı olarak taşıma sözleşmesinin taraflarının riziko alanları dışında, üçüncü bir alan olarak "*nötr alan*" olup olmadığı incelenecek ve nötr alanın varlığının kabulü durumunda, nötr alandan kaynaklanan taşıma ve teslim engellerinin, Türk Ticaret Kanunu'nun mevcut hükümleri uyarınca tarafların riziko alanı ilkesine bağlanan talepleri üzerinde nasıl bir etki doğurduğu irdelenecektir. Riziko alanı ilkesinin mehz kanundan alındığı göz önünde bulundurulduğunda, riziko alanı ilkesinin daha iyi anlaşılabilmesi için, konuyla ilgili Alman doktrinindeki görüşlere de geniş yer vermenin faydalı olacağı kanaatindeyiz.

Tarafların alanları dışında üçüncü bir alan olarak "*nötr*" alanın kabulü konusunda, mehz hukukta bir görüş birliği yoktur. Bu çalışma kapsamında, nötr alanın varlığının kabulü gerektiği; tüm dünyayı daha önce benzeri görülmemiş nitelikte ve ölçülerde önlemler almaya zorlayan ve Dünya Sağlık Örgütü tarafından pandemi olarak ilan edilen COVID-19 salgınının sebep olduğu taşıma ve teslim engelleri üzerinden ortaya koymaya çalışılmıştır.

I. Taşıma Hukukunda Riziko Alanı İlkesi

A. Kavram

Türk Ticaret Kanunu'nun taşıma hukukuna ilişkin hükümleri incelendiğinde, "*riziko alanı*"¹ ifadesine pek çok hükümde yer verilmiş olup taşıma sözleşmesinin

¹ Türk Ticaret Kanunu'nun taşıma işlerine ilişkin hükümleri içeren dördüncü kitabında sadece m 863/3'te "*risk alanı*" ifadesi kullanılmış; riziko alanı ilkesine başvuru diğer hükümlerde hep "*riziko alanı*" ifadesine yer verilmiştir. TTK m 863 f 3'ün gerekçesi incelendiğinde; "*Üçüncü fıkra taşıma hukukuna hakim Alman öğretisinde geliştirilmiş "riziko alanı" teorisine dayanır*" ifadesinden aslında "*risk alanı*" ile riziko alanının ifade edilmek istediği anlaşılmaktadır.

tarafları arasında menfaat dengesi kurulurken² “*riziko alanı ilkesi*”, başvuru alan temel enstrümanlardan birini oluşturur (TTK m 863/3, 865, 866/2, 867/4, 869/1 ve 4, 870/2, 3)³. Ancak riziko alanının tanımı ne kanunumuzda ne de mehz kanun olan Alman Ticaret Kanunu’nda yapılmış değildir. Mehz Alman taşıma hukukunda bu ilkenin içeriği konusunda öğretide görüş birliği bulunmamaktadır⁴. Aynı tartışmaların Türk hukuku için de geçerli olacağı açıktır.

Alman Federal Yüksek Mahkemesi de, önüne gelen uyuşmazlıklarda riziko alanına ilişkin değerlendirmelerinde organizasyon alanı, dahil etme (“*Zurechnung*”), öngörülebilirlik, hakimiyet, tarafların alanları gibi bazı kavramlar kullanmaktadır. Riziko alanı ilkesinin anlaşılabilmesi için öncelikle bu kavramların irdelenmesi gerekir.

1. Alan Kavramı ve Organizasyon Alanı

Alman Ticaret Kanunu’nun gerekçesi incelendiğinde, riziko alanı ilkesinin “*alan düşüncesi*”ne (*Sphäredanken*) dayandığı belirtilmiştir⁵. Alan kavramı, “*daha yakın olma (näher dran)*” düşüncesini içerir⁶. Her (gerçek veya tüzel) kişinin, hususiyetinin ve davranışlarının ait olduğu bir alanı vardır. Kişi, bu alanını düzenleme konusunda özerktir. Kişinin alanının sınırları; etki edebileceği, kendi kontrolü dahilinde olan hususlarla sınırlıdır. Kişiler, üstlendikleri borçları gerektiği gibi ifa edebilmek için kendi alanlarını sürekli olarak değişen çevrelerine ve çevresel faktörlere adapte etmek zorundadırlar.

Bu bağlamda “*organizasyon alanı*” kavramı karşımıza çıkar. Taşıma sözleşmesinin tarafları, sözleşmenin sorunsuz ifası için kendi organizasyon alanlarını buna göre düzenlemek zorundadırlar⁷. Taşıyıcı; üstlendiği taşıma işini gerçekleştirmek için

² Taşıma uygulamalarından doğan riskin yönetilmesi (“*risk management*”) konusunda bkz. Knorre Jürgen / Klaus Demuth / Reinhard Th. Schmid, *Handbuch des Transportrechts* (2. Bası C.H. Beck 2015) 395-416.

³ Bkz. Thomas Braun, *Das frachtrechtliche Leistungsstörungsrecht nach dem Transportrechtsreformgesetz, Eine Untersuchung der frachtlichen Leistungsstörungstatbestände der §§ 407 ff HGB unter besonderer Berücksichtigung der Bezüge zum bürgerlichen Recht*, (LIT 2002) 88; Fritz Fremuth (Fritz Fremuth / Karl Heinz Thume), *Kommentar zum Transportrecht* (Recht und Wirtschaft 2000) § 421, Nr 16.

⁴ Tartışmalar için bkz. Braun (n 3) 88 vd.; Ingo Koller, *Transportrecht – Kommentar zu Land-, Luft- und Binnengewässertransport von Gütern, Spedition und Lagergeschäft*, (10. Bası C.H. Beck 2020) § 412, N 53-57b; Karl Heinz Thume (Karsten Schmidt), *Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch Band 7* (4. Bası C.H. BECK 2020) § 412 Nr 39-46; Fabian Reuschle (Carsten Thomas Ebenroth / Karlheinz Boujong/ Detlev Joost / Lutz Strohn), *Handelsgesetzbuch Band 2* (3. Bası Vahlen 2015) § 412, Nr 37. Riziko alanı ilkesi, Alman taşıma hukukunda çok uzun süreden beri kullanılan bir kavramdır. Nitekim daha 1871 yılında İmparatorluk Yüksek (İstinaf) Ticaret Mahkemesi’nin önüne gelen uyuşmazlıkta bu kavrama müracaat edildiği belirtilmektedir (bkz. Braun (n 3) 89).

⁵ Koller, *Kommentar* (n 4) § 412, Nr 53; Fremuth (n 3) § 412, Nr 16; Hanno Merkt (Klaus J. Hopt, Christoph Kumpan, Hanno Merkt, Markus Roth, Adolf Baumbach), *Beck’sche Kurzkommentar – Handelsgesetzbuch* (39. Bası C.H.Beck 2020) § 412, Nr 3; Jörgen Bracher (Jürgen Ensthaler), *Gemeinschaftskommentar zum Handelsgesetzbuch mit UN-Kaufrecht* (7. Bası Hermann Luchterhand 2007) § 421 Nr 9; Marian Paschke (Hartmut Oetker), *Handelsgesetzbuch – Kommentar* (6. Bası C.H.Beck 2019) § 412, Nr 14; Dieter Rabe (Dieter Rabe/ Kay Uwe Bahnsen), *Beck’sche Kommentare Band 9b – Seehandelsrecht* (5. Bası C.H.Beck 2018) §565, Nr 23.

⁶ Thume (Schmidt), (n 4) § 412, Nr 39; Ingo Koller, ‘Der “Risikobereich” im HGB-Frachtrecht’ (2012) 63 (22), VersR 949, 952; Koller, *Kommentar* (n 4) § 412, Nr 54.

⁷ Koller, *Risikobereich* (n 6) 950, Koller, *Kommentar* (n 4) § 412, Nr 56.

gerekli sermaye, araç⁸ ve ekipman gibi maddi kaynaklara ve personele sahip olmalıdır. Ayrıca sahip olduğu maddi kaynakları ve personeli, taşıma işinin sorunsuz ifası için organize ve koordine etmekle yükümlüdür. Dolayısıyla taşıyıcının hem maddi kaynakları (TTK m 877) hem de gerek kendisinin doğrudan istihdam ettiği gerekse taşıma işini gerçekleştirirken faydalandığı ve kendisine hizmet eden bağımsız üçüncü kişiler (TTK m 879), taşıyıcının organizasyon alanına dahildir.

Aynı şekilde gönderenin de taşıma sözleşmesinden kaynaklı edimlerini yerine getirebilmesi için gerekli maddi kaynaklara ve personele sahip olması gerekir. Örneğin taşıma konusu eşyanın, süresinde teslim hazır edilmesi, yüklenmesi⁹, sözleşmede aksi kararlaştırılmadıysa taşıma için uygun şekilde ambalajlanması ve işaretlenmesi¹⁰, taşıma bedelinin ödenmesi gibi yükümlülüklerin organizasyon ve koordinasyonundan gönderen sorumludur. Bir başka deyişle gönderen de, organizasyon alanını taşıma sözleşmesinin sorunsuz ifası için kendisine düşen yükümlülükleri yerine getirebilecek şekilde düzenlemelidir.

2. Dâhil Etme

Taşıma hukuku kurallarında atıfta bulunulan riziko alanı ilkesinin anlamlandırılmasında, ilgili kanun metni de belirli ölçüde bir ipucu vermektedir. TTK m 863/3'de "*kendi risk alanından kaynaklanmayan nedenlerle*" ifadesi yer alırken, TTK m 870/2, c 2'de "*taşıyıcının riziko alanına giren bir sebepten*" ve TTK m 870/3'te ise "*gönderilenin riziko alanına giren bir nedenden*" söz edilmektedir. Ayrıca TTK m 865, 866/2, 867/4 ve 869'da "*taşıyıcının riziko alanına giren sebepler*" ifadesine yer verilmiştir. TTK m 863/3'de yer alan hükmün çeviri yanlışlığı olduğu, bu maddenin mehzasını oluşturan HGB § 412/3'de yer alan "*Rizikobereich zuzurechnen*" ifadesi ile anlaşılmaktadır¹¹. Çünkü HGB'de riziko alanına atıfta bulunulan bütün hükümlerde sadece bu ifadeye yer verilmiştir (HGB § 412/3, § 415/2 c 2, § 416 c 4, § 417/4, § 419/1, § 420/2, 3). Bu hükümlerin lafzı dikkate alındığında, taşımanın ifasını olumsuz şekilde etkileyen bir engelin tarafların riziko alanından "*kaynaklanması*" değil, bu alan içine "*girmesi*", bu alanda sayılması (dahil edilmesi) önem taşımaktadır. Bir engelin riziko alanında bulunması veya bu engelin riziko alanından kaynaklanması ile engelin riziko alanına girmesi (oraya dahil edilmesi) arasında farklılık vardır¹². Taraflardan birinin şahsından kaynaklanan özel rizikolar da objektif olarak kendi organizasyon alanında bulunmasa da, riziko alanı içinde yer alır. Aynı şekilde taşıyıcı

⁸ Knorre/Werdein (Knorre / Demuth / Schmidt) (n 2) 47, Nr 70; LG Kleve, 15.08.2012 - 7 O 8/10, Nr 10 vd.

⁹ Sözleşmede aksi kararlaştırılmamışsa, taşıyıcının adamlarının yükleme sırasında gönderene yardım etmeleri, taşıyıcının zımnen bu yükümlülüğü üstlendiği anlamına gelmez; taşıyıcının adamlarının, gönderene yüklemeye yardım etmeleri sadece taraflar arasındaki hatır ilişkisine binaen hareket edildiği şeklinde yorumlanabilir, Thume (Schmidt), (n 4) §412, Nr 6. Aynı yönde bkz. OLG Köln, 26.03.1996 - 22 U 232/95; OLG Düsseldorf 23.01.1997 - 18 U 102/95.

¹⁰ Reuschle (Ebenroth / Boujong / Joost / Strohn), (n 4) §411, Nr 2; Paschke (Oetker), (n 5) §407, Nr 61.

¹¹ Koller, *Kommentar* (n 4) § 412, Nr 53a.

¹² Ayrıca bkz. Koller, *Kommentar* (n 4) § 412, Nr 53a.

ve gönderen açısından, kendi organizasyon alanlarının dışından kaynaklanan sebepler bir taşıma engeline neden olsa bile, bu taşıma engeli taraflardan birinin organizasyon alanından “*kaynaklanmamakla*” birlikte belirli durumlarda onların riziko alanına dahil edilebilir. Dolayısıyla “*riziko alanına dahil etme/girme*” ile “*riziko alanından kaynaklanma*” kavramları birbiriyle eşdeğer değildir¹³.

3. Öngörülebilirlik

Öngörüler, kural olarak kesin değildir. Öngörüler sadece, bir olayın gerçekleşmesinin ne olasılıkla mümkün olup olmadığını tespit etmeye yarar. Ancak yeterli emare yoksa ve gerekli özenin gösterilmesi sonucunda meydana gelecek olayların doğal akışının ne olacağı bilinemiyorsa, olayın gerçekleşme ihtimali bakımından bir değerlendirme yapılması mümkün değildir. Bu gibi durumlarda gerçekleşen olay öngörülemezdir. Aynı şekilde gerçekleşmesi, neredeyse kesin bir ihtimalle mümkün olmayan bir olayın gerçekleşmesi de öngörülemezdir¹⁴.

Öngörülebilirlik kavramı somutlaştırılırken, bir taşıma engelinin öngörülebilir olup olmadığını tespitinde - kusurun tespitinden farklı olarak - bunun engellenebilir olup olmadığı kriterinin baz alınmaması gerekir. Değerlendirilmesi gereken husus, olayın gerçekleşme ihtimalinin ne olduğu ve risk potansiyelinin yeterince anlaşılıp anlaşılmadığı ve buna bağlı olarak fiyat oluşumunda risk priminin hesaplanabilir olup olmadığıdır. Öngörülebilirlik için asıl olan; riskin matematiksel olarak veya başka bir şekilde hesaplanabilir olup olmadığıdır. Bir engel ne kadar tipikse, o kadar öngörülebilirdir. Örneğin eğer suların çekilmesi nedeniyle taşıma oldukça yüksek bir ihtimalle sekteye uğrayacaksa, taşıyıcı anlaşmaya fiyat bakımından ileriye yönelik bir çekince koymaya çalışacaktır¹⁵. Böyle bir durumda taşıyıcı, fiyat hesaplaması yaparken muhtemel bir kısmı boşaltma veya bekleme süresinden kaynaklanacak maliyeti de dikkate alacaktır¹⁶. Aynı durum, yılın belli bir zamanında gerçekleşmesi muhtemel tipik bir engel nedeniyle, örneğin otobanlarda trafik olması, yılın o zamanında yapılacak taşımaların fiyatının hesaplanması için de geçerlidir. Burada söz konusu olan riskin matematiksel olarak açıklanabilir ve hesaplanabilir hale gelmesidir. Örneğin yılın belli zamanlarında veya belli bölgelerde suların yükselmesi

¹³ Vural Seven, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK n 856-893) Hükümlerine Göre Taşıma Hukukunda Gönderilen (Yetkin 2012) 217-218.

¹⁴ Koller, *Risikobereich* (n 6) 951.

¹⁵ Fischer, böyle bir durumda taşımada gecikme yaşanabileceğini veya taşımının sekteye uğrayacağını bilen bir taşıyıcının, kanundan kaynaklı bazı haklarının sadece engelin kendisi tarafından öngörülebilir olduğu için kaybetmesinin, rizikonun taraflar arasındaki dağılımı açısından pek de adil olmayacağını, zira bu durumun taşıyıcıyı, taşıma engelinin ortaya çıkacağı zaman dilimi sürecince taşıma yapmamaya iteceğini veya gönderene muhtemel taşıma engeliyle ilgili bilgi verme zorunluluğu doğacağından, gönderenin taşımadan vazgeçebileceğini belirtmiştir. Martin Fischer, *Zur Entwicklung der Rechtsprechung in der Binnenschifffahrt* (2010) VersR 61 (10), 436, 438.

¹⁶ Koller, *Risikobereich* (n 6) 952.

tipik bir olayken¹⁷, yüz yılın en büyük su yükselmesi alışagelmışin dışında bir durum olduğundan, hesaplanabilir ve dolayısıyla öngörülebilir değildir.

4. Hakimiyet

Hakimiyet (“*Beherrschbarkeit*”), somut bir taşıma engelinin ortaya çıkıp çıkmamasının taraflardan birisince kontrol edilebilmesini ifade eder. Taraflar, taşımaya ilişkin alanlarını organize ederken taşıma işinin; sekteye uğramadan, sözleşmeye uygun şekilde gerçekleşebilmesi için kendilerinden beklenen özeni göstermek zorundadırlar. Başka bir deyişle gereken özenin gösterilmesi yönünde bir yükümlülük veya külfete sahip tarafın, gerekli özeni göstermemesinden kaynaklı olarak ortaya çıkan taşıma engeli, özen yükümlülüğünü ihlal eden tarafça hükmedilebilir bir taşıma engelidir¹⁸.

Bu bağlamda hakimiyet kavramı oldukça geniştir. Örneğin Alman Ticaret Kanunu m 426’de, taşıyıcının sorumluluktan kurtulabilmesi için “*gösterilebilecek en yüksek özeni*” göstermiş olması şart koşularak, taşıyıcının özen yükümlülüğü bakımından özel bir ölçüt¹⁹ öngörülmüştür. Hukukumuzda ise taşıyıcının göstermesi gereken özen ölçütü²⁰ bakımından benzer bir düzenleme, Türk Ticaret Kanunu m 876’da yer almaktadır. “*Taşıyıcının Özeni*” kenar başlığına sahip TTK m 876 uyarınca “zıya, hasar ve gecikme, taşıyıcının *en yüksek özeni göstermesine rağmen* kaçınamayacağı ve sonuçlarını önleyemeyeceği sebeplerden meydana gelmişse, taşıyıcı sorumluluktan kurtulur”.

Gönderenin de göstermek zorunda olduğu özeni göstermemesinden kaynaklı olarak ortaya çıkan taşıma engellerinin de gönderen tarafından hükmedilebilir olduğu kabul edilmelidir²¹. Dolayısıyla sadece sonuçlarından hiçbir şekilde kaçınılması mümkün olmayan veya sadece absürt sayılacak önlemlerle durdurulması mümkün olan sebepler hükmedilemez olarak değerlendirilmelidir²².

¹⁷ Thor von Waldstein / Hubert Holland, *Binnenschiffahrtsrecht - Kommentar* (5. Bası De Gruyter 2007) §412, Nr 28; Otto Vortisch/ Wilfrid Bemm, *Binnenschiffahrtsrecht - Kommentar* (4. Bası De Gruyter 1991) §44 BinSchG, Nr 9; OLG Köln, 27.02.2009 - 3 U 204/07.

¹⁸ Koller, *Kommentar* (n 4) §419, Nr 27. Thume ise, taşıyıcının bir taşıma engelinin ortaya çıkmasını engellemek için en yüksek özeni göstermek gibi bir zorunluluğu olmadığını savunmaktadır, Thume (Schmidt), (n 4) §419, Nr 42.

¹⁹ Herber/Hamm (Schmidt), (n 4) §426, Nr 4-5; Koller, *Kommentar* (n 4) §426, Nr 4; Paschke (Oetker), (n 5) §426, Nr 7; Schaffert (Ebenroth / Boujong/ Joost / Strohn), (n 4) §426, Nr 5

²⁰ Hukukumuzda taşıyıcının özen yükümlülüğüne ilişkin bkz. Sabih Arkan, *Karada Yapılan Eşya Taşımalarında Taşıyıcının Sorumluluğu*, (BTHAE 1982) 109 vd.; Doğuş Taylan Türker, “Taşıyıcının En Yüksek Özeni Üzerine Bir İnceleme (TTK m 876)”, (2020) DEUHFD 22 (1) 255, 255 vd.; Mertol Can, *CMR ve Alman Ticaret Kanunu Hükümleri İle Mukayeseli Olarak Türk Taşıma Hukukunun Genel Esasları I. Cilt* (İmaj 2017) 90; Aksoy Yavaş, *Kara Yolunda Konteyner İle Yapılan Yük Taşımada Kayıp Veya Hasardan Doğan Sorumluluk (Türk Hukukunda Ve Uluslararası Sözleşmelerde)* (Onikilevha, 2016) 121 vd.; Demet Yürük Yenioçak, *CMR Hükümleri Uyarınca Taşıyıcının Sorumluluktan Kurtulması* (Seçkin 2019) 82 vd.; Ercan Erdem, *CMR Konvansiyonu ve 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Karayolu Taşıma Hukuku* (Bilge 2013) 302 vd.

²¹ Koller, *Kommentar* (n 4) §420, Nr 25; Thume (Schmidt), (n 4) §420, Nr 24. BGH, 22. 6. 2011 – I ZR 108/10 Nr 19.

²² Koller, *Risikobereich* (n 6) 951; Patrick Schmidt (Claus-Wilhelm Canaris/ Matthias Habersack/ Carsten Schäfer), *Staub Großkommentar – Handelsgesetzbuch Band 12* (5. Bası De Gruyter 2014) §412, Nr 51.

II. Gönderenin ve Taşıyıcının Riziko Alanı

A. Riziko Alanı Kavramı

Öncelikle belirtmek gerekir ki, riziko alanı ve alan eş anlamlı kavramlar değildir²³. Yukarıda belirtildiği üzere²⁴ “alan” kavramı, “daha yakın olma” düşüncesini içerir²⁵. Öte yandan riziko alanı kavramı, alan kavramına kıyasla daha geniştir. Taraflardan birinin şahsından kaynaklanan özel rizikolar da objektif olarak kendi organizasyon alanında bulunmasa da, riziko alanı içinde yer alır²⁶. Somut olayın özellikleri ve tarafların sübjektif durumları da dikkate alınarak, bir sebebin taşıyıcı veya gönderenin riziko alanı içine girip girmediği değerlendirilir. Taşımayı olumsuz etkileyen bir sebeple riziko alanı arasında bağlantı kurulmasında, kusur unsurunun varlığı halinde çok büyük bir sorunun ortaya çıkmayacağını belirtmemiz gerekir²⁷. Kusur unsuru bu konuda kullanılabilir en temel ölçütlerden biridir. Taraflardan birinin, adamlarının veya bağımsız ifa yardımcılarının kusurundan kaynaklanan bir sebep, söz konusu tarafın riziko alanında yer alır²⁸.

Bununla birlikte tarafların, kendi alanlarını organize etmede kusurlu davranmadıkları hallerde de ortaya çıkan bir taşıma engelinin, taraflardan birinin riziko alanına dahil edilmesi mümkündür²⁹. Başka bir deyişle taşıyıcı ve gönderen açısından, kendi organizasyon alanlarının dışından kaynaklanan sebepler de, belirli durumlarda onların riziko alanına dahil edilebilir. Bu kapsamda başvurulacak bir diğer ölçüt ise “organizasyon alanı”dır³⁰. Taraflardan birinin *organizasyon alanından kaynaklanan sebepler*, o tarafın riziko alanına girer. Tarafların kusurundan kaynaklı taşıma engelleri, tarafların kendi riziko alanlarının sınırlarını belirleyebilmek için tek başına yeterli değildir. Bir taşıma engelinin taraflardan birinin riziko alanına dahil edilebilmesi için mutlaka o tarafın kusurundan kaynaklanması gerekmez; sebebin, organizasyon alanından kaynaklanması yeterlidir³¹. Örneğin taşıma aracındaki üretim hatası sebebiyle bir arıza meydana gelmişse, bu sebep, taşıyıcının organizasyon alanından kaynaklanmıştır. Arıza konusunda taşıyıcıya bir kusur isnat edilemese dahi sonuç değişmeyecektir Zira taşıyıcı, organizasyon alanını üstlendiği taşıma işini sözleşmeye uygun şekilde

²³ Koller, *Risikobereich* (n 6) 952; Thume (Schmidt), (n 4) §412, Nr 39.

²⁴ Bu hususta bkz. yuk. A, I, 1.

²⁵ Bu hususta bkz. yuk. dn 6.

²⁶ Koller, *Risikobereich* (n 6) 952; Thume (Schmidt), (n 4) §412, Nr 39.

²⁷ Seven (n 13) 218.

²⁸ Koller, *Kommentar* (n 4) §412, Nr 56; Koller, *Risikobereich* (n 6) 949; Thume (Schmidt), (n 4) §412, Nr 41; Von Waldstein / Holland (n 17) §412, Nr 25; Bahnsen (Rabe / Bahnsen), (n 5) §489, Nr 25.

²⁹ Koller, *Risikobereich* (n 6) 952; Koller, *Kommentar* (n 4) §412, Nr 56; Bahnsen (Rabe / Bahnsen), (n 5) §489, Nr 25; OLG Hamm, 26.02.2015 – 18 U 82/14.

³⁰ Seven (n 13) 218.

³¹ Schmidt, (Canaris/ Habersack / Schäfer), (n 22) §412, Nr 52-53; Beate Czerwenka (Karsten Schmidt) *Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Aktualisierungsband zum Transportrecht* (C.H.Beck, 2000) §412, Nr 41; Koller, *Kommentar* (n 4) §412, Nr 56a. Bir taşıma veya teslim engelinin taraflardan birisinin riziko alanına dahil edilebilmesi için taşıma/teslim engelinin o tarafa bilinmesine gerek olmadığı yönünde Merkt (Hopt/ Merkt / Roth /Baumach), (n 5) §420, Nr 3.

ifa edecek şekilde düzenlemekle mükelleftir³². Taşıma işini gerçekleştirecek aracın temini ve kullanılması da taşıyıcının organizasyon alanına dahildir³³. Aracın hatalı olarak üretilmesinde veya üretim hatalı aracın alınmasında taşıyıcının herhangi bir kusuru olmasa da³⁴ ve hatta aracın hatalı üretildiği, taşıyıcı tarafından en yüksek özenin gösterilmesi durumunda dahi tespit edilemeyecek olsa da³⁵ araçtaki üretim hatasının sebep olduğu taşıma engeli taşıyıcının riziko alanına dahil edilecektir (TTK m 877).

Üçüncü bir kişinin ağır kusuruyla sebep olduğu bir engel de tarafların organizasyon alanından kaynaklanabilir. Mücbir sebepten farklı olarak bu durum, söz konusu engelin taraflardan birinin riziko alanına dahil edilmesine engel değildir. Taşıyıcının üstlendiği rizikoyu yansıtabileceği üçüncü bir kişi varsa, söz konusu olumsuz sebeplerin de kendi organizasyon alanından kaynaklandığı kabul edilmelidir³⁶.

Kusur veya organizasyon alanı yoluyla taraflara isnad edilemeyen engellerin yanında, bazı durumlarda tamamen tarafların dışında gelişen sebeplerden ötürü de taşıma işi olumsuz etkilenebilir. Örneğin mutad taşıma güzergahı üzerinde çıkan çatışmalar sebebiyle burası geçici olarak trafiğe kapatılabilir veya anormal hava şartları sebebiyle yolların trafiğe kapatılması veya genel çalışma yasakları da tarafların organizasyon alanları dışındaki sebeplerden kaynaklanmaktadır³⁷. Bu konuda ise riziko alanı teorisinin uygulanmasında, “*öngörülebilirlik*” ilkesine başvurulmalıdır³⁸. Söz konusu engel taraflardan biri için öngörülebilir nitelikteyse, bu engel o tarafın riziko alanında yer alacaktır. Böylece kusur, organizasyon alanından sonra dışsal sebepler açısından öngörülebilirlik ilkesi, riziko alanı açısından başvuru alan araçlardan birisidir.

Riziko alanının belirlenmesinde, öngörülebilirliğin yanı sıra hakimiyet kriterinden de faydalanılabilir. Fakat hakimiyet ve organizasyon alanı arasında bir fark olduğu unutulmamalıdır³⁹. Tarafların organizasyon alanına giren tüm hususları kontrol edebilecekleri, bir başka deyişle bu hususlar üzerinde hakimiyetleri olduğu kabul

³² Hamburg Eyalet Yüksek Mahkemesi, bir kararında; gemideki çalışma şartları yüzünden Uluslararası Taşıma İşçileri Federasyonu tarafından desteklenen boykot nedeniyle yükleme personelinin işi durdurmasının taşıyanın riziko alanında yer alan bir taşıma engeli olduğuna hükmetmiştir; OLG Hamburg, 14.7.1988 - 6 U 10/88.

³³ Seven (n 13) 218; Schmidt, (Canaris/ Habersack / Schäfer), (n 22) §412, Nr 53; Koller, *Kommentar* (n 4) §412, NR 57; Detlef Neufang / Hubert Valder, ‘Laden und Ladungssicherung im Straßengüterverkehr – Wer ist verantwortlich?’ (2002) TransportR 25 (9) 325, 326.

³⁴ Seven (n 13) 218.

³⁵ Koller, *Risikobereich* (n 6) 955 dn 117.

³⁶ Seven (n 13) 219.

³⁷ Bu örnekler için bkz. Koller, *Risikobereich* (n 6) 956 dn 137.

³⁸ Koller, *Kommentar* (n 4) §412, Nr 56a; Koller, *Risikobereich* (n 6) 958; Schmidt, (Canaris/ Habersack / Schäfer), (n 22) §412, Nr 54.

³⁹ Sözleşmenin taraflarının, kendi organizasyon alanlarını düzenlerken, üzerlerine düşen yükümlülükleri veya külfetleri yerine getirmemeleri veya kendilerinden beklenen özeni göstermemeleri durumunda organizasyon alanında ortaya çıkan eksiklikler ve hatalar bakımından kusurlu oldukları kabul edilir. Öte yandan hakimiyet, organizasyon alanından kaynaklı problemlere göre daha geniş bir kavramdır. Taraflardan birisinin, kendisinden beklenen özeni göstermesine rağmen engelleyemeyeceği bir engel bakımından kusuru olmadığı kabul edilirse en yüksek özeni göstermesi durumunda engellenecek bir engel söz konusuysa tarafın, o engel üzerinde hakimiyet sahibi olduğundan bahsedilebilir; Koller, *Risikobereich* (n 6) 951. Aynı yönde ayrıca bkz. CZERWENKA (Schmidt), (n 31) 412, Nr 40; Schmidt, (Canaris/ Habersack / Schäfer), (n 22) §412, Nr 54.

edilir⁴⁰. Öte yandan kaynağı tarafların organizasyon alanında olmayan, çevresel faktörlerden kaynaklanan taşıma engelleri bakımından hakimiyet kriteri önem arz eder. Örneğin kışın sert geçtiği bir coğrafya üzerinden yapılan taşımada, güzergah üzerinde yer alan bir yolda ciddi buzlanma nedeniyle yolun trafiğe kapanması; çevresel faktörlerden kaynaklı bir taşıma engelidir. Bu coğrafyada taşıma yapan taşıyıcı, aracına yol şartlarına uygun lastik taktırmak zorundadır. Bu koşullara uygun lastik kullanılması, taşıyıcının organizasyon alanında yer alan bir yükümlülüktür. Öte yandan yolun aşırı buzlanma nedeniyle trafiğe kapanması, taraflardan bağımsız gerçekleşen bir taşıma engelidir. Kışı sert geçiren bir coğrafyada yolda buzlanma meydana gelebileceği, her iki taraf bakımından öngörülebilir olmakla birlikte taşıyıcı, buzlanma olması daha az muhtemel olan bir güzergah seçme veya yolun kapanması nedeniyle alternatif bir rota oluşturarak taşımanın sözleşmeye uygun ifası bakımından buzlanmadan kaynaklı engeli, gönderene kıyasla, daha kolay kontrol edebilir. Dolayısıyla her iki taraf bakımından da öngörülebilir olan engellerde, engel üzerindeki hakimiyet, o engelden kaynaklı rizikonun hangi tarafın riziko alanına dahil edileceğini belirleyebilir.

B. Taşıyıcının Riziko Alanı

Yukarıda yapılan açıklamalar doğrultusunda taşıyıcının kendi kusurundan kaynaklanan tüm taşıma engellerinin taşıyıcının riziko alanına gireceği tartışmasıdır. Örneğin önceki taşıma sırasında bozulan bir aracın, tam olarak tamir edilmeden ikinci bir taşıma işinde kullanılması nedeniyle bozulması gibi bir durumda aracın, tam olarak tamir edilmeksizin taşıma işinde kullanılması nedeniyle taşıyıcının kusurlu olduğu ve bozuk araçla taşıma yapılmasından kaynaklı riskin taşıyıcının riziko alanında yer alacağına kuşku yoktur.

Taşıyıcının organizasyon alanından kaynaklanan sebepler de taşıyıcının riziko alanına girer. Taşıyıcının işletmesinde, taşıma işinin gecikmesine sebep olan bir grev, taşıyıcının organizasyon alanından kaynaklanan bir sebeptir⁴¹. Grevin kanuna uygun olup olmaması bu hususta önem taşımaz. İşletmede kesin veya ihtiyati haciz ya da ihtiyati tedbir kararlarının veya idarenin çeşitli yaptırımlarının (TIR karnesinin iptali⁴², yurt dışına çıkış yasağı, araç sürücüsünün göz altına alınması, iş yerinin kapatılması) uygulanması da tarafların organizasyon alanından kaynaklanan bir sebep olarak görülmelidir. Söz konusu yargısal ve idari işlemler “haksız” olsa dahi bunlar organizasyon alanından kaynaklanan sebeplerdir⁴³.

⁴⁰ Thume (Schmidt), (n 4) §412, Nr 41.

⁴¹ Thume (Schmidt), (n 4) §412, Nr 41; Koller, *Kommentar* (n 4) §412, Nr 57a ve §419, Nr 27.

⁴² OLG Hamm, 24. 2. 1997, 18 U 137/96.

⁴³ Seven (n 13) 218.

Üçüncü kişinin kusuru sebebiyle gerçekleşen trafik kazaları da, taşıyıcının riziko alanında yer alır. Taşıyıcının aynı kaza sebebiyle eşyaya özen borcu bakımından sorumluluğu doğmayacak olsa dahi, riziko alanı teorisi açısından bu kazanın sonuçlarına kendisi katlanacaktır. Örneğin üst geçitten geçen bir aracın, taşıyıcının kullandığı taşıma aracının üstüne düşmesi sebebiyle trafik kazasına karıştığını, eşyanın bu kaza sebebiyle kısmen hasarlandığını ve ayrıca taşımanın da geciktiğini kabul edelim Bu durumda taşıyıcının kısmi hasar sebebiyle sorumlu olmayacağı açıktır (TTK m 876). Ancak geciken taşıma sebebiyle taşıyıcı ek taşıma ücreti talep edemez. Taşımanın gecikmesine sebep olan engel, gönderenin değil, kendi riziko alanından kaynaklanmıştır. Ayrıca yukarıda da belirtildiği üzere trafik kazası örneğinde olduğu gibi, taşıyıcının üstlendiği rizikoyu yansıtabileceği üçüncü bir kişi var ise, söz konusu olumsuz sebeplerin de kendi organizasyon alanından kaynaklandığı kabul edilmelidir⁴⁴. Ayrıca trafik kazaları gibi bir taşıma işletmesinin karşılaşması mümkün olan zarar verici olaylar, bu rizikolar soyut olsa dâhi her zaman taşıyıcı tarafından dikkate alınmak zorundadır⁴⁵. Taşıyıcı, taşıma ücretini belirlerken, ihtimal dahilinde olan bu tür kazaları da hesaba katmalıdır. Bu konuda ortaya çıkan rizikolar gönderene yükletilemez.

Planlanan güzergahta bir engelin ortaya çıkabileceği, taşıyıcı için öngörülebilir nitelikteyse, bu engel rizikosunu taşıyıcının alanında yer alır. Güzergah, gönderen tarafından tayin edilse dahi, kural olarak aynı ilke geçerlidir; zira bu halde de, taşıyıcının güzergahta meydana gelebilecek engelleri öngörmesi gerekir⁴⁶.

C. Gönderenin Riziko Alanı

Gönderenin kusurundan kaynaklı olarak ortaya çıkan taşıma engellerinin, gönderenin riziko alanına gireceği konusunda şüphe yoktur. Örneğin gönderen, üretim bandındaki makinelerde sorun olduğunu bildiği halde gerekli tamirat işlemini yaptırmadığı için taşınması kararlaştırılan eşya, üretilemediği için teslim tarihinde taşıyıcıya teslim edilememişse, burada gönderenin kusurundan kaynaklı olarak ortaya çıkan bir taşıma engeli söz konusudur ve gönderenin riziko alanına dahil edilecektir⁴⁷.

Gönderenin organizasyon alanından kaynaklı taşıma engelleri de, engelin ortaya çıkmasında gönderenin kusuru olmasa da gönderenin riziko alanına dahil edilir. Yukarıdaki grev veya haciz örneğinden devam edilecek olursa; gönderenin işletmesinde personelinin grev yapması nedeniyle üretim yapılamaması veya haksız

⁴⁴ ibid 219.

⁴⁵ Benzer şekilde taşıyıcının karayolu trafiğinde olmasından kaynaklı ortaya çıkan tüm taşıma engellerinin taraflardan birinin riziko alanına dahil edilmesi gerektiği yönünde bkz. Thume (Schmidt), (n 4) §412, Nr 44.

⁴⁶ Koller, *Risikobereich* (n 6) 955.

⁴⁷ Kararlaştırılan yükleme tarihinde yükün, herhangi bir nedenle hazır edilmemesi durumunda bunun gönderenin riziko alanına dahil edileceğine ilişkin bkz. Schmidt, (Canaris/ Habersack / Schäfer), (n 22) §412, Nr 54.

bir haciz işlemi uygulanması nedeniyle taşıma sözleşmesi ile taşınması kararlaştırılan yük yediemin deposuna götürülmüşse, bundan kaynaklı taşıma engeli gönderenin riziko alanına girer.

Taşıma engeli üçüncü kişinin ağır kusurundan kaynaklanmışsa dahi, bu engelin gönderenin riziko alanına dahil olması mümkündür. Örneğin gönderenin üretim tesisinin bulunduğu mahallede, internet altyapı çalışmaları kapsamında TELEKOM'un elektrik kablolarını koparması sonucu tesise bir süre elektrik verilmemesine bağlı olarak taşınması kararlaştırılan yükün, soğutma sistemleri çalışmadığı için kısmen zayi olması gönderenin riziko alanına girer. Zira burada gönderen, kendi rizikosunu üçüncü kişi TELEKOM'a yansıtabilir.

Gönderenin riziko alanı belirlenirken de öngörülebilirlik ve hakimiyet kriterlerinden yararlanır. Örneğin 1 Mayıs'ta gösteri ve yürüyüşlerin yoğun olduğu ve bundan kaynaklı olarak bazı yolların kapalı olduğu bir yerde yükleme yapılacak olması durumunda, yolların kapanması nedeniyle taşımanın gerçekleştirileceği aracın yükleme alanına giremeyecek olması o bölgede 1 Mayıs tarihinde ilk defa yükleme yapacak taşıyıcıya göre gönderen için daha öngörülebilirdir. Benzer şekilde gönderenin yükünü içeren deponun üçüncü kişilerce soyulması durumunda da hakimiyet kriterine göre bu rizikonun gönderenin riziko alanına dahil edilmesi gerekir. Gönderen, her ne kadar yükün emniyeti için gerekli önemleri almış olsa da ve deponun soyulması bakımından kendisine atfedilebilecek bir kusur bulunmasa da, deponun soyulması riski taşıyıcıya oranla kendisi bakımından daha kontrol edilebilir bir rizikodur.

III. Nötr Alan

Gönderenin ve taşıyıcının riziko alanları dışında nötr bir riziko alanı olup olmadığı konusunda bir netlik yoktur. TTK'nın riziko alanı ilkesini içeren hükümlerinin gerekçeleri, gönderen ve taşıyıcının alanlarının yanı sıra, nötr bir alanın bulunup bulunmadığı yönünde bir ipucu içermemektedir⁴⁸. Dolayısıyla TTK'nın kanunlaştırılması açısından tarihi yorum yoluyla bir argüman elde edilmesi mümkün değildir. Taşıma sözleşmesinin taraflarının riziko alanları dışında nötr bir alan olup olmadığı mehz Alman hukukunda da tartışmalıdır.

⁴⁸ Seven (n 13) 213.

A. Alman Hukukundaki Görüşler

1. Canaris

*Canaris*⁴⁹ riziko alanını, Alman Ticaret Kanunu (ATK) §420 f 2 c 2⁵⁰ kapsamında ele almıştır. Yazar öncelikle kısmi imkânsızlık bakımından Alman Medeni Kanunu'nda öngörülen sistematığe atıfta bulunarak kısmi imkânsızlık söz konusu olduğu durumlarda kural olarak ücreti talep hakkının tamamen ortadan kalktığını, fakat ATK §420 f 2 ve f 3 uyarınca taşıyıcının ücreti talep hakkının, genel kuraldan farklı olarak sadece taşıma veya teslim engelinin kendi riziko alanına dahil olduğu durumlarda ortadan kalktığının altını çizmektedir. Taşıma hukuku bakımından, borçlar hukukunun genel prensibine getirilen bu istisnanın eser sözleşmeleri için geçerli olan özel düzenleme niteliğindeki Alman Medeni Kanunu §645 f 1 c 1⁵¹ de bağlantılı olmakla birlikte, bu düzenlemeden de öteye gittiğini, zira kanun koyucunun, taşıma hukuku hükümlerinin yeknesaklaştırılması için daha önce denizde taşımaya ilişkin mülga §630 ATK ve mülga Alman İç Hat Gemicilik Kanunu (BinSchG) §64 f 1'de yer alan benzer düzenlemeleri göz önünde bulundurarak kara taşıma bakımından da '*alan düşüncesi*'ni içeren bu düzenlemeyi yaptığını belirtmiştir.

Amaçsal olarak değerlendirildiğinde ise borçlar hukuku için kural olan '*kusur*' prensibi yerine taşıma hukuku bakımından '*riziko*' prensibinin benimsenmesinin ise, taşıma sözleşmesinin ifası sırasında diğer eser sözleşmelerine (örneğin bir evin inşasına veya arabanın tamirine) kıyasla ifa engellerinin ortaya çıkması ihtimalinin oldukça yüksek olmasından kaynaklandığını belirtmiştir. Nitekim taşıyıcının, gönderenin kendisine yüklediği taşıma işini yerine getirirken başarısız olması (diğer eser sözleşmelerine kıyasla) daha kolay ve olasıdır.

Yazar, riziko prensibinin benimsenmesini hem tarihsel, hem de getirilen hükümlerin *ratio legis* ine göre açıklamakla birlikte '*riziko alanına dahil etme*' kriterinin somutlaştırılmasının yeni zorluklar doğurduğunu belirtmiştir. Kanun çalışmalarına ilişkin belgeler incelediğinde, hangi hususların taşıyıcının '*riziko alanına dahil edilmesi*' gerektiğine dair tek bir örneğe dahi yer verilmemesini ve bunun da ötesinde taşıma hukukuna ilişkin Reform Kanunu'nun hükümet gerekçesinde '*sözleşmenin akışını bozan durumların her zaman sözleşmenin taraflarından birinin riziko alanına dahil edileceği*' yönündeki ifadeyi eleştirmektedir. Zira yazara göre her iki tarafın da

⁴⁹ Claus-Wilhelm Canaris, *Handelsrecht*, (24. Bası C.H.Beck 2006) 501-503.

⁵⁰ ATK m 420/2 c 2'nin serbest tercümesi şu şekilde verilebilir: '*Bir taşıma veya teslim engelinden dolayı taşıma, süresinden önce sona erdirilirse ve taşımanın tamamlanan kısmı gönderenin menfaatineyse, tamamlanan kısım oranında taşıyıcıya taşıma ücreti ödenir.*'

⁵¹ AMK m 645 f 1 c 1'in serbest tercümesi şu şekilde verilebilir: '*Eser, teslimden önce iş sahibi tarafından sağlanan malzemede bir ayıp veya iş sahibi tarafından verilen bir talimatın yerine getirilmesi nedeniyle yüklenicinin kusurunun etki ettiği bir durum olmaksızın telef olursa, kötüleşirse veya yapılamaz hale gelirse yüklenici, eser bedelinin verdiği emeğin karşılığı olan kısmını ve eser bedeline dahil olmayan giderlerinin tazminini [iş sahibinden] talep edebilir.*'

riziko alanı dışında nötr bir alan da vardır, ancak hükümet gerekçesindeki ifadenin, bilinçli veya bilinçsiz olarak bu nötr alan kavramını atladığını ifade etmiştir.

Yazar, hükmü lafız bakımından da eleştirmektedir, zira yazara göre ‘riziko alanı’ ve ‘dahil etme (zurechnen)’ kavramları açıklayıcı değildir, aksine bu kavramların içinin doldurulması gereklidir, çünkü kanun koyucu hükmü kaleme alırken bir ifa engelinin taraflardan birinin riziko alanından ‘kaynaklanması (stammen)’ veya riziko alanında ‘bulunması (liegen)’ ifadeleri yerine ‘dahil edilme’ kavramını kullanmıştır ve yazara göre ‘dahil etme’ kavramı, ‘kaynaklanma’ veya ‘riziko alanında bulunma/ yer alma’ kavramlarından farklıdır.

Bu eleştirilerinin yanı sıra yazar, yine de kanun lafzının hükmün nasıl uygulanması gerektiği bakımından önemli bir dayanak noktası içerdiğini, zira taşıyıcının kısmi taşıma ücretini talep hakkını kaybetmesi için engelin ‘taşıyıcının riziko alanına dahil edilebilmesi gerektiği’, bu nedenle de nötr alana dahil edilmesi gereken engeller bakımından taşıyıcının kural olarak kısmi ücrete hak kazanacağını ileri sürmüştür. Yazar, nötr alana dahil edilmesi gereken engellere örnek olarak; genel bir trafiğe çıkma yasağını, hususi araç sahipleri veya çiftçiler tarafından gerçekleştirilen bir protesto nedeniyle caddenin araç trafiğine kapatılmasını veya yükün teslim edileceği yerdeki gümrük memurlarının grev yapmasını⁵² vermiştir. Yazar ayrıca, taşıyıcının en yüksek özeni göstermesine rağmen engel olamadığı bir kaza nedeniyle ortaya çıkan engel bakımından da aynı değerlendirilmenin yapılması gerektiğini kabul etmiştir⁵³.

2. Braun

*Braun*⁵⁴’a göre gönderenin ve taşıyıcının olmak üzere sadece iki riziko alanı vardır. Yazar, taşıma sözleşmesinin taraflarının riziko alanlarının dışında üçüncü bir nötr alan olduğunu kabul etmemektedir. Yazara göre, taşıma hukukunda rizikonun her halükârda taraflardan birisinin alanına dahil edilmesi; her iki tarafın da sözleşmenin ifasını gerçekleştirme yükümlülüğünden ve normal bir taşımaya göre yük taşımadaki rizikonun daha fazla olmasından kaynaklıdır. Taşıyıcı, üstlendiği taşıma işini gerçekleştirmek için gerekli faaliyeti gösterirken ortaya çıkacak rizikolardan sorumlu iken, gönderen ise, kendisinin hakimiyetinde olsun veya olmasın, kendisinin veya gönderilenin yükümlülüklerinin ve külfetlerinin yerine getirilmesinden sorumludur. Gönderen, aynı zamanda verdiği talimatlardan da sorumludur. *Braun*, somut olaydaki rizikonun tipik bir taşımanın rizikosuna

⁵² Yazar, ekonomik veya hukuki nedenlerle teslimin belli bir zamana kadar yapılması gereken veya yükün bozulma riski olduğu durumlarda grev nedeniyle teslim yerine ulaşmanın taşıyıcı bakımından mümkün olmadığı hallerin nötr alana dahil edilmesi gerektiğini kabul etmiştir.

⁵³ Yazar, böyle bir durumda menfaat dengesinin bozulmaması için mülga ATK §630 f 2’nin kıyasen uygulanması gerektiğini, yani taşıyıcının mesafe ücretine sadece kaza sonucunda yük kurtarılmışsa ve değeri korunmuşsa hak kazanabileceğini belirtmiştir.

⁵⁴ Braun (n 3) 83-203.

kıyasla daha fazla olduğu durumlarda da gönderenin sorumlu tutulması gerektiğini savunmaktadır. Hangi durumlarda rizikonun normal bir taşımaya kıyasla arttığına ilişkin Alman Ticaret Kanunu §427'deki ve Alman Medeni Kanunu §645 f 1'deki hallerin yol gösterici olabileceğini belirtmiştir.

3. Didier

*Didier*⁵⁵ 'e göre taşıyıcının kusurundan kaynaklanan her engel ve ayrıca taşıyıcının rizikoyu arttıran her davranışından kaynaklı taşıma engeli kendi riziko alanına dahildir. Ancak taşıma engeli, taşıyıcının kusuru olmaksızın ortaya çıkmışsa veya taşıyıcının rizikoyu arttıran bir davranışından kaynaklanmamışsa yazar, 'iç' ve 'dış' engeller olmak üzere ikili bir ayrıma gitmektedir.

Taşıyıcının kendisinden veya ifa yardımcılarında kaynaklanan her türlü kusurun taşıyıcının riziko alanına dahil edilmesi gerektiğini belirlemiştir. Diğer iç engellerse, taşıyıcı tarafından öngörülebiliyorsa veya kontrol edilebiliyorsa yine taşıyıcının riziko alanına dahil edilmelidir. *Didier* 'e göre absürt bir masraf gerektirmeksizin kaçınılabilen veya sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılacak masrafların, taşıyıcının maddi kaybına sebebiyet vermeyen taşıma engelleri, kontrol edilebilir engeller olarak kabul edilir. Bir engel, istatistiksel olasılığa göre meydana gelmesinin makul bir şekilde beklenemeyeceği kadar ihtimal dışı değilse, soyut olarak 'öngörülebilir' kabul edilmelidir.

'Dış' engeller ise, sadece somut olarak öngörülebilir ve kontrol edilebilir nitelikteyse taşıyıcının riziko alanına dahil edilmelidir. Dış engel sebebi ve süreci, sözleşmenin yapıldığı anda somut emarelerle kendisini göstermiş olmalıdır. Örneğin taşımanın yapılacağı yolda, sözleşme yapıldığı anda engeller mevcutsa, taşıyıcı yoldaki engellerden doğan rizikodan sorumlu olmalıdır.

4. Thume

*Thume*⁵⁶, taşıma sözleşmesinin taraflarının alanları dışında üçüncü bir alan olarak nötr alanın varlığını kabul etmektedir. Ancak yazar, nötr alan bakımından kanun gerekçesine atıfta bulunarak, kanun koyucu tarafından taşıma sırasında ortaya çıkan ve sözleşmenin akışını sekteye uğratan taşıma engellerinin her daim taraflardan birinin riziko alanına dahil edilmesinin öngörüldüğünü ve engelin taraflardan birinin riziko alanına dahil edilmesi için bu engelden sorumlu olmasına ('*Vertretenmüssen*') gerek olmadığını belirtmiştir. Bir başka deyişle yazar, "*riziko alanı*" ve "*alan (Sphäre)*" kavramlarının birbirinden farklı olduğunu, bu nedenle "*nötr alanda*" yer alan bir engelin de taraflardan birinin riziko alanına dahil edileceğini kabul etmektedir. Yazar,

⁵⁵ Timo Didier, *Risikozurechnung bei Leistungsstörungen im Gütertransportrecht* (Binnenschiffahrts, 2001) 185 vd. ve 202 vd.

⁵⁶ Thume (Schmidt), (n 4) §412 Nr 39-46.

Türk Ticaret Kanunu m 863 f 3'ün mehzarı olan Alman Ticaret Kanunu §412 f 3 bakımından yaptığı değerlendirmede; her iki taraf için de öngörülebilir ve kontrol edilebilir olmayan engellerin “nötr alanda” yer alacağını, ancak Alman Ticaret Kanunu §412 f 3 uyarınca taşıyıcının kendi riziko alanına dahil edilemeyen ve nötr alanda yer alan bir engel söz konusu olduğunda bekleme ücretine hak kazanacağını belirtmiştir.

Yazar, doktrinde hangi engellerin taşıyıcının riziko alanına dahil edilemeyeceğinin oldukça tartışmalı olduğunu belirttikten sonra, taşıyıcının riziko alanına dahil edilecek engeller bakımındansa genel bir kabul olduğunu belirtmiştir. Hem gönderenin/ gönderilenin hem de taşıyıcının riziko alanlarına dahil edilecek sebepleri sayarak negatif bir sınırlama yapmaya çalışmıştır.

Buna göre, kaynağı taşıyıcının organizasyon alanında bulunan ve taşıyıcı için soyut olarak öngörülebilir ve kontrol edilebilir olan bir engel, taşıyıcının riziko alanına dahil edilmelidir. Yazar, taşıyıcının sorumluluğunda olan her durumdan kaynaklı engelin kendi riziko alanına dahil edilmesi gerektiğini ileri sürmüştür. Taşıyıcının bu durumlar bakımından kusurlu olup olmadığını veya kendi organizasyon alanında oluşan durumun taşıyıcı tarafından öngörülebilir ve kontrol edilebilir olup olmadığını bir önemi yoktur. Bu nedenle örneğin, taşıyıcının işletmesinde gerçekleşen bir grevden kaynaklı taşıma engeli, taşıyıcının riziko alanına dahil edilir. Yazar, ayrıca taşıma araçlarının kullanımını engelleyen, işletmenin her türlü organizasyonundan kaynaklı engelin de taşıyıcının riziko alanına dahil olduğunu belirtmiştir. Buna örnek olarak, yükleme için belirlenen zamanda taşıma aracının taşıyıcı tarafından hazır edilmemesini vermiştir. Aracın hem yükleme zamanında tedarik edilmemiş olması, hem de tedarik edilen aracın yükleme yapılacak kısmının yükün taşınması için gerekli olan alana sahip olmaması veya yeterince stabil olmaması gibi hususların da ‘aracın hazır edilmemesi’ kapsamında değerlendirileceğini belirtilmiştir.

Öte yandan kaynağı, gönderen veya gönderilenin organizasyon alanında yer alan hususlar gönderen veya gönderilenin riziko alanına dahil edilmelidir. Yazar, gönderen veya gönderilenin bir davranışından kaynaklanan tüm engellerin bunların riziko alanına dahil edilmesi gerektiğini savunmakta ve örnek olarak yükleme ve teslim yerinin doğru belirtilmemesini, yükleme için kararlaştırılan tarihte yükün hazır edilmemesini veya taşıyıcının aracının sözleşmede kararlaştırılan yükleme alanına girmesine engel olunmasını vermiştir. Gönderenin, taşıma engeline sebep olan davranışı bakımından kusurlu olmasına gerek yoktur.

Yazar, tarafların organizasyon alanından kaynaklanmayan bir engelin hangi riziko alanına dahil edilmesi gerektiğine dair öncelikle doktrindeki diğer görüşlere yer verdikten sonra kural olarak nötr bir alanın varlığının kabul edilmesi gerektiğini, ancak öğretilerde yer alan görüşlerden farklı olarak nötr alanda yer alan bir engelin

ancak ve ancak bu engel herhangi bir şekilde trafiğe ilişkin değilse her iki tarafında da riziko alanına dahil edilemeyeceğini kabul etmektedir; örneğin ülke çapında bir grev veya ulusal yas gibi... Öte yandan trafiğe ilişkin engellerde, örneğin genel bir trafiğe çıkış yasağı, kanun koyucunun gayesine uygun olarak bunu taraflardan birinin riziko alanında dahil edilmesini gerektirdiğini ileri sürmüştür. Yazar, bir engelin her iki tarafın riziko alanına da dahil edilmesini kabul etmemektedir⁵⁷.

5. Schlüter

Schlüter, riziko alanına ilişkin genel bir değerlendirme yapmamış ancak riziko alanı ilkesine yer verilen hükümler kapsamında bazı değerlendirmelerde bulunmuştur. Bekleme ücreti bakımından (ATK §412 f 3⁵⁸) herhangi bir gerekçe ileri sürmeksizin taşıyıcının riziko alanına dahil edilemeyen tüm engeller bakımından gönderenin bekleme ücreti ödemekle yükümlü olduğunu, yükleme sırasında meydana gelen, öngörülemeyen ve kontrol edilemeyen tüm engellerin gönderenin riziko alanına dahil edilmesi gerektiğini, zira taşıyıcının gönderenin emriyle taşıma aracını ve personeli hazır ettiğini ileri sürmüştür⁵⁹. Öngörülebilir engeller bakımındansa; öngörülebilir engelin hangi tarafça tüm yönleriyle daha iyi kavranabilir, hesaplanabilir ve hatta kaçınılabilirse, o tarafın riziko alanına dahil edilmesi gerektiğini savunmaktadır. Öte yandan *Schlüter*'e göre taşıyıcının taşıma aracını hazır etmemesi veya taşıma aracına gerektiği gibi erişim sağlamaması gibi sebeplerden ötürü yüklemenin yapılamaması, taşıyıcının riziko alanına dahil edilecek bir engel teşkil eder. Tatil günü olması nedeniyle yükleme veya taşıma yapmanın (kanunen) yasak olması ve bu nedenle yükleme yapılamaması da taşıyıcının riziko alanında dahil edilmesi gereken bir engeldir.

ATK §420 f 2'de⁶⁰ öngörülen taşımanın imkânsız hale gelmesi bakımından yazar, imkansızlığın her iki tarafın da riziko alanına giren bir nedenden kaynaklanması durumunda her iki tarafça neden olunan ifa imkansızlığına ilişkin kuralların kıyasen uygulanması gerektiğini belirtilmiştir⁶¹. Yazar, ATK §420 f 3⁶² bakımındansa gönderenin kusurundan kaynaklanan her gecikmenin, gönderenin riziko alanına

⁵⁷ ibid §412, Nr 45. Aksi yönde Koller, *Kommentar* (n 4) §412, Nr 55.

⁵⁸ Alman Ticaret Kanunu §412 f 3'ün serbest tercümesi şu şekilde verilebilir: "Taşıyıcı, sözleşme hükümlerine dayanarak veya kendi risk alanından kaynaklanmayan nedenlerle makul yükleme veya boşaltma süresinden daha fazla beklese, bekleme ücreti olarak uygun bir ücrete hak kazanır."

⁵⁹ Andreas Schlüter (Norbert Horn) *Heymann - Handelsgesetzbuch (Ohne Seehandelsrecht)*, Buch 4 §§ 343-475h (2. Bası De Gruyter 2005) §412, Nr 15.

⁶⁰ Alman Ticaret Kanunu §420 f 2'nin güncel metninin serbest tercümesi şu şekilde verilebilir: "Taşıma işi imkansız hale gelirse, taşıma ücretini talep hakkı düşer. Bir taşıma veya teslim engelinden dolayı, taşıma, süresinden önce sona erdirilirse, taşıyıcı, taşımanın tamamlanmış bulunan kısmı gönderenin menfaatine olduğu sürece tamamlanan kısım orantılı olarak taşıma ücretine hak kazanır."

⁶¹ Schlüter (Berger), (n 59) §420, Nr 8.

⁶² Alman Ticaret Kanunu §420 f 3'ün serbest tercümesi şu şekilde verilebilir: "İkinci fıkradan farklı olarak taşıma, gönderenin riziko alanına giren bir sebepten ötürü veya gönderenin temerrüdü sırasında imkansız hale gelmişse, taşıyıcı taşıma ücretini talep edebilir. Ancak taşıyıcının tasarruf ettiği giderler veya başka bir şekilde elde ettiği veya kötü niyetli olarak elde etmeyi ihmal ettiği menfaatler taşıma ücretinden indirilir."

dahil edilmesi gerektiğini belirtmiştir⁶³. Yükle ilgili yanlış bilgi verilmesini ya da gönderenin veya yardımcıların organizasyon alanından kaynaklanan sebepleri, gönderenin kusuruna örnek olarak vermiştir. Yazar ayrıca, taşıyıcı tarafından öngörülemeyen ve bu nedenle de kontrol edilemeyen, ancak gönderen tarafından öngörülebilecek ve kontrol edilebilecek sebeplerin, bunlar taşıyıcının alanına etki etmiş olsa bile gönderenin riziko alanına dahil edilmesi gerektiğini ileri sürmüştür.

6. Reuschle

Reuschle, hükümet gerekçesine atıfla kanun koyucunun, sözleşmenin akışını bozan taşıma engellerinin taraflardan birinin riziko alanına dahil edilmesini tasavvur ettiğini, bu nedenle bir engel ortaya çıktığında, sadece bu engelin riziko alanına dahil edilemeyen tarafın menfaatlerinin korunması gerektiğini, bir başka deyişle engeli doğuran duruma sebep olmayan tarafın korunması gerektiğini belirtmiştir⁶⁴. Ancak bunun öğretide eleştirildiğini ve kanun koyucunun nötr alanda yer alan engelleri görmezden geldiğinin savunulduğuna da vurgu yapmıştır.

ATK §412 f 3 bakımından hükmün lafzına değinerek nötr alanda yer alan bir taşıma engeli söz konusu olduğunda, kanunun lafzına göre taşıyıcının bekleme ücretini talep hakkını sadece kendi riziko alanına dahil bir engelden ötürü kaybedeceğinden ve nötr alanda yer alan bu engel ‘taşıyıcının riziko alanında’ olmadığından bekleme ücreti talebinin düşmeyeceğini ileri sürmüştür⁶⁵.

ATK m 420 kapsamında yaptığı değerlendirmelerde ise bir engelin, gönderenin riziko alanına dahil edilebilmesi için taşıyıcıya kıyasla gönderen tarafından daha öngörülebilir ve kontrol edilebilir olmasının yeterli olduğunu belirtmiştir⁶⁶.

7. Koller

Alman doktrininde *Koller*, riziko alanı ilkesiyle ilgili en yoğun çalışan yazarlardandır. Yazar da, taşıma sözleşmesinin taraflarının alanlarından bağımsız üçüncü bir alan olarak “nötr” alanı ve nötr alandan kaynaklı taşıma engellerinin varlığını kabul etmektedir. Yazar; Alman Federal Yüksek Mahkemesi’nin 22.06.2011

⁶³ Schlüter (Berger), (n 59) §420, Nr 11.

⁶⁴ Reuschle (Ebenroth / Boujong/ Joost / Strohn), (n 4) §412, Nr 37.

⁶⁵ ibid §412, Nr 37.

⁶⁶ ibid §420, Nr 27.

tarih ve I ZR 108/10 sayılı kararında⁶⁷ Federal Mahkeme'nin de nötr alanda yer alan taşıma engelleri olabileceğini kabul etmesine rağmen uyuşmazlığın çözümünde dayandığı (karar tarihi itibarıyla geçerli olan, 25.04.2013 tarihli değişiklik öncesi) Alman Ticaret Kanunu §420 f 3⁶⁸'ün lafzındaki “gönderenin riziko alanına giren bir nedenden” ifadesine dayanarak, somut olayda gönderenin riziko alanına dahil edilebilen taşıma engelleri dışında bir taşıma engelinden kaynaklı gecikmelerde taşıyıcının ek ücret hakkı olmadığına hükmetmesini eleştirmektedir. Zira bu kabule göre, pozitif olarak gönderenin alanına dahil olduğu ortaya konamayan her türlü taşıma engelinden – taşıyıcının alanında veya nötr alanda yer aldığına bakılmaksızın – kaynaklı risk, taşıyıcıya yüklenmiş olacaktır.

Koller'e göre, bir taşıma engelinin nötr alanda yer alıp almadığı tespit etmek tek başına yeterli değildir. Daha da önemli olan, nötr alanda yer alan bir taşıma engelinin taraflardan birinin riziko alanına dahil edilebilmesi için nasıl bir değerlendirmeye tabi tutulması gerektiğidir⁶⁹. Yazar, nötr alanda yer alan taşıma engellerinin riziko alanı ilkesine yer verilen her bir hüküm bakımından ayrıca değerlendirilmesi gerektiğini ileri sürmüştür. Ancak böylelikle nötr alanda kalan taşıma engellerinin hangi tarafın riziko alanına dahil edileceği tespit edilebilir.

⁶⁷ Dava konusu olayda özetle; İç hat deniz taşımacılığı ile uğraşan davacı, Hollanda'da yerleşik davalıdan, gerçekleştirdiği taşımadaki meydana gelen gecikme nedeniyle navluna ek bir ücret talep etmiştir. Davalı, 14 Ekim 2005 tarihinde Amsterdam/Hollanda'dan Magdeburg'a flüspat (florit) taşınması için davacıyı görevlendirmiştir. Dortmund-Ems-Kanalı'nın 11 Ekim 2005'ten itibaren kapanması nedeniyle Ems üzerinden taşıma yapılması öngörülmüştür. 15 Ekim 2005'te gerçekleşen bir gemi kazası nedeniyle Ems de trafiğe kapatılmıştır. Bunu takip eden süreçte taraflar, pek çok telefon konuşması yapmışlardır. Bu konuşmaların içerikleri tartışmalıdır. 17 Ekim 2005 tarihinde davalı, davacıya taşıma sözleşmesini iletmiştir. 18 Ekim 2005'te yük, Amsterdam'da davacının gemisine yüklenmiştir. Bunu müteakip davacı, Magdeburg'a sefere başlamıştır, ancak davacı Ems trafiğe kapalı olduğu için 19 Ekim 2005'ten 29 Ekim 2005'e kadar Emden limanında beklemek zorunda kalmış ve sefer bu süre boyunca kesintiye uğramıştır. Davacı, Emden'de geçirilen bu süre için davalının kendisine günlük 306,78 Avro borçlu olduğunu, bir su yolunun trafiğe kapalı olmasının, taşımanın riziko alanına dahil olduğunu; ayrıca davalının çalışanlarında V.'nin, 18 Ekim 2005 tarihinde telefonla kendisine ek ödeme yapılmasının davalı tarafından kabul edildiği yönünde bilgi verdiğini ileri sürmüştür. Davacı, davalıdan 3.067,80 Avro ve işleyen faizi talep etmektedir. Davalı buna karşı çıkmış, davacının ek ücret talep edemeyeceğini, zira sefere çıkarken Ems'in kapalı olduğunu bildiğini; davacının taraflar arasında meydana gelen ek bir anlaşmaya istinaden de talepte bulunamayacağını ileri sürmüştür. İstinaf mahkemesi, ilk derece mahkemesince kabul edilen davayı reddetmiştir. İstinaf Mahkemesi, davacının ne Alman Ticaret Kanunu m 420 f 3 uyarınca ne de taraflar arasında meydana gelen ek bir anlaşmaya dayalı olarak ek ücret talebinde bulunamayacağını kabul etmiştir.

Alman Federal Yüksek Mahkemesi gecikmenin, gönderenin risk alanında yer almasından ötürü ATK m 420 f 3'e dayanarak ek ücret talebini reddetmiştir. Alman Federal Yüksek Mahkemesi, öngörülemeyen ve taşıyıcı tarafından kaçınılması mümkün olmayan ve hesaplanamayan gecikme risklerden taşıyıcının sorumlu olduğuna ve bunun doğal sonucu olarak, taşıyıcı tarafından daha iyi kontrol altına alınabilen risklerin evleviyetle taşıyıcının sorumluluğunda olduğuna hükmetmiştir. Böylelikle gönderen sadece, kendi - özellikle kusurlu- davranışından veya kendi organizasyon alanından kaynaklı gecikme rizikosundan sorumlu tutulabilir. Dışarıdan etki eden, öngörülemeyen ve taşıma sözleşmesinin taraflarınca kontrol edilemeyen örneğin med-cezir, buz akımı, fırtına, gibi nötr engeller bunlara dahil değildir.

⁶⁸ Karar tarihinde geçerli olan Alman Ticaret Kanunu eski §420 f 3'ün serbest tercümesi şu şekilde verilebilir: “Taşımanın başlamasından sonra fakat teslim yerine ulaşılmışından önce bir gecikme olursa ve bu gecikme gönderenin riziko alanına giren bir nedenden kaynaklanmışsa, taşıyıcı, taşıma ücretinin yanında uygun bir bedel de isteyebilir.”

⁶⁹ Koller, *Risikobereich* (n 6) 954.

a. Taşıma Ücretinin Ödenmesi ve Hesaplanmasını Düzenleyen Alman Ticaret Kanunu §420 f 3'e İlişkin Değerlendirmesi⁷⁰

Yazar, öncelikle taşıma engelinin hangi alandan kaynaklı olduğunun tespitinin doğru yapılması gerektiğine işaret etmektedir. Zira taşıma engeli; gönderenin veya taşıyıcının alanına giriyorsa, aynı zamanda nötr alanda yer alması söz konusu olamayacağından, sözleşmenin taraflarından hangisinin riziko alanına dahil edileceği problemi de kendiliğinden çözülmüş olur.

Gönderenin hem kendi *kusurlu davranışı* hem de kendi alanından kaynaklanan *kusurlar* nedeniyle ortaya çıkan taşıma engelleri şüphesiz gönderenin riziko alanına dahil edilecektir. Gönderen; taşıma senedinin düzenlenmesine ilişkin ATK §408⁷¹, tehlikeli eşya taşımaya ilişkin ATK §410 ve refakat belgelerini düzenleyen ATK §413'den kaynaklı yükümlülüklerini ihlal ettiği için bir taşıma engeli ortaya çıkmışsa, bu engel yine gönderenin riziko alanına girer. Her iki taraf için de öngörülebilir ve kontrol edilebilir olmayan bir nedenle gönderen, anılan hükümlerle kendisine yüklenen yükümlülükleri bu sebepten ötürü ve kusuru olmadan dahi ihlal etse, ihlalin sebep olduğu taşıma engeli kendi riziko alanına dahil olacaktır.

Ancak yazara göre, kaynağı gönderenin alanında yer almayan, dışarıdan etki etmesine rağmen sonuçlarını doğrudan gönderenin alanında doğuran her taşıma engelinin de gönderenin riziko alanına dahil edilmesi doğru olmaz⁷². Yazar, böyle bir duruma örnek olarak taşıma aracına mallar yüklendikten sonra bir uçağın gönderenin arazisine düşmesi nedeniyle taşıyıcının gönderenin arazisini terk edememesini vermiştir. Böyle bir durumda taşıyıcının, uçağın kamuya açık bir yola düşmesi ve bu yolu kapatması nedeniyle taşımanın gecikmesi gibi bir durumundan daha iyi pozisyona getirilmesinin mantıklı bir açıklaması olmadığını, dolayısıyla dışarıdan gönderenin alanına etki eden ve '*doğrudan*' taşımanın gecikmesine neden olan bir engelin, kural olarak sadece gönderen tarafından öngörülebilmesi veya kontrol edilebilmesi halinde gönderenin riziko alanına dahil edilmesi gerektiğini belirtmiştir. Bunun ötesinde gönderenin, taşıyıcıya belli bir yolu kullanma talimatı verdiği her durumda da gecikmeyi gönderenin riziko alanına dahil etmenin doğru olmadığını; gönderenin, verdiği talimatla taşıyıcının, kullanılacak yol bakımından sahip olduğu işletmesel hareket özgürlüğünü ve risklere hükmedebilme imkanını sınırlasa da bunun, taşıyıcının kusurlu olmadığı durumlarda bile gönderene sadece yolu seçtiği için öngörülebilir hatta tipik yol engellerinin riskini yüklememek gerektiğini ifade etmiştir.

Gecikmenin kaynağının taşıyıcının alanında yer aldığı veya '*dışarıdan*' gelse bile taşıyıcının en yüksek özeni göstermesiyle engelleyebileceği veya hesaba

⁷⁰ ibid 954-955.

⁷¹ Mehzaz kanunda, taşıma senedinin düzenlenmesini taşıyıcının talep edebileceğini düzenlemektedir.

⁷² Koller, *Risikobereich* (n 6) 956.

katabileceği durumlarda ‘nötr’ bir aksaklık sebebinden bahsedilemeyeceğinin, bu gibi aksaklıkların evleviyetle gönderene yükletilemeyeceğinin ve taşıyıcının riziko alanına dahil edilmesi gerektiğinin altını çizmiştir.

Taşıma engelinin, bu kriterler doğrultusunda gönderenin alanına girmediği ve ‘dışarıdan’ kaynaklandığı için sözleşmenin her iki tarafınca da öngörülemediği veya sadece en yüksek özen gösterilerek engellenebilecek bir engel olduğu durumlarda, Alman Federal Yüksek Mahkemesi’nin kararı doğrultusunda bunun, gönderenin riziko alanına dahil edilmesi mümkün olmadığını, bu nedenle anılan Alman Federal Yüksek Mahkemesi kararı doğrultusunda nötr alanda kalan bir taşıma engelini maddi külfetine taşıyıcının katlanması gerektiğini belirtmiştir.

b. Gönderenin Menfaatine Olmayan Kısmi Taşımaları Düzenleyen Alman Ticaret Kanunu §420 f 2 c 273’ye İlişkin Değerlendirmesi⁷⁴

Alman Ticaret Kanunu eski §420 f2’ye uyarınca “*Bir taşıma veya teslim engelinden dolayı, taşıma, süresinden önce sona erdirilirse, taşıyıcı, taşımanın tamamlanan kısmıyla orantılı olarak taşıma ücretine hak kazanır. Engel, taşıyıcının riziko alanına giren bir sebepten kaynaklanmışsa, taşıyıcı, ancak gönderenin menfaatine olduğu ölçüde taşımanın tamamlanmış bulunan kısmı hakkında istemde bulunabilir*”. Türk Ticaret Kanunu m 870 f 2’de olduğu gibi, Alman Ticaret Kanunu eski §420 f 2’ye göre taşıma engelini, taşıyıcının riziko alanına dahil edildiği durumlarda, taşıyıcının gönderenin menfaatine olmayan kısmi taşımalar için ücret talep etmesi mümkün değildir.

Koller, taşıyıcının kendi alanından kaynaklanan kusurların, bir taşıma engeline sebebiyet vermesi durumunda, bu taşıma engelini taşıyıcının riziko alanına dahil edileceğinde bir şüphe olmadığını belirtmiştir. Bu tip kusurlara; taşıma araçlarındaki kusurlar, taşıyıcının personelinin hastalığı veya yeterli mali güce sahip olmaması gibi örnekler vermiştir. *Koller*’e göre, taşıyıcı tarafından en yüksek özen gösterilse bile öngörülemez veya ortadan kaldırılamayacak olmasının bir önemi yoktur. Ancak taşıyıcı tarafından tayin edilen aracın, taşıma sırasında ‘dışarıdan’ etki eden bir engel nedeniyle olumsuz etkilenmesi ve buna bağlı olarak ‘doğrudan’ bir taşıma engeli oluşması durumunda belirttiği şekilde bir kusurdan söz edilemeyeceği dile getirmiştir. Zira bir terör saldırısı nedeniyle taşıma aracının felce uğratılması ve buna bağlı olarak bir taşıma engeli oluşmasıyla; bu saldırının, taşımanın yapılmasının mümkün olduğu tek yolu kapatması nedeniyle taşımanın zamanında yapılamaması arasında bir fark olamayacağı aşıkardır. Bu tip durumlarda, dışarıdan gelen ve taşıma

⁷³ 2013 yılında yapılan değişiklikten sonra hükümün lafzı değiştirilmiştir. Kanunun güncel metninin tercümesi için yuk. bkz. dn 62. Fakat kısmi taşımalarda taşıma ücretini düzenleyen Alman Ticaret kanunu eski §420 f 2, hukukumuz açısından önem arz etmektedir. Zira Türk Ticaret Kanunu m 870 f 2, lafız olarak Alman Ticaret Kanunu eski §420 f 2 ile birebir örtüşmektedir. Bu nedenle yazarın, ATK eski §420 f 2’ye ilişkin yaptığı değerlendirmeler hukukumuz için halen önem arz etmektedir.

⁷⁴ *Koller, Risikobereich* (n 6) 955- 956. Aynı yönde *Koller, Kommentar* (n 4) §420, Nr 26.

üzerinde doğrudan etkili olan engelin, gönderene kıyasla taşıyıcı tarafından en yüksek özenin gösterilmesi durumunda engellenebilir veya en azından hesaba katılabilir olup olmadığının tespit edilmesi gerektiğini belirtmiştir. Hava olaylarından kaynaklı yol engellerinin, yılın belli zamanlarında gerçekleşen su yükselmelerinin, buz akımları veya fırtına gibi durumların en azından taşıyıcı için kural olarak hesaplanabilir olduğunun kabul edilmesi gerektiğini, zira taşıyıcının taşıma konusunda uzman kişi olarak engel sebeplerine daha yakın olduğunu ve taşıma işini ifa etme sözü veren kişi olarak olası taşıma engelleri, bunların nedenleri ve gerçekleşme olasılıkları gibi konularla taşıyıcının ilgilenmesi gerektiğini savunmaktadır. Kaza riskinin daha yüksek olduğu zamanlarda (örneğin kış, buzlanma vs.) üçüncü bir kişinin sebep olduğu bir trafik kazası sonucu yolun kapanmasının da taşıyıcı tarafından öngörülebilir olduğunu ifade etmiştir.

Koller, bu hüküm kapsamında da gönderenin güzergahı belirlediği veya taşıyıcıya belli yolları kullanması yönünde talimat verdiği hallerde taşıyıcının, bu yollarda karşılaşması muhtemel tehlikeleri, başka yollar seçerek önlemesinin mümkün olmadığını, fakat taşıyıcının, kural olarak talimat konusu yollarda karşılaşması muhtemel tehlikeleri, gönderene kıyasla daha iyi tespit edip değerlendirebileceğini; sonradan verilen talimatlara kıyasla, baştan talimat verilmesi durumunda taşıyıcının bu talimatlardan doğan tehlikeleri daha iyi hesaplayabileceği için daha yüksek bir ücret belirlemek suretiyle kendisini koruyabileceğini ifade etmiştir. Dolayısıyla taşıyıcı, gönderenin talimatı doğrultusunda bir güzergâh bile belirlese, ortaya çıkacak taşıma engellerinin peşinen taşıyıcının riziko alanına dahil edilmeyeceğini söylemek mümkün değildir.

Gönderenin alanındaki bir kusurdan kaynaklı engellerinse evleviyetle taşıyıcının riziko alanına dahil edilemeyeceğini; gönderen tarafından daha iyi kontrol edilebilen veya öngörülebilen dışarıdan kaynaklanan ve etkisi itibarıyla doğrudan bir taşıma engeline sebep olan engellerin de gönderenin riziko alanına dahil edileceğini belirtmiştir. Örneğin eşyanın paketlenmesindeki kusur nedeniyle taşımanın kararlaştırılan süre içerisinde tamamlanmasının mümkün olmaması veya gönderenin kendi davranışından ötürü taşınacak eşyanın müsadere edilmesine sebep olması nedeniyle taşıma işinin engellenmesinde gönderenin alanından kaynaklı bir kusur söz konusu olacak ve bundan kaynaklı taşıma engelinin gönderenin riziko alanına dahil edilmesi gerekecektir.

Koller, dışsal bir etkenden kaynaklanan ve taşıyıcı için öngörülmesi veya kontrol edilmesi mümkün olmayan bir sebepten ötürü bir taşıma engelinin meydana gelmesi durumunda Alman Federal Yüksek Mahkemesi'nin anılan içtihadı doğrultusunda bunun taşıyıcının riziko alanına dahil edilmesinin mümkün olmayacağını, dolayısıyla böyle bir taşıma engelinin gönderenin riziko alanına dahil edilmesi gerekeceğini

belirtmiş. Yazar buna gerekçe olarak iki argümanın ileri sürülebileceğini savunmuştur: Taşıma sözleşmesi kapsamında taşıyıcı, tipik bir eser sözleşmesinin yüklenicisine göre taahhüt ettiği edimini ifa ederken, dışarıdan kaynaklanan rizikolara karşı daha korunmasızdır ve bu durum, taşıma sözleşmesi ile üstlenilen edimin ifasını taşıyıcı bakımından zorlaştırmaktadır. Dolayısıyla taşıyıcı, edimini ifa ederken maruz kaldığı riskler nedeniyle herhangi bir yükleniciye kıyasla korunmaya daha muhtaçtır. Ayrıca gönderen, taşıma işini gerçekleştirmesi için taşıyıcı ile anlaşarak, yükün nakliyesini kendi başına gerçekleştirme zorunluluğundan kurtulmaktadır. Başka bir deyişle taşıyıcı olmasa gönderen, taşıma işini kendisi gerçekleştirmek zorunda kalır. Yani taşıma işini kendisi gerçekleştirirken, taşıyıcının riziko alanına dahil edilemeyen taşıma engelleriyle kendisi karşılaşmak ve bundan doğan maddi külfete katlanmak zorunda kalacakken, sırf taşıma işini gerçekleştirmesi için bir taşıyıcıyla anlaşacağı için, taşımayı gerçekleştirseydi sonuçlarına kendisinin katlanması gerekeceği taşıma engellerinden taşıyıcının sorumlu tutulmaması gerekir.

c. Teslim Engeli Nedeniyle Kullanılan Tasarruf Yetkisinden Kaynaklı, Taşıyıcının Yaptığı Giderleri ve Ek Ücreti Düzenleyen Alman Ticaret Kanunu §419 f 1 c 4'ün⁷⁵ Değerlendirmesi⁷⁶

Koller, gönderenin menfaati olmayan kısmi taşımalara ilişkin yapılan değerlendirmelerin, taşıyıcının kendi riziko alanında yer almayan teslim engeli nedeniyle yük üzerinde tasarruf hakkı sahibinin tasarruf yetkisini kullanmasından kaynaklı olarak yaptığı giderler ve ek ücret hakkı bakımından da önem arz ettiğini belirtmiştir.

Alman Ticaret Kanunu §419 f 1 kapsamında gönderen, yük teslim edildikten sonra sözleşmeyi tek taraflı olarak modifiye etmekte ve taşıyıcıya, sözleşmeyle üstlenmediği edimler yüklemektedir. *Koller*, taşıma veya teslimin imkansız hale gelmesi durumunda, ifa imkansızlığını düzenleyen Alman Borçlar Kanunu'nun m 275 f 1 ve f 2 hükümlerine atıfla, taşıyıcının kendi edimlerini yerine getirmekten kurtulacağını; ifa imkansızlığının ortaya çıktığı anda yük yolda olduğu için bu noktadan sonra aslında yükle, gönderenin ilgilenmesi gerekeceğine dikkat çekmektedir. Yazara göre, taşıyıcı Alman Ticaret Kanunu m 419 f 1 c 3 uyarınca gönderen yerine eşyalarla

⁷⁵ Alman Ticaret Kanunu §419 f 1, Türk Ticaret Kanunu m 869 f 1'e paraleldir. 2013 yılında yapılan değişiklik öncesi maddenin lafzı, Türk Ticaret Kanunu m 869'la aynıyken, değişiklik sonrası hükmün dili biraz daha sadeleştirilmiştir, ancak riziko alanı ilkesi içeren dördüncü cümlesi değişiklik sonrasında da aynen korunmuştur. §419 f 1'in güncel metninin serbest tercümesi şu şekilde verilebilir;

“Yükün teslim alınmasından sonra taşımının veya teslimin sözleşmede kararlaştırıldığı şekilde yapılmayacağı anlaşılırsa, taşıyıcı §418 veya §466 uyarınca tasarruf hakkına sahip kişiden talimat almak zorundadır. Tasarruf hakkını gönderilen haizse ve bulunamıyorsa veya eşyayı teslim almaktan kaçınıyorsa; yük senedi düzenlenmemişse, tasarruf hakkı birinci cümle uyarınca gönderen tarafından kullanılır. Tasarruf hakkının kullanılması taşıma senedinin ibrazına bağlı tutulmuş olsa bile bu hâlde taşıma senedinin ibrazı gerekli değildir. Taşıyıcı, kendisine talimat verilen durumlarda, teslim engelini taşıyıcının riziko alanına giren bir nedenden kaynaklanmamış olması şartıyla, §418 f 1 c 4'de öngörülen istem haklarını ileri sürebilir.”

⁷⁶ *Koller*, *Risikobereich* (n 6) 957.

ilgileneiyorsa, fazladan üstlendiği bu yükümlülük için yaptığı masrafların tazminini ve ek bir ücreti, sadece gönderenin alanından kaynaklı veya gönderen tarafından daha iyi kontrol edilebilir ve öngörülebilir taşıma engellerinde değil, her iki taraf için de kontrol edilemeyen ve öngörülemeyen nötr alanda yer alan teslim ve taşıma engellerinde de isteyebilmelidir.

Dolayısıyla bu hüküm kapsamında, taşıyıcının riziko alanına dahil edilecek taşıma engellerinin doğru tespit edilmesi gerekir. Yazar, taraflardan bağımsız olarak “dışarıdan” kaynaklanan ve etkilerini doğrudan taşıma süreci üzerinde doğuran olayların, kural olarak taşıyıcı tarafından daha öngörülebilir ve kontrol edilebilir olduğunu, özellikle hava olayları gibi tipik taşıma engelleri ve bunun yanı sıra taşıyıcının seçtiği taşıma tipinin ve taşıma yollarının riskini de kendisinin taşıdığı, bu gibi sebeplerden kaynaklı taşıma engellerinin taşıyıcının riziko alanına dahil edileceğini belirtmiştir. Bunun yanı sıra, yine dışarıdan kaynaklı ve sonuçlarını doğrudan taşıyıcının alanında doğuran taşıma engelleri, gönderene kıyasla, taşıyıcının en yüksek özeni göstermek suretiyle öngörebileceği ve kontrol edebileceği bir engelse, bunun da taşıyıcının riziko alanına dahil edilmesi gerekir.

Öte yandan *Koller*'e göre tamamen atipik, öngörülemeyen ve kontrol edilmesi mümkün olmayan olaylarda taşıyıcının ek ücret ve yaptığı masraflar için tazminat talep etme hakkı vardır. Yazar, böyle bir duruma örnek olarak bir terör olayı nedeniyle taşıma güzergahının kapatılması veya çok atipik bir hava olayının meydana gelmesini göstermiştir. Bu gibi durumlarda aksaklığın doğrudan taşıma aracına mı, yoksa taşıma yoluna mı etki ettiğinin de bir önemi yoktur.

d. Taşıma Sözleşmesinin Feshini Düzenleyen Alman Ticaret Kanunu §415'e İlişkin Değerlendirmesi⁷⁷

Alman Ticaret Kanunu §415 f 2 c 2 uyarınca “*Taşıma sözleşmesinin feshi, taşıyıcının riziko alanına giren bir sebepten kaynaklanmışsa, taşıyıcı, birinci cümledeki ikinci bendi uyarınca pişmanlık ücretine ilişkin bir istemi ileri süremez; sözleşmenin ifasında gönderenin menfaati yoksa, taşıyıcının birinci cümledeki ilk bendinden doğan istem hakkı da düşer.*”

Koller'e göre, gönderenin fesih hakkını kullanmak suretiyle taşıma sözleşmesine müdahale ettiği göz önünde bulundurulduğunda Alman Ticaret Kanunu §415 kapsamında taşıyıcının riziko alanının Alman Ticaret Kanunu §420 f2 c 2 kapsamında belirlenen riziko alanından daha geniş olamayacağı açıktır. Taşıyıcının organizasyon alanında yer almayan ve taşıyıcı tarafından öngörülebilir veya kontrol edilebilir olmayan nötr taşıma engelleri, etkilerini doğrudan taşıyıcının alanında gösterebilir bile gönderen aleyhine sonuç doğuracaktır. Gönderenin organizasyon alanından kaynaklı

⁷⁷ ibid 957-958.

veya ‘doğrudan’ gönderenin alanına etki eden ve taşıyıcı için gönderene kıyasla daha öngörülebilir ve kontrol edilebilir olmayan fesih sebepleri de evleviyetle gönderen aleyhine sonuç doğuracaktır. Örneğin gönderen, taşıma sözleşmesini yüklenecek mal elinde olmadığı veya gönderenin gerçekleştirilmesi planlanan taşımadaki menfaati sonradan ortadan kalktığı için feshedilmişse, bu fesih sebepleri taşıyıcının riziko alanına girmez. Yazar, gönderenin mücbir sebep dolayısıyla yüklenecek malın zilyetliğini edinmesinin imkansız hale geldiği durumlarda da ortaya çıkan fesih sebebinin taşıyıcı için evleviyetle kontrol edilemez ve hesaplanamaz olmasından ötürü gönderenin riziko alanına gireceğini belirtmiştir.

Koller, taşımanın gerçekleştirileceği yolun kapalı olmasının; taşıyıcının organizasyon alanından kaynaklı bir nedenden ileri gelmediği ve taşıyıcı tarafından en yüksek özenin gösterildiği durumda bile öngörebilir ve engellenebilir olmadığı durumlarda, bu engelin taşıyıcıya yükletilmemesi gerektiğini ifade etmiştir. Ancak yazara göre yol, uzun bir süre kapalı kalacaksa ve bu nedenle yükün teslimatının zamanında yapılması imkansız hale gelmişse, taşıma ve teslim engellerini düzenleyen Alman Ticaret Kanunu §419 f 1 anlamında bir taşıma engeli olduğu kabul edilmeli ve Alman Ticaret Kanunu §§ 419 f 1, 420 f 2 c 2’yle çelişkili bir değerlendirmeden kaçınılmalıdır. Taşıma engellerinde gönderen, taşıma işinin derhal sona erdirilmesi yönünde talimat verebilir. Böyle bir durumda gönderen sadece, kat edilen mesafe kadar ücret ödemek zorundadır. Bu husus, taşıma engelini gönderenin alanından kaynaklandığı durumlar için de geçerlidir. Dolayısıyla gönderen yol kapalı olduğu için, taşımanın sonlandırılması yönünde talimat vermek (ATK §§419 f 1, 418 f 1) yerine taşıma sözleşmesini feshederse yine sadece mesafe ücreti ödemek zorundadır.

e. Yükleme ve Boşaltmayı Düzenleyen Alman Ticaret Kanunu §412’e İlişkin Değerlendirmeleri⁷⁸

Alman Ticaret Kanunu §412 f 3 uyarınca “*Taşıyıcı, sözleşme hükümlerine dayanarak veya kendi risk alanından kaynaklanmayan nedenlerle makul yükleme veya boşaltma süresinden daha fazla beklerse, bekleme ücreti olarak uygun bir ücrete hak kazanır*”.

Koller, Alman Ticaret Kanunu §412 f 3 bakımından öncelikli olarak üzerinde durulması kavramın “*taşıyıcının beklemesi*” kavramı olduğunu ileri sürmektedir. Alman Ticaret Kanunu §412 f 3 uyarınca taşıyıcının, bekleme ücretine hak kazanabilmesi için öncelikle *beklemesi* gerekmektedir. Bekleme, taşıyıcının yükleme veya boşaltmaya hazır olduğu an başlar⁷⁹. *Koller*’e göre beklemeden bahsedilebilmesi için gönderenin, sözleşmeyle kendisine düşen katılım yükümlülüğünü yerine getirdiğinde, taşıma aracının yüklenebiliyor veya boşaltılabiliyor olması

⁷⁸ ibid 958-959.

⁷⁹ Aynı yönde bkz. OLG Nürnberg, 23.10.2002 – 12 U 1447/02.

gerekir. Yazar, örneğin fırtına nedeniyle yükleme rampasının yanaştırılmadığı durumlarda, taşıyıcının Alman Ticaret Kanunu §412 f 3 anlamında beklemesinden bahsedilemeyeceğini, zira beklemeden bahsedilebilmesi için yüklemeye veya boşaltmaya hazır olma durumunun söz konusu olması gerektiğini belirtmiştir⁸⁰.

Her iki tarafın da öngöremediği ve kontrol edemediği bir nedenden ötürü yükleme veya boşaltma yerine ulaşılamamasının riski, gönderene sadece, yükleme veya boşaltma yeri gönderen ya da alıcının alanında yer alıyorsa ve taşıyıcı, gönderenin/ alıcının arazisine kadar ulaşmış, fakat araziye giremiyorsa yükletilebilir. Yazara göre, gönderen veya alıcının arazisine kadar gitmiş, fakat araziye giremediği için yükleme/ boşaltma yapamayan taşıyıcı için aslında Alman Ticaret Kanunu §412 f 3 uyarınca beklemeden bahsedilemez, zira taşıyıcı teknik olarak henüz yükleme/boşaltma alanına ulaşmış değildir. Bununla birlikte, gönderenin alanından kaynaklanan bir engelin, taşıyıcının yüklemeye hazır hale gelmesini imkansızlaştırdığı durumlarda Alman Ticaret Kanunu §412 f 3'ün kıyasen uygulanabileceğini ifade etmiştir. *Koller*, taşıyıcının personelinin, gönderenin personeline destek vermek için gönderenin personeli tarafından gerçekleştirilen greve katılmasının; gönderenin alanından kaynaklanan bir engelin, taşıyıcının yüklemeye hazır hale gelmesini imkansızlaştırdığı durumlara örnek teşkil ettiğini belirtmiştir.

Gönderenin alanından kaynaklı kusurlarda, yükleme veya boşaltmadaki aksaklıklar taşıyıcının riziko alanına dahil edilemez. Bu duruma gönderenin yüklenecek eşyaya sahip olmaması veya personelinin grev yapması örnek olarak gösterilebilir. Hatalı yükleme veya boşaltma planı yapılması da yine gönderenin alanından kaynaklı bir organizasyon hatasıdır.

Yazara göre bekleme sırasında sadece, taşıyıcının alanındaki kusurlardan kaynaklanan engeller taşıyıcının riziko alanına dahil edilebilir⁸¹. Taşıyıcının kusurlu davranışları, kendi alanından kaynaklanan bir kusur olarak nitelendirilebilir. Yazar taşıyıcının organizasyon alanından kaynaklı diğer eksikliklerin genellikle taşıyıcının yükleme ve boşaltmaya hazır olmasına engel teşkil edeceğinden, taşıyıcının, 'bekleme' süresi içinde olduğundan bahsedilemeyeceğine ayrıca dikkat çekmiştir.

Bunun ötesinde *Koller*'e göre, gönderene kıyasla taşıyıcı tarafından daha öngörülebilir ve kontrol edilebilir olan engeller taşıyıcının riziko alanına dahil edilmelidir. Bu tip durumlara, taşıyıcının yüklemenin işletme güvenliğine uygun şekilde yapılabilmesi için gerekli bilgileri gönderenle paylaşmaması veya boşaltma sırasında taşıyıcıdan kaynaklı bir nedenle eşyanın zarar görmesi sonucu inceleme yapılması gerektiği için boşaltmanın gecikmesi örnek olarak verilebilir. "*Dışarıdan*" kaynaklanan fakat doğrudan taşıyıcının alanı üzerinden taşıma sürecine etki eden

⁸⁰ Aynı yönde bkz. Didier (n 55) 202; Thume (Schmidt), (n 4) §412, Nr 37.

⁸¹ Aynı yönde Thume (Schmidt), (n 4) §412, Nr 37.

öngörülebilir ve kontrol edilebilir aksaklıklar için de bu geçerlidir. Taşıyıcı için daha öngörülebilir veya kontrol altına alınabilir bir taşıma engeli, doğrudan gönderenin yükleme veya boşaltmada kendi yükümlülüğünü yerine getirmesine etki ediyorsa, bu taşıma engeli yine taşıyıcının riziko alanına girer. Yazara göre, bu tip bir duruma örnek bulmak kolay değildir. Taşıyıcının adamlarının kusurlu şekilde gönderenin yükleme düzeneğine zarar vermeleri ve bu nedenle yüklemenin gecikmesi taşıyıcının riziko alanına dahildir. Taşıyıcının araçlarından birisinin, bir başkası yüzünden alev alması nedeniyle gönderenin yükleme sistemlerinin işlemez hale gelmesi durumunda da yine bu engel taşıyıcının riziko alanına girmektedir.

Koller'e göre, her iki taraf için de öngörülemeyen ve kontrol edilemeyen, gönderenin alanı üzerinden '*doğrudan*' yükleme veya boşaltmaya etki eden '*nötr*' engellerde nasıl hareket edilmesi gerektiği açık değildir. Çok atipik bir hava olayı veya yükleme sırasında bir uçağın gönderenin arazisine düşmesi gibi durumlar örnek olarak düşünülebilir. Bu gibi durumlarda, yükleme veya boşaltmaya gönderenin vesile olduğu ve taşıyıcının korunmaya daha muhtaç olduğu düşünceleri ön planda tutulmalı ve bu gibi engeller taşıyıcının riziko alanına dahil edilmemelidir. Bu yorum yazara göre, Alman Medeni Kanunu §642'yle⁸² de uyum içinde olacaktır. Dolayısıyla gönderen, "*dışarıdan*" kaynaklanan ve gönderenin alanı üzerinden yükleme veya boşaltmaya "*doğrudan*" etki eden bir engelin kendisi için öngörülemez ve kontrol edilemez olduğunu ileri sürerek sorumluluktan kurtulamaz. "*Dışarıdan*" etki etmesine rağmen gönderen tarafından hükmedilebilecek engellerden de evleviyetle gönderen sorumludur.

Öte yandan dış etkenlerden kaynaklanan, her iki taraf için de öngörülemez ve kontrol edilemez bir olayın her iki tarafında da alanlarına doğrudan etki etmesi durumu farklılık arz etmektedir. Böyle bir durumda kanun koyucunun, taşıyıcıyı korumak istediği göz önünde bulundurularak bekleme ücreti talebinde bulunulabileceği kabul edilmelidir. Ancak *Koller*'e göre dışarıdan etki eden, gönderen için öngörülemez ve kontrol edilemez bir engel nedeniyle beklemek zorunda kalan taşıyıcı, bir başka potansiyel müşteri ile sözleşme yapmış olsaydı, yine beklemek zorunda kalacaktıysa, bekleme ücreti talep edemez⁸³. Bu husus, gönderen yüklemeyi zamanında yapmış olsa bile taşıyıcının yükleme noktasını yine terk edemeyeceği durumlar için de geçerlidir.

⁸² Alman Medeni Kanunu §642'nin serbest tercümesi şu şekilde verilebilir:

"Alman Medeni Kanunu §642 - İş Verenin Katılma Yükümlülüğü

(1) Bir eserin yapımı için iş verenin bir eylemi gereklirse, yüklenici, işverenin bu eylemi gerçekleştirmeyi ihmal etmesinden ötürü temerrüde düştüğü durumda uygun bir tazminat talep edebilir.

(2) Tazminat tutarı belirlenirken; bir yandan gecikmenin uzunluğu ve taraflarca kararlaştırılan ücret, diğer yandan yüklenicinin gecikme sonucu yapmaktan kurtulduğu masraflar veya işgücünün başka yerde kullanımı yoluyla elde edebilecekleri dikkate alınır."

⁸³ Aynı yönde OLG Karlsruhe, 12.06.2017 – 22 U 5/16 BSch.

B. Nötr Alanın Türk Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi

Türk hukukunda riziko alanı ilkesi ve dolayısıyla “nötr” alan kavramları, ne doktrinde ne de yargı kararlarında üzerinde durulan kavramlar değildir⁸⁴. Ancak yukarıda açıklandığı üzere, mehz hukukta bu ilke, gerek yargı kararlarında gerekse doktrinde derinlemesine irdelenen ve üzerinde çokça çalışılmış bir konudur. Türk Ticaret Kanunu’nun taşıma hukukuna ilişkin hükümlerinin, mehz kanunda 2013 yılında yapılan değişiklikten önceki hükümlere paralel olduğu ve kısmen bu hükümlerle örtüştüğü göz önünde bulundurulduğunda, Alman hukuku bakımından Alman Federal Yüksek Mahkemesi ve Alman doktrini tarafından ortaya konulan görüşler, hukukumuz bakımından da önem arz etmektedir.

Alman doktrininde nötr alanın varlığını kabul eden görüşe katılmaktayız. Her ne kadar Türk Ticaret Kanunu’nun riziko alanı ilkesine yer veren hükümlerinin gerekçelerinde nötr alana ilişkin bir değerlendirme yer almasa da⁸⁵ iki örnek üzerinden nötr alanın varlığının kabulü gerektiği ortaya konabilir⁸⁶;

a. Beklenmedik bir olay sebebiyle (örneğin devlet başkanına suikast gibi) ulusal yas ilan edilmesi sebebiyle çalışma yasağının ortaya çıktığını kabul edelim Çalışma yasağı sebebiyle *eşyanın yüklenmesi makul süreyi geçmiş ise*, taşıyıcı TTK m 863/3 uyarınca bekleme ücreti talep edebilir. Bu hükme göre gecikmeye sebep olan engelin taşıyıcının kendi riziko alanından kaynaklanmaması (“...kendi risk alanından kaynaklanmayan sebeplerle...”) bekleme ücretinin talep edilmesinin olumsuz şartını oluşturur. Vurgulamak gerekir ki, TTK m 863/3’te taşıyıcının riziko alanı dikkate alınmaktadır. Ulusal yas sebebiyle ortaya çıkan genel çalışma yasağı, taşıyıcının riziko alanından kaynaklanmıyorsa, bu olayın rizikosu, yani ekonomik külfeti, gönderen üzerindedir. Taşıyıcının riziko alanında yer almayan bir sebep, gönderenin üzerine yüklenir. Genel çalışma yasağı, aynı taşıyıcı gibi, gönderenin riziko alanında yer almasa da, TTK m 863/3’de taşıyıcının riziko alanı dikkate alındığından, engelin taşıyıcının alanına girmediği ve nötr bir alanda bulunmadığı için ortaya çıkan ekonomik külfet gönderene aittir.

b. Aynı sebeple genel çalışma yasağının *taşıma sırasında ortaya çıktığını* kabul edelim Acaba bu durumda, taşıyıcı bekleme ücreti gibi TTK m 870/3’e göre taşımamanın gecikmesi sebebiyle ek taşıma ücreti talep edebilir mi? Nötr bir alan bulunmadığı kabul edildiğinde ilk önce ilgili hükümde kimin riziko alanının düzenlendiği tespit edilmelidir. Başka bir ifadeyle alan esası yönünden bir değerlendirme yapılmalıdır. TTK m 870/3’te yer alan “...gecikme gönderenin riziko alanına giren bir nedenden

⁸⁴ Bu konudaki ilk ve tek değerlendirme için bkz. Seven (n 13) 213 vd.

⁸⁵ *Yavaş*, TTK m 865’e bakımından riziko alanını “tarafaların her birinin yüklemeye (ve boşaltmada) kanun veya sözleşme gereği üzerine düşen görevlerin ifasına ilişkin faaliyetlerin tümü” olarak tanımlamıştır; *Yavaş* (n 20) 45 dn 187; *Gönen Eriş*, *Açıklamalı – Gereçeli – İçtihatlı Taşıma Hukuku* (Seçkin 2015) TTK m 863.

⁸⁶ Seven (n 13) 214.

kaynaklanmışsa...” ifadesi ile esas alınan alanın gönderene ait olduğu görülmektedir. Aynı maddenin birinci fıkrasında veya ilk örnekte yer alan TTK m 863/3’ten farklı olarak, bu hüküm gönderenin riziko alanını dikkate almaktadır. Genel çalışma yasağı gönderenin riziko alanına girmediği için geciken taşıma sebebiyle taşıyıcı TTK m 870/3’e göre ek taşıma ücreti talep edemez. Çünkü genel çalışma yasağı gönderenin riziko alanına girmediği için bu hüküm uyarınca taşımadaki gecikmenin ekonomik külfetine taşıyıcı katlanacaktır.

Yukarıda belirtildiği üzere Alman Federal Yüksek Mahkemesi, Türk Ticaret Kanunu m 870 f 3’e paralel düzenleme olan Alman Ticaret Kanunu §412 f 3 bakımından ikinci örnekte belirtilen görüşü benimseyen bir karar vermiştir. Federal Yüksek Mahkeme, kanun lafzında gönderenin riziko alanından bahsedildiği için gönderenin riziko alanına girmeyen her türlü taşıma engelinin neden olduğu ekonomik külfete taşıyıcının katlanacağını belirtmiştir. Ancak bu karar, kanaatimizce de haklı olarak Alman doktrini tarafından eleştirilmiştir⁸⁷. Mücbir sebeplerin taraflardan birinin alanını etkilediği hallerde bu sebeplerin riskini söz konusu tarafın taşıyacağı, kabul edilebilecek bir yaklaşım değildir. Zira nötr alanın dışlandığı hallerde, mücbir sebebin hangi tarafın alanı içinde sayılacağı belirlenmekte ve buna göre bu engelin ortaya çıkardığı riziko bir tarafa yüklenmektedir.

Örneğin uçak kazası (işletmeye bir yolcu uçağının düşmesi) sebebiyle yükleme gecikirse, bu durumun rizikosunun gönderene yüklenmesi somut olay adaletine uygun değildir⁸⁸. Benzer şekilde yukarıdaki örnekte olduğu gibi, beklenmedik bir halde ortaya çıkan genel çalışma yasağı sebebiyle gönderene, bekleme ücretini ödeme yükümlülüğü yüklenmemesi gerekir. Dolayısıyla bu nitelikteki sebeplerin, her durumda taraflardan birinin alanında sayılmasını kabul ederek bir çözüme ulaşmaya çalışmak akla uygun değildir. Diğer taraftan ortak kusur sebebiyle bir engelin, her iki tarafın riziko alanına girdiği durumlarda, engelin rizikosunun ya taşıyıcıya ya da gönderene yüklenmesini anlamsız kılmaktadır. Örneğin gönderen, eşyayı yanlış istiflemiş, taşıyıcı (araç sürücüsü) söz konusu yanlışlığı fark etmesine rağmen yüklemenin tamamlanmasından sonra göndereni uyarırsa, her iki tarafın eşdeğer ölçüdeki kusuru sonucunda yüklemenin gecikmesi hali ortaya çıkabilir. Bu halde yüklemdeki gecikme hangi sebeple taşıyıcı veya gönderenin alanında görülecektir? Nötr alanının varlığının kabul edilmemesi halinde, bu soruya tatmin edici bir cevap vermek zordur. Şayet nötr alanının varlığı kabul edilirse, eşdeğer ölçüdeki ortak kusur sebebiyle engel bu alanda yer alır.

Kanaatimizce, nötr alanının varlığının dışlanmasına yönelik görüşlere getirilen eleştiriler haklı gözükmektedir. Çünkü her iki tarafın da riziko alanında yer

⁸⁷ Koller, *Kommentar* (n 4) § 412, Nr 53; Dieter Rabe, ‘Die Sphärentheorie im Seehandelsrecht’ (2012) *TransportR* 35 (3) 56, 56 vd.

⁸⁸ Bkz. Koller, *Risikobereich* (n 6) 955.

almayan, öngörülmesi mümkün olmayan sebeplerin ekonomik külfetinin her zaman taraflardan birine yükletilmesi hakkaniyete uygun bir çözüm değildir. Kusur, sebep olma, tehlike, hakimiyet, organizasyon alanı gibi gerek subjektif gerekse de objektif esaslarla bir engelin rizikosunun hangi tarafta olduğunu tespit etmekte bir sorun yoktur. Çünkü bu halde söz konusu unsurlardan hareket edilerek bir sebep taraflardan birine isnat edilmektedir. Ancak mücbir sebeplerin tarafların riziko alanlarına dahil edilmesi hukukun genel ilkesine aykırıdır. Mücbir sebebin ekonomik sonuçlarına diğer tarafın katlanmasını beklemek, menfaatler dengesine de uygun düşmez. Ayrıca TTK hükümleri incelendiğinde, TTK m 870/2, c 2 dışındaki bütün hallerde bu riziko gönderene yükletilmiş bulunmaktadır. Şu da var ki, bazı uç örnekler ile nötr alanının reddedilmesinin haksız sonuçları açıkça ortaya çıkmaktadır (*argumentum ad absurdum*). Örneğin yükleme yerine giden taşıma aracının üzerine savaş uçağı düştüğünü ve bu sebeple yüklemenin geciktiğini kabul edelim Kanaatimizce savaş uçağı düşmesinden kaynaklanan engelin taşıyıcının riziko alanı içinde değerlendirileceğini söylemek mümkün değildir. Tamamen dışsal bir durum olarak bu kazayı, taşıyıcının öngörmesi ve sonuçlarını ortadan kaldırması mümkün değildir. Bu gerekçelerle, gecikme taşıyıcının riziko alanında olmadığından, nötr alanın bulunmadığı durumlarda bu engelin rizikosu gönderene yüklenmektedir. Dolayısıyla gönderen bekleme ücreti ödemek zorunda kalacaktır. Şayet taşıma aracının üzerine uçak düştüğü için bu engelin taşıyıcının riziko alanında yer aldığı kabul edilirse, gönderen bekleme ücreti borcu altına girmez. Fakat bu sonucun kabulü ise, riziko alanı ilkesinin uygulanmasını tamamen tesadüflere bağlamaktadır. Gönderenin işletmesi üzerine uçak düşmesi ile taşıyıcının işletmesi üzerinde aynı olayın yaşanması arasında hukuki olarak bir fark yaratılmaz. Aksi halde hukuk kuralları, sadece tesadüfi sonuçlar sebebiyle alacak ve borç yaratma yoluna gider. Taşıyıcı ve gönderenin işletmesinin birbirine komşu olduğu durumlarda, tamamen dışsal sebeplerden ötürü sadece bir tarafın işletmesinin etkilenmesi tamamen tesadüfi olabilir. Dolayısıyla tamamen dışsal ve öngörülmesi mümkün olmayan sebepler kimin organizasyon alanı üzerinde etkide bulunursa bulunsun bu hallerin nötr alanda yer alması gerekmektedir.

C. Türk Hukukunda Riziko Alanı İlkesinin Uygulanmasına Dair Değerlendirmeler

1. Riziko Alanı İlkesine Yer Verilen Hükümlerde İzlenecek Metodoloji

Yukarıda belirtildiği üzere Türk Ticaret Kanunu'nun kara taşıma hukukuna ilişkin sadece altı maddesinde (TTK m 863/3, 865, 866/2, 867/4, 869/1 ve 4, 870/2, 3) riziko alanı ilkesine yer verilmiştir. Tekrar vurgulamak gerekir ki riziko alanı ilkesi, bir sorumluluk türü değildir. Dolayısıyla riziko alanı ilkesine yer verilen hükümler uygulanırken, belli bir sistematik içerisinde hareket edilmesi, gerek taşıma engelinin

hangi alanda yer aldığını tespit ederken, gerekse taşıma engelinin yer aldığı alanın tespiti yapıldıktan sonra ilgili hükmün uygulanmasında belli bir metodoloji izlenmesi gerekir.

2. Taşıma Engelinin Hangi Alanda Yer Aldığının Tespiti

Taşıma sözleşmesinin taraflarından birisi, riziko alanı ilkesine yer verilen bir hükme dayalı bir talepte bulunmuşsa, öncelikle taşıma engelinin ne olduğu doğru tespit edilmelidir. Taşıma engeli tespit edildikten sonra, bu engelin gönderenin mi yoksa taşıyıcının mı riziko alanında yer aldığı belirlenmelidir. Taşıma engelinin taraflardan birisinin alanında yer alıp almadığı tarafların veya yardımcılarının kusuru, organizasyon alanından kaynaklı bir kusur, öngörülebilirlik, hakimiyet gibi kriterler aracılığıyla belirlenir. Bir taşıma engelinin taraflardan birinin alanında yer alıp almadığını tespit edebilmek için şu sorular sorulmalıdır;

- Taşıma engeli, taraflardan birinin veya yardımcılarının veyahut da taşıma sözleşmesinin ifasında kullanılan üçüncü bir kişinin kusurundan mı kaynaklanmıştır?
- Taşıma engeli, taraflardan birinin kusuru olmasa dahi organizasyon alanından kaynaklanan bir hata, eksiklik veya kusurdan mı ileri gelmiştir?
- Taşıma engeli, taraflardan birisi için öngörülebilir olduğundan meydana gelmeden önce engellenmesi mümkün müydü?
- Taşıma engeli, taraflardan birisi kendisinden beklenen özeni gösterseydi taşıma engeline neden olan sebebi kontrol altına alarak taşıma engelinin ortaya çıkmasını engelleyebilir miydi?

Bu sorulardan bir tanesine taraflardan birisi için olumlu cevap verilebiliyorsa, somut olayda taşıma engelinin o tarafın alanından kaynaklandığını kabul etmek gerekir. Dolayısıyla taşıma engeli, o tarafın riziko alanına dahil edilir. Sözleşmenin her iki tarafı için de yukarıda anılan sorulara verilen yanıtlar olumsuz ise, o zaman taşıma engelinin nötr alandan kaynaklandığını kabul etmek gerekir.

3. COVID-19'un Sebep Olduğu Taşıma Engellerinin Değerlendirilmesi

Dünya Sağlık Örgütü tarafında coronavirüsün sebep olduğu hastalık olarak tanımlanan COVID-19, hastalarda ağır akut solunum yetmezliğine sebep olmaktadır⁸⁹. Bu hastalığın, bulaşma hızı yüksek olmasının yanı sıra kuluçka süresinin 2-14 gün arasında değişmesi ve enfekte olmakla birlikte henüz hastalık belirtilerini göstermeyen

⁸⁹ URL:<https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/question-and-answers-hub/q-a-detail/q-a-coronaviruses> (Erişim Tarihi: 23.05.2020).

kişilerin taşıyıcı olarak hastalığı hızla yaylamaları Şubat 2020 itibariyle tüm dünyada COVID-19'un hızla yayılmasına neden olmuştur. Hastalığın resmi olarak bildirilen ilk ortaya çıkış tarihi 7 Ocak 2020'dir. Bundan yaklaşık iki ay gibi kısa bir süre sonra, 11 Mart 2020'de Dünya Sağlık Örgütü tarafından dünya çapında pandemi ilan edilmesi⁹⁰, hastalığın ne kadar bulaşıcı olduğunu net bir biçimde ortaya koymaktadır.

COVID-19'a karşı bilinen ve etkili bir ilaç veya aşı olmaması, hastalığın semptomlarından olan ağır akut solunum yetmezliğinin hafifletilmesi içinse solunum cihazlarına olan ihtiyacın, hastanelerin hali hazırda sahip olduğu cihaz miktarıyla karşılanmasının mümkün olmaması nedeniyle tüm dünyada salgının artış hızının düşürülerek ülkelerin sağlık sistemlerinin çökmesinin engellenmesi amaçlanmış; bu da ülkeler tarafından tedavi odaklı stratejiler yerine izolasyon odaklı stratejilerin geliştirilmesine yol açmıştır. Ülkeler bu kapsamda; sınırlarını kapatma, kritik olarak görülen medikal malzeme, gıda ürünleri ve bazı diğer ürün gruplarının ihracatının yasaklanması, genel sokağa çıkma yasaklarının yanı sıra şehirlerarası ulaşımın durdurulması gibi farklı önlemlere başvurumaktadırlar⁹¹.

COVID-19'la mücadele konusunda alınan bu önlemler taşıma sözleşmelerini de etkilemektedir⁹². Her ne kadar yük taşınması; mağazaların ve alışveriş merkezlerinin kapatılması ve belli yaş grupları için getirilen istinasız sokağa çıkma yasakları nedeniyle insanların ihtiyaçlarını karşılamak için internet üzerinden alışverişe yönelmeleri ve tedarik zincirinin mümkün mertebe normal işlemlerini sağlayarak temel ihtiyaçlarda arz sıkıntısını önlemek için getirilen birçok kısıtlamadan muaf tutulsa da COVID-19'la mücadele kapsamında alınan önlemlerin taşıma sözleşmelerine etki ettiği bazı durumlar ortaya çıkmıştır. Örneğin genel sokağa çıkma yasağından kaynaklı olarak, önceden belirlenen yüklenme gününde işçilerin fabrikaya gidememesi nedeniyle gönderen tarafından yüklemenin gerçekleştirilememesinden ötürü, taşıyıcının fazladan beklediği gün(ler) için Türk Ticaret Kanunu m 863 f 3 uyarınca ek ücret talep etmesi veya boşaltma yerine ulaşan taşıyıcının, gönderilenin adamları sokağa çıkma yasağı nedeniyle yükü teslim alamadıklarından ötürü boşaltma geciktiği için ek ücret talep etmesi düşünülebilir.

Aynı şekilde temel ihtiyaçların tedarik zincirinde aksaklığa sebebiyet vermemek için temel ihtiyaçların sevk ve nakliyesinde kullanılmak üzere belli özelliklere ve taşıma kapasitesine sahip tüm araçlara, devlet tarafından geçici süreyle el konulması nedeniyle taşıyıcının sözleşmede kararlaştırıldığı nitelikte bir araç tedarik edememesi ve bu sebeple taşıma taahhüdünü yerine getirememesi gibi durumların sadece

⁹⁰ URL: https://www.who.int/docs/default-source/coronaviruse/situation-reports/20200311-sitrep-51-covid-19.pdf?sfvrsn=1ba62e57_10 (Erişim Tarihi: 23.05.2020).

⁹¹ Dünya çapında alınan önlemlere dair kısa bilgi için bkz. URL: <https://www.bbc.com/news/world-51737226> (Erişim Tarihi: 23.05.2020). Ülke bazında ve kronolojik sırayla hangi önlemlerin alındığına dair detaylı bilgi için "Key Country Policy Responses" başlığı altında bkz. URL: <https://www.oecd.org/coronavirus/en/> (Erişim Tarihi: 23.05.2020).

⁹² Almanya açısından detaylı bir değerlendirme için bkz. Hubert Schmidt, *Rechtsfragen zur Corona-Krise* (C.H.Beck 2020) §12.

teorik birer örnek olmadığı, COVID-19'la mücadele kapsamında dünyada alınan önlemlerle ortaya konmuştur. Böyle bir durumda gönderen, önceden yapılan taşıma sözleşmesini Türk Ticaret Kanunu m 865 uyarınca feshederse, taşıyıcı TTK m 865 f 1'den kaynaklı bir talepte bulunabilecek midir?

Öncelikle yukarıda önerdiğimiz metodoloji içinde riziko alanı ilkesine yer verilen hükümlerden kaynaklı bir talep söz konusuysa, taşıma engelinin hangi alanda yer aldığını tespit etmek gerekir. Bu, COVID-19 nedeniyle alınan önlemler nedeniyle ortaya çıkan taşıma engelleri bakımından da geçerlidir. Yukarıdaki örneklerden devam edilecek olursa; genel sokağa çıkma yasağı nedeniyle yüklenme ve boşaltmanın süresi içinde yapılamaması; tarafların kusuru nedeniyle ortaya çıkan bir durum değildir. Zira devletin aldığı kararlar uygulanan yasağa taraflar, kusurlarıyla sebebiyet vermemişlerdir. İdari kararlar getirilen yasak, tarafların organizasyon alanından da kaynaklanmamaktadır. Zira tarafların organizasyon alanlarını yasağın dışında kalacak şekilde organize etmeleri mümkün değildir; bir başka deyişle taraflar, bireysel olarak kendi organizasyon alanlarını her ne de kadar COVID-19'a karşı güvenli şekilde düzenleseler de ülke çapında idari bir kararla uygulanan genel nitelikteki sokağa çıkma yasağından muaf tutulmaları mümkün değildir.

Sözleşmenin yapıldığı tarihte; daha önce insanlarda görülmeyen, ağır akut solunum yetmezliğine sebep olan, yüksek bulaşıcılığa sahip ve enfekte kişinin semptomları göstermeden 14 gün virüsü bulaştırmaya devam edeceği bir hastalığın, dünya çapında bir pandemiye dönüşebileceğinin, hastaların tedavilerinin yanı sıra devletlerin, salgını önleyici stratejiler kapsamında koruyucu tıp önlemlerine başvuracaklarının ve bu kapsamda yüklemenin/boşaltmanın yapılacağı gün ülke genelinde bir sokağa çıkma yasağı ilan edileceğinin, bu tip salgın hastalıkların genellikle 100 yılda bir görüldüğü dikkate alındığında taraflar için öngörülebilir olduğunu söylemek mümkün değildir.

COVID-19'un yarattığı tehlikenin taraflarca kontrol edilebilir olmadığı, devlet tarafından COVID-19'la mücadele kapsamında başvuru önlemler bakımından tarafların bir söz hakkı olmadığı açıktır.

Devletin, belli özelliklere ve kapasiteye sahip tüm taşıma araçlarına el koyması örneği bakımından da tarafların kusuru, organizasyon alanından kaynaklı kusur, öngörülebilirlik ve hakimiyet bakımından benzer değerlendirmeler yapılması gerekir. Özellikle böyle bir durumda taşıyıcının şahsi veya organizasyon alanından kaynaklı bir kusurdan bahsedilemez, zira taşıma için gerekli araç sınıfındaki tüm araçlara ülke çapında el konulmuş olacağı için taşıyıcının karşılaştırılan özelliklere sahip ikame bir araç tedarik etmesi veya idari kararın aksine aracını devletin kullanımına sunmaması mümkün değildir. Bu nedenle taşıyıcıya bu bakımdan bir kusur atfedilemez.

COVID-19 kapsamında ortaya çıkan ve ortaya çıkması muhtemel taşıma engelleri, riziko alanı ilkesinin geçerli olduğu hükümler bakımından nötr alana olan ihtiyacı çok net ve somut bir şekilde ortaya koymaktadır. Ne yazık ki, bugüne kadar sadece kitaplarda yer alan ve “*teorik*” olarak görülen bazı örnekler COVID-19 nedeniyle gerçek olmuştur. COVID-19 nedeniyle ortaya çıkan taşıma engelleri, taraflardan birinin alanına girmiyorsa⁹³, nötr alanda yer alacağı açıktır.

4. Taşıma Engelinin Taraflardan Birinin Alanında Yer Aldığı Durumlarda Riziko Alanı İlkesinin Uygulanması

Taşıma engelinin bu şekilde taraflardan birisinin riziko alanına dahil edildiği durumlarda, kanunda riziko alanı ilkesine yer verilen hükümlerin uygulanması kolaydır. Taraflardan biri, taşıma engeli nedeniyle riziko alanı ilkesine dayanan bir talepte bulunuyorsa, kanun lafzından hareket edilmesi gerekir.

Örneğin yükleme zamanında bitirilemediği için, taşıyıcı fazladan beklemek zorunda kalmışsa, bunun için TTK m 863 f 3'e göre ek ücret talebinde bulunabilmesi için, gecikme sebebinin kendi riziko alanına dahil edilememesi gerekir. Eğer gönderen, kusurlu olarak yükü zamanında hazır etmediği için yüklemede gecikme yaşanmışsa, gecikme gönderenin kusurundan kaynaklı olduğu için riziko alanı ilkesi gereği bu gecikmenin gönderenin riziko alanına dahil edilmesi gerekir. TTK m 863 f 3'te “[taşıyıcının] risk alanından kaynaklanmayan nedenlerle” beklemek zorunda kaldığı durumlarda bekleme ücreti talep edebileceği düzenlendiğinden, gönderenin kusuru yüzünden beklemek zorunda kalmışsa, bu gönderenin riziko alanına dahil edilecek ve taşıyıcı TTK m 863 f 3 uyarınca bekleme ücreti talebinde bulunabilecektir. Öte yandan şoför, yükleme alanındaki metal kapana dikkat etmediği için aracının lastikleri patlamış ve araca uygun lastik yakınlarda bulunamadığı için yükleme alanına girememişse, taşıyıcının şoförünün dikkatsizliği nedeniyle taşıma aracının yükleme alanına yanaşamaması söz konusu olduğundan, böyle bir durumda gecikme taşıyıcının kendi adamının kusurundan kaynaklandığı için bu taşıma engeli, taşıyıcının alanından kaynaklı kabul edilecek ve taşıma engeli, taşıyıcının riziko alanına dahil edileceğinden taşıyıcının TTK m 863 f 3 uyarınca bekleme ücreti talep etmesi mümkün olmayacaktır.

⁹³ Örneğin gönderenin, genel sokağa çıkma yasağı olduğu gün “ortalığın sakin olacağından bahisle” bilerek yüklemenin o gün yapılmasına ısrarcı olması ama personeli evden çıkamadığı için yüklemenin gerçekleştirilememesi veya taşıyıcının, şehirler arası taşıma için izin belgesinin yoğunluk nedeniyle 1 hafta daha onaylanmayacağını bilmesine rağmen şehir dışına taşıma işine derhal başlamayı taahhüt etmesi ve il sınırında kolluk kuvvetince aracına idari işlem uygulanması nedeniyle taşımayı gerçekleştirememesi gibi durumlarda tarafların kusuru yada en azından öngörülebilirlik veya hakimiyet söz konusu olacağından bu tip engeller nötr alanda yer almayacaktır.

5. Taşıma Engelinin Nötr Alanda Yer Aldığı Durumlarda Riziko Alanı İlkesinin Uygulanması

Esas zorluk, taşıma engelinin nötr alanda yer aldığı tespit edildiği durumlarda ortaya çıkar. Sözleşmenin her iki tarafı için de yukarıda anılan sorulara⁹⁴ verilen yanıtlar olumsuz ise, o zaman taşıma engelinin nötr alandan kaynaklandığını kabul etmek gerekir. Nötr alanın kabulü ve taşıma engelinin nötr alanda yer aldığı tespit, kanaatimizce Koller'in de haklı olarak belirttiği gibi⁹⁵, tek başına yeterli değildir. Bir taşıma engelinin, nötr alana girdiğini tespit edildikten sonra daha önemlisi nötr alanda yer alan bu taşıma engelinin tarafların riziko alanları ve talep hakları üzerinde nasıl bir sonuç doğuracağıdır.

Alman hukukunda nötr alanın varlığını kabul eden yazarlar, bir taşıma engelinin nötr alanda yer aldığı durumlarda bunun sonucunun ne olacağına ilişkin kanaatimizce hakkaniyete uygun bir çözüm sunamamaktadırlar. Taşıyıcının ediminin; bir marangoz, müteahhit veya terzi gibi başka yüklenicilere kıyasla dış etkenlere daha açık olduğu ve dış etkenlerin yarattığı risklerden korunması için kanunda taşıyıcının riziko alanından bahsedilmişse, onun riziko alanına dahil edilemeyen her türlü taşıma engelinden gönderenin sorumlu tutulması gerektiğini veya gönderenin korunmaya değer taraf olduğunu, zira taşıyıcının taşıma işini sürekli yapan taraf olarak daha bilgili ve tedbirli olması gerektiğini, bu işten para kazandığı için taşıma işinin içerdiği riskleri de tek başına göğüslemesi gerektiğini savunan görüşlerin “*tek boyutlu*” olduğunu düşünüyoruz. Özellikle Alman Federal Yüksek Mahkemesi'nin, nötr alanı kabul ettiği kararında kanun lafzından hareketle, taşıma engelinin uygulanacak hükümde zikredilen riziko alanına girdiğinin somut olayda net bir şekilde tespit edilemediği durumlarda bundan kaynaklı maddi külfetin diğer tarafa yüklemesini yönündeki çözümünü⁹⁶ de doğru bulmuyoruz.

Nötr alanda yer alan bir taşıma engelinin, mevcut hükümler kapsamında nasıl değerlendirilmesi gerektiği sorusuna; somut olayın şartlarına ve hakkaniyete uygun, ayrıca taşıma hukukunun sistematığı içinde cevap verilebilmesi için Türk Ticaret Kanunu'nun dördüncü kitabında riziko alanı ilkesine yer verilen hükümlerin tek tek incelenmesi gerektiği kanaatindeyiz.

a. Türk Ticaret Kanunu m 865 Uyarınca Taşıma Sözleşmesinin Feshi

TTK m 865 f 1 uyarınca gönderen, taşıma sözleşmesini her zaman feshedebilir. Aynı hükmün ikinci fıkrası uyarınca taşıma sözleşmesinin feshi, taşıyıcının riziko alanına giren bir sebepten kaynaklanmışsa, taşıyıcının fesih tazminatı talep etmesi mümkün değildir.

⁹⁴ Bu hususta bkz. yuk. C, III, 2.

⁹⁵ Bu hususta ilgili yuk. bkz. C, I, 7.

⁹⁶ Bu hususta ilgili yuk. bkz. dn 67 ve C, I, 7.

Gönderenin, nötr alanda yer alan bir taşıma engelinden ötürü taşıma sözleşmesini feshetmesi durumunda fesih tazminatı ödemek zorunda olup olmadığı, Türk Ticaret Kanunu'nun deniz ticaret hukukuna ilişkin beşinci kitabındaki düzenlemeler göz önünde bulundurularak değerlendirilmelidir⁹⁷.

Karada eşya taşıma sözleşmelerinde fesih hakkını düzenleyen TTK m 865'in denizde eşya taşıma bakımından karşılığı TTK m 1158'dir. TTK m 1158'de yolculuk charteri sözleşmesinde taşıtana, gemi o sözleşme uyarınca yüklemesini tamamlayıp yolculuğa çıkıncaya kadar sözleşmeyi fesih hakkı tanınmıştır. Sözleşmenin feshi durumunda TTK m 1158 f 2'de de, TTK m 865 f 2'deki gibi bir fesih tazminatı düzenlemesi yer almaktadır.

Ancak deniz ticaret hukuku bakımından navlun sözleşmelerinde her iki tarafa da fesih hakkı veren hali düzenleyen TTK m 1218 f 1 uyarınca “*Gemiye ambargo veya devlet hizmeti için el konulması, varma yeri ülkesi ile ticaretin yasaklanması, yükleme veya varma limanlarının abluka altına alınması, sözleşme gereğince taşınacak olan eşyanın tamamının yükleme limanından ihracının veya varma limanına ithalinin yahut transit geçişinin yasaklanması gibi bir kamu tasarrufu yüzünden sözleşmenin ifasının engellenmiş olması her iki tarafa herhangi bir tazminat vermekle yükümlü olmaksızın sözleşmeyi feshedebilme hakkı verir*”. Yani TTK m 1218 f 1'de tarafların tasarrufunda olmayan, herhangi bir şekilde öngöremedikleri veya kontrol edemedikleri bir olay veya mücbir sebep söz konusu olduğunda kanun, her iki tarafa da herhangi bir tazminat yükümlülüğü doğmaksızın sözleşmeyi feshetme hakkı tanımıştır. Özellikle COVID-19'la mücadele kapsamında alınan önlemler, tam da Türk Ticaret Kanunu m 1218 f 1'in düzenlemeyi amaçladığı hallere örnek teşkil eder niteliktedir.

Nötr alanda yer alan bir taşıma engeli söz konusu olduğunda kara taşıma hukuku bakımından da benzer bir çözümün uygulanması hakkaniyete uygun düşecektir. Zira aynı kanunun beşinci kitabında öngörülen bir çözümün, dördüncü kitabı kapsamında eksik düzenlenen benzer olaylarda uygulanmaması için makul bir gerekçe yoktur⁹⁸. Eşya taşıma sözleşmeleri bakımından nötr alanda yer alan bir taşıma engeli söz konusuysa taraflar, sözleşmeyi herhangi bir tazminat ödeme yükü altına girmeksizin feshedebilmelidirler.

b. Türk Ticaret Kanunu m 863 f 3 Uyarınca Bekleme Ücreti

Türk Ticaret Kanunu m 863 f 3 uyarınca “*taşıyıcı, sözleşme hükümlerine dayanarak veya kendi risk alanından kaynaklanmayan nedenlerle makul yükleme*

⁹⁷ Deniz taşımaya ve kara taşımaya ilişkin hükümlerin, kanunda ayrı yerlerde düzenlenmiş olmalarından ötürü ikisinden birinde somut olaya uygun bir hüküm bulunmadığı durumda, bu hususa ilişkin diğerinde bir hüküm olduğu hallerde bu hükmün kıyasen uygulanabileceği ve her iki yolla da yapılan taşımalara ilişkin hükümlerin birbirleri için yol gösterici olabileceği yönünde ayrıca bkz. Klaus Ramming, ‘Die Haftung des Verfrachters für die verspätete Auslieferung der Güter’ (2012) HmbSchRZ 4 (11-12) 257, 257 vd.

⁹⁸ ibid 259.

veya boşaltma süresinden daha fazla beklerse, bekleme ücreti olarak uygun bir ücrete hak kazanır”. Nötr alanda yer alan bir taşıma engelinden dolayı yükleme veya boşaltmanın süresi içinde yapılamaması durumunda rizikonun taraflar arasında makul bir şekilde dağıtılabilmesi için deniz ticaret hukukunda yükleme ve boşaltma sürelerini düzenleyen TTK m 1156 ve m 1172 hükümleri yol gösterici olabilir.

TTK m 1156 f 2 ve f 3 incelendiğinde; taşıtan ve taşıyanın “*faaliyet alanında gerçekleşen tesadüfi sebepler*” ifadesinin kullanıldığı görülmektedir. Burada kastedilen, dışardan kaynaklanmakla birlikte etkisini taraflardan birinin alanında doğuran taşıma engelleridir. Alan kavramı, kusurdan bağımsız ve daha geniş bir kavram olduğu için dış etkenlerden kaynaklanmasına rağmen taraflardan birinin alanında sonuçlarını doğuran ve o tarafın taşıma sözleşmesinden kaynaklanan yükümlülüğünü ihlal etmesine sebebiyet verecek nitelikte taşıma engellerinin olduğu, Türk Ticaret Kanunu’nun deniz ticaret hukukunu düzenleyen beşinci kitabında açık bir şekilde ifade edilmiştir.

TTK m 1156 f 4 uyarınca “*Fırtına, buz istilası veya seferberlik gibi her iki tarafın faaliyet alanını ilgilendiren tesadüfi sebepler dolayısıyla eşyanın gemiye teslim edilmesi ve alınması imkânı bulunmayan günler yükleme süresine eklenir; şu kadar ki, yükleme süresi içinde olmasına rağmen taşıtan bu günler için taşıyana sürastarya parası ödemekle yükümlüdür*”. TTK m 1156 f 4 incelendiğinde “fırtına, buz istilası veya seferberlik gibi” ifadesinden bunların örnek kabilinden sayıldığı⁹⁹ ve aslında sözleşmenin her iki tarafının da alanına dahil edilmesi mümkün olmayan, bir başka deyişle nötr alanda yer alan engellere örnek olarak verildikleri anlaşılmaktadır. Yani deniz ticaret hukukunda; tarafların alanlarına dahil edilemeyen ve nötr alanda yer alan taşıma engellerinin öngörüldüğü ve buna ilişkin bir düzenleme yapıldığı söylenebilir. Kanun koyucu; nötr alanda yer alan bir engel dolayısıyla yüklemenin süresi içinde yapılamadığı durumda, nötr alanda yer alan engel ortadan kalkana kadar limanda bekleme yükümlülüğü getirerek, taşıyanın yükü almadan gitmesine izin vermemiş ve böylelikle taşıtanın yükün taşınmasındaki menfaatini korumuştur. Öte yandan nötr alanda da yer alsa ortaya çıkan engel yüzünden limanı terk edemeyen ve beklemek zorunda kalan taşıyanın menfaati de korunmuş ve taşıtanın kusuru olmadığı halde gerçekleşen gecikme nedeniyle taşıtana sürastarya parası ödeme yükümlülüğü getirilmiştir.

TTK m 863 f 3 bakımından da benzer bir uygulama mümkündür. Gönderen, mücbir sebepten veya nötr alanda yer alan bir başka nedenden kaynaklı gecikmeye rağmen yüklemenin veya boşaltmanın yapılmasını istiyorsa veya bunda bir menfaati varsa, taşıyıcının, yüklemenin veya boşaltmanın tamamlanmasını beklemekle yükümlü olduğu kabul edilmelidir. Fakat taşıyıcı da, beklemek zorunda kaldığı süre

⁹⁹ İnci Deniz Kaner, *Deniz Ticaret Hukuku I-II* (2. Bası, Filiz 2019) 322; Bülent Sözer, *Deniz Ticareti Hukuku C.1* (4. Bası, Vedat 2017) 392.

için fedakarlığın denkleştirilmesi prensibine göre uygun bir bekleme ücreti talep edebilmelidir.

Öte yandan nötr alandan kaynaklı engelin ne zaman kalkacağı belli değilse ve gönderen, bekleme ücreti ödemek istemiyorsa, TTK m 865 uyarınca sözleşmeyi herhangi bir fesih tazminatı ödeme yükümlülüğü doğmadan feshedebilme imkanına sahiptir. Bu imkanı kullanmıyorsa, bekleme ücretini ödemesi gerekir.

c. Türk Ticaret Kanunu m 866 Uyarınca Kısmi Taşıma

TTK m 866 f 1 c 1 uyarınca taşıyıcı, taşınması kararlaştırılan eşyanın tamamı yüklenmiş olmasa bile, gönderenin istemi üzerine yola çıkmak zorundadır. Aynı hükmün ikinci fıkrasında eksik yüklemenin, taşıyıcının riziko alanına giren sebeplerden kaynaklanması durumunda, taşıyıcının birinci fıkrada belirtilen istem haklarına, fiilen taşınan yük oranında sahip olacağı düzenlenmiştir.

Nötr alanda yer alan bir taşıma engeli nedeniyle yükleme tamamlanamamışsa, kısmi yüklemeye rağmen gönderenin isteği üzerine taşıyıcının taşımayı gerçekleştirme zorunludur. Bir başka deyişle taşıyıcı, gönderen talep ederse yüklemenin kısmi olarak yapıldığından bahisle taşıma işini gerçekleştirmekten imtina edemez. Gönderen, nötr alanda yer alan bir engel nedeniyle yüklemenin tamamlanmadığını bilmesine rağmen kısmi taşımının gerçekleştirilmesini istemişse, yükün tamamı taşınmamış olsa da bundan doğan maddi külfete katlanmalıdır. Zira yüklemenin yarım kalması durumunda gönderen, nötr alandan kaynaklı engel ortadan kalkana kadar bekleme ücreti ödeyerek taşıyıcının beklemesini ve böylelikle yüklemenin tamamlanmasını sağlayabilir. Öte yandan engelin ne zaman ortadan kalkacağı belli değilse, gönderen, her zaman yukarıda yaptığımız değerlendirmeler ışığında¹⁰⁰ fesih tazminatı ödeme yükümlülüğü doğmaksızın sözleşmeyi feshedebilme imkanına sahiptir.

d. Türk Ticaret Kanunu m 867 Uyarınca Yükleme Süresine Uyulmaması

Gönderen, eşyayı süresi içinde yüklemese veya yükleme yükümlülüğünün bulunmadığı hâllerde eşyayı hazır bulundurmazsa, taşıyıcının, makul bir süre vererek yüklemeyi yapması veya eşyayı hazır etmesi için gönderene ihtarda bulunması gerekir. Gönderen, ihtar rağmen yüklemeyi gerçekleştirmezse veya eşyayı hazır etmezse, taşıyıcı, sözleşmeyi feshedebilir. Bu durumda gönderenin TTK m 865 f 2 uyarınca fesih tazminatı ödeme yükümlülüğü doğar. Taşıyıcının ihtarından sonra kısmi yükleme gerçekleşmişse ve gönderen, kısmi yükle taşımının yapması yönünde talimat verirse, taşıyıcı, TTK m 866 f 1 (a) ve (d) bentlerinde sayılan istem haklarını ileri sürebilir.

¹⁰⁰ Bu hususta bkz. yuk. C, III, 5, b.

Ancak yükleme süresine uyulmaması, taşıyıcının riziko alanına giren bir sebepten kaynaklanıyorsa TTK m 867 f 4 uyarınca taşıyıcının istem hakkı yoktur. Nötr alana giren bir sebepten dolayı, yüklemenin süresinde yapılamaması durumunda TTK m 865 hükmü kapsamında yapılan değerlendirmeler bu hüküm bakımından da geçerlidir. Nötr alandan kaynaklı bir sebeple taşıyıcı, fesih hakkını kullansa bile TTK m 865 f 2'den kaynaklı istem haklarını ileri süremez. Aynı şekilde gönderenin de sözleşmeyi feshetmesi durumunda fesih tazminatı sorumluluğu doğmaz.

e. Türk Ticaret Kanunu m 869 Uyarınca Taşıma ve Teslim Engelleri

Taşıma sırasında taşımının sözleşmeye uygun gerçekleştirilemeyeceği veya yükün teslim edileceği yerde bir teslim engeli ortaya çıkarsa taşıyıcı, TTK m 869 f 1 c 1 uyarınca tasarruf hakkı sahibinden yükü ilgili gerekli talimatı almak zorundadır. Taşıma veya teslim engelinin taşıyıcının riziko alanına girmediği durumlarda taşıyıcı, talimatın yerine getirilmesi için gerekli giderleri ve bunun yanı sıra uygun bir ücret talep edebilir. Ayrıca talimatın uygulanmaya başlamasını, avans ödenmesi şartına bağlayabilir.

Nötr alanda yer alan bir engel söz konusu olduğunda taşıyıcının, bu talep haklarına sahip olup olmadığı değerlendirilmeden önce taşıma ve teslim engeline ortaya çıkan durum incelenmesi gerekir. Öncelikle belirtmek gerekir ki taşıyıcı, taşıma sözleşmesiyle sadece bir eşyanın bir yerden başka bir yere taşınması işini üstlenir. Bir başka deyişle taşıma sözleşmesinde sinallagmanın konusu, yükün kendisi değildir¹⁰¹. Taşıyıcının, taşıma sözleşmesinden kaynaklanan asli edimi, taşıma işinin gerçekleştirilmesidir. Bu nedenle taşıma ve teslim engeline ilişkin değerlendirmelerde bu husus göz ardı edilmemelidir. Taşınan yük, sinallagmanın konusu olmadığı için taşıma veya teslim engeli ortaya çıktığında taşıyıcı, aslında yükü ilgili talimat alarak, tasarruf hakkı sahibinin menfaatlerini korumaktadır. Aksi halde örneğin, teslim engeli nedeniyle teslim yapılamaması durumunda taşıyıcı, yükü böylece bırakırsa, yükü tasarruf hakkı sahibinin ilgilenmesi gerekir; ancak tasarruf hakkı sahibi, kural olarak fiziken yüke ulaşabilecek durumda değildir. Dolayısıyla taşıyıcı, tasarruf hakkı sahibinden talimat alarak yükün korunması için hareket eder. Yükün korunmasında sadece tasarruf hakkı sahibinin menfaati olduğundan, taşıma veya teslim engeli nötr alanda yer alan bir sebepten kaynaklansa bile, bu engelin maddi külfetine talimat verenin katlanması menfaat dengesine daha uygun düşer¹⁰².

Taraflar arasındaki menfaat dengesine ilişkin bu düşünceler, taşıyıcıya talimat verilmemesi durumunda da aynen geçerlidir. TTK m 869 f 3'ün lafzı incelendiğinde,

¹⁰¹ Arkan (n 20) 10 vd.; Vural Seven, *Taşıyanın Yüke Özen Borcunun İhlalinden (Yük Ziya ve Hasarından) Doğan Sorumluluğu* (Yetkin 2003) 17; Seven V., *Kara Taşımalarında (TTK ve CMR) Alt Müteakip Taşıyıcıların Yükü İlgililere Karşı Sorumluluğunun Hukuki Temeli*, iç Osman Berat Gürzumar (ed), *Haluk Konuralp Anısına Armağan C.3* (Yetkin 2009) 873; Paschke (Oetker), (n 5) §407, Nr 25 ve Nr 52 vd.; Koller, *Kommentar* (n 4) §407, Nr 45; Thume (Schmidt), (n 4) §407, Nr 20 vd.; Reuschle (Ebenroth / Boujong/ Joost / Strohn), (n 4) §407, Nr 29 vd.

¹⁰² Benzer bir gerekçeyle aynı yönde Koller, *Risikobereich* (n 6) 958.

taşıyıcının talimat alamadığı durumlarda yüke ilişkin herhangi bir tasarrufta bulunurken, tasarruf hakkı sahibinin menfaatine olacak şekilde hareket etmesi gerektiği açıkça düzenlenmiştir.

Taşıyıcıya, hem talimat aldığı hem de TTK m 869 f 3 uyarınca talimat alamadığı durumlarda taşıma sözleşmesiyle üstlendiği yükümlülükler ek olarak, yükü muhafaza görevi yüklenmektedir. Dolayısıyla taşıyıcının, riziko alanına girmeyen bir engel nedeniyle yükün korunması ve muhafazası için yaptığı giderleri, ayrıca sözleşmeyle üstlenmediği ve tasarruf hakkı sahibinin menfaatine olan bir görevi yerine getirdiği için ek bir ücret talep edebileceğinin kabulü gerekir.

f. Türk Ticaret Kanunu m 870 Uyarınca Kısmen Gerçekleştirilen Taşımada Ücretin Hesaplanması

Taşımanın, bir taşıma veya teslim engelinden dolayı süresinden önce sona erdirilmesi durumunda engel, taşıyıcının riziko alanına giriyorsa, taşıyıcı, TTK m 870 f 2 uyarınca taşımanın sadece gönderenin menfaatine olan kısmı kadar ücret talebinde bulunabilir. TTK m 870 f 3 uyarınca taşımanın başlamasından sonra fakat teslim yerine ulaşılmasından önce bir gecikme olursa ve bu gecikme gönderenin riziko alanına giren bir nedenden kaynaklanmışsa, taşıyıcı, taşıma ücretinin yanında uygun bir bedel de isteyebilir.

Kanaatimizce, navlun sözleşmelerinde geminin sefere başladıktan sonra umulmayan hal nedeniyle zayi olması durumunda ödenecek mesafe navlununa ilişkin TTK m 1210 hükmü, nötr alanda kalan bir taşıma veya teslim engeli nedeniyle TTK m 870 uyarınca gündeme gelebilecek talepler bakımından yol göstericidir.

En yüksek dikkat ve özenin gösterilmesine rağmen önceden önlem alınarak engellenemeyecek olaylar umulmayan hal teşkil eder¹⁰³. Sefere başladıktan sonra umulmayan hal nedeniyle zayi olan gemiden yük kurtarılmışsa, varma limanı yerine başka bir limana getirmişse de taşıyan, taşıyana mesafe navlunu ödemekle yükümlüdür. Mesafe navlunu, sadece yükün kurtarıldığı ve emniyet altına alındığı durumlarda ödenir. Mesafe navlununun nasıl hesaplanacağı, TTK m 1210 f 2'de ayrıca düzenlenmiştir. TTK m 1210 f 2 hükmü incelendiğinde kanun koyucunun; kat edilen mesafeye göre objektif bir hesaplamadansa; taşıyanın maruz kaldığı riskler ve zorluklar, kat edilen mesafenin toplam mesafeye oranı, kurtarılan eşyanın miktarı gibi somut olayın özelliklerine uygun, daha göreceli bir hesap yöntemi öngördüğü söylenebilir. Ancak ödenecek mesafe navlunu için üçüncü fıkrada bir sınır getirilmiştir. TTK m 1210 f 3 uyarınca mesafe navlunu, kurtarılan eşyanın emniyet altına alındığı yer ve tarihteki değerini aşamaz.

¹⁰³ Atilla Aybay, Aydın Aybay, Gündüz Aybay ve Rona Aybay, *Denizciler, İşletmeciler Ve Yöneticiler İçin Deniz Hukuku* (Aybay 1998) 730; Bahnsen (Rabe / Bahnsen), (n 5) §538 Nr 18.

Bu bilgiler ışığında TTK m 870 değerlendirildiğinde; f 2 uyarınca nötr alandan kaynaklı bir taşıma veya teslim engelinin oluşması nedeniyle taşımanın süresinden önce sona erdirilmesi durumunda taşıyıcı, sözleşmeyle üstlenmediği halde yükü muhafaza görevini de üstlendiği için makul bir mesafe ücretine hak kazanır. Mesafe ücretinin hesaplanmasında TTK m 1210'a paralel olarak nötr alandan kaynaklı engelin yarattığı riziko, kat edilen mesafenin toplam mesafeye oranı ve muhafaza edilen yükün değeri gibi kriterler esas alınmalıdır. Bununla birlikte TTK m 1210 f 3'te düzenlenen üst sınır, TTK m 870 kapsamında ödenecek mesafe ücreti bakımından da uygulanmalıdır.

Öte yandan taşımada nötr alandan kaynaklı bir gecikme olduğu durumlarda, gecikme süresince taşıyıcı, yükü muhafaza ettiği ve yükün muhafazası gönderenin menfaatine olduğundan, yükün korunması için yaptığı masraflara uygun ek bir ücret talep edebilmelidir.

Sonuç

Türk Ticaret Kanunu'nun karada eşya taşıma hükümlerinde de yer alan "riziko alanı ilkesi", Türk doktrininde pek üzerinde durulan bir konu olmasa da, taşıma sözleşmesinin taraflarının bazı talep haklarını düzenleyen hükümlerde (TTK m 863/3, 865, 866/2, 867/4, 869/1 ve 4, 870/2, 3) karşımıza çıkmaktadır. Riziko alanı ilkesinin alındığı mehzaz hukuk olan Alman hukukundaysa riziko alanı kavramı ve riziko alanı ilkesine yer verilen hükümlerin uygulanması doktrinde oldukça tartışmalıdır.

Riziko alanı ilkesinin uygulanmasında karşımıza iki büyük problem çıkmaktadır. Bunlardan ilki, taşıma veya teslim engellerinin hangi kriterler kullanılarak, taşıma sözleşmesinin taraflarından hangisinin riziko alanına dahil edileceğidir. Riziko alanı kusura dayalı bir sorumluluk hali olmadığından; tarafların riziko alanları belirlenirken şahsi ve bunun yanı sıra taşıma sözleşmesinden kaynaklı edimlerini ifa ederken faydalandıkları kişilerin kusurları, organizasyon alanlarından kaynaklı diğer kusur ve hatalar, öngörülebilirlik ve hakimiyet gibi bazı kriterler kullanılmaktadır.

Bu bağlamda ikinci büyük problemse, bazı taşıma ve teslim engellerinin, riziko alanlarının belirlenmesinde kullanılan kriterlerle taraflardan birinin riziko alanına dahil edilemediği hallerdir. Bu da, taşıma sözleşmesinin taraflarının riziko alanları dışında, üçüncü bir "nötr" alan olup olmadığı sorusunu beraberinde getirmektedir. Bu sorunun cevabı, Alman doktrininde tartışmalı olup, Alman yazarlar arasında bir fikir birliği yoktur. Öte yandan kanaatimizce de daha doğru görüşe göre nötr alanın varlığının kabulü gerekir. Zira tarafların ne kendilerinin, ne de organizasyon alanlarının kusurlu olmadığı, her iki taraf için de öngörülemez ve kontrol edilemez bazı sebeplerden kaynaklı taşıma ve teslim engellerinin ortaya çıkabileceğini, tüm dünyayı Şubat 2020'den beri teyakkuza geçiren COVID-19 pandemisi en somut

şekilde ortaya koymuştur. Bugüne kadar sadece teorik olarak üzerinde kafa yorulmuş bazı “ders kitabı örnekleri” ne yazık ki bu pandemi sürecinde ilk defa gerçek olmuştur. COVID-19’la mücadele kapsamında alınan önlemlerin neden olduğu taşıma ve teslim engelleri, nötr alandan kaynaklı engeller olarak riziko alanı ilkesine dayalı hükümlerden kaynaklanan talepler bakımından ileriki günlerde mahkemeleri sıklıkla meşgul edecektir.

Zira riziko alanı ilkesine dayalı hükümler incelendiğinde, kanun lafzından sadece taşıyıcının ve gönderenin olmak üzere iki alanın varlığından hareket edildiği izlenimi uyanmaktadır. Kanun gerekçesi de, nötr bir alanın, kanun koyucu tarafından öngörülüp görülmediğine ilişkin suskun kalmaktadır. Kanun hükümlerinin lafzı, nötr alandan kaynaklı bir taşıma veya teslim engeli olduğu durumlarda mevcut hükümlerin nasıl uygulanacağı konusunda bir açıklık içermemektedir. Mevzuat hukuka bakıldığında, nötr alanın varlığını kabul eden yazarların riziko alanı ilkesine dayalı tüm hükümler için tek bir çözüm kabul etme ve her durumda nötr alandan kaynaklı engelin rizikosunun tek bir tarafa yükletilmesi eğiliminde oldukları görülmektedir. Alman Federal Yüksek Mahkemesi ise, 2011 tarihli bir kararında nötr alanın varlığını kabul etmekle birlikte kanaatimizce pek isabetli olmayan gerekçelerle, kanun lafzından hareket etmiş ve kanun tarafından taşıyıcının, gecikme ücretine hak kazanabilmesi için, engelin gönderenin riziko alanına girmesi şartı arandığını ve somut olayda engel, nötr alanda yer aldığı için gönderenin riziko alanında sayılmayacağından taşıyıcının gecikme ücreti talebinde bulunamayacağına hükmetmiştir.

Nötr alanda yer alan bir sebebin, bir taşıma veya teslim engeline yol açtığı durumlarda sadece kanunun lafzından hareket edilmesi veya riziko alanı ilkesini içeren tüm hükümler bakımından peşinen nötr alandan kaynaklı engelin maddi rizikosunun taraflardan birisine yükletilmesi, somut olayın özelliklerine, uygulanacak hükmün *ratio legis*ine ve hakkaniyete uygun düşmez. Bu nedenle nötr alandan kaynaklı engellerin sebebiyet verdiği taleplerde, somut olayda karada eşya taşımaya ilişkin uygulanacak hükme göre bir değerlendirme yapılması; özellikle Türk Ticaret Kanunu’nun beşinci kitabında yer alan ve navlun sözleşmelerinde benzer durumları düzenleyen hükümler de göz önünde bulundurularak nötr alana ilişkin boşluğun bu şekilde doldurulması, kanaatimizce somut olay adaletine hizmet edeceği gibi taşıma hukukunun sistematiğiyle uyumlu ve taraflar arasındaki menfaat dengesine uygun çözümler sunacaktır. Deniz taşımaya ve kara taşımaya ilişkin hükümlerin, kanunda ayrı yerlerde düzenlenmiş olmalarından ötürü ikisinden birinde somut olaya uygun bir hüküm bulunmadığı durumda, bu hususa ilişkin diğerinde bir hüküm olduğu hallerde bu hükmün kıyasen uygulanabileceği ve her iki yolla da yapılan taşımalara ilişkin hükümlerin birbirleri için yol gösterici olabileceği kabul edilmelidir.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazarlar çıkar çatışması bildirmemiştir.

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

Peer-review: Externally peer-reviewed.

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

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

Bibliyografya/Bibliography

- Arkan S, *Karada Yapılan Eşya Taşımalarında Taşıyıcının Sorumluluğu*, (BTHAE 1982).
- Aybay A/Aybay A/Aybay G/Aybay R, *Denizciler, İşletmeciler Ve Yöneticiler İçin Deniz Hukuku* (Aybay 1998).
- Braun T, *Das frachtrechtliche Leistungsstörungsrecht nach dem Transportrechtsreformgesetz, Eine Untersuchung der frachtlichen Leistungsstörungstatbestände der §§ 407 ff HGB unter besonderer Berücksichtigung der Bezüge zum bürgerlichen Recht*, (LIT 2002).
- Can M, *CMR ve Alman Ticaret Kanunu Hükümleri İle Mukayeseli Olarak Türk Taşıma Hukukunun Genel Esasları I. Cilt* (İmaj 2017).
- Canaris C, *Handelsrecht* (24. Bası, C.H.Beck 2006).
- Canaris C/ Habersack M/ Schäfer C, *Staub Großkommentar – Handelsgesetzbuch Band 12* (5. Bası, De Gruyter 2014) (Ortak Yazar [CANARIS / HABERSACK / SCHÄFER])
- Ebenroth C T / Boujong K / Joost D /Strohn L, *Handelsgesetzbuch, Band 2* (3. Bası, C.H.Beck 2015). (Ortak Yazar [BOUJONG / EBENROTH / JOOST /STROHN]).
- Ensthaller J, *Gemeinschaftskommentar zum Handelsgesetzbuch mit UN-Kaufrecht* (7. Bası, Luhterhand 2007) (Ortak Yazar [ENSTHALER]).
- Erdem E, *CMR Konvansiyonu ve 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Karayolu Taşıma Hukuku* (Bilge 2013).
- Eriş G, *Açıklamalı – Gerekçeli – İçtihatlı Taşıma Hukuku* (Seçkin 2015).
- Fischer M, 'Zur Entwicklung der Rechtsprechung in der Binnenschifffahrt' (2010) VersR 61 (10), 436-442.
- Fremuth, F / Thume K H, *Kommentar zum Transportrecht* (Recht und Wirtschaft 2000) (Ortak Yazar [FREMUTH / THUME]).
- Hopt J K / Merkt H / Roth M / Baumbach A, *Beck'sische Kurzkomentar – Handelsgesetzbuch* (39. Bası C.H.Beck 2020) (Ortak Yazar [HOPT / MERKT / ROTH / BAUMBACH]).
- Horn N, *Heymann - Handelsgesetzbuch (Ohne Seehandelsrecht), Buch 4 §§ 343-475h* (2. Bası, De Gruyter 2005) (Ortak Yazar [Horn]).
- Kaner İD, *Deniz Ticaret Hukuku I-II* (2. Bası, Filiz 2019).
- Knorre J / Klaus D / Schmid R T, *Handbuch des Transportrechts* (2. Bası, C.H. Beck 2015).
- Koller I, *Transportrecht – Kommentar zu Land-, Luft- und Binnengewässertransport von Gütern, Spedition und Lagergeschäft*, (10. Bası, C.H. Beck 2020) (Kommentar).
- Koller I, 'Der "Risikobereich" im HGB-Frachtrecht' (2012) VersR 63 (22), 949-959 (Risikobereich).
- Schmidt K, *Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Band 7 Transportrecht* (4. Bası, C.H.Beck 2020) (Ortak Yazar [Schmidt]).
- Schmidt K, *Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Aktualisierungsband zum Transportrecht* (C.H.Beck 2000).
- Neufang D /Valder H, 'Laden und Ladungssicherung im Straßengüterverkehr – Wer ist verantwortlich?' (2002) TransportR 25 (9) 325-336.
- Oetker H, *Handelsgesetzbuch – Kommentar* (6. Bası, C.H.Beck 2019).
- Rabe D / Bahnsen K U, *Beck'sche Kommentare Band 9b – Seehandelsrecht* (5. Bası, C.H.Beck 2018).
- Ramming K, 'Die Haftung des Verfrachters für die verspätete Auslieferung der Güter' (2012) HmbSchRZ 4 (11-12) s. 257-272.

- Seven V, *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK m 856-893) Hükümlerine Göre Taşıma Hukukunda Gönderilen* (Yetkin, 2012).
- Seven V, *Kara Taşımalarında (TTK ve CMR) Alt Müteakip Taşıyıcıların Yükle İlgililere Karşı Sorumluluğunun Hukuki Temeli*, iç Osman Berat Gürzumar (ed), *Haluk Konuralp Anısına Armağan C. 3* (Yetkin 2009) 871-899.
- Seven V, *Taşıyanın Yükü Özen Borcunun İhlalinden (Yük Zıya ve Hasarından) Doğan Sorumluluğu*, (Yetkin 2003).
- Schmidt H, *Rechtsfragen zur Corona-Krise* (C.H.Beck 2020).
- Sözer B, *Deniz Ticareti Hukuku C.1* (4. Bası, Vedat 2017)
- Türker D T, 'Taşıyıcının En Yüksek Özeni Üzerine Bir İnceleme (TTK m 876)', (2020) DEUHFD 22 (1) 255-320.
- Vortisch O/Bemm W, *Binnenschiffahrtsrecht - Kommentar* (4. Bası, De Gruyter 1991).
- Von Waldstein T/ Holland H, *Binnenschiffahrtsrecht - Kommentar* (5. Bası, De Gruyter 2007).
- Yavaş A, *Kara Yolunda Konteyner İle Yapılan Yük Taşımada Kayıp Veya Hasardan Doğan Sorumluluk (Türk Hukukunda Ve Uluslararası Sözleşmelerde)* (Onikilevha, 2016) 121 vd.; Demet Yürük Yeniocak, *CMR Hükümleri Uyarınca Taşıyıcının Sorumluluktan Kurtulması* (Seçkin 2019).
- Yürük Yeniocak D, *CMR Hükümleri Uyarınca Taşıyıcının Sorumluluktan Kurtulması* (Seçkin 2019).



İstanbul Hukuk Mecmuası

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Başvuru: 12.06.2020
Revizyon Talebi: 18.08.2020
Son Revizyon Tarihi: 24.08.2020
Kabul: 04.09.2020

Teletıp, Sağlık Turizmi ve Uzaktan Sağlık Hizmetleri: Mesafeli Sözleşmeler

Yakup Gökhan Doğramacı*

Öz

COVID-19 salgını, dünyada ve ülkemizdeki sağlık hizmetlerinde dönüm noktası yaratmaktadır. Yakın zamana kadar ülkemizde suç olarak kabul edilen uzaktan tıbbi uygulamalar, günümüz tıbbi uygulamalarının bir gerçeği haline gelmiştir. Bu haliyle teletıp, sağlık hizmetleri ve sağlık turizminin vazgeçilmez bir parçasıdır. Salgın ile birlikte ortaya çıkan bu yeni gerçeğin hukuki açıdan değerlendirilmesi gerekliliği ortadadır.

Çalışmamızda ilk olarak teletıp kavramı açıklanmış ve sonra ülkemizdeki son durum özetlenmiştir. İkinci bölümde ise teletıp hizmetlerinin hukuki niteliği ele alınmıştır. Bu bölümde, "bizzat" muayene yükümlülüğü konusundaki hukuki yorum farkı ve teletıp uygulamalarının tıbbi standartları değerlendirilmiştir. Ayrıca teletıp uygulamalarının sözleşme niteliği ile hastanın tüketici olarak kabulü incelenmiştir. Ülkemizde hastanın tüketici olarak kabul edilmesi nedeniyle, teletıp hizmetlerinin tüketici hukukuna özgü mesafeli sözleşmeler ile ilişkili olduğu sonucuna varılmıştır. Bu sebeple mesafeli sözleşmeler, teletıp çerçevesinde özel olarak değerlendirilmiştir.

Sonuç olarak, teletıp hizmetleri konusunda gerekli yasal düzenlemelerin yapılması zorunludur. Ancak evveliyetle, sağlık hizmetlerinin Avrupa Birliği hukukunda olduğu gibi tüketici hukuku kapsamından çıkarılması gerekmektedir.

Anahtar Kelimeler

COVID-19, Pandemi, Hasta, Tüketici, Cayma hakkı, Tıp hukuku

Telemedicine, Health Tourism and Remote Health Services: Distance Contracts

Abstract

The COVID-19 pandemic created a turning point in healthcare in the world and our country. Distant medical applications have become a reality of today's medical practices, which have been accepted as a crime in our country at present. Hence, telemedicine is an indispensable part of health services and health tourism. It is obvious that this new reality emerging with the epidemic should be evaluated legally.

The concept of telemedicine is first explained in this study, and then the last situation in our country is summarized. The legal nature of telemedicine services is discussed in the second part. In this section, the legal interpretation difference of the physician about the examination "in person" and the medical standards of telemedicine applications were evaluated. Further, telemedicine applications and the acceptance of the patient as a consumer with the nature of the contract were examined. Because the patient is accepted as a consumer in our country, it is concluded that telemedicine services are related to distant contracts specific to consumer law. Therefore, distance contracts have been especially evaluated within the scope of telemedicine. As a result, it is mandatory to make the necessary legal arrangements for telemedicine services. However, health services first need to be taken out of the scope of consumer law, as in European Union law.

Keywords

COVID-19, Pandemic, Patient, Consumer, Right of withdrawal, Medical law

* **Sorumlu Yazar:** Yakup Gökhan Doğramacı (Hukukçu, Hekim, Sağlık Hukuku Uzmanı), İstanbul Medipol Üniversitesi, Sağlık Hukuku Doktoru Programı., Gaziemir Newvar Salih İşgören Devlet Hastanesi, İzmir E-posta: ygdogramaci@yahoo.com ORCID: 0000-0003-2447-7543

Atrf: Doğramacı, YG, "Teletıp, Sağlık Turizmi ve Uzaktan Sağlık Hizmetleri: Mesafeli Sözleşmeler" (2020) 78(2) İstanbul Hukuk Mecmuası 657. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2020.78.2.0014>



Extended Summary

The COVID-19 pandemic has deeply affected health services and caused important changes regarding service delivery, which affects the whole world and causes social and economic effects.

First of all, remote medical practices have become a reality of health services, which are considered a crime in our country due to legal interpretation. The importance of remote health services emerged during this pandemic, and new opportunities appeared in telemedicine and health tourism. It is unthinkable that this emerging new situation is independent of law and causes various disputes. Therefore, it is necessary to make a legal assessment that will guide the legal doctrine and legal practice.

In this context, telemedicine has been examined due to its direct effect on physical and mental integrity, which plays a key role in remote health services. Its development in the world and our country was examined after evaluating the definition and elements of telemedicine. It was seen that telemedicine increased rapidly in the world and our country particularly after the COVID-19 pandemic. Unfortunately, there is no special legal regulation in our country despite this increase.

The most important reason for the lack of legal regulations on telemedicine in our country is the interpretation of the law doctrine and judicial practice that remote diagnosis and treatment are already considered prohibited. It was shown in our study that our positive law responded to telemedicine, even if there is no special regulation, and it was evaluated that this legal interpretation was erroneous.

Its contractual property was investigated after the telemedicine was found to be lawful. Generally, the provisions of the proxy contract are applied, although the contract between the physician and the patient is not specifically regulated in Turkish law. Hence, it has been evaluated that the provisions of the proxy contract should be applied in telemedicine services, which are a part of medical practices.

Health services are included in the scope of consumer law with the “Law on Consumer Protection” that came into force in 2014, contrary to the prevailing EU law. With this new era in health law, the patient is also considered a consumer.

Telemedicine elements were observed to coincide with the elements of distant contracts that are specific to consumer law with the inclusion of health services in consumer law. Hence, the elements of distance contracts have been evaluated within the framework of telemedicine. Telemedicine services are accepted to be suitable for distance contracts as a result of a detailed comparison of these elements. With this acceptance, the establishment and form of distant contracts were evaluated.

Special provisions on consumer protection in distance contracts have been examined within the framework of telemedicine in the last part of our study. In this context, informing before the contract and the right to withdraw after the contract has been evaluated in detail. The right to withdraw and the right to refuse treatment that is specific to medical practices were compared in this evaluation. As a result of the comparison, it was seen that the right to refuse and withdraw treatment are independent rights. Also, in this section, other situations are examined, such as performance of the contract, storage of personal health data, and obligation of proof.

As a result, telemedicine is not sufficient although remote health services are provided in our country. The erroneous legal interpretation regarding the prohibition of remote treatment needs to be changed, which prevents the development of telemedicine. There is no need for special legal regulation to remove the obstacle in telemedicine development, and it is sufficient to change the interpretation in legal doctrine and judicial practice. It is still necessary to make legal regulations that will determine its rules, although changing the erroneous legal interpretation will pave the way for telemedicine development.

Also, health services are included in the scope of consumer law, contrary to the prevailing EU law. This inclusion creates a situation peculiar to Turkish law and causes differences in practice in international law. Therefore, health services should be taken out of the scope of consumer law and should be harmonized with 2011/24/EU.

As such, developing telemedicine during the COVID-19 pandemic in our country should be evaluated within the scope of distant contracts specific to consumer law.

Teletıp, Sağlık Turizmi ve Uzaktan Sağlık Hizmetleri: Mesafeli Sözleşmeler

Giriş

“Bugün keşif edilen yeni metodlar sayesinde vaktile kayıp sayılan nice hastalıklar teşhis ve tedavi edilmekte...”

Fakat, hastalıkları teşhis, tedavi, veya önlemek için tatbik olunan yeni metot ve vasıtaların çoğu tehlikelidir.”¹

BELGESAY’ın da ifade ettiği üzere; bilim ve teknolojideki gelişmeler, hayatı kolaylaştırmasının yanında beraberinde yeni sorunlar ve sorumluluklar da getirmektedir. Teletıp uygulamaları antik dönemlere uzansa da teknolojinin gelişimiyle beraber modern uygulamaları, yeni soru(n)lara yol açmaktadır.

Ülkemizde, çok yakın zamana kadar, hekim ile hastanın fiziki olarak temas kurması gerektiği ve bu doğrultuda uzaktan teşhis ve tedavinin, dolayısıyla teletıp uygulamalarının, yasak ve hatta suç olduğu kabul edilmektedir.² Genel olarak ülkemizde teletıp uygulamalarının gelişmemesi ve yasal düzenlemenin eksik olmasındaki en büyük sebep, uzaktan tedavi yasağı ve bizzat muayene yükümlülüğü ile ilgili yorum nedeniyle zaten teletıp uygulamalarının yasak olduğu anlayışıdır.

Ancak ülkemizi de etkisi altına alan COVID-19 salgını sonrasında, yasak olarak kabul edilen uzaktan tıbbi uygulamalar yani teletıp hizmetleri; hızlı ve kontrolsüz bir şekilde sağlanmaktadır. Kanımızca uzaktan tedavi yasağı, hukuki bir yorumdan ileri gelse de salgın sonrası ortaya çıkan bu “de facto” durumun, özellikle idari mercilerce, sükût edilerek kabullenildiği ve fakat hukuki niteliğinin yeterince tartışılmadığı görülmektedir.

Diğer taraftan dünya genelinde teletıp uygulamaları yaygınlaşmakta ve gelişmektedir. Birçok ülkede ve Avrupa Birliği (AB) hukukunda, teletıp uygulamalarının yasal düzenlemeleri mevcuttur. Ülkemiz açısından önemli bir yere sahip olduğunu düşündüğümüz sağlık turizmi içerisinde teletıp uygulamaları zorunlu bir unsurdur. Bu sebeple ülkemizde sağlık turizmi kapsamında teletıp hizmetleri, belki de farkında olmadan, zaten verilmektedir. Bu haliyle küresel salgın, ülkemizde teletıp uygulama ve hizmetlerini daha görünür hale ve hatta tıbbi uygulamaların bir gerçeği haline getirerek tıp ve hukuk dünyasında yeni bir kapı aralamıştır. Ancak salgın sonrası, yasal düzenlemelerden azade bu kontrolsüz ve hızlı artış bizleri, teletıp hizmetlerinin hukuk dünyasındaki yerini ve niteliğini sorgulamaya itmektedir.

¹ Mustafa Reşit Belgesay, *Tıbbi Mesuliyet* (M Sıralar 1953) 1.

² Hakan Hakeri, *Tıp Hukuku* (16.Bası, Seçkin 2019) 704; Hasan Tahsin Gökcan, *Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk* (3. Bası, Seçkin 2017) 148; Abdulkemir Yıldırım, ‘Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması’ (Doktora Tezi, Gazi Üniversitesi 2008) 25. Yargıtay CGK, 1347/30, 04.02.2014. Yargıtay 4 CD 10261/15788, 07.10.2009. Yargıtay 11 CD 19/3158, 26.04.2017.

Bu sebeplerle çalışmamızda, salgın dönemi ile artan teletıp, sağlık turizmi ve diğer uzaktan tıbbi uygulamaların tanımı yapıldıktan sonra teletıp uygulamalarının hukuki niteliği incelenmiştir. Sağlık turizmi ve diğer uzaktan sağlık hizmetlerinin de içerisinde teletıp uygulamalarını barındırması sebebiyle teletıp üzerinde yapacağımız değerlendirme, uygun olduğu ölçüde sağlık turizmi ve diğer uzaktan sağlık hizmetleri için de geçerlidir. Ancak sağlık turizminin hukuki boyutunun, kendisine özgü farklılıkları ve özellikleri bulunmaktadır.³ Bu sebeple daha geniş kapsamlı ve özel olarak ayrı ele alınması gerektiğini düşündüğümüz sağlık turizmi konusu, çalışmamızda teletıp hizmeti ile kesiştiği noktalarda ele alınmıştır.

2014 yılında yürürlüğe giren 6502 s. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun⁴ (TKHK) çerçevesinde, hasta ve sağlık hizmet sağlayıcısı arasındaki hukuki ilişkinin tüketici işlemi olması ile aşağıda açıklayacağımız üzere hastanın tüketici statüsünde değerlendirilmesi, sağlık hukuku alanında yeni bir döneme girilmesine sebep olmuş ve farklı kapılar açmıştır. Özellikle mehaz AB tüketici hukukundan farklı olarak ülkemiz hukukunda hastanın tüketici statüsünde kabulü, uyum sağlamaya çalıştığımız AB hukukundan sapma ile farklı bir yere götürmekle kalmamış, AB hukukunda örneği olmayan, melez ve “sui generis” bir uygulamaya sebep olmuştur.

Teletıp hizmetinin hukuki niteliğini değerlendirirken, hizmetin paydaşı olan hastanın tüketici olarak değerlendirilmesi, tıp hukuku ve hasta hakları kavramına yabancı, yeni ve farklı kurumları beraberinde getirmiştir. Tıp hukukunda yeni ama uygulaması eskiye dayanan bu kurumlardan mesafeli sözleşmeler, tıp hukukunda tartışılmamış ve daha önce uygulaması olmayan yeni bir kavramdır.

Teletıp, sağlık turizmi ve diğer uzaktan sağlık hizmetlerinin büyük ölçüde mesafeli sözleşmeler ile örtüştüğü görülmektedir. Ancak ülkemiz hukukunda hastanın tüketici olarak kabulü ile “sui generis” bir yapı olduğundan ve uyum sağlanmak istenen (ancak sapma görülen) AB hukukunda hastalar, tüketici kapsamı dışında tutulduğundan, teletıp hizmeti ile tüketici hukukuna özgü mesafeli sözleşmeler ilişkisini konu alan bir çalışma da haliyle bulunamamıştır. Bu sebeple salgın ile ortaya çıkan, hukuk dünyasında yeni ve teletıp hizmetleri kapsamında tartışılmamış, mesafeli sözleşmeler kurumunun incelenmesi ihtiyacı görülmüştür.

Mesafeli sözleşmeler, ağırlıklı olarak mal sağlama konusuna yoğunlaşsa da hizmet sunumunu da kapsayan, tüketiciyi fiziksel olarak değerlendiremediği hizmet veya mal karşısında koruma amacı güden, mal ve hizmetin uzaktan pazarlanmasına yönelik, çatı nitelikli sözleşmeler geneldir. Ancak tıp ve teletıp uygulamalarının genel olarak hizmet sunumuna yoğunlaştığı gözetildiğinde, çalışmamız hizmet sunumu üzerine

³ Fulya İlçin Göneç, ‘Hukuki ve Etik Boyutuyla Medikal Turizm’ (2006) 22 Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 1173, 1175.

⁴ Kanun Numarası: 6502, Kabul Tarihi: 07.11.2013, RG 28.11.2013/28835

yoğunlaşmaktadır. Bu çerçevede mesafeli sözleşmeler tanımlandıktan sonra, teletıp hizmetlerinde tüketici olarak kabul edilen hastaların, mesafeli sözleşmeler içerisinde korunması ayrıntılı olarak değerlendirilecektir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki çalışmamız teletıp hizmetinin tıbbi standartları ve genel sorumluluğunu değil mesafeli sözleşmeler çerçevesindeki hukuki boyutunu ele almaktadır. Bu kapsamda çalışmamızın bize göre üç temel eksikliği bulunmaktadır. Öncelikle; doktrinde, doğrudan teletıp hizmetlerinde mesafeli sözleşmelerle ilgili yol gösterebilecek yerli veya yabancı bir eser bulunamamıştır. Bu sebeple çalışmamızda, mümkün olduğunca genel bir çerçeve çizilmeye çalışılmıştır. İkinci olarak; mesafeli sözleşmeler, her ne kadar mal ve hizmet ilişkilerini kapsasa da daha çok mala ilişkin sözleşmelerle gündemde olmasına karşın teletıp, mahiyeti gereği hizmet yoğunluklu uygulamalardır. Bu sebeple çalışmamızda mesafeli sözleşmelerin hizmet boyutu ele alınmaya çalışılmıştır. Son olarak; sağlık turizmi ve diğer uzaktan sağlık hizmetleri kapsam genişliği sebebiyle bütün olarak ele alınmamış, sadece teletıp uygulamaları yani tıbbi uygulama boyutları kapsamında örtüştüğü ölçüde değerlendirilmiştir.

I. Teletıp

Teknoloji uzakları aştıkça, yakınlar zorlaşmaktadır.

Uzaktan sağlık hizmetleri, aşağıda açıklayacak olduğumuz üzere, telesağlık, teletıp, m-Sağlık, e-Nabız gibi kullanılan ve teknolojinin gelişimiyle beraber geniş bir potansiyele sahip sağlık hizmetlerinin, arada mesafenin olduğu durumlara özgü sunum şekli olarak tanımlanabilir. Teletıp, bu geniş yelpaze içerisindeki sağlık hizmetlerinde, doğrudan beden ve ruh sağlığına yönelmesi ve etki etmesi nedeniyle anahtar bir role sahiptir.

A. Tanımlar

Dünya Sağlık Örgütü (DSÖ, WHO), 1997 yılında, teletıp tanımını; mesafenin önemli olduğu durumlarda, sağlık profesyonellerinin, birey ve toplumun sağlığını geliştirmek için hastalık ve yaralanmaların teşhisi, tedavisi, önlenmesi ile araştırma ve sürekli eğitim konularında, bilgi ve teknolojiyi kullanarak sağlık hizmeti vermesi olarak yapmaktadır.⁵

AB organı Avrupa Komisyonu, teletıp tanımını; geleneksel yüz yüze, hasta ve hekim (veya hekim-hekim) etkileşiminin yerinin, bilgi ve iletişim teknolojileri (BİT, ICT: information and communication technology) ile değiştirildiği sağlık hizmeti

⁵ World Health Organization, *Telemedicine: Opportunities and Developments in Member States: Report on the Second Global Survey on EHealth* (2009) 9.

sunumu olarak yapmaktadır.⁶ Kanımızca bu tanım, daha kapsayıcı daha net ve de hasta ile hekim arasındaki ilişkiye de işaret etmesi nedeniyle amaç ve işleve daha uygundur.

DSÖ, 2016 yılında telesağlığın, teletıp hizmetlerini de kapsadığını belirtmiş, teletıp tanımı yapmadan telesağlığın tanımını yapmakla yetinmiştir. Buna göre telesağlık; hasta ve sağlık hizmet sunucuları arasında mesafe olduğu durumlarda sağlık hizmeti sunumu, olarak geniş biçimde tanımlanmaktadır. Buna göre telesağlık; hastalık ve yaralanmaların teşhisi ile tedavisi, araştırma ve değerlendirme ile sağlık profesyonellerinin sürekli eğitimi için kullanır. Telesağlık; hastalar nerede olurlarsa olsunlar, kaliteli, uygun maliyetli sağlık hizmetlerine erişimi geliştirerek, evrensel sağlığa ulaşılmasına katkıda bulunabilir. Telesağlık, uzak bölgeler, hassas gruplar ve yaşlanan nüfus için özellikle değerlidir.⁷

Sağlık Bakanlığı ise teletıp sisteminin tanımını; “*radYOlojik tetkiklere ait görüntülere 7x24 web ortamında erişilmesine, bu görüntülerin raporlanabilmesine, radyologlar arası telekonsültasyon yapılabilmesine, tıbbi görüntü ve raporların kalite açısından değerlendirilebilmesine ve e-Nabız uygulaması üzerinden vatandaşlar ile paylaşılabilmesine olanak sağlayan bir sistemdir.*” şeklinde yapmaktadır.⁸ Sağlık Bakanlığı teletıp tanımı, hasta veya hekimin karşılıklı etkileşiminden ziyade, belirli bir sistem üzerinden erişilen bilgi yönetimi ile sağlık profesyonelleri arasındaki bilgi aktarımına dayanmaktadır. Bu haliyle her ne kadar teletıp terimi kullanılsa da telesağlık terimi, geniş çerçevesi ile kurulan bu sistemi daha iyi tanımlayacaktır.

m-Sağlık (mHealth, mobile health), m-Tıp; tıp ve halk sağlığı uygulamaları için mobil cihazlar (cep telefonları, hasta izleme cihazları, kişisel dijital asistanlar ve kablosuz cihazlar) gibi taşınır cihazların kullanımı olarak tanımlanmaktadır.⁹ m-Sağlık, taşınır cihazlarla yapılan; salgın şüpheli bölgeleri gösteren uygulamalardan hastanın hatırlatıcı mesajlarına, acil sağlık hizmeti erişimi için kullanılan 112 acil yardım hattından hekimlerin COVID-19 şüpheli hasta için gerçekleştirdikleri konsültasyonlara kadar geniş bir kullanım alanı vardır.¹⁰

Uzaktan iletişim araçları ise Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği¹¹ (MSY) m.4/h’de; “*mektup, katalog, telefon, faks, radyo, televizyon, elektronik posta mesajı, kısa mesaj, internet gibi fiziksel olarak karşı karşıya gelinmeksizin sözleşme kurulmasına imkân veren her türlü araç veya ortam*” olarak tanımlanmaktadır. Uzaktan iletişim aracı kavramı, fiziksel olarak karşı karşıya gelmeksizin iletişim kurma imkânı veren,

⁶ European Commission, ‘Market Study on Telemedicine’ (2018) 25.

⁷ World Health Organization, *Telemedicine* (n 5) 56.

⁸ T.C. Sağlık Bakanlığı, ‘Teletıp Sistemi’ <<https://teletip.saglik.gov.tr/>> Erişim Tarihi 10 Haziran 2020

⁹ World Health Organization, *Global Diffusion of EHealth: Making Universal Health Coverage Achievable* (2016) 27.

¹⁰ ibid 29.

¹¹ RG 27.11.2014/29188

teknolojik olan ve olmayan her türlü araç ve ortamı, oldukça geniş ve örnekleyici şekildedir.¹² Bu haliyle, teknoloji kullanımı ile sınırlı BİT kavramından çok daha geniş ve eski bir kavramdır.

Teletıp (telemedicine), telesağlık (telehealth) ve e-sağlık (e-health) terimlerinin genellikle birbiri yerine kullanıldığı görülse de teletıp, en sık kullanılan terimdir.¹³ DSÖ'nün de belirttiği üzere; telesağlık, teletıp uygulamalarını da kapsayan geniş bir alandır.¹⁴ Teletıp, hasta ve hekim arasındaki bedensel ve ruhsal bütünlüğe yönelik tıbbi uygulamalara işaret ederken, telesağlık ise tıbbi uygulamalarla birlikte mobil cihaz uygulamaları, sağlıkla ilgili idari toplantılar, hizmet sunucusu eğitimleri gibi sağlıkla ilgili ancak tıbbi olmayan uygulamaları da kapsayan geniş bir yelpazeyi tanımlamaktadır.

B. Unsurları ve Kapsamı

Teletıp uygulamalarının dört ana unsuru bulunmaktadır:¹⁵ Uygulamalarda tıbbi yarar bulunmalıdır, aynı fiziksel ortamda bulunmayan kullanıcıları birbirine bağlamalıdır, çeşitli BİT kullanılır ve amacı sağlık sorunlarını iyileştirmektir.

DSÖ, telesağlık uygulamaları hakkında beş özel kategori belirlemiştir. Bunlar:¹⁶

- Teleradyoloji, tanı veya konsültasyon amacıyla dijital radyolojik görüntülerin kullanılması,
- Teledermatoloji, tanı veya konsültasyon amacıyla cilt koşullarına ilişkin tıbbi bilgilerin iletilmesi,
- Telepatoloji, tanı veya konsültasyon amacıyla hücrelerin mikroskopik görüntüleri gibi dijital patolojik verilerin iletilmesi,
- Telepsikiyatri, uzaktan ruh sağlığı hizmetleri sunulması ve
- Uzaktan hasta izlemi (monitorizasyonu), çoğu zaman evde olan hastaların, sensörler ve izlem ekipmanları ile dış izlem merkezlerine durumları hakkında bilgi iletilmesi.

Tıbbi uygulamalar, beden ve ruh bütünlüğüne yönelik girişimsel işlemlerle sınırlı olmayıp tıbbi öykü alma (anamnez), ruhsal muayene, tetkik değerlendirme, takip ve izlem gibi doğrudan el atma şeklinde olmayan ve fiziki teması gerektirmeyen tıbbi

¹² Aydın Zevkliler ve Çağlar Özel, *Tüketicinin Korunması Hukuku* (Seçkin 2016) 327.

¹³ Farhad Fatehi ve Richard Wootton, 'Telemedicine, Telehealth or e-Health? A Bibliometric Analysis of the Trends in the Use of These Terms.' (2012) 18 *Journal of Telemedicine and Telecare* 460, 464.

¹⁴ World Health Organization, *EHealth* (n 9) 56.

¹⁵ World Health Organization, *Telemedicine* (n 5) 9.

¹⁶ World Health Organization, *EHealth* (n 9) 58.

işlemleri de kapsamaktadır.¹⁷ Bu sebeple uzaktan iletişim araçları ile sağlanan tıbbi uygulamaları, salgın sonrası gelişmekte olan tıp bilimi içerisinde, tıbbi uygulamaların bir parçası ve gerçeği olarak kabul edilmelidir.

Uzaktan sağlık hizmetleri, sadece tıbbi uygulamaya yönelik olan teletıp ile sınırlı değildir. Son yıllarda ülkemizde gelişmekte olan ve önemli bir potansiyele sahip olduğumuz sağlık turizmi de uzaktan sağlık hizmetleri kapsamında değerlendirilmedi.

C. Teletıp Uygulamalarının Gelişimi

1. Dünyada

Teletıp uygulamalarının MÖ 500'ü yıllarda, antik Yunan ve Roma zamanlarında başladığı belirtilmektedir. Bu dönemde şehirler arası haberciler, öncelikle askeri ve siyasi amaçla kullanılsa da ölüm, doğum gibi sağlık olayları ile veba salgını gibi sağlık ve afet durumları için de kullanılmıştır.¹⁸

Günümüz anlayışındaki teletıp hizmetlerinin ilk başlangıcı, 19. yüzyıl sonlarında elektrokardiyografi (EKG) verilerinin telefon hatları ile iletilmesi olarak görülmektedir. Ancak modern haliyle 1960'lı yıllarda, askeri ve uzay teknolojilerinde kullanılmaya başlanmıştır.¹⁹ Erken dönüm noktalarından biri de psikiyatri enstitüsündeki uzman hekimler ile ruh sağlığı hastanesindeki pratisyen hekimlerin konsültasyon amaçlı, kapalı devre çift yönlü televizyon kullanımı olarak gösterilmektedir.²⁰

1977 yılında Newfoundland Memorial Üniversitesi Teletıp Merkezi öncülüğünde, uzak bölgelerdeki sağlık personelinin uydu üzerinden eğitimi başlamış, 1980'li yıllarda radyoloji görüntülerinin aktarımı başarılı olmuş, 1990'lı yılların başında ise altı çevresel hastaneden EEG ve EKG taraması aynı merkeze aktarılmaya başlanmıştır.²¹ Amerika Birleşik Devletleri'nde (ABD) 1980'lerde, doktorlar ile hastalar arasında video kullanımı, 1985 yıllarında ise radyoloji, oftalmoloji, dermatoloji gibi uzmanlık alanlarında teletıp uygulamaları başlamıştır.²²

1988 yılında Ermenistan'da yaşanan deprem felaketi ve 1989 yılında Rusya'da yaşanan doğal gaz patlaması sırasında, ABD, Rusya ve Ermenistan sağlık kuruluşları

¹⁷ Yakup Gökhan Doğramacı, *Tıbbi Uygulamalarda Ekip İş Birliği ve Güven İlkesi* (Legal 2016) 11.

¹⁸ Seewon Ryu, 'History of Telemedicine: Evolution, Context, and Transformation' (2010) 16 *Healthcare Informatics Research* 65, 66.

¹⁹ World Health Organization, *EHealth* (n 9) 9.

²⁰ Reba Ann Benschoter, Merrill T Eaton ve Pringle Smith, 'Use of Videotape to Provide Individual Instruction in Techniques of Psychotherapy.' (1965) 40 *Journal of Medical Education* 1159, 1160.

²¹ Semih Bilgen, *Sağlık Bilgi Sistemleri* (Türkiye Ulusal Enformasyon Altyapısı Proje Ofisi 1998) 9.

²² İsmihan Hoşman, *Sağlık Sektöründe Tele-Tıp Uygulamalarına İlişkin Boyutlar: Sağlık Hizmetinden Yararlanan Katılımcıların Görüşlerine İlişkin Bir Araştırma* (2018) 34.

arasında yapılan video konferans sistemi ile toplam 247 sağlık görevlisi katılımı ile 34 klinik toplantıda, 209 hastanın durumu değerlendirilerek; 54 hastanın tanısı ve 47 hastanın tedavisi değiştirilmiş, 70 hastaya yeni teşhis konulmuştur.²³

ABD’de otuz altı eyalet ve Columbia Bölgesi’nde, tele sağlık hizmetlerinin özel sağlık sigortalarının geri ödenmesini sağlayan yasal düzenleme mevcuttur. Ayrıca Amerikan Tıp Birliği 2016 yılında, teletıp uygulamalarına ilişkin etik kılavuz yayımlamıştır.²⁴

AB hukukuna baktığımızda teletıp, sağlık hizmeti olarak Avrupa Topluluğu Anlaşması (Treaty of the European Community, TCE) m.56-57 kapsamındadır. Bu çerçevede teletıp, aynı anda hem bir sağlık hizmeti hem de bir bilgi hizmetidir ve bu nedenle her iki konudaki düzenlemelere tabidir. Sağlık ve tıp uygulamaları ile ilgili konularda, Avrupa düzeyinde tek tip düzenleme bulunmamaktadır. Sağlık hizmetleri ile ilgili olarak en önemli düzenleme olan 2011/24/EU Yönergesi ile bilgi ve telekomünikasyon hizmetleri konusunda 95/46/EU, 2000/31/EC ve 2002/58/EC Yönergeleri dikkat çekmektedir.²⁵ Bu düzenlemelerle AB, teletıp uygulamalarının yaygınlaşmasını sağlama çabasıdadır. Kendi vatandaşı olan hastalar için teletıp hizmetlerini erişilebilir ve sosyal güvence kapsamında standart bir tıbbi hizmete dönüştürmeye çalışmaktadır.²⁶

DSÖ, 2016 yılında, 125 ülkede toplam 375 tele sağlık uygulaması bildirmektedir. Beş özel kategorinin uygulanma ortalaması 3,7 olarak tespit edilmiştir. Bu beş kategoriden en sık kullanılanı teleradyoloji (96 ülkede, %77) ve en az kullanılanı ise esasında en eski teletıp uygulamalarından olan telepsikiyatridir (43 ülke, %44).²⁷

2. Ülkemizde

Ülkemizde 1998 yılında açılan ilk özel kanser tarama merkezi olan Amerikan Kanser Merkezi, teletıp sistemi kullanarak hastalarının yurtdışına gitmeden istediği üniversite hastanesi ve doktorla iletişimini sağlamakla birlikte, röntgen filmlerini, patoloji sonuçları gibi tıbbi verileri göndererek, tanı ve tedavi uygulamaları sağlamıştır.²⁸

²³ Bilgen (n 21) 9-10.

²⁴ Christian D Becker ve diğerleri, ‘Legal Perspectives on Telemedicine Part 1: Legal and Regulatory Issues’ (2019) 23 The Permanente Journal 18, 1.

²⁵ Vera Lúcia Raposo, ‘Telemedicine: The Legal Framework (or the Lack of It) in Europe.’ (2016) 12 GMS Health Technology Assessment Doc03, 1,1.

²⁶ Kübra Yılmaz Şenyüz, Emine Tuğba Topçu ve Sibel Şentürk, ‘Tele-Tıp Uygulamaları ve Hasta Hakları’ (2018) 17 Adli Bilimler Dergisi 40, 42.

²⁷ World Health Organization, *EHealth* (n 9) 59.

²⁸ Hoşman (n 22) 41.

2002 yılında yürürlüğe giren “Seyir Halindeki Gemilerde Daha İyi Tıbbi Hizmet Verilmesi İçin Gerekli Asgari Sağlık ve Güvenlik Koşulları Hakkında Yönetmelik”²⁹ ile seyir halindeki gemilerde, gemicilere daha iyi tıbbi hizmet sağlanması amaçlanmıştır. Yönetmeliğin “Radyo ile Tıbbi Konsültasyon” başlığı altında, gemicilere daha iyi acil tedavi sağlanabilmesi için belirli merkezlerden radyo ile hekimlerin tıbbi tavsiyede bulunabileceği düzenlenmektedir.

2006 yılından itibaren Sağlık Bakanlığı, teletıp uygulamalarıyla ilgili çalışmalar başlatmıştır. Teletıp çalışmalarının ilk aşaması olarak radyoloji, patoloji ve EKG alanlarında hizmet planlanarak radyolojik raporlama, EKG yorumlama, patoloji dokularının raporlanması ve konsültasyon gibi hizmetler üzerinde çalışılmaktadır.³⁰ Şu an Sağlık Bakanlığı teletıp hizmetlerini, radyoloji alanında değerlendirme ve konsültasyon ağırlıklı yürütmektedir ve bu kapsamda 1961 hastaneyi sisteme dahil etmiştir.³¹

DSÖ, 2016 yılında yayınladığı raporda, Türkiye’de beş özel kategori içinde sadece teleradyolojinin uygulandığını diğer dört alanın ise pilot uygulama aşamasında olduğunu belirtmektedir.³²

Ancak ülkemizde hasta ile hekim arasındaki klasik etkileşimi sağlayan teletıp uygulamalarına yönelik, yapılanma ve düzenlemeler eksiktir. Bunun en önemli sebebinin de aşağıda açıklayacak olduğumuz, hekimin “bizzat” muayenesi kavramının farklı yorumlanması olduğu düşüncesindeyiz. Bu yorum sebebiyle teletıp uygulamaları, daha en baştan hukuka aykırı ve hatta suç kabul edildiğinden, tıbbi ve hukuki açıdan gelişmemiştir. Tıbbi ve hukuki altyapısı eksik olan ve hakkında yeterli çalışma bulunmayan teletıp uygulamalarının salgın sonrası kontrolsüz şekilde artması ise tıbbi uygulama ve hukuki uyumsuzlukların çözümü zorluklarını da beraberinde getirecek ve sadece teletıp değil sağlık turizmi ve diğer uzaktan sağlık hizmetlerini de olumsuz etkileyecektir.

D. Uygulama Alanları ve Faydaları

Teletıp ve uzaktan sağlık hizmetleri, hastaların değerlendirmesine, teşhis, tedavi ve takip ve bakımı sağlamasına izin vererek tıbbi uygulamaların kalitesini ve erişilebilirliğini başarıyla geliştirmektedir. Tıbbi erişilebilirlik geliştirilerek, hastaların daha erken tedavi alması ve tedaviye daha iyi uyum göstermesi sağlanabilir ve kronik rahatsızlıkları olan hastaların yaşam kalitesi iyileştirilebilir.³³

²⁹ RG 23.06.2002/24794

³⁰ Hoşman (n 22) 41-42.

³¹ T.C. Sağlık Bakanlığı (n 8).

³² World Health Organization, ‘EHealth Country Profiles - Turkey’ (2016) 2.

³³ World Health Organization, *Telemedicine* (n 5) 13.

Teletıp hastalar için; sağlık hizmetine eşit ulaşılabilirlik, hayati öneme sahip olabilecek bekleme zamanlarının kısalması, tedavi, bakım ve yolculuk maliyetlerinin düşmesi, tıp personeline kolay ulaşabilme, sürekli kontrol, bakım imkanı ve tedavi planında değişiklik yapabilme olanağı, yenilikleri takip edebilme ve yararlanabilme imkanı, kronik hastalıkların takipleri ile yaşam kalitelerinin artırılması, bir veya birkaç uzmandan görüş alabilme olanağı gibi uygulamada çok çeşitli faydalar sağlamaktadır.³⁴

Diyabet tedavisi ile ilgili yapılan bir meta-analizde, elektronik haberleşme ve video-konferans ile yapılan çalışmalar incelenmiş ve özellikle hastaya özgü tedavi uygulaması, maliyet-yarar analizi ve kolaylık açılarından teletıp uygulamalarının faydalı olduğu görülmüştür. Ayrıca tıbbi tedavi kalitesi, maliyet, yaşam kalitesi ve hasta bilgilerinin korunması açısından faydaları gösterilmiştir.³⁵ İleri yaşla artış gösteren kronik hastalık yükünün azaltılması, hasta sonuçlarının iyileştirilmesi, tedavi ve bakım uygulamalarının etkinliğinin artırılması ve artan sağlık gücü gereksiniminin etkin şekilde kullanılması için teletıp uygulamalarının geliştirilmesi ve benimsenmesi gerekmektedir. Geriatrik bireylerde, hastaneye yatışların ve maliyetin azalması, hasta memnuniyetinin artması ve aile üyelerinin bakım yükünün hafiflemesi gibi birçok avantajı bulunmaktadır.³⁶

Teletıp, hemşirelik hizmetleri açısından hastaneye yatış oranını ve hastanede yatış süresini azaltması nedeniyle maliyetleri azaltmaktadır. Hemşirelik hizmetlerinde teletıp; bakımda süreklilik, bakım kalitesi ve hasta memnuniyetinin artırılması, maliyetin azaltılması, performansın değerlendirilmesi, dokümantasyon ve klinik rehber oluşturulması gibi yapısal avantajlar sağlamaktadır. Hasta takiplerindeki sapmalara erken müdahale edilmekte, hastaların sorumluluk alması sağlanarak memnuniyetleri artırılmakta, personel ile bakıma daha kolay ulaşabilmeleri sağlanmakta ve günlük yaşamdaki rollerine geri dönmelerine yardımcı olunmaktadır. Hemşireler açısından da işleri kolaylaştırması ve birçok hastayı eş zamanlı takip edebilme imkânı sağlamaktadır.³⁷

Teletıp teknolojilerinin kullanıldığı sağlık kurumlarında hizmet kalitesindeki artışla beraber tıbbi hataların azaldığı, doğru teşhis sayılarının arttığı, personel arasındaki iş birliğinin artarak daha verimli hale geldiği ve gereksiz masrafların azaldığı görülmektedir. Örneğin; teletıp projesi kapsamında Kayseri Eğitim ve Araştırma Hastanesi'nde yapılan bir araştırmada, genel bilişim uygulamaları ile yıllık film

³⁴ Hoşman (n 22) 36.

³⁵ Sibel Ertek, 'Endokrinolojide Tele-Sağlık ve Tele-Tıp Uygulamaları' (2011) 2 Acıbadem Üniversitesi Sağlık Bilimleri Dergisi 126, 127.

³⁶ Nurten Kalender ve Leyla Özdemir, 'Yaşlılara Sağlık Hizmetlerinin Sunumunda Tele-Tıp Kullanımı' (2014) 17 Anadolu Hemşirelik ve Sağlık Bilimleri Dergisi 50, 54.

³⁷ Berrin Pazar, Sevinç Taştan ve Emine İyigün, 'Roles of Nurses in Tele-Health Services' (2015) 11 Medical Journal of Bakirkoy 1, 2-3.

maliyetlerinin ilk etapta %30 civarında azaldığı ve amorti süresinin altı ay olduğu değerlendirilmektedir.³⁸ Avustralya’da onkoloji ve İtalya’da pediatrik kardiyoloji hastalarıyla yapılan maliyet analizlerinde sırasıyla %42 ve %66 oranlarında maliyet avantajı olduğu görülmüştür. Ayrıca gereksiz sevklerin önlenmesi, hastanın iş rutininin bozulması, gelir ve zaman kaybı gibi hesaplamaların kullanılmadığı sosyal maliyetler de söz konusudur. Kurulan sistem ile tedavi süreci genelinde, hasta ve sağlık sunucusunun maliyet, zaman ve iş yükü avantajları bulunmaktadır.³⁹

Gelişmekte olan ülkelerdeki teletıp, ikincil faydalar da sağlamaktadır. Teletıp, iletişim için yeni kanallar açarak coğrafi engellerin üstesinden gelmekte, kırsal ve uzak sahaları dünyanın dört bir yanındaki sağlık profesyonelleri ile birleştirmekte ve beyin göçünü engellemektedir. Sağlık alanında daha fazla iletişim kurulmasıyla bölgeler arası ve ülkeler arası iş birliği oluşmakta ve uzaktan eğitim sağlanabilmektedir. Teletıp ayrıca bilgilerin yaygınlaştırılması ile sağlık profesyonellerine, uzaktan eğitim yoluyla öğrenme ve mesleki gelişim fırsatı sunmaktadır.⁴⁰ “Teletıp, akademik gelişmeyi ve bağımsızlığı destekleyen sınırsız bir üniversite yaratır.”⁴¹

E. Ülkemizde Son Durum

Dünyadaki COVID-19 salgını sebebiyle sağlık hizmetlerinde bir kırılma, dönüm noktası yaşanmaktadır. İlginçtir ki güneşin altında yeni bir şey yok, dünyada ilk teletıp örnekleri de veba salgını ile ortaya çıkmıştır. Ancak afet ve salgın dönemlerinde, teletıp uygulamalarının potansiyeli olsa da bir gecede genel bir teletıp sistemi oluşturma imkânı bulunmamaktadır.⁴²

Teletıp uygulamaları ülkemizde daha çok radyoloji alanında kullanılmaktayken COVID-19 salgını sürecinde, sosyal izolasyon ve sağlık hizmetlerindeki salgın tedbirleriyle birlikte kontrolsüz, ani ve hızlı bir şekilde, kullanım alanlarının genişlediği görülmektedir.⁴³ Ancak ne yazık ki teletıp alanında bu yakın zamanlı ani değişiklik ve genişlemeye karşılık henüz bir yasal düzenleme bulunmamaktadır.

³⁸ Vedat Mehmet Paksoy, ‘Sağlık Ekonomisi Perspektifinden Teletıp Uygulamaları’ (2017) 4 Health Care Academician Journal 9, 13.

³⁹ ibid 14.

⁴⁰ World Health Organization, *Telemedicine* (n 5) 15.

⁴¹ RIS Zbar ve diğerleri, ‘Web-Based Medicine as a Means to Establish Centers of Surgical Excellence in the Developing World’ (2001) 108 Plastic and Reconstructive Surgery.

⁴² Judd E Hollender ve Brendan G Carr, ‘Virtually Perfect? Telemedicine for Covid-19’ (2020) 382 New England Journal of Medicine 1679.

⁴³ Ümit Erdem, Feza Şen ve Hüseyin Kandemir, ‘Koronavirüs & Tele-Tıp Uygulamaları ve Sağlık Hukuku Sorunları’ (25 April 2020) <<https://www.medikalakademi.com.tr/uzmanlar-tartisiyor-koronavirues-tele-tip-uygulamaları-ve-sağlık-hukuku-sorunları/>> Erişim Tarihi 1 Haziran 2020

Yakın zamana kadar uygulama⁴⁴ ve doktrinde⁴⁵ hekimin hastayı fiziksel olarak görmesi gerektiği kabul edilmekte, hekimin hastayı fiziksel olarak görmeden teşhis ve tedavi uygulamaları, genel olarak yasak ve hatta olayın özelliğine göre görevi kötüye kullanma⁴⁶ veya belgede sahtecilik suçu olarak tanımlanmaktaydı. Fakat salgın süreciyle birlikte, yakın zamana kadar suç olarak kabul edilen, uzaktan tanı ve tedaviye yönelik teletıp hizmetlerinin, özel ve hatta kamu sağlık kurumları tarafından sunulduğu görülmektedir.⁴⁷ Örneğin hastaların, filyasyon kapsamında aile hekimleri tarafından telefonla izlem ve takibi de teletıp uygulamaları olarak değerlendirilebilir. Yakın zamana kadar suç olarak kabul edilen uzaktan teşhis ve tedaviye yönelik teletıp uygulamaları, salgın nedeniyle kamu sağlık kurumları tarafından bile “de facto” bir sağlık hizmeti haline gelmiştir.

Salgın döneminde ortaya çıkan teletıp hizmetleri; zaten kullanılmakta olan teleradyoloji, telepatoloji gibi sistemsel uygulamalardan ziyade, aralarında mesafe bulunan hasta ile hekimi, BİT ile klasik etkileşim çerçevesinde bir araya getiren uygulamalardır. Bu kapsamdaki uygulamaların teşhis ve tedaviye yönelik danışmanlık hizmeti olarak sunulduğu görülmektedir. Bu haliyle salgınla birlikte, hasta ve hekimi bir araya getirerek aralarında sözleşme ilişkisi kuran, ancak hukuki niteliği dikkati çekmeyen, teletıp hizmetleri sunulmaktadır.

Dünyada sağlık turizmi için teletıp hizmeti sunan e-hastaneler açılmaktayken⁴⁸ ülkemizde de sağlık turizmi kapsamında internet üzerinden teletıp hizmeti sağlanmakta ve mesafeli sözleşmeler yapılmaktadır. Özellikle lazer epilasyon, saç ekimi, botoks uygulaması gibi tıbbi endikasyonun olmadığı estetik amaçlı uygulamalarda, internet, televizyon gibi BİT üzerinden tanıtım yapıldığı, hastanın BİT aracılığıyla hekimle fotoğraf ve ilgili diğer verilerini paylaştığı ve karşılıklı görüşmeler neticesinde, yapılacak işlem ve ücretin belirlenmesi ve karşılıklı kabul üzerine mesafeli sözleşme kurulabilmektedir.

Teletıp uygulamalarının hukuka aykırı olduğu kanısıyla yasal düzenlemeler yapılmadan, salgın tedbirleri sonucu arz ve talep nedeniyle, belirli standart ve güvencelerden yoksun olarak verilmesi, hizmetin hukuka aykırı olmasından daha vahim sonuçlara sebep olma potansiyeli taşımaktadır. Kanımızca “de facto” yürütülen teletıp uygulamalarının, hukuka aykırılığı düşüncesiyle görmezden gelinmesi yerine, gerekli yasal düzenlemelerin yapılması ve bu hizmet sağlayıcılarının eğitim ve standartları belirlenerek ruhsatlandırılması gerekir.

⁴⁴ Yargıtay CGK, 1347/30, 04.02.2014. Yargıtay 4 CD 10261/15788, 07.10.2009.

⁴⁵ Hakeri (n 2) 704; Gökcan (n 2) 148; Yıldırım (n 2) 25.

⁴⁶ Yargıtay 11 CD 19/3158, 26.04.2017; Aktaran: Hakeri (n 2) 704-705.

⁴⁷ ‘Ege Üniversitesi Hastanesi “Teletıp Poliklinik Sistemi”Ni Başlattı – Ege Üniversitesi Haber Ajansı’ (*Ege Ajansı*, 23 March 2020) <<https://egeajans.ege.edu.tr/?p=13708>> Erişim Tarihi 11 Haziran 2020; ‘Corona Doktor ve Hastayı Sanal Ortamda Buluşturuyor - Sigorta Haberleri’ (*Sabah Gazetesi*, 20 March 2020) <<https://www.sabah.com.tr/sigorta/2020/03/20/corona-doktor-ve-hastayi-sanal-ortamda-bulusturuyor>> Erişim Tarihi 11 Haziran 2020

⁴⁸ Yan Alicia Hong, ‘Medical Tourism and Telemedicine: A New Frontier of an Old Business.’ (2016) 18 *Journal of Medical Internet Research* e115.

Teletıp uygulamaların tıbbi verileri henüz oluşmadığı için tıbbi standartlar ve bunlara dair dikkat ve özen yükümlülüğünün değerlendirilmesi oldukça zor görünmektedir. Bu noktada tıbbi standartlar henüz oluşmadığından, uygulamada gelişen teletıp uygulamaları karşısında tıp bilimi kendi standartlarını oluşturuncaya kadar, asgari standartlara yönelik idari düzenlemelerin yapılması öncelikli ihtiyaçtır. Bu sebeple teletıp uygulamalarının hukuki niteliğini ve sonuçlarını inceleyeceğiz.⁴⁹

II. Teletıp Uygulamalarının Hukuki Niteliği

A. Hekimin Bizzat İfa Yükümlülüğü ve Uygulama Sorunları

Yukarıda kısaca bahsettiğimiz üzere, salgın dönemine kadar hekimin hastayı fiziksel olarak, bizzat görmeden değerlendirmesi ve mesleğini ifası, yasak ve hatta suç olarak kabul edilmekteydi. Kanımızca bunun en önemli sebepleri, hekimin bizzat ifa yükümlülüğü ile ilgili yorum farklılığı ve uzaktan muayene konusunda ortaya çıkan sorunlardır. Bu sebeple sağlık sistemimizde kurulan teletıp sistemi, hasta ile hekim arasındaki klasik etkileşime yönelik olmadığından oldukça sınırlı bir alanda kalmaktadır. Halbuki hasta ile doğrudan hekim, hemşire veya diğer tıp meslek mensubu arasındaki etkileşimine izin veren BİT, teletıp uygulamalarına imkân vermektedir.

1. “Bizzat” İfadesinin Anlam ve Yorumu

Hekim ile hasta arasında teletıp uygulamasının kullanılamayacağına dair, hekimin bizzat muayene yükümlülüğü ve mefhum-u muhalefet yorumla, uzaktan teşhis ve tedavi yasağı gösterilmektedir.⁵⁰ Bizzat muayene yükümlülüğü, hastanın muayenesi, teşhis ve tedavi yöntemlerinin belirlenmesi ve müdahale edilmesi gibi uygulamaların kural olarak hekim tarafından bizzat yerine getirilmesini ifade etmektedir.⁵¹ Hekim, teşhis ve tedaviyi bizzat uygulamakla yükümlü olduğundan hastanın problemlerinden bizzat bir tasavvur oluşturmalıdır, aksi takdirde; hekimin hastayı uzaktan değerlendirmesi yasaktır ve örneğin hekimin hiçbir muayene yapmadan reçete göndermesi, caiz olmayan uzaktan tedavi uygulamasıdır.⁵²

Bu yasağın dayanakları; Türk Borçlar Kanunu⁵³ (TBK) m.506, “*Vekil, vekâlet borcunu bizzat ifa etmekle yükümlüdür. Ancak vekile yetki verildiği veya durumun zorunlu ya da teamülün mümkün kıldığı hâllerde vekil, işi başkasına yaptırabilir.*”;

⁴⁹ Teletıp uygulamalarının tıbbi standartların belirlenmesi de öncelikli bir ihtiyaç olmasına karşın tıp bilimi ağırlıklı, ayrı ve kapsamlı bir çalışma gerektirmektedir.

⁵⁰ Hakeri (n 2) 704; Gökcan (n 2) 148.

⁵¹ Gökcan (n 2) 148.

⁵² Hakeri (n 2) 704.

⁵³ Kanun Numarası: 6098, Kabul Tarihi: 11.01.2011, RG 04.02.2011/27836

Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi⁵⁴ (TDN) m.16, “*Tabip ve dış tabibi bir kimsenin sıhhi durumu hakkında, ilmi metodları tatbik suretiyle **bizzat yaptığı muayene** neticesinde edindiği vicdani ve fenni kanaata ve şahsi müşahadesine göre rapor verir.*” ve Hekimlik Meslek Etiği Kuralları m.23, “*Hekim, acil vakalar gibi zorunlu durumlar dışında, hastasını **bizzat muayene etmeden tedavisine başlamaz.***”, m.32, “*Hekim, **bizzat muayene ve tedavi ettiği hastasına gerekli gördüğünde hastalıkla ilgili rapor verir.***” hükümleridir.

Burada “bizzat” ifadesi, kritik bir rol oynamaktadır. Bizzat, “aracısız, kendisi olarak” anlamına gelmektedir.⁵⁵ “Bizzat” ve sözlük tanımındaki “aracısız” ifadeleri, lafzı yorumla ilk etapta, her türlü kişi ve vasıta olarak anlaşılabilse de ifade edilmek istenen, vasıta değil kişidir. TBK m.506’da bizzat ifa yükümlülüğü düzenledikten sonra istisna olarak işin başkasına da yaptırılabilirliği belirtilmektedir. Bu sebeple burada bizzat ifadesi her türlü vasıtayı değil ifa yükümlüsü kişiyi ifade etmektedir.⁵⁶

Diğer taraftan zamana uygun objektif yorum metoduna göre de hüküm, hayatın değişen gerçek ve ihtiyaçlarına göre değişir. Bu sebeple hükmün gerçek anlamı için sadece onun konulduğu zamandaki anlam ve amacı değil uygulanacağı andaki koşul ve ihtiyaçlar göz önünde bulundurulmalıdır.⁵⁷ TDN’deki düzenlemenin de TBK doğrultusunda olduğunu düşünmekle beraber, TDN’nin yürürlüğe girdiği 1960 yılları şartları göz önünde bulundurulduğunda ülkemizde teletıp uygulaması olmadığı gibi teletıp uygulamalarına imkân verebilecek karşılıklı ve anlık iletişim sağlayabilen görüntülü ve sesli teknolojik vasıtalar da yaygın değildi. Tarihi, amaçsal ve zamana uygun objektif yorum metodlarıyla değerlendirildiğinde hükümdeki bizzat yükümlülüğün amacının, yürürlüğe girdiği tarihte henüz yaygın kullanımı olmayan ve hatta bilinmeyen BİT araçlarını kullanmayı engellemek olmadığı görülmektedir. Günümüz teknolojik imkanları ve ihtiyaçlar karşısında hükmün günümüz koşullarına göre yorumlandığında, teletıp uygulamaların bizzat ifasında BİT araçlarının kullanılmasında engel bulunmamaktadır.

Bu sebeplerle “bizzat” ifa ve muayene yükümlülüğü, her türlü vasıtanın değil, aracı kişilerin kullanılmaması gerektiğine işaret etmektedir. Örneğin hastanın açık rızası olmadan hekimin muayene yetkisini, başka bir hekime devretmesi veya hastanın rızası olsa bile yanında çalışan, hekim olmayan sağlık personeline devretmesi mümkün değildir. Hekimin bizzat muayene yükümlülüğü ifadesi bu durumu tanımlamaktadır. Bu kapsamda teletıp uygulamaları bizzat muayene yükümlülüğüne engel olmamakta aksine yükümlülük, hükmünü olduğu gibi muhafazaya devam etmektedir.

⁵⁴ RG 19.02.1960/10436

⁵⁵ Türk Dil Kurumu, ‘Güncel Türkçe Sözlük’ <<https://sozluk.gov.tr/>> Erişim Tarihi 11 Haziran 2020

⁵⁶ Cevdet Yavuz, *Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler* (10. Bası, Beta 2012) 547.

⁵⁷ Mustafa Dural ve Suat Sarı, *Türk Özel Hukuku Cilt I* (10. Bası, Filiz 2015) 127.

Diğer taraftan TBK m.4/2 “*Telefon, bilgisayar gibi iletişim sağlayabilen araçlarla doğrudan iletişim sırasında yapılan öneri, hazır olanlar arasında yapılmış sayılır.*” genel hükmü ile doğrudan iletişim sağlayan araçlarla sözleşme kurulmasını hazır olanlar arasında yapılmış kabul edilmektedir. Bu genel hüküm ile doğrudan iletişim sağlayan araçlarla sağlanan öneri, hazırlar arasında, aracısız, doğrudan öneri olarak kabul edilmektedir.⁵⁸ Nitekim teletıp uygulamalarında da hükümde olduğu gibi doğrudan iletişim sağlayan araçlar kullanılmaktadır ve bu şekilde hekim hastası ile bizzat iletişime geçmekte ve ifa yükümlülüğünü yerine getirebilmektedir. Bu sebeple; her ne kadar hüküm sözleşme kurma yöntemi olsa da hükümde düzenlenen, doğrudan iletişim sağlayan araçlar ve kullanım usulü, bizzat ifaya hanel getirmeyen ve hatta bizzat ifaya örnek teşkil edebilecek bir kanuni düzenlemedir.

Avrupa Mahkemesi’ne konu olan reçetesiz ilacın mesafeli olarak satımına ilişkin olayda benzer bir durum değerlendirilmiştir.⁵⁹ Olayda, reçetesiz olarak verilebilen ilaçlar internet üzerinden satılmaktadır. Alman Eczacılar Birliği, eczacı ile hastanın farklı yerlerde bulunmasının, eczacıların temel görevlerinden olan hastayı bilgilendirme yükümlülüğüne engel olduğunu ileri sürerek mesafeli ilaç satışına karşı dava yoluna gitmiştir. Mahkeme, hekim reçetesi zorunlu olmayan ilaçların mesafeli satışının yasaklanamayacağına hükmetmiştir.⁶⁰ Mahkeme açıkça tartışmasa da doğrudan iletişim sağlayan araçlarla yapılan mesafeli satışın, eczacının bizzat bilgilendirme yükümlülüğüne engel olmadığını kabul etmektedir. Bu haliyle eczacı, bizzat bilgilendirme yükümlülüğünü doğrudan iletişim sağlayan araçlarla da ifa edebilir.

2. Muayene Yöntemleri

Bizzat ifa yükümlülüğü uygulamasında karşımıza çıkan sorunlardan biri hekimin hastayı bizzat, fiziksel olarak değerlendirmeden uzaktan muayene edip edemeyeceği konusundadır.

Hekimin hastayı değerlendirmesi; tıbbi öykü alma (anamnez), fizik değerlendirme ve yardımcı yöntemlerden (tetkik, görüntüleme, analiz vs.) oluşmaktadır. Tıp öğretisindeki klasik fizik muayene ise inspeksiyon (gözle), palpasyon (dokunmayla), perküsyon (vurarak) ve oskültasyon (dinleme) olarak kabul edilmektedir. Özellikle hasta ile ilk karşılaşıldığında hastanın tepeden tırnağa tam bir fizik değerlendirmesi esas olsa da uygulamada somut vakaya göre, fizik muayenenin tüm aşamaları yapılmayabilir veya gerek görülmeyebilir. Örneğin göz hekimine gözlüğünün kontrolü için gelen veya psikoterapi uygulanan hastaya, her durumda tam bir fizik

⁵⁸ Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (18. Bastı, Yetkin 2015) 252.

⁵⁹ Case C-322/01 *Deutscher Apothekerverband eV v 0800 DocMorris NV and Jacques Waterval* [2003] ECR 2003 I-14887.

⁶⁰ Yusuf Büyükkay, ‘İlaçların İnternet Üzerinden Mesafeli Satışına İlişkin Avrupa Mahkemesi’nin Kararı /11 Aralık 2003’ (2005) Kazancı < <http://www.kazanci.com/kho2/hebb/giris.html>> Erişim Tarihi 12 Haziran 2020.

muayene yapmaya gerek bulunmamaktadır. Bu konudaki karar ve sorumluluk öncelikle ilgili klinisyene yani müdavi hekime aittir.

Teletıp uygulamalarında tıbbi öykü alma ve yardımcı yöntemleri değerlendirme kısmında sorun görünmemekle beraber asıl sorun ve kısıtlılık, fizik değerlendirme bölümündedir. Ancak az önce verdiğimiz gözlük ve psikoterapi hastaları örneklerinde olduğu gibi her zaman tam bir fizik muayeneye gerek olmadığı gibi sadece öykü ve inspeksiyon da yeterli olabilir. Fizik muayenenin nerede ve ne kadar sorusunun tıbbi standartları konusunda öncelikle tıp bilimi çerçevesinde, uzmanlık alanları kendi içinde değerlendirme ve belirleme yapmalıdır. Nitekim salgınla birlikte uzaktan muayene yöntemlerine dair bilimsel çalışmaların⁶¹ yapıldığı görülmektedir. Ancak fizik muayenenin yeterliği konusundaki karar ve yetki, somut hastanın teşhis ve tedavisinden, dikkat ve özen yükümlülüğü çerçevesinde sorumlu olan müdavi hekime aittir. Teletıp uygulamasında, BİT ile yapılan muayenenin yeterli olmaması halinde hekimin, dikkat ve özen yükümlülüğü çerçevesinde, gerekli ve ileri fizik muayene için hastayı bilgilendirmesi gerekir.

Uygulamaya yönelik diğer bir örnek; uygulamada raporlu ilaçlar, üç aylık kullanım dozu ile verilmektedir. Yıllardır aynı ilacı kullanan kronik hipertansiyon hastasının, üç ayda bir hekimine gitmesi ve rutin kontrol sonrası, ilacın tekrar hekim tarafından reçete edilmesi gerekmektedir. Ancak hekim ile hasta arasında gerçekleşecek görüntülü ve/veya sesli telefon görüşmesi ile anamnez alınması, ilaç uyumu ve tansiyon takiplerinin değerlendirilmesi gibi işlemlerin yapılması mümkündür. Hekim, hasta ile BİT aracılığıyla görüşüldüğünü kayıt altına almalıdır. Ancak görüşme kayıt altına alınmadan reçete yazılırsa, belgede sahtecilik iddiası gündeme gelebilir.⁶² Ancak hekim, hastası ile görüşmesinde normalden sapma gördüğü durumda, hastayı gerekirse fizik muayene için değerlendirmeye çağırmalıdır. Benzer şekilde bazı kalp hastalarının kullandığı pıhtılaşmayı önleyici “warfarin” etken maddeli ilaçla ilgili düzenli kan tetkiki yapılması ve doz ayarlaması yapılması gerekmektedir. Hasta bu tetkiki yaptırdıktan sonra doz ayarlaması ve değerlendirilmesi için takip eden hekimiyile teletıp yöntemleriyle görüşebilir. Diğer bir örnek olarak, tıbbi uygulama kapsamında gen incelemesi⁶³ ve bu verilerin değerlendirilmesi isteyen bir hasta, bunun için yurt dışındaki hizmet sağlayıcısı ile internet üzerinden iletişime geçerek uygun örnekleri yollayabilir. Bu bahsettiğimiz örnekler esasında uygulamada zaten görülen ve uygulanan ancak yasak ve hatta suç olarak kabul edilebilecek uygulamalardır.

⁶¹ Örneğin uzaktan muayeneler için: MJ Tanaka ve diğerleri, ‘Telemedicine in the Era of COVID-19: The Virtual Orthopaedic Examination’ (2020) 1 Journal of Bone and Joint Surgery. American Volume 1; Renato Assis Machado ve diğerleri, ‘Social Media and Telemedicine for Oral Diagnosis and Counselling in the COVID-19 Era’ (2020) 105 Oral Oncology 104685.

⁶² Hakeri (n 2) 707.

⁶³ Remzi Demir, *Hukuksal Yönleriyle İnsan Geni Üzerindeki İncelemeler* (Adalet 2019) 129.

3. Tıbbi Danışma Uygulamaları

Tıbbi danışma ve uygulamalarını da teletıp kapsamında değerlendirmek gerekir. Bizzat ifa yükümlülüğünün uygulanması, tıbbi danışma konusunda da karşımıza çıkmaktadır. Tıbbi danışmada da hekimin hastayı bizzat, fiziksel olarak değerlendirip değerlendirmemesi gerektiği sorun olarak karşımıza çıkmaktadır.

Konsültasyon, hekimler arası tıbbi danışma hizmetidir. Konsültasyonların şekli konusunda belirgin bir kural olmayıp ancak sonuç tutanağının yazılı olması gerekir.⁶⁴ Konsültan (danışılan) hekim ile hasta arasındaki teletıp uygulamasını kabul etmeyen görüş olsa da⁶⁵ müdavi hekim üzerinden, ikinci bir görüş olarak kabul edilmektedir.⁶⁶ Burada telekonsültan hekimin, müdavi hekimin muayene ve kararına güveni korunabilir.⁶⁷ Nitekim uygulamada da hekimler arası sesli ve/veya görüntülü mesajlarla danışma söz konusudur. Özellikle kalp krizi gibi doğrudan hayati tehlike riski olan hallerde, hastanın EKG görüntüsü konsültan hekime yollanmakta ve görüşü alınmaktadır.

Tıbbi danışma sadece hekimler arasında değil, hekim dışı sağlık personeli ile hekim arasında da olabilmektedir. Acil Sağlık Hizmetleri Yönetmeliği'nde⁶⁸ tıbbi danışman hekim tanımlanmış ve hekimin telefon veya telsiz talimatı ile sahadaki sağlık personeline, müdahale ve hatta ilaç uygulayabilme yetkisi verilmiştir.⁶⁹ Kanımızca hastanın telefonla 112 acil yardım hattını arayarak tıbbi acil yardım talebinde bulunması ve telefonda hastaya sorular sorularak aciliyetin değerlendirilmesi ve saha triyajı yapılması da teletıp uygulama örneğidir.

Örneğin epilepsi hastalarının olası hayati tehlike riskini en aza indirmesi için kullanıcın krizi anında tetiklenmesiyle birlikte yardım almasını sağlayacak m-Sağlık uygulamalarını da bu kapsamda değerlendirmek gerekir.⁷⁰

Uygulamadaki sebep ve örnekler çerçevesinde, tıbbi danışmalar teletıp uygulamalarına uygun niteliktedir ve BİT ile uzaktan uygulamaları bizzat ifaya engel nitelikte değildir.

4. Değerlendirme

Açıkladığımız sebeplerle, hekimin bizzat muayene yükümlülüğü, uzaktan muayene, teşhis, tedavi ve değerlendirme yasağı anlamına gelmemektedir. Doktrindeki uzaktan

⁶⁴ Doğramacı (n 17) 83.

⁶⁵ Cahid Doğan, 'Konsültasyon İşleminde Konsültan Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü' iç Çağlar Özel ve Burcu Gülsereen Özcan Büyüktanır (edr), *Uluslararası Türk - Amerikan Tıp Hukuku ve Etiği Sempozyumu* (Seçkin 2014) 134.

⁶⁶ ibid 134; Hakeri (n 2) 709.

⁶⁷ Doğramacı (n 17) 123.

⁶⁸ RG 11.05.2000/24046

⁶⁹ Doğramacı (n 17) 45-46.

⁷⁰ Ecem Çizmeli, 'Kronik Epilepsi Hastaları İçin Prototip Tele-Tıp Önerisi' (Yüksek Lisans Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi 2014) 47.

tedavi yasağına⁷¹ rağmen esasında hukuk sistemimiz teletıp uygulamalarına cevaz vermektedir. Hekim, aracı kişi kullanmaksızın, BİT ile doğrudan iletişime geçerek hastasını muayene ve tedavi yetkisine sahiptir. BİT ile uzaktan muayene mümkün olduğu gibi tıbbi danışma da hastayı fiziksel olarak görmeden bizzat gerçekleştirilebilir.

Uzaktan muayeneye ilişkin sınırlarda yetki ve sorumluluk müdavi hekime ait olsa da teletıp uygulamalarının tıbbi standartları ve değerlendirilmesi konusunda eksiklik bulunmaktadır.

B. Sözleşme İlişkisi

Tıbbi uygulamalarda genel olarak sözleşme ilişkisi bulunmaktadır. Sözleşme ilişkisi, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamaları ile kurulur. Genel olarak, hastanın rızasının olduğu hallerde sözleşme ilişkisi kurulmuş olmaktadır.⁷² Örneğin hastanın hekimi arayarak teşhis ve tedaviye dair sorular sorması halinde sözleşme ilişkisinden bahsedilecektir.⁷³ Bu sözleşme ilişkisinin kurulması, TBK m.4/2 doğrultusunda; telefon, bilgisayar gibi iletişim sağlayabilen araçlarla doğrudan iletişim sırasında yapıldıysa hazır olanlar arasında yapılmış sayılacağından, hasta ile hekim veya sağlık hizmet sunucusu arasında fiziki temas zorunlu olmayıp teletıp, sağlık turizmi, mobil tıp gibi uzaktan sağlık hizmetleri için de geçerlidir.

Mevzuatımızda, tıbbi uygulamalara yönelik özel bir sözleşme tipi tanımlanmamıştır. Bu sebeple hukuki niteliğinin doktrinde tartışmalı olduğu belirtilmektedir.⁷⁴ Bir tarafta kendine özgü “sui generis” bir sözleşme olarak kabul edenler⁷⁵, diğer tarafta mevzuatta özel olarak düzenlenmiş sözleşmelerden birinin hükümlerine tabi tutanlar⁷⁶ yer almaktadır.⁷⁷

Tıbbi uygulamalarda; bir iş görme borcu üstlenilmekte, hizmet akdinin aksine bir süre için hastanın emri altına girilmemekte, sonuç garantisi bulunmamakta, hekim nispi bağımsızlık çerçevesinde hareket etmekte ve güven ilişkisi temeline dayandığından⁷⁸ hasta ile hekim veya sağlık hizmet sunucusu arasındaki hukuki ilişki, doktrinde⁷⁹ genel olarak vekalet sözleşmesi kapsamında değerlendirilmektedir.

⁷¹ Hakeri (n 2) 704; Gökcan (n 2) 148.

⁷² Seza Reisoğlu, ‘Hekimlerin Hukuki Sorumluluğu’, *Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu Türk Hukukunda Hekimin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu Ankara, 12/13. Mart. 1982* (Fakülteler Matbaası 1983) 3.

⁷³ Hakeri (n 2) 705.

⁷⁴ Köksal Bayraktar, *Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu* (Sermet 1972) 35-36.

⁷⁵ Hayrunnisa Özdemir, *Sağlık Hukuku Alanında Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi* (Yetkin 2017) 51.

⁷⁶ Battal Yılmaz, *Hekimin Hukuki Sorumluluğu* (Adalet 2017) 43; Hakeri (n 2) 793.

⁷⁷ Ayrıntılar için: Mehmet Ayan, *Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk* (Kazancı 1991) 83. Gökcan (n 2) 968-969.

⁷⁸ Filiz Yavuz İpekyüz, *Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi* (Vedat 2006) 69-71.

⁷⁹ Belgesay (n 1) 75-77; Selim Kaneti, ‘Hekimin Hukuksal Sorumluluğunda Kusur ve İspat Yüktü’, *Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu Türk Hukukunda Hekimin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu Ankara, 12/13. Mart. 1982* (1983) 61; Reisoğlu (n 72) 12-13; Çetin Aşçıoğlu, *Doktorların Hukuki ve Cezai Sorumluluğu* (Olgaç 1982) 37; Ayan (n 77) 53-56; Yavuz İpekyüz (n 78) 64; Özdemir (n 75) 93-94; Gökcan (n 2) 977; Yılmaz (n 76) 43; Hakeri (n 2) 794; Ragıp Şengül, *Hasta ile Hekim Arasındaki İlişkinin Hukuki Niteliği ve Hekimin Tazminat Sorumluluğu* (Aristo 2020) 21.

Diğer taraftan sözleşmenin adlandırılmasında da tedavi (hekimlik) sözleşmesi⁸⁰, hekimlik sözleşmesi⁸¹, teşhis ve tedavi sözleşmesi⁸² gibi farklı önerilerin olduğu görülmektedir.

Ancak ne yazık ki bu tartışmalar halen devam etmekle beraber doktrindeki önerilerin de yeterli ve uygun olmadığı düşüncesindeyiz. Günümüzde tıbbi uygulamalar genel olarak, serbest çalışan tek bir hekimin ve üstesinden gelemeyeceği kadar karmaşık ve farklı uzmanlıkları gerektiren teknoloji ve emek yoğunluklu işlemler olduğu kadar estetik müdahaleler, cinsiyet değişikliği, rahim tahliyesi gibi sadece tedavi amacına da yönelmemektedir. Bu sebeplerle hem yıllardan beri doktrinde süre gelen tartışmalara son verilmesi hem de tıbbi ihmal iddialarının önemi gözetilerek, tıbbi uygulamaya konu sözleşmenin mevzuatta özel olarak düzenlenmesi gerekir.

C. Tüketici Hukuku ile İlişkisi

1. Sağlık Hizmetlerinin Niteliği

Doktrinde tıbbi uygulamaların sözleşme niteliği tartışmaları devam ederken AB normlarına uyum sağlamak üzere 2011/83/EU⁸³ Tüketici Hakları Yönergesi doğrultusunda 2014 yılında 6502 s. TKHK yürürlüğe girmiştir.⁸⁴ Kanun koyucu gerekçede açıkça belirtmesine rağmen mehzaz Yönerge'nin tam olarak iç hukuka aktarılması, Türk Hukukunun uyum sağlamaya çalışılan AB hukukundan sapmasına sebep olmaktadır.⁸⁵ Konumuzla ilgili sapma ilk etapta, kapsam kısmında ortaya çıkmaktadır; hem TKHK'da tüketici işlemi kapsamı Yönerge'den daha geniş tutulmuş hem de Yönerge'de kapsam dışı on üç istisna alan belirlenmesine rağmen TKHK'da hiçbir istisna belirlenmemiştir.

Yönerge'nin başlangıç kısmında, sağlık profesyonellerinin sorumluluğunun 2005/36/EC⁸⁶ ile tanımlandığı ve m.3'de ise sağlık hizmetlerinin, hasta haklarına ilişkin 2011/24/EU⁸⁷ ile özel olarak düzenlendiği gerekçe olarak gösterilerek

⁸⁰ ibid 51.

⁸¹ Yavuz İpekyüz (n 78) 16.

⁸² Özdemir (n 75) 51.

⁸³ Council Directive 2011/83/EU 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 Text with EEA relevance [2011] OJ L304/64

⁸⁴ Yakup Gökhan Doğramacı ve Zehra Zerrin Erkol, 'Tıbbi Uygulama Hatası Tazminatında Yeni Dönem: Tüketici Hukuku ve Mahkemeleri' iç Zehra Zerrin Erkol ve Yakup Gökhan Doğramacı (edr), *Adli Tıp Özel* (Türkiye Klinikleri 2019) 118.

⁸⁵ Zeynep Dönmez, '2011/83/EU Sayılı Tüketici Hakları Direktifi ve Bu Direktifin Mesafeli Sözleşmeler Alanında Türk Hukuku'na Yansımaları' (2016) 7 İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 351, 357; Mesut Serdar Çekin, '6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Mesafeli Sözleşmelere Dair Düzenlemelerin AB Hukukuyla Uyumluğu, Uygulamada Yaşanan Bazı Sorunlar ve Çözüm Önerileri' (2018) 13 Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 37, 57.

⁸⁶ Council Directive 2005/36/EC of 7 September 2005 on the recognition of professional qualifications [2005] OJ L255/22

⁸⁷ Council Directive 2011/24/EU of 9 March 2011 on the application of patients' rights in cross-border healthcare [2011] OJ L88/45

sağlık hizmetleri, Tüketici Hakları Yönergesi'nin istisna alanlarından biri olarak düzenlenmiştir.⁸⁸ Ayrıca teletıp ve sağlık turizmi hizmetlerinin yasal çerçevesinin 2011/24 s. Yönerge ile düzenlendiği açıkça belirtilmektedir.⁸⁹ Bu sebeplerle; AB hukukunda teletıp uygulamaları, sağlık hizmeti kapsamında değerlendirilerek sağlık hizmetine ilişkin mevzuat ile düzenlenmektedir.⁹⁰

Ancak bu özel düzenleme ve istisnaya rağmen, TKHK'da tüketici işlemleri kavramı çok genişletilip⁹¹ ve fakat herhangi bir istisnai alan tanımlanmadığından sağlık hizmetleri de tüketici hukuku kapsamına girmiştir.⁹² Halbuki mehz Yönerge'nin de kapsam dışında bıraktığı üzere, sağlık hizmetlerinin niteliği tüketici hukukuna uygun değildir. Doktrinde eleştirildiği üzere, tüketici hukukuna dair diğer düzenlemelerde olduğu gibi⁹³ bu düzenlemede de eksiklik ve özensizlik dikkati çekmektedir. Bu sebeple kanuni düzenleme, AB hukukuna uyum amacıyla yapılsa da sağlık hizmetleri istisna veya özel alan olarak belirlenmediğinden, mehz AB hukukundan sapma gösteren, melez yapısı ile mehz yapıdan çok daha farklı sonuçların ortaya çıkmasına sebep olmaktadır. Türk Hukukunda; teletıp, sağlık turizmi ve diğer uzaktan sağlık hizmetlerinin esasında tüketici hukukuna özgü olan mesafeli sözleşmeler kapsamına dahil olması da bunun sonucudur. Nitekim karşılaştırmalı hukuk kapsamında yaptığımız araştırmada, 2011/83 Yönergesi kapsamında sağlık hizmetlerinde mesafeli sözleşmeler ile ilgili bir çalışma da bulunamamıştır.

Sağlık alanında AB ile uyum sağlanamayıp “sui generis”, melez bir yapı ortaya çıktığından, özellikle uluslararası uygulama alanına sahip teletıp ve sağlık turizmi alanlarında uyumun sağlanamayacağı ve AB hukukundan ayrık, hukukumuzda özgü sorunların ortaya çıkacağı düşüncesindeyiz. Bu sebeple sağlık hizmetlerinin, bir an evvel AB hukukunda olduğu gibi, tüketici hukuku kapsamı dışına çıkarılarak 2011/24 Yönergesi ile uyumlu hale getirilmelidir. Bunun için ilk etapta TKHK'nın kapsam kısmında, mehz 2011/83 Yönergesi'nde olduğu gibi, sağlık hizmetlerinin istisna tutulduğuna dair bir düzenleme yapılmalıdır.

2. Hasta Tüketici Midir?

TKHK hükümlerine göre hastanın özel sağlık hizmet sağlayıcısı ile ilişkisini değerlendirmek gerekir. TKHK m.3/k'ya göre tüketici, ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişi olarak tanımlanmaktadır. Hastanın,

⁸⁸ Doğramacı ve Erkol (n 84) 119.

⁸⁹ European Commission, 'Commission Staff Working Document on the Applicability of the Existing EU Legal Framework to Telemedicine Services' (2012) SWD(2012) 414 final, 7.

⁹⁰ Yılmaz Şenyüz, Topçu ve Şentürk (n 26) 42.

⁹¹ Seda İrem Çakırca, '6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a Göre Mesafeli Sözleşmeler' (2018) 34 Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 99, 102.

⁹² Doğramacı ve Erkol (n 84) 119-120.

⁹³ Yeşim M Atamer, 'TKHK m. 9/a ve Mesafeli Sözleşmelere İlişkin Uygulama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik'in AB Mevzuatı Uyumuna İlişkin Görüş ve Değişiklik Önerileri' (2005) 23 Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 177, 196-197.

ticari veya mesleki amaçla hareket etmeyip salt kendi sağlığı için hareket ettiği kabul edildiğinden bu kriter karşılanmaktadır. TKHK m.3/d'ye göre hizmet, bir ücret veya menfaat karşılığında yapılan ya da yapılması taahhüt edilen mal sağlama dışındaki her türlü tüketici işleminin konusunu oluşturduğundan, salt mal sağlama amacı taşımayan tıbbi uygulamalar, hizmet faaliyeti olarak tanımlanmaktadır. TKHK m.3/1'de tüketici işlemi; ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden kişiler ile tüketiciler arasında kurulan, eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekalet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dahil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlem olarak tanımlanmaktadır.

TKHK'daki tanımlamalar doğrultusunda, hasta hukuki açıdan tüketici olarak kabul edilmektedir.⁹⁴ Bu kabule rağmen, beden ve ruh bütünlüğünü korumaya yönelik temel insan haklarının, sağlık hukuku alanına yansımaları olarak kabul edilen hasta haklarının, tüketici hukukuna indirgenmeye çalışılması uygun değildir. Ayrıca tüketici hukukundaki seçimsel hakların insan doğasına uygun olmadığı,⁹⁵ sağlık hizmetlerinin kamusal niteliğinin pazar ekonomisine dayalı tüketici hukukuna uygun olmadığı,⁹⁶ hekim hasta arasındaki ilişkiyi doğrudan etkileyen dini inançlar, hastanın bedeninden kaynaklanan farklılıklar gibi önemli etkilere tüketici hukukunda karşılık bulabilmenin neredeyse imkânsız olması⁹⁷ gibi sebeplerle hastanın tüketici olarak kabulü uygun görünmemektedir.⁹⁸

Ortaya çıkabilecek diğer bir sorun ise hastanın tüketici olarak kabulü halinde özellikle sınır ötesi, uluslararası teletıp, sağlık turizmi gibi uzaktan sağlık hizmetlerinde ortaya çıkacak yargı sorunlarıdır. Milletlerarası özel hukuk uyuşmazlıklarında, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun⁹⁹ (MÖHUK) hükümleri uygulanmaktadır. Burada ilk karşımıza çıkan sorun vasıflandırma sorunudur. Hâkimin, uygulanacak hukuku belirlemek için öncelikle sözleşmenin niteliğini belirlemesi, vasıflandırması gerekir. Tıbbi uygulamalar genel olarak iş görme

⁹⁴ Hasan Petek, 'Tıbbi Müdahalelerden Kaynaklanan Uyuşmazlıklarda Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Uygulanması' (2013) 15 DEÜHFD 969, 977; Seda Özmumcu, '6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Hükümleri ve Yargıtay Kararları Çerçevesinde Tüketici Mahkemelerinin Görev Alanına Giren Uyuşmazlıklara Genel Bir Bakış' (2015) 16 DEÜHFD 831, 860; Şebnem Akipek Öcal, 'Hasta ve Hekim Arasında Kurulan Sözleşmeler Bakımından Tüketicinin Korunması' iç Hakan Tokbaş ve Fehmi Üçışık (edr), 4. *Tüketici Hukuku Kongresi 20-21-22 Kasım 2014 Sektörel Bazda Tüketici Hukuku ve Uygulamaları* (Bilge 2015), 298-299; İsa Yardım, *Tüketici Olarak Hasta Hakları* (Adalet 2016) 148; Doğramacı ve Erkol (n 84) 119.

⁹⁵ Çelik Ahmet Çelik, 'Can Zararları Tüketici Yasası'nın Konusu Değildir' iç Hakan Tokbaş ve Fehim Üçışık (edr), 4. *Tüketici Hukuku Kongresi 20-21-22 Kasım 2014 Sektörel Bazda Tüketici Hukuku ve Uygulamaları* (Bilge 2015) 309-310; Akipek Öcal (n 94) 299.

⁹⁶ Çelik (n 95) 313.

⁹⁷ Ahmet Nezih Kök, 'Hekim - Hasta İlişkisi Tüketici Hukuku Anlayışı İle Bağdaşır mı?' (2015) 5 Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi 605, 613.

⁹⁸ Doğramacı ve Erkol (n 84) 119-120.

⁹⁹ Kanun Numarası: 5718, Kabul Tarihi: 27.11.2007, RG 12.12.2007/26728

sözleşmeleri kapsamında vasıflandırılırken MÖHUK m.24¹⁰⁰ (sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde uygulanacak hukuk) hükümleri doğrultusunda uygulanacak hukuk belirlenecektir. Bu bağlamda; varsa tarafların seçtikleri hukuk, yoksa sözleşme ile en sıkı ilişkili hukuk uygulanır. En sıkı ilişkili hukukun, genel olarak, karakteristik edim yükümlüsünün mutad meskeni veya işyeri/yerleşim yeri hukuku olarak kabul edileceği düzenlenmektedir. Bu sebeple aksi kararlaştırılmadıkça, tıbbi uygulamalarda karakteristik edim yükümlüsü olan sağlık hizmet sunucunun iş yeri hukuku uygulanır. Ancak TKHK sonrasında hastanın tüketici statüsünde olduğu kabul edildiğinden uygulanacak hukuk artık MÖHUK m.26 (tüketici sözleşmeleri)¹⁰¹ doğrultusunda belirlenecektir ve aksi kararlaştırılmadıkça tüketicinin mutad meskeni hukuku uygulanır.¹⁰² Sağlık hizmetlerinde, MÖHUK m.26 tüketici sözleşmeleri hükümlerinin uygulanması uluslararası hastanın lehine bir durum olabilese de milletlerarası özel hukuk alanında içtihat farklılıkları yaratacağı ve ülkemiz sağlık hizmet sağlayıcılarını, yargılama açısından diğer AB ülkelerine göre daha dezavantajlı duruma düşüreceği ortadadır. Ancak taraflar arasında, ticari ve mesleki amaçla hareket eden sağlık hizmet sağlayıcısına karşı sağlık ihtiyacı doğrultusunda hareket eden tüketici statüsündeki hastanın korunması amaçlanmalıdır.

Hastanın, tüketici olmasını uygun bulmamakla beraber, genel olarak tüketici statüsünde olduğu kabul edildiğinde; teletıp, sağlık turizmi ve diğer uzaktan sağlık hizmetleri, TKHK’da özel olarak düzenlenen bir tüketici sözleşmesi olan, mesafeli sözleşmeler kapsamına girmektedir. Aralarında mesafe bulunan hasta ile teletıp ve uzaktan sağlık hizmeti sunan özel sağlık hizmet sağlayıcısı arasındaki sözleşme

¹⁰⁰ “Sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde uygulanacak hukuk MADDE 24 – (1) Sözleşmeden doğan borç ilişkileri tarafların açık olarak seçtikleri hukuka tâbidir. Sözleşme hükümlerinden veya hâlin şartlarından tereddüde yer vermeyecek biçimde anlaşılabilen hukuk seçimi de geçerlidir.

(2) Taraflar, seçilen hukukun sözleşmenin tamamına veya bir kısmına uygulanacağını kararlaştırabilirler.

(3) Hukuk seçimi taraflarca her zaman yapılabılır veya değiştirilebilir. Sözleşmenin kurulmasından sonraki hukuk seçimi, üçüncü kişilerin hakları saklı kalmak kaydıyla, geriye etkili olarak geçerlidir.

(4) Tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları hâlinde sözleşmeden doğan ilişkiye, o sözleşmeyle en sıkı ilişkili olan hukuk uygulanır. Bu hukuk, karakteristik edim borçlusunun, sözleşmenin kuruluşu sırasındaki mutad meskeni hukuku, ticari veya mesleki faaliyetler gereği kurulan sözleşmelerde karakteristik edim borçlusunun işyeri, bulunmadığı takdirde yerleşim yeri hukuku, karakteristik edim borçlusunun birden çok işyeri varsa söz konusu sözleşmeyle en sıkı ilişki içinde bulunan işyeri hukuku olarak kabul edilir. Ancak hâlin bütün şartlarına göre sözleşmeyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması hâlinde sözleşme, bu hukuka tâbi olur.”

¹⁰¹ “Tüketici sözleşmeleri

MADDE 26 – (1) Mesleki veya ticari olmayan amaçla mal veya hizmet ya da kredi sağlanmasına yönelik tüketici sözleşmeleri, tüketicinin mutad meskeni hukukunun emredici hükümleri uyarınca sahip olacağı asgari koruma saklı kalmak kaydıyla, tarafların seçtikleri hukuka tâbidir.

(2) Tarafların hukuk seçimi yapmamış olması hâlinde, tüketicinin mutad meskeni hukuku uygulanır. Tüketicinin mutad meskeni hukukunun uygulanabilmesi için;

a) Sözleşme, tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu ülkede, ona gönderilen özel bir davet üzerine veya ilân sonucunda kurulmuş ve sözleşmenin kurulması için tüketici tarafından yapılması gerekli hukuki fiiller bu ülkede yapılmış veya

b) Diğer taraf veya onun temsilcisi, tüketicinin siparişini bu ülkede almış veya

c) İlişkinin bir satım sözleşmesi olması hâlinde, satıcı tüketiciyi satın almaya ikna etmek amacıyla bir gezi düzenlemiş ve tüketici de bu gezi ile bulunduğu ülkeden başka ülkeye gidip siparişini orada vermiş, olmalıdır.

(3) İkinci fıkradaki şartlar altında yapılan tüketici sözleşmelerinin şekline, tüketicinin mutad meskeni hukuku uygulanır.

(4) Bu madde, paket turlar hariç, taşıma sözleşmeleri ve tüketiciye hizmetin onun mutad meskeninin bulunduğu ülkeden başka bir ülkede sağlanması zorunlu olan sözleşmelere uygulanmaz.”

¹⁰² Ayfer Uyanık, ‘Sağlık Turizmi Hukuku’ [2015] SD Dergisi 88; Mustafa Topaloğlu, ‘Mesafeli Sözleşmeler’ (2016) 2 Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 13, 17; Hakeri (n 2) 710.

ilişkinin, TKHK m.48 “Mesafeli sözleşmeler” kapsamında değerlendirilmesi gerekir.

III. Mesafeli Sözleşmeler

A. Genel Olarak Mesafeli Sözleşmeler

Hastanın tüketici olarak kabulüyle birlikte tıp hukukunda yeni bir döneme girilmiştir. Hekim hasta ilişkisinin hukuki niteliğinin halen tartışıldığı, hasta hakları farkındalığının yeni geliştiği bir dönemde hastanın tüketici olarak kabulü birçok yeniliği ve farklı kavramı beraberinde getirmiş, bu bağlamda mesafeli sözleşmeler, hukuk dünyasında tartışılmamış ve daha önce uygulaması olmayan yeni bir kapı aralamaktadır.

Mesafeli Sözleşmeler, 2014 yılında, TKHK Beşinci Bölümde “Diğer Tüketici Sözleşmeleri” başlığı altında m.48 ile düzenlenmektedir.¹⁰³ TKHK’da mesafeli sözleşmeler konusundaki en önemli düzenlemelerden biri de sağlayıcının uzaktan pazarlamaya yönelik bir sistem veya organizasyon kurması gerektiğidir.¹⁰⁴ TKHK ile “Mesafeli Sözleşmelere Dair Yönetmelik” yürürlükten kaldırılarak “Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği” (MSY) 2014 yılında yürürlüğe girmiştir.¹⁰⁵ Ancak TKHK gibi mesafeli sözleşmeler ile ilgili düzenlemeler de birçok noktada AB hukuku ile uyumlu değildir.¹⁰⁶

1. Mesafeli Sözleşmelerin Amacı

Günümüzde satış ve pazarlama tekniklerinin gelişimi ile kullanılan yöntemlerin çeşitliliği, geçmişte hayal bile edilemeyecek düzeye gelmiştir. Teknoloji ve bilimin gelişimiyle satıcı ve sağlayıcılar, hedef kitle olan tüketicilere yönelik satış için her türlü teknik ve psikolojik imkanlardan yararlanmaya başlamışlardır

¹⁰³ “(1) Mesafeli sözleşme, 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. (2) Tüketici, mesafeli sözleşmeyi ya da buna karşılık gelen herhangi bir teklifi kabul etmeden önce ayrıntıları yönetmelikte belirlenen hususlarda ve siparişi onaylandığı takdirde ödeme yükümlülüğü altına gireceği konusunda açık ve anlaşılır şekilde satıcı veya sağlayıcı tarafından bilgilendirilir. Tüketicinin bilgilendirildiğine ilişkin ispat yükü satıcı veya sağlayıcıya aittir.

(3) Satıcı veya sağlayıcı, tüketicinin siparişinin kendisine ulaştığı andan itibaren taahhüt edilen süre içinde edimini yerine getirir. Mal satışlarında bu süre her hâlikârda otuz günü geçemez. Satıcı veya sağlayıcının bu süre içinde edimini yerine getirmemesi durumunda tüketici sözleşmeyi feshedebilir.

(4) Tüketici, on dört gün içinde herhangi bir gerekçe göstermeksizin ve cezai şart ödemeksizin sözleşmeden cayma hakkına sahiptir. Cayma hakkının kullanıldığına dair bildirim bu süre içinde satıcı veya sağlayıcıya yöneltilmiş olması yeterlidir. Satıcı veya sağlayıcı, cayma hakkı konusunda tüketicinin bilgilendirildiğini ispat etmekle yükümlüdür. Tüketici, cayma hakkı konusunda gerektiği şekilde bilgilendirilmezse, cayma hakkını kullanmak için on dört günlük süreyle bağlı değildir. Her hâlikârda bu süre cayma süresinin bittiği tarihten itibaren bir yıl sonra sona erer. Tüketici, cayma hakkı süresi içinde malın mutak kullanımı sebebiyle meydana gelen değişiklik ve bozulmalardan sorumlu değildir.”

¹⁰⁴ Çağlar Özel, *Tüketicinin Korunması Hukuku* (3. Bası, Seçkin 2016) 234; Zevkililer ve Özel (n 12) 322.

¹⁰⁵ RG 27.11.2014/29188

¹⁰⁶ Dişad Kuşnoğlu ve Nilhan Kalkan, ‘Mesafeli Sözleşmeler’ (2016) 90 İstanbul Barosu Dergisi 269, 270; Çekin (n 77) 56.

ve böylece mal ve hizmetlere ulaşım kolaylığı saylayacak yeni yollar da ortaya çıkmıştır.¹⁰⁷ Hem geleneksel hem BİT araçlarıyla, her türlü satış ve pazarlama teknikleri ile kurulan sözleşmeler mesafeli sözleşme olarak değerlendirilmektedir. Bu bağlamda özellikle elektronik ortam, ürünün pazarlandığı web sitesi üzerinden sipariş verme, satıcı/sağlayıcılar tarafından daha önce gönderilmiş e-posta ya da mesajlara cevap ile sipariş verme, internet üzerinden bir siteye giriş yapıldığında, kullanıcının bilgisayar ekranında çıkan reklam ve tanıtım sayfalarına tıklanmasıyla açılan siteler aracılığıyla yapılan sözleşmeler de mesafeli sözleşme kapsamında değerlendirilmektedir.¹⁰⁸

Bu satış yöntemi tüketiciye rahatlık ve yeterince düşünme olanağı gibi bazı avantajlar sağlasa da tüketici açısından bazı riskler de içermektedir. Mesafeli sözleşmelerde taraflar fiziksel olarak karşılaşmamaktadır. Bu sebeple genelde çok düşünülmeden, sözleşme ve edime ilişkin ayrıntılar hakkında yeterli bilgi sahibi olmadan, benzer mal ve hizmete ilişkin sözleşme koşulları ile karşılaştırma yapmadan sözleşme akdedilmektedir.¹⁰⁹ Diğer taraftan bazı tüketiciler de BİT araçları kullanarak sözleşme yapmaya çekinmekte ve bu durum özellikle elektronik ticaretin gelişimine engel olduğundan, tüketicilerin sözleşmeyi kurmaya yönelik iradelerinin sağlıklı olarak oluşmasını sağlama ve ticareti geliştirmek amacıyla mesafeli sözleşmeler ile tüketiciyi koruyan özel hükümler düzenlenmiştir.¹¹⁰

Her ne kadar tıbbi uygulamaların konusunun doğrudan insan ruh ve beden bütünlüğü olduğu ve bu uygulamalar için bireyin sağlayıcı ile fiziksel olarak bir araya gelmeden ve yeterince araştırma yapmadan BİT ile hizmet almayacağı düşünülebilse de COVID-19 salgını karşısında ülkemizde teletıp uygulamaları artmış ve hastalar teletıp ile hizmet almaya başlamıştır. Bu sebeple ülkemizde henüz, yeni yeni gelişmekte olan ve mesafeli sözleşmeler kapsamına dahil olan teletıp uygulamalarında da hastaların korunması gerekir.

2. Mesafeli Sözleşmelerin Tanımı ve Hukuki Niteliği

En genel anlamı ile mesafeli sözleşmeler, sağlayıcı (satıcı) ve tüketicinin, sözleşmenin kurulması anında karşı karşıya gelmedikleri tüm sözleşmelerdir.¹¹¹ Mesafeli sözleşmeler, mesafeli yoldan kurulan bütün borçlandırıcı işlemleri kapsayan bir üst kavramdır.¹¹² Mektup ile katalogdan ayakkabı satın almaktan

¹⁰⁷ Ahmet Karakocalı ve Ali Suphi Kurşun, *Tüketici Hukuku* (Aristo 2015) 153.

¹⁰⁸ Övgü Sıla Kayam, 'Finansal Hizmetlere İlişkin Mesafeli Sözleşmeler' (Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi 2018) 5-6.

¹⁰⁹ İ Yılmaz Aslan, *Tüketici Hukuku Dersleri* (6. Bası, Ekin 2016) 270.

¹¹⁰ Kayam (n 108) 6.

¹¹¹ Şebnem Akipek, 'Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması Hakkında Avrupa Birliği Direktifi ve Türkiye'nin Durumu' (2002) 21 Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 45, 48.

¹¹² Mehmet Demir, 'Mesafeli Sözleşmelerle İlgili AB Yönergesine Göre Tüketicinin Geri Alma Hakkı' (2003) 7 Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi.

teletıp hizmetlerine, telefon (uygulaması) ile tost sipariş etmekten sağlık turizmine kadar oldukça geniş ve birçok sözleşme tipini kapsayan çatı nitelikli sözleşmelerdir. Mesafeli sözleşmeler, fiziksel olarak bir araya gelmeyen kişiler arasında uzaktan iletişim araçları kullanılarak, mal veya hizmet sunan ile tüketici arasında, sözleşmenin kurulduğu ana kadar ve kurulduğu anı da kapsar niteliktedir.

Esasında mesafeli sözleşmeler, bir sözleşme tipi değil sözleşmenin kurulma şekli¹¹³ ve taahhüt işlemidir¹¹⁴. Mesafeli sözleşmelerin kanuni tanımına uyan ve unsurlarını taşıyan her türlü hukuki işlem, kural olarak mesafeli sözleşme olarak nitelendirilmektedir.¹¹⁵ Dolayısıyla sözleşmeler, mesafeli sözleşmelere ilişkin tüm unsurları taşımaları halinde mesafeli sözleşme kapsamına dahil olarak, kendilerine özgü hukuki niteliklerinin yanı sıra mesafeli sözleşme niteliğini de taşıyacaklardır.¹¹⁶

Mesafeli sözleşmelerin üst sözleşme yapısı nedeniyle, mesafeli sözleşme ile kurulan esas sözleşme tipinin belirlenmesi gerekir. Sağlık hizmet sağlayıcısı ve hasta arasındaki ilişki, yukarıda açıkladığımız üzere genel olarak vekalet sözleşmesi hükümlerine göre değerlendirildiğinden mesafeli sözleşme kapsamındaki teletıp hizmetleri de kanımızca genel olarak, vekalet sözleşmesi çerçevesinde değerlendirilmelidir. Bu sebeple teletıp uygulamalarında, özel (lex specialis) ve yeni (lex posterior) nitelikteki mesafeli sözleşmeler hükümleri ile uygun olduğu ölçüde vekalet sözleşmesi hükümleri birlikte uygulanmalıdır.

Mesafeli sözleşmelerin zamanaşımı da esas sözleşmeye göre belirlenecektir.¹¹⁷

B. Mesafeli Sözleşmelerin Unsurları

Sosyal medyada gerçekleştirdiği estetik burun ameliyatlarının tanıtımını yapan estetik cerrahla Almanya'da bulunan hastanın elektronik posta ile iletişime geçmeleri ve yapılacak tıbbi uygulamanın niteliği, ücret gibi hususlarda birbirine uygun irade beyanı üzerine hastanın ülkemize gelmesi halinde, teletıp hizmeti doğrultusunda mesafeli sözleşme kurulmuş ve sağlık turizmi açısından da sonuç doğurmaya başlamıştır. Bu örnekte de olduğu üzere, teletıp ve sağlık turizmi hizmetlerinin mesafeli sözleşmeler kapsamında olup olmadığını değerlendirmek için mesafeli sözleşmelerin unsurları incelemek gerekir.

¹¹³ Cihan Avcı Braun, 'Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Mesafeli Sözleşmeler' (2016) 12 Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 17, 22; Karakoculu ve Kurşun (n 107) 153; Çakırca (n 91) 107.

¹¹⁴ Yekta Ongun Özkan, 'Mesafeli Sözleşmeler' (Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi 2019) 9.

¹¹⁵ ibid 10.

¹¹⁶ Demir (n 112).

¹¹⁷ Çakırca (n 91) 142.

1. Tüketici İlişkisi

Öncelikle bir sözleşmenin mesafeli sözleşme olarak kabul edilebilmesi için tarafların birinin sağlayıcı (satıcı) diğerinin ise tüketici olması gerekir.¹¹⁸ Yukarıda bahsettiğimiz üzere tüketici hukukumuzda göre; hastaya yönelik sağlık hizmeti sunan özel kuruluşlar sağlayıcı olarak kabul edilirken bu özel sağlık kuruluşlarından hizmet alan hasta ise tüketici olarak kabul edilmektedir.

2. Hizmet Edimi

Mesafeli sözleşmelerde sözleşme edimi konusunun hizmet ifası olması gerekmektedir. Hizmet ifası ile kastedilen, satın sözleşmeleri dışında kalan iş görme sözleşmeleridir.¹¹⁹ Yani sağlayıcı, tüketicinin bedel ödeme yükümlülüğünü yerine getirmesi karşılığında, sözleşme konusu hizmetin sunumunu sağlamaktadır. Hizmetin, ücret, menfaat veya karşılığının taahhüt edilmesi durumunda gerçekleştirilmesi gerekir. Bu sebeple hatır veya ücretsiz işler bu kapsamda değerlendirilmemektedir.¹²⁰ Diğer taraftan hizmet edimleri vekalet, eser gibi tipik iş görme sözleşmeleri olabileceği gibi danışmanlık gibi atipik sözleşmeler de olabilir.¹²¹

Örneğin; hastanın, bir hekime internet sitesi veya başka bir uzaktan iletişim aracı ile başvurusu ile kurulan teşhis ve tedavi sözleşmesi de mesafeli sözleşmeler ile borçlanılan hizmet sağlama edimidir.¹²² Hastanın bir hastanenin çağrı merkezinin sağlık taraması teklifini kabul etmesi ile kurulan mesafeli sözleşmede, sağlık taraması hastanede gerçekleşeceğinden ifa yerli sağlayıcı olan hastanedir.¹²³

Sağlık hizmeti sunumu da bir hizmet edimidir ve genel olarak ücrete tabidir. Ücretin mesafeli sözleşmenin kuruluş aşamasında belirlenmiş olması gerekmez de en azından ücret ödeme taahhüdü zorunludur. Uzaktan iletişim araçları ile sözleşme kurulduktan sonra ücret netleştirilebilir. Ayrıca hizmetin hemen ifa edilmesi gerekmiyebilir belirli bir süre belirlenebilir. Örneğin safra kesesi veya mide küçültmesi ameliyatı olmak isteyen hasta ile cerrah, BİT aracılığıyla tıbbi veri paylaşımı yaptıktan yani teletip uygulamasından sonra yapılacak ameliyat ve ücret aralığı konusunda anlaşılabilir. Bu anlaşma sonucunda ücretin kesinleşmemiş olması ve hizmetin hemen ifa edilmeyecek olması mesafeli sözleşmenin kurulmuş olmasına engel değildir.

¹¹⁸ Emel Döner, 'Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda İnternet Üzerinden Akdedilen Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması' (Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi 2019) 9.

¹¹⁹ Ece Baş Süzel, 'Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Sözleşmenin Kurulmasından Sonra Korunması: Cayma Hakkı' (2018) 13 Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 257, 263.

¹²⁰ Yıldırım (n 2) 82; Avcı Braun (n 113) 26.

¹²¹ Mehmet Demir, *Mesafeli Sözleşmelerin İnternet Üzerinden Kurulması* (Turhan 2004) 24; Döner (n 118) 14.

¹²² Betül Tançağı Çetin, '6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 48. Maddesi Kapsamında Mesafeli Sözleşmelerde İfa' (Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi 2019) 19.

¹²³ ibid 65-66.

Doktrinde teletıp ile hekimlik sözleşmesi ifasına dair şöyle bir sorun ileri sürülmüştür. Hastaya çağrı merkezi üzerinden hekim randevusu verilmesi halinde, hekim hastayı tedavi etmeyi derhal reddetmediğinde, sözleşme kurulmuş kabul edilir mi?¹²⁴

Hekim adına randevu verilse de bizzat ifa yükümlüsü olan hekimin TBK m.503 “Kendisine bir işin görülmesi önerilen kişi, bu işi görme konusunda resmî sıfata sahipse veya işin yapılması mesleğinin gereği ise ya da bu gibi işleri kabul edeceğini duyurmuşsa, bu öneri onun tarafından hemen reddedilmedikçe, vekâlet sözleşmesi kurulmuş sayılır” ve TDN m.18 “Tabip ve dış tabibi, acil yardım, resmi veya insani vazifenin ifası halleri hariç olmak üzere, mesleki veya şahsi sebeplerle hastaya bakmayı reddedebilir” hükümleri doğrultusunda hastayı reddetmesi durumunda sözleşmenin kurulduğunu kabul etmenin sözleşmenin ruhuna uygun düşmeyeceği ve sözleşmenin kurulması için iradelerin açıklanması gerektiği savunulmuştur.¹²⁵ Benzer bir görüş ise sadece randevu almanın sözleşmesinin kurulması için yeterli olmayacağıdır.¹²⁶

Kanımızca burada ikili bir ayırım yapmak gerekir. Randevu, doğrudan hekimi temsil eden örneğin serbest çalışan bir hekimin sekreteri ile veya hekimlik sözleşmesi ilaveli tam hastaneye kabul sözleşmesi¹²⁷ için mi yoksa belirli bir hekimi işaret etmeyen, örneğin hekimlik sözleşmesi ilavesiz sadece hastaneye kabul sözleşmesi için mi kurulmaktadır? Eğer ilk olasılık söz konusu ise yani randevu sistemi sadece belirli bir hekimi ifade ediyorsa hekim, ret hakkı kapsamında henüz kendi iradesini ortaya koymadığından, hasta ile hekim arasında sözleşme kurulmadığını kabul etmek gerekir. Ayrıca, hekimin ret hakkı ile TKHK m.6/2 “Hizmet sağlamaktan haklı bir sebep olmaksızın kaçınılamaz” hükmü ile düzenlenen, hizmetten haklı sebeple kaçınma gündeme gelecektir. Ancak ikinci olasılık yani belirli bir hekimi işaret etmeyen, hekimlik ilavesiz hastaneye kabul sözleşmesi açısından, hastane ile hasta arasında sözleşme kurulmuştur.¹²⁸ Hastane yönetimi hastayı ilgili branştaki diğer hekime yönlendirmelidir. Ancak diğer hekim de reddederse/yoksa veya hastane tam olarak doluyorsa, TKHK m.6/2 ile düzenlenen hizmetten kaçınmada haklı sebep¹²⁹ ile birlikte MSY m.16/4 doğrultusunda sağlayıcının, hizmet ediminin imkansızlığı gerekçesiyle, durumu üç gün içerisinde hastaya bildirmesi gerekir.

¹²⁴ ibid 20.

¹²⁵ Aslan (n 109) 278; Tançağı Çetin (n 122) 20.

¹²⁶ Avcı Braun (n 113) 30.

¹²⁷ Hastaneye kabul sözleşmeleri için: Gültezer Hatırmaz Erol, *Özel Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu ve Hasta Hakları* (5. Bası, Seçkin 2015) 103 ff.

¹²⁸ Ancak hekim, hastane ile hasta arasında kurulan bu sözleşme ile doğrudan bağlı değildir. Bu durumda hastane ile hekim arasındaki ilişki, değerlendirilmeye açık ancak çalışmamız dışında farklı bir konudur.

¹²⁹ Kayam (n 108) 60.

3. Mesafe

Sözleşmenin kurulduğu ana kadar ve kurulduğu an da dahil olmak üzere sözleşme taraflarının fiziksel olarak bir arada bulunmaması gerekir. Sözleşmenin hazırlar arasında olup olmaması mesafeli sözleşmeler açısından önemli değildir.¹³⁰ Mesafe unsurunun niceliği önem taşımamakta, kurulduğu ana kadar ve kurulduğu an, tarafların fiziksel varlıklarının bir arada olmaması yeterlidir.¹³¹

Burada dikkat edilmesi gereken hususlardan biri de sözleşmenin ilk defa kuruluyor olması gerektiridir. Yani daha önce kurulan ve devam eden bir sözleşme ilişkisi varsa, yeni bir sözleşmenin mesafeli kurulumundan söz edilemeyecektir. Örneğin hasta ve sağlık sağlayıcı arasında kurulmuş ve devam eden bir sözleşme varsa ve hastanın sözleşmenin devamı niteliğinde, kontrol amaçlı teletıp uygulamasına başvurması mesafeli sözleşme kapsamında değerlendirilmemelidir. Hekim ile hasta arasında ilk görüşme üzerinden altı ay geçmişse veya yeni bir sağlık sorunu hakkında görüşülüyorsa¹³² devam eden bir sözleşmenin olmadığı kabul edilebilir.

Doktrinde tartışılan diğer bir husus ise; sağlayıcının işyerinde, sözleşme konusunun tüketici tarafından önceden görülmesi veya sözleşme konusuna ilişkin anılan işyerinde bilgi edinilmesi sonrasında kurulan bir sözleşmenin mesafeli sözleşme olup olmadığıdır. Yürürlükte olan 2011/83/EU AB Yönergesi'nin mülahazalar kısmının 20. bendinde, mesafeli sözleşmeler kavramının; tüketicinin işyerine, hizmetlere ilişkin bilgi almak amaçlı ziyareti sonrasında, sözleşme görüşmelerinin ve sözleşmenin kurulmasının mesafeli gerçekleştirilmesi durumlarını da kapsadığı belirtilmektedir.

Benzer şekilde, hizmet sağlayıcının tüzel kişi olması halinde fiziksel varlığından bahsedilemeyecektir. Örneğin hastanenin bekleme salonundaki hastanın telefonuyla, hastanenin teletıp hizmetinden faydalanması halinde mesafeli sözleşmenin kurulduğu kabul edilmelidir. Çünkü arada fiziki mesafe bulunmasa da ne hasta, hastane içinde fiziksel olarak hizmet sağlayan bir kişi veya birimle değil, hastane tüzel kişiliği yapısındaki uzaktan hizmet sağlayan sistem ile iletişime geçmekte ve sözleşmeyi tüzel kişiyle kurmaktadır. Bu haliyle, hastanın, hastane içerisinden veya hastane dışında örneğin evinden bu şekilde hizmet alması arasında bir fark bulunmamaktadır.

4. Sürekli Sistem

Sağlayıcının, uzaktan hizmet pazarlama sistemine sahip olması ve bu sistemin süreklilik sağlaması gerekmektedir. Sistemin sadece sözleşme süreçlerinde bulunması

¹³⁰ Ümit Gezder, 'Mesafeli Sözleşmeler' iç M Murat İnceoğlu (ed), *Yeni Tüketici Hukuku Konferansı* (XII Levha 2015) 29.

¹³¹ Demir, *Mesafeli Sözleşmelerin İnternet Üzerinden Kurulması* (n 121) 16; Yıldırım (n 2) 57.

¹³² Board of Governors Medical Council of India, 'Telemedicine Practice Guidelines Enabling Registered Medical Practitioners to Provide Healthcare Using Telemedicine' (2020) 19 <https://www.mohfw.gov.in/pdf/Telemedicine.pdf> Erişim Tarihi 12 Haziran 2020

yeterli olup ifa sürecinde olması gerekmez.¹³³ Sağlayıcının hizmeti düzenli ve sistemli bir şekilde sağlaması, bu hizmeti sadece BİT araçları ile gerçekleştirme zorunluluğuna sebep olmaz. Sağlayıcı hem mesafeli olarak hem de işyerinde hizmet sunabilir.¹³⁴

Örneğin bir hekimin telefonla teletıp hizmeti sağladığını belirtmesi üzerine hasta, telefon üzerinden hizmet talebinde bulunduysa mesafeli sözleşme kurulmuştur. Ancak hekimin böyle bir hizmeti olmamasına rağmen hasta, telefonda böyle bir talepte bulunduysa mesafeli sözleşmeden bahsedilemeyecektir.¹³⁵ İş yeri dışında yapılan sözleşmelerde fiziksel bir karşılaşma varken mesafeli sözleşmede taraflar hiç karşılaşmamaktadır.¹³⁶ Kurulan sistem ile tüketicinin gelmesini beklememek için mal ve hizmetin ulaştırılması sağlanmaktadır. Böylece tüketici, bulunduğu yerden hizmeti alabilecek olsa da hizmeti görme ve değerlendirme imkânı bulunmadığından tüketicinin korunması için bu unsur aranmaktadır.¹³⁷ Halbuki hasta, hastaneye gitse bile sistem ile verilen tıbbi hizmeti görebilmesi veya teknik açıdan değerlendirebilmesi mümkün değildir. Bu unsur açısından bakıldığında da tıbbi uygulamalar mesafeli sözleşmelerin amacına uygun düşmemektedir.

5. İletişim Aracı

Tüketici ile sağlayıcı arasındaki sözleşmenin mesafeli sözleşme kapsamına dahil edilebilmesi için sözleşmenin kurulma süreci ve karar alma aşaması dahil, taraflar bir araya gelmeden mutlaka bir ya da daha fazla uzaktan iletişim aracı kullanmalıdır.¹³⁸ Bu sebeple sözleşme kurulma anına kadar uzaktan iletişim aracı dışında bir yol kullanılmışsa örneğin hizmetin tanıtımı iş yeri dışında satış yoluyla yapıldıysa, artık sözleşme mesafeli olarak kabul edilmeyecektir.¹³⁹ Ancak bu aşamaları karar verme ve pazarlık aşaması ile sınırlı tutmak gerekir. Aksi halde, örneğin internet sitesi üzerinden de satış yapan bir mağazada telefon beğenerek telefonun özellikleri hakkında bilgi alan tüketicinin daha sonra o mağazanın internet sitesinden aynı model telefonu alması halinde, kanunun amacına aykırı olarak mesafeli sözleşme kapsamında değerlendirilemeyecek¹⁴⁰ olsa da ispat sorunları yaşanacaktır. Hastanın da sağlık hizmet sağlayıcısını mesafeli sözleşme kuruluşu öncesinde gidip görmesi ve kendisine teletıp hizmetleri tanıtımı yapılmasına rağmen sözleşme kurma iradesini ortaya koymadıysa ve sonra telefonla arayarak hizmet aldıysa mesafeli sözleşme hükümleri uygulanabilecektir.

¹³³ Özkan (n 114) 73.

¹³⁴ Demir, *Mesafeli Sözleşmelerin İnternet Üzerinden Kurulması* (n 121) 26; Karakocalı ve Kurşun (n 96) 157.

¹³⁵ Market ve mahalle sakini arasında verilen örnekten uyarlanmıştır. Karakocalı ve Kurşun (n 96) 157.

¹³⁶ Aslan (n 109) 270.

¹³⁷ Karakocalı ve Kurşun (n 96) 158.

¹³⁸ ibid 156; Gezder (n 130) 338-339; Çakırca (n 91) 109.

¹³⁹ Karakocalı ve Kurşun (n 96) 157.

¹⁴⁰ Özge Uzun Kazmacı, 'İnternet Ortamında Kurulan Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması' (2016) 22 Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 2791, 2795.

Uzaktan iletişim araçları MSY m.4/h'de; “*mektup, katalog, telefon, faks, radyo, televizyon, elektronik posta mesajı, kısa mesaj, internet gibi fiziksel olarak karşı karşıya gelinmeksizin sözleşme kurulmasına imkân veren her türlü araç veya ortam*” olarak tanımlanmıştır. Yukarıda da bahsedildiği üzere uzaktan iletişim araçları, BİT'i de kapsayan geniş bir tanımdır.

Teletıp ve uzaktan sağlık hizmetleri için kullanılacak sistem ve iletişim aracının ayrıca Kişisel Verilerin Korunması Kanunu¹⁴¹ (KVKK) ve Kişisel Sağlık Verileri Hakkında Yönetmelik¹⁴² (KSVHKY) hükümlerine de uygun olması gerekir. Bu sebeple teletıp uygulamalarında KSVHKY ile düzenlenen, Sağlık Bakanlığı'na ait e-Devlet ile uyumlu e-Nabız sisteminin kullanılması hem veri güvenliği hem de sağlık sistemine özgü teknolojik altyapısı nedeniyle uygun görünmektedir.

6. Mesafeli Sözleşmelerin İstisna Alanları

Mesafeli sözleşmelerin kapsam dışında tutulduğu alanlar MSY m.2/2'de sayılmaktadır. Bu istisna alanlar, mesafeli sözleşmelerin olumsuz unsuru olarak kabul edilmektedir.¹⁴³

Bu alanlardan m.2/2-i “*Bakımevi hizmetleri, çocuk, yaşlı ya da hasta bakımı gibi ailelerin ve kişilerin desteklenmesine yönelik sosyal hizmetler*” konumuzla ilgili görülebilir. Sosyal hizmetlere ilişkin istisna, 2011/83/EU Yönergesi'nde yer almaktadır. Bu hizmetlerin özel niteliklerinin kısmen üye devletlerin iç hukukunda kısmen de AB düzeyinde düzenlendiği, Yönerge'nin mülahazalar kısmınının 29. bendinde ifade edilmektedir.¹⁴⁴

Ancak belirtilen çocuk, yaşlı veya hasta bakım hizmetlerinin istisna tutulabilmesi için bu hizmetin sosyal hizmet kapsamında verilmesi gerekmektedir. Bu nedenle belli sosyal hizmet amaç ve uygulaması olmaksızın, ücret karşılığında yapılan bakım hizmetleri bu istisna dışında kalmaktadır. Bununla beraber eğer hizmet sunucusu verdiği hizmeti ticari veya menfaat amaçlı değil de sosyal amaçlı veriyorsa bu istisna kapsamında değerlendirilmez. Örneğin özel bir hastanenin ücretsiz sünnet kampanyası duyurusu yapması ve hastanın telefonla hastaneyi arayarak sünnet konusunda anlaşılması veya hekimin, evde bakım hastasına telefonla hizmet vermesi gibi durumlar sosyal hizmet kapsamında değerlendirilebilir.

7. Teletıp Hizmetlerinin Mesafeli Sözleşmelere Uygunluğu

Hastanın hukuki açıdan tüketici statüsünde olduğundan, teletıp ve/veya sağlık turizmi ile sağlık hizmetinden yararlanan hasta da tüketici statüsündedir. Bu

¹⁴¹ Kanun Numarası: 6698, Kabul Tarihi: 24.3.2016, RG 07.4.2016/29677

¹⁴² RG 21.06.2019/30808

¹⁴³ Zevkliler ve Özel (n 12) 327.

¹⁴⁴ Özkan (n 114) 87.

sebeple hasta ile teletıp ve sağlık turizmi hizmeti sunucusu arasında tüketici ilişkisi bulunmaktadır.

Teletıp ve sağlık turizmi ile hastaya yönelik tıbbi bir hizmet sağlanmaktadır. Teletıp hizmetinin niteliği, standartları ve endikasyonu gibi özellikleri, uygulamanın hizmet olduğu gerçeğini değiştirmez. Ancak sunulan hizmet, endikasyon, ehliyet gibi sebeplerle hukuka uygunluk koşullarını sağlamıyorsa hizmet ve sözleşme de hukuka aykırı olacaktır.

Teletıp ve sağlık turizmi mahiyetleri gereği uzaktan, belli bir mesafeden gerçekleştirilmektedir. Zaten bu hizmetlerin ihtiyaç ve gelişimine sebep olan esas unsurlar, mesafe, maliyet ve salgın örneğinde olduğu gibi fizik temastan kaynaklanan sebeplerdir.

Teletıp ve sağlık turizminde uzaktan iletişim aracı ile sürekli bir sistem dahilinde hizmet sağlanmaktadır. Özellikle teletıp hizmetlerinde yoğun teknoloji kullanımı söz konusu olup bu teknolojinin kullanılması için süreklilik gerektiren bir sisteme ihtiyaç bulunmaktadır.

Teletıp ve sağlık turizmi hizmetleri, hastalara karşı verilse de sosyal hizmet amacı taşımamakta ve belli bir ücret karşılığı ifa edilmektedir. Bu nedenle teletıp ve sağlık turizmi hizmetleri, sosyal hizmet kapsamında kalmayan ve mesafeli sözleşmenin olumsuz unsurlarından kabul edilen istisna alan kapsamında değerlendirilemez.

Görüleceği üzere teletıp, sağlık turizmi ve diğer uzaktan sağlık hizmetlerinin unsurları genel olarak mesafeli sözleşmelerin olumlu ve olumsuz unsurlarını barındırmakta ve örtüşmektedir. Bu sebeple teletıp, sağlık turizmi ve diğer uzaktan sağlık hizmetlerinde, genel olarak mesafeli sözleşmeler hükümleri uygulanabilir niteliktedir.

C. Mesafeli Sözleşmelerin Kurulması ve Şekli

Mesafeli sözleşmelerin kurulmasına ilişkin özel bir düzenleme olmadığından TBK genel hükümlerine göre değerlendirme yapmak gerekir.¹⁴⁵ Örneğin bilgisayar ve telefonla yapılan sözleşmeler TBK m.4/2 gereğince hazırlar arasında yapılmış kabul edilmektedir.¹⁴⁶ Ancak aşağıda açıklanacak sözleşme öncesi bilgilendirme, teyit edilmediği sürece sözleşmenin akdedilmemiş olduğu kabul edilmektedir.¹⁴⁷ Bu sebeple mesafeli sözleşmelerin kurulmasında teyit aşaması belirleyici bir unsurdur.

¹⁴⁵ Çakırca (n 91) 113.

¹⁴⁶ Topaloğlu (n 102) 22.

¹⁴⁷ H Tamer İnal, *6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a Göre Hazırlanmış Tüketici Hukuku* (3. Bası, Seçkin 2014) 925.

Türk Hukukunda, kanun hükmü veya taraf iradeleri ile şekil mecburiyeti getirilmedikçe, sözleşmeler için kural, şekil serbestisidir.¹⁴⁸ Kanunda aksi öngörülmedikçe, sözleşmenin geçerliliği herhangi bir şekle tabi kılınmamıştır (TBK m.12/1). Mesafeli sözleşmeler yönünden sözleşmenin şekline ilişkin herhangi bir düzenlemeye de yer verilmediğinden hiçbir şekle tabi değildir.¹⁴⁹

Bu noktada değerlendirilmesi gereken diğer bir husus, teletıp ve diğer uzaktan tıbbi uygulamaların şekle tabi olup olmadığı konusudur. Mesafeli sözleşmeler şekle tabi olmadığı gibi tıbbi uygulamalar da genel olarak belirli bir şekle bağlanmamıştır. Bununla birlikte tıbbi uygulamaya rıza da kural olarak şekle tabi değildir. Ancak Hasta Hakları Yönetmeliği¹⁵⁰ (HHY) m.26'da mevzuatta öngörülen durumlar ile uyumsuzluğa mahal vermesi tibben muhtemel görülen tıbbi müdahaleler için rıza formu hazırlanması gerektiği düzenlenmiştir.¹⁵¹ Rıza formu düzenlenmesi gerekliliği geçerlilik şartı değil ispat aracıdır.¹⁵² Bu sebeple tıbbi uygulamaların bir parçası olan teletıp ve diğer uzaktan tıbbi uygulamalar da belirli bir şekil şartına tabi olmasa da mevzuatta aranan müdahaleler için yazılı rıza alınması gerekir.

Diğer taraftan teletıp ve diğer uzaktan tıbbi uygulamaların uygulamaların şekle tabi olmaması, sözleşmeye ilişkin hiçbir yazılı veri gerekemediği anlamına da gelmemektedir. Örneğin yazılı veya kalıcı veri saklayıcı ile yerine getirilmesi gereken bilgi verme yükümlülüğü, ispat aracı ve sözleşmenin ayrılmaz parçasıdır.¹⁵³ Kanımızca hastanın korunması ve ispat amacıyla, teletıp uygulamalarının yazılı şekle tabi olması gerekir.

IV. Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması

Mesafeli sözleşmelerin çeşitli avantajları olsa da mal veya hizmetin görülmemesi, fiziki olarak görmeden soru sorma imkânı bulunmaması, karşılaştırma ve bilgi edinme imkanının sınırlı olması, genelde düşünme fırsatı olmaması, tüketicinin diğer tarafı tanımadan ve güven ilişkisi tesisi edilmeden ücret ödüyor olması, tüketicinin yaşayacağı ispat zorlukları gibi ortaya çıkabilecek olumsuz sebeplerle tüketicinin özel olarak korunması gerekmektedir.¹⁵⁴

¹⁴⁸ Eren (n 58) 283.

¹⁴⁹ Topaloğlu (n 102) 24.

¹⁵⁰ RG 01.8.1998/23420

¹⁵¹ Rızanın yazılı olması için mevzuatta öngörülen haller:

- * 1219 s. Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun,
- * 2238 s. Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun,
- * 2827 s. Nüfus Planlaması Hakkında Kanun,
- * 5237 s. Türk Ceza Kanunu,
- * Hasta Hakları Yönetmeliği (m.25 tedaviyi reddin de yazılı olması gerekir),
- * Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmelik ve bunlara bağlı mevzuat.

¹⁵² Yakup Gökhan Doğramacı ve Zehra Zerrin Erkol, 'Enjeksiyon Uygulamalarında Bilgilendirme ve İspat Sorunları' iç Yener Ünver ve İ Hamit Hancı (edr), *V. Uluslararası Sağlık Hukuku Kongresi* (Seçkin 2020) 168.

¹⁵³ Aslan (n 109) 275; Karakocah ve Kurşun (n 96) 160.

¹⁵⁴ Avcı Braun (n 113) 19–21.

Bu sebeplerle mesafeli sözleşmelerde tüketicinin korunmasına yönelik TKHK ile hüküm altına alınan ve MSY ile ayrıntıları belirlenen, özel yasal düzenlemeler oluşturulmuştur.

A. Sözleşme Öncesi Bilgilendirme

Hukukumuzda sözleşme kurulmadan önce taraflara ön bilgilendirme borcu yükleyen genel bir kural olmasa da mesafeli sözleşmelerde, sözleşme kurulmadan önce tüketicinin sözleşmeyi bir daha gözden geçirmesi ve ödeme borcu altına gireceğinin farkına varması sağlanmaya çalışılmıştır.¹⁵⁵ Bilgilendirme yükümlülüğü, danışma ve tavsiyeyi de kapsayan ve yaptırıma bağlanan geniş bir kavramdır.¹⁵⁶ Bu sebeple mesafeli sözleşmelerde sözleşme öncesi bilgilendirme yükümlülüğü diğer sözleşmelere göre daha fazla önem arz eder.¹⁵⁷

Bilgilendirmenin yapılacağı zamanla ilgili olarak; Yönerge m.6(1)'de sözleşmeyle veya yerini tutan bir öneri ile bağlanmadan önce; MSY m.5(1)'de ise “*sözleşmenin kurulmasından ya da buna karşılık gelen herhangi bir teklifi kabul etmeden önce*” tüketicinin bilgilendirilmesi gerektiği düzenlenmektedir. Bu düzenlemelere göre, sözleşmenin kurulmasından hemen önce bilgilerin verilmesi ile tüketiciye bunları okuma imkanı tanınmış olması yeterlidir.¹⁵⁸ Aksi yöndeki diğer görüşlere göre; açık düzenleme olmasa da sözleşmenin incelenebilmesi için makul bir zaman tanınmalı¹⁵⁹ en uygunu ise sözleşme görüşmelerinin başladığı an¹⁶⁰ yapılmalıdır.

Bilgilendirmenin, sözleşmenin kurulmasından önce yapılması gerektiğinden sözleşme öncesi sorumluluk (culpa in contrahendo) gündeme gelebilir.¹⁶¹ Sözleşme öncesi bilgilendirmede kusur nedeniyle bir zarar meydana geldiyse ve arada nedensellik bağı varsa, genel hükümlere göre zararın tazmini talep etmek mümkündür.¹⁶²

Tüketiciyi mesafeli sözleşme yapmaya yönlendirmek için bilgilendirme ve tanıtım yapan ticari reklamların da bu kapsamda kaldığı düşünülebilir. TKHK m.61 ile düzenlenen ticari reklam hükümleri, mesafeli sözleşmeleri de kapsayan genel hüküm

¹⁵⁵ Gülce Erek, ‘6502 Sayılı Kanun Uyarınca Mesafeli Sözleşmelerin Unsurları, Satıcı / Sağlayıcının Ön Bilgilendirme Yükümü ve Tüketicinin Cayma Hakkı’ (2019) 18 Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 517, 525.

¹⁵⁶ Gabriela Nemtoi, ‘Consumer Contracts Distance Concluded-Required Information/Advice’ (2015) 2 European Journal of Law and Public Administration 33, 37.

¹⁵⁷ Karakocalı ve Kurşun (n 96) 159.

¹⁵⁸ Ece Baş Süzel, ‘Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Sözleşmenin Kurulmasından Önce Korunması: Ön Bilgilendirme Yükümlülüğü’ (2018) 17 Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 339, 355.

¹⁵⁹ Sibel Terzi, ‘Mesafeli Sözleşmelerde Ön Bilgilendirme Yükümlülüğü ve Sonuçları’ (2017) 12 Terazi Hukuk Dergisi 132, 134.

¹⁶⁰ Çakırca (n 91) 119.

¹⁶¹ Başak Benli, ‘Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Cayma Hakkı’ (Yüksek Lisans Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi 2018) 11–12.

¹⁶² Alev Erten, ‘Türk ve Alman Hukuku’nda Mesafeli Sözleşmeler (Avrupa Topluluğu Mesafeli Sözleşmeler Direktifi ile Karşılaştırmalı Olarak)’ (Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi 2007) 192; Benli (n 161) 15.

niteliğindedir. Bu sebeple mesafeli sözleşmelerde de bu hükümlere uyulması gerekir.¹⁶³ Ancak mesafeli sözleşme öncesi bilgilendirme ile ticari reklamlardaki bilgilendirme ve tanıtım, birbirinden tamamen bağımsız olmayan ancak ayrı kurumlardır.

Sözleşme öncesi bilgilendirme genel olarak TKHK m.48/2’de düzenlenirken MSY İkinci Bölüm’de dört madde altında ayrıntılı bir şekilde düzenlenmektedir.

¹⁶³ Reklam Kurulu Kararı 1314/231, 09.12.2014.

“Tespitler: 19.09.2014 tarihinde “X1” logolu televizyon kanalında firmaya ait “X2” balına ilişkin olarak yayınlanan reklamlarda; altyazıda “7 gün içerisinde iade hakkınız bulunmaktadır” ifadesine yer verildiği, ayrıca (01:17) “Televizyonda bir ilk. Şu an 9 Kg balı sadece 100 TL’ye alıyorsunuz.” (01:25) “Hiçbir yerde olmayan bir hizmetten bahsediyoruz şu anda.” ifadelerine yer verildiği tespit edilmiştir.

Değerlendirme/Karar: 19.09.2014 tarihinde “X1” logolu televizyon kanalında firmaya ait “X2” balına yönelik olarak yayınlanan reklamlarda; 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un 48 nci maddesinin 4 ncü fıkrasına göre mesafeli sözleşmelerde tüketicinin cayma süresi 14 gün olmasına karşın altyazıda “ 7 gün içerisinde iade hakkınız bulunmaktadır” ifadesine yer verildiği , diğer taraftan muhtelif televizyon kanallarında, firma tarafından yapılan kampanyaya eşdeğer hatta firma tarafından 100 TL karşılığında verileceği iddia edilen brüt 9 Kg baldan daha fazla miktarda balın aynı bedelle tüketicilere sunulacağını iddia eden reklamlar olmasına karşın, (01:17) “Televizyonda bir ilk. Şu an 9 Kg balı sadece 100 TL’ye alıyorsunuz.” (01:25) “Hiçbir yerde olmayan bir hizmetten bahsediyoruz şu anda.” ifadelerine yer verilerek tüketiciler nezdinde böylesine bir kampanyanın ilk kez ve sadece firma tarafından gerçekleştirildiği algısı oluşturulduğu, bu nedenle aldatıcı ve yanıltıcı nitelikte olduğu değerlendirilen söz konusu tanıtımların bu hali ile; - 5996 sayılı Veteriner Hizmetleri, Bitki Sağlığı, Gıda ve Yem Kanunu’nun 24. maddesinin 3. bendi;

- Ticari Reklam ve İlanlara İlişkin İlkeler ve Uygulama Esaslarına Dair Yönetmeliğin 5/a, 5/b, 5/e, 7/a, 7/c-1, 7/c-4, 13 ve 21 inci maddeleri;

- 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanununun 61 inci maddesi hükümlerine aykırı olduğuna, Buna göre, reklam veren F1 Gıda İnş. Otomotiv Güvenlik Sis. Dış Tic. Paz. San. Ltd. Şti. hakkında, 6502 sayılı Kanun’un 63 ncü ve 77/12 nci maddeleri uyarınca 200.000-TL (İkiyüzbin Türk Lirası) idari para ve anılan reklamları durdurma cezaları verilmesine karar verilmiştir.”

LEXPERA - Hukuk Bilgi Sistemi: Mevzuat, İçtihat, Literatür & Örnekler’ <https://www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 12 Haziran 2020

1. Bilgilendirmenin Kapsamı

MSY m.5’de ön bilgilendirme düzenlenmektedir. Birinci fıkrada, ön bilgilendirme yapılması zorunlu olan hususlar on dört fıkra halinde ayrıntılı olarak belirtilmektedir.¹⁶⁴ Bu ayrıntılı düzenleme ile tüketici, sözleşme kurulma öncesinde de korunmaktadır.¹⁶⁵ Bilgilendirme içerisinde hizmetin niteliği, sağlayıcı bilgileri, ücret bilgileri, ek masraf ve ilave maliyet, teknik koruma yöntemleri, cayma hakkı, şikâyet yolları gibi hususlar bulunmaktadır. Bu bilgiler mesafeli sözleşmenin ayrılmaz parçasıdır ve taraflar aksini açıkça kararlaştırmadıkça bu bilgiler değiştirilemez. (m.5/2). Sözleşme kurulduktan sonra aksi kararlaştırılmadıkça, satıcı veya sağlayıcı bu bilgilerde tek başına değişiklik yapamaz ve bunlarla bağlıdır ancak zorunlu bir değişiklik varsa da bunları tüketiciye derhal bildirilmelidir.¹⁶⁶

Sağlayıcı ek masraflara ilişkin bilgilendirme yükümlülüğünü yerine getirmese, tüketici bunları karşılamakla yükümlü değildir (m.5/3). Ayrıca ön bilgilendirmenin yapıldığına dair ispat yükü sağlayıcıya aittir (m.5/6). Tüketicinin bilgilendirmeden vazgeçmesi halinde de bunu ispatla yükümlü olan sağlayıcıdır.

Hizmetin temel nitelikleri ile kastedilen, hizmeti benzer hizmetlerden ayıran, duruma göre ayrıcalıklı kılan, çok bilgi değil tüketicinin kararına etki edecek özellikli bilgilerdir.¹⁶⁷ Bu sebeple de hizmete özgü genel geçerli bilgiler, esaslı temel nitelik olarak kabul edilemeyecektir.¹⁶⁸ Buradaki bilgilendirmenin kapsamı

¹⁶⁴ “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 şikâyetlerini ilemesi için (c) bendinde belirtilenden farklı iletişim bilgileri var ise, bunlara ilişkin bilgi,

d) Mal veya hizmetin tüm vergiler dahil toplam fiyatı, niteliği itibarıyla önceden hesaplanıyorsa 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 tarifesi üzerinden hesaplanmadığı durumlarda, tüketicilere yüklenen ilave maliyet,

f) Ödeme, teslimat, ifaya ilişkin bilgiler ile varsa bunlara ilişkin taahhütler ve satıcı veya sağlayıcının şikâyetlere ilişkin çözüm yöntemleri,

g) Cayma hakkının olduğu durumlarda, bu hakkın kullanılma şartları, süresi, usulü ve satıcının iade için öngördüğü taşıyıcıya ilişkin bilgiler,

ğ) Cayma bildirimini 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,

ı) 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 bilgi.”

¹⁶⁵ Erek (n 155) 527.

¹⁶⁶ Baş Sözel (n 158) 357.

¹⁶⁷ Dönmez (n 77) 360.

¹⁶⁸ Yıldırım (n 2) 165.

HHY m.15¹⁶⁹ ile düzenlenen hastayı bilgilendirmenin kapsamından genel olarak farklı amaç ve nitelikte olup mesafeli sözleşmeye yöneliktir. Ancak MSY m.5/1-a ile düzenlenen, sözleşme konusu hizmetin temel nitelikleri kapsamında, olayın özelliğine göre bu bilgilerin verilmesi de söz konusu olabilir. Örneğin uzaktan iletişim aracı ile doğrudan ilaçla tedavi hizmeti veriliyor veya ameliyat gibi ileri tarihli bir hizmet konusunda sözleşme kuruluyor ise HHY m.15’de düzenlenen bilgilerin verilmesi de gerekir.

HHY m.20 ile düzenlenen bilgi verilmesini yasaklama doğrultusunda, hastanın sağlık durumu hakkında bilgilendirilmeme veya bilgilendirmeden vazgeçme hakkı bulunmaktadır. Ancak sağlık durumu hakkında bilgilendirme ile mesafeli sözleşmeler kapsamındaki bilgilendirmenin kapsamı farklı olduğundan, hastanın bilgi verilmesini yasaklaması durumu ön bilgilendirmenin yasaklanması anlamına gelmemektedir.

2. Bilgilendirmenin Yöntemi

MSY m.6 ile ön bilgilendirmenin yöntemi düzenlenmektedir. Bilgilendirme yükümlülüğü, mesafeli sözleşmenin kurulduğu iletişim aracına göre değişmekte ve ağırlaşmaktadır.¹⁷⁰ Mevzuat m.8(1)’e göre tüketiciye, sade ve anlaşılır bir dille, ön bilgilendirmede yer alan bilgilerin verilmesi veya bu bilgilerin, uzaktan iletişim aracıyla uyumlu olacak şekilde ulaşılabilir kılınması gerekmektedir. MSY m.6(1)’de ise ön bilgilendirmenin yönteminin, Yönerge’nin aksine; kullanılan uzaktan iletişim aracına uygun olarak en az on iki punto büyüklüğünde, anlaşılabilir bir dilde, açık, sade ve okunabilir bir şekilde satıcı veya sağlayıcı tarafından yazılı olarak veya kalıcı veri saklayıcısı ile bilgilendirilmek zorunda olduğu düzenlenmektedir. AB mevzuatından farklı olan bu düzenleme, bilgilendirmenin teyidinin kalıcı bir veri saklayıcısı ile zaten sağlanacak olması karşısında, bilgilendirme yükümlülüğünün mantığına aykırı olsa da düzenlemenin açık lafzı ortadadır.¹⁷¹

Sözleşmenin kendisi şekil şartına tabi değildir ancak ön bilgilendirme, yazılı veya kalıcı veri saklayıcısı ile yapılmak zorundadır (m.6/1). MSY’de yazılı (m.6/1), internet yoluyla (m.6/2), sesli şekilde (m.6/3) ve sınırlı alan veya zamanda (m.6/4) yapılan bilgilendirme yöntem ve kapsamı özel olarak düzenlenmektedir.

¹⁶⁹ “Hastaya;

- a) Hastalığın muhtemel sebepleri ve nasıl seyredeceği,
- b) Tıbbi müdahalenin kim tarafından nerede, ne şekilde ve nasıl yapılacağı ile tahmini süresi,
- c) Diğer tanı ve tedavi seçenekleri ve bu seçeneklerin getireceği fayda ve riskler ile hastanın sağlığı üzerindeki muhtemel etkileri,
- ç) Muhtemel komplikasyonları,
- d) Reddetme durumunda ortaya çıkabilecek muhtemel fayda ve riskleri,
- e) Kullanılacak ilaçların önemli özellikleri,
- f) Sağlığı için kritik olan yaşam tarzı önerileri,
- g) Gerekğinde aynı konuda tıbbi yardıma nasıl ulaşabileceği, hususlarında bilgi verilir.”

¹⁷⁰ Karakocalı ve Kurşun (n 96) 160.

¹⁷¹ Baş Süzöl (n 158) 356.

Sözleşmenin internet yoluyla kurulması halinde, sağlayıcı; m.5/1’de yer alan bilgilendirme yükümlülüğü saklı kalmak kaydıyla, (a), (d), (g) ve (h) bentlerinde yer alan bilgileri bir bütün olarak, tüketicinin ödeme yükümlülüğü altına girmesinden hemen önce açık bir şekilde ayrıca göstermek ve herhangi bir gönderim kısıtlamasının uygulanıp uygulanmadığını ve hangi ödeme araçlarının kabul edildiğini, en geç tüketici siparişini vermeden önce, açık ve anlaşılabilir bir şekilde belirtmek zorundadır (m.6/2).

Sesli ve sınırlı alan veya zamanda yapılan bilgilendirme yoluyla kurulan ve anında ifa edilen hizmete yönelik sözleşmelerde tüketicinin, sipariş vermeden hemen önce söz konusu ortamda 5 inci maddenin birinci fıkrasının sadece (a), (b), (d) ve (h) bentlerine ilişkin bilgiler hakkında açık ve anlaşılır bir şekilde bilgilendirilmesi yeterlidir (m.6/5).

Anında ifa edilen hizmetlerde, cayma hakkının kullanılmasına ilişkin değil, cayma hakkının kullanılamayacağı hallere ilişkin bilgilendirme yeterlidir.¹⁷² Ülkemizde son dönemde teletıp hizmetlerinin telefon üzerinden sesli ve anında ifa edilen hizmet olarak sunulduğu görüldüğünden MSY m.6/5 ile düzenlenen bilgilendirme kapsamı önem kazanmaktadır. Telefonda hastalığın teşhis ve tedavisine yönelik değerlendirme yapılarak tedavi düzenleniyorsa belirtilen asgari hükümler hakkında bilgilendirme yapılması zorunludur.

3. Bilgilendirmenin Teyidi

MSY m.7, ön bilgilendirmenin teyidini tüm mesafeli sözleşmeler için düzenlemektedir.¹⁷³ Halbuki mehzaz Yönerge’de ön bilgilendirmeye yönelik tüketiciden teyit alınmasına gerek olmayıp tüketiciye sağlanması yeterlidir.¹⁷⁴ MSY m.7’ye göre ise sağlayıcı, tüketicinin ön bilgileri edindiğini, kullanılan uzaktan iletişim aracına uygun olarak teyit etmesini sağlamak zorundadır. Ancak bu kural, sorun doğurucu nitelikte¹⁷⁵, aşırıya kaçan bir kuraldır.¹⁷⁶ Aksi halde sözleşmenin kurulmamış sayılacağı kabul edilse de¹⁷⁷ aksi yönde; teyit almamanın sözleşmenin geçerliliğine etki etmemesi daha uygun olacağı gibi¹⁷⁸ geçersizlik yaptırımı söz konusu olursa da tüketici açısından tek taraflı bağlamazlık şeklinde¹⁷⁹ de olabilir

¹⁷² Baş Süzel (n 158) 353.

¹⁷³ Dönmez (n 77) 365.

¹⁷⁴ Baş Süzel (n 158) 358.

¹⁷⁵ Atamer (n 93) 182.

¹⁷⁶ Baş Süzel (n 158) 358; Karakocalı ve Kurşun (n 96) 160.

¹⁷⁷ İnal (n 147) 295.

¹⁷⁸ Atamer (n 93) 185; Karakocalı ve Kurşun (n 96) 160-161; Zevkliler ve Özel (n 12) 332; Baş Süzel (n 158) 360.

¹⁷⁹ Uzun Kazmacı (n 140) 2805.

Sağlayıcı, sadece bilgi vermekle yükümlü değil tüketicinin verilen bilgiyi aldığını teyit etmekle de yükümlüdür. Bu teyit internette bir kutucuğun işaretlenmesi şeklinde olabileceği gibi sesli iletişimde, bilgileri dinledim, anladım şeklinde de gerçekleştirilebilir.¹⁸⁰

4. Bilgilendirme Yükümlülüğüne Aykırılık

Bilgilendirme yükümlülüğüne aykırılık MSY’de üç farklı durum için düzenlenmektedir.

Öncelikle sağlayıcı, ön bilgilendirmeyi teyit etmekle yükümlüdür. Ön bilgilendirmenin teyidine ilişkin yükümlülüğün yerine getirilmemesinin sözleşmenin kurulmamış sayılması şeklinde ağır bir yaptırıma bağlanması doktrinde eleştirilmektedir.¹⁸¹ Bu düzenleme nedeniyle, ön bilgilendirme yapılmaması veya bu bilgilerin edinilmiş olduğuna dair teyidin gerçekleştirilmemesine rağmen, tüketici sözleşmenin kurulması istese dahi sözleşme kurulmamış sayılması kabul edilebilir değildir.¹⁸² Hatta tüketicinin bağlı kalmak isteyeceği sözleşmeyi, kötü niyetli sağlayıcının sözleşme yükümlülüğünden kurtulmak için ihlal etmesine açık kapı bırakılmaktadır.¹⁸³

Ön bilgilendirme teyit edildikten sonra sağlayıcı, tüketici siparişi onaylamadan hemen önce, verilen siparişin ödeme yükümlülüğü anlamına geldiği hususunda tüketiciyi açık ve anlaşılır bir şekilde bilgilendirmekle yükümlüdür. Eğer bu zorunluluk yerine getirilmezse, tüketici siparişi ile bağlı değildir (m.8/1).

Cayma hakkı ile ilgili bilgilendirme yapılmaması durumu MSY m.10’da özel olarak düzenlenmiştir. Cayma hakkı konusundaki bilgilendirme, sadece bu hakkın olduğunu ve süresini değil yöneltilmesi, kullanılması gibi usulleri de kapsamaktadır.¹⁸⁴ Tüketici, cayma hakkı konusunda gerektiği şekilde bilgilendirilmezse, cayma hakkını kullanmak için düzenlenen on dört günlük süreyle bağlı değildir. Eğer cayma hakkı konusunda gereken şekilde bilgilendirme bir yıllık süre içinde yapılırsa, cayma hakkına ilişkin on dört günlük süre, bilgilendirmenin gereği gibi yapıldığı günden itibaren işlemeye başlar (m.10/2).

B. Cayma Hakkı

Cayma hakkı ile tüketiciye, kurulmuş ve hükümlerini doğurmaya başlamış bir sözleşmeyi, herhangi bir neden göstermeksizin ve cezai şart ödemeksizin tek taraflı

¹⁸⁰ Baş Süzel (n 158) 358.

¹⁸¹ Ayrıntılar için: ibid 359; Döner (n 118) 73, Dn:339.

¹⁸² Yıldırım (n 2) 185; Karakocalı ve Kurşun (n 96) 160; Döner (n 118) 73.

¹⁸³ Uzun Kazmacı (n 140) 2805; Ereğ (n 155) 527–528; Çakırca (n 91) 121.

¹⁸⁴ Yıldırım (n 2) 171.

olarak ve geçmişe etkili (ex tunc) şekilde ortadan kaldırma imkanı tanınmaktadır.¹⁸⁵ Bu nedenle sözleşmeyi sona erdiren bozucu yenilik doğuran, emredici nitelikte¹⁸⁶ geri alma hakkı olarak da tanımlanan¹⁸⁷ kanuni bir haktır.¹⁸⁸ Tüketicinin sağlayıcıya ulaştırdığı tek taraflı beyanıyla sözleşme sona ermekte, ve hususta kurulmuş ve sonuç doğurmaya başlamış sözleşmenin diğer tarafı olan sağlayıcının kabulü aranmamaktadır. Bozucu etkinin kabule bağlı olmadan doğması, cayma hakkının yenilik doğuran bir hak olma özelliğinden ileri gelmektedir.¹⁸⁹ Cayma hakkı süresi içinde sözleşme, tarafları yönünden hüküm ifade ettiğinden taraflar, cayma hakkının kullanılmasına kadar geçen süre içerisinde edimlerini ifa borcu ile yükümlüdürler. Ancak cayma hakkının kullanılması ile birlikte edimlerin uygun şekilde, karşılıklı iadesi gerekir.¹⁹⁰

Cayma hakkı ile tüketiciye, mesafeli sözleşmelerde sözleşmenin kurulmasına yönelik irade beyanını geri alarak sözleşmenin kurulmasına engel olma imkanı getirilmiştir.¹⁹¹ Bu haliyle; kendi zararına sözleşme kurma olasılığı olan tüketiciye, sözleşme ile geri dönülmez şekilde bağlanmadan önce son bir fırsat ve ek süre tanınmaktadır.¹⁹² Cayma hakkı ile tanınan ek süre tüketiciler yönünden bir anlamda soğuma süreci oluşturmakta ve tüketicilerin fazlaca düşünmeksizin, ani olarak verdikleri kararların geri döndürülebilir hale getirilmesi yani tüketicinin sözleşmeyi tamamlamaya ilişkin kararını tekrar gözden geçirmesi sağlanmaktadır.¹⁹³ Cayma hakkını getirilmesindeki diğer bir sebep ise mesafeli sözleşmelerin fazla kolay kurulmasıdır.¹⁹⁴

Mesafeli sözleşmelerde cayma hakkı genel olarak TKHK m.48/4'de düzenlenmektedir. Cayma hakkı kullanımı ve taraf yükümlülüklerinin ayrıntıları MSY Üçüncü Bölüm'de yedi madde halinde düzenlenmektedir.

1. Tedavi Reddi

Kişinin kendi kaderini tayin hakkı ve hastanın bedenine yapılacak her türlü müdahaleyi reddetme hakkı, üstün hukuk ilkeleri gereği ve hukuka uygunluk

¹⁸⁵ Demir, *Mesafeli Sözleşmelerin İnternet Üzerinden Kurulması* (n 121) 46; Elce Tutar, 'Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'a Göre Mesafeli Sözleşmeler ve Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Cayma Hakkı' (2018) 13 Terazi Hukuk Dergisi 115, 117; Yıldırım (n 2) 200; Benli (n 161) 41.

¹⁸⁶ Gülşah İslamoğlu, 'Mesafeli Sözleşmelerde Cayma Hakkı' (2018) 13 Terazi Hukuk Dergisi 115, 121.

¹⁸⁷ Özel (n 104) 208.

¹⁸⁸ Selin Sert Sütçü, *6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Hükümlerine Göre Tüketicinin Cayma Hakkı* (Adalet 2016) 3; Ereğ (n 155) 530.

¹⁸⁹ Özkan (n 114) 122–123.

¹⁹⁰ Döner (n 118) 89.

¹⁹¹ Karakocalı ve Kurşun (n 96) 161.

¹⁹² Döner (n 118) 88.

¹⁹³ ibid.

¹⁹⁴ Erten (n 142) 22; Baş Süzel (n 119) 259.

sebebidir.¹⁹⁵ Bu bağlamda ortaya çıkan ilk ilke kişinin, kendi değer ve önceliklerine göre bedenine veya sağlığına yapılacak müdahaleleri tayin hakkına sahip olması ilkesi yani otonomisidir.¹⁹⁶ Bu sebeple hastanın tedaviyi ret hakkı, kişinin kendi kaderini tayin hakkı kapsamında ortaya çıkan, uluslararası etik bildirgelerle kabul edilen, anayasa ile güvence altına alınan, dokunulamaz nitelikte temel hak ve özgürlüklerdendir.¹⁹⁷

Hastanın temel hak ve özgürlüğüne dayalı tedaviyi ret hakkı ile tüketici olarak cayma hakkı, farklı amaçlara hizmet eden ve farklı hukuki dayanakları olan, birbiri ile karıştırılmaması gereken kurumlardır. Aşağıda bahsedeceğimiz üzere cayma hakkı belirli bir süre ve şekil ile sınırlıyken tedaviyi ret hakkı belli bir şekil veya süre ile kısıtlanamaz. HHY m.25 doğrulusunda tedavi reddinin yazılı olması gerekliliği, geçerlilik değil ispata yöneliktir.¹⁹⁸ Bu sebeple hastanın tedaviyi ret hakkı, cayma hakkının da ötesinde geniş ve kapsayıcı bir haktır. Haliyle, cayma hakkı ile tedaviyi ret hakkı; birbirinden bağımsız nitelikte, farklı amaç, dayanak ve sonuçlara yönelik ve fakat birbirini kesen veya yarışan haklar değildir.

Örneğin akut kolesistit (safra kesesi iltihabı) geçiren hastayı teletıp ile değerlendiren hekim, akut dönemin atlatılması için gerekli tedaviyi başlayarak bir ay sonra ameliyatın gerçekleştirilmesi amacıyla mesafeli sözleşme kurmuşlardır. Cayma hakkı kapsamında hastanın on dört günlük süresi olsa da tedaviyi ret hakkı kapsamında belirli bir süre öngörülemez. Hasta ameliyatın yapılacağı son ana kadar tedaviyi ret hakkını kullanabilir. Ancak on dört günden sonra sağlayıcının, cayma hakkından kaynaklanan ve MSY m.12 ile düzenlenen yükümlülükleri söz konusu olmayacaktır. Masraf gibi ortaya çıkan uyuşmazlıklar, mesafeli sözleşme hükümlerine göre değil ancak borçlar ve tüketici hukuku genel hükümlerine göre çözümlenecektir. Ancak kanımızca sözleşmenin kurulduğu on dört gün içerisinde hastanın sadece tedaviyi ret hakkını kullanmasından ziyade cayma hakkını da kullanması kendi lehinedir.

2. Cayma Hakkının Süresi ve Şekli

Tüketici cayma hakkını kullanması konusunda herhangi bir sebep göstermek zorunda olmadığı gibi cayma hakkına karşı bir cezai şart da sözleşmeye konulamaz (MSY m.9/1).

Uyuşmazlık konuları konumuzla doğrudan ilişkili olmasa da uygulamada cayma hakkının şekli ve süresine yaklaşım, yol göstericidir. Sözleşmede cezai şart olsa bile tüketicinin, süresi içerisinde cayma hakkını kullandığını belirten bir elektronik

¹⁹⁵ Sulhi Dönmezer, *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler* (15. Bası, Beta 1998) 33.

¹⁹⁶ ibid 29–30.

¹⁹⁷ Yakup Gökhan Doğramacı ve Zehra Zerrin Erkol, 'Çocuklarda Kan Naklinin Reddi: Yehova Şahitleri Olgu Örnekleri' (2016) 5 TıpHD 69, 80.

¹⁹⁸ ibid.

posta yollamasının yeterli olduğu hükme bağlanmıştır.¹⁹⁹ Cayma hakkı süresi, hizmet ifasına ilişkin sözleşmelerde sözleşmenin kurulduğu gün başlamaktadır. İnternet üzerinden yapılan tatil paketi alımında, cayma süresinin hizmetten yararlanma ile değil sözleşmenin kurulması ile başlayacağını belirtmektedir.²⁰⁰

Sözleşmede mal satımı ile hizmet sağlama bir aradaysa, tüketici lehine olan cayma hakkı hükümleri uygulanmalıdır (MSY m.9/5). İki asli edimin birleşik sözleşme olması ve tek başına caymanın mümkün olmadığı hallerde cayma süresi mal teslimi ile başlar.²⁰¹ Düzenlemenin niteliği gereği mal teslimi veya hizmetin hangisinin önce ifa edileceği sırasının bir önemi bulunmamaktadır. Örneğin bacak protezi yapımı ve takılmasına dair teletip sözleşmesinde hem mal teslimi hem de hizmet söz konusu olduğundan cayma süresi protezin teslimi ile başlayacaktır.

Mesafeli sözleşmelerde, hizmet sözleşmesinin kurulması şartlarının yerine getirilmiş olması haricinde, cayma hakkı süresinin işlemeye başlaması için sağlayıcı tarafından bilgilendirme yükümlülüğünün de yerine getirilmesi gerekmektedir. Tüketicinin cayma hakkına ilişkin gerektiği şekilde bilgilendirilmemesi halinde cayma süresi uzamaktadır ve her koşulda bu süre, cayma süresinin bittiği tarihten itibaren bir yıl sonra sona ermektedir. Eğer bilgilendirme bu bir yıl içerisinde yapılacak olursa on dört günlük cayma süresi, bilgilendirmenin gereği gibi yapıldığı günden itibaren başlar (MSY m.10/2).

¹⁹⁹ Yargıtay 13 HD. 29390/12847K, 19.12.2019.

"Davacı, davalının aralarında imzalanan sözleşmeden cayması nedeniyle sözleşmede belirtilen cezai şartın ödenmesi için başlatılan takibe itirazın iptalini istemiş, davalı cevap vermemiştir. Mahkemeye, davalının 26.10.2013 tarihinde yapmayı planladığı düğün için davacıya ait otelede ziyafet vermek amacıyla sözleşme imzaladığı, sözleşmenin kurulma safhasında taraflar arasında elektronik posta üzerinden bir kaç defa yazışma yapılarak mutabakat sağlandığı, düğüne 63 gün kala davalının nişanın bozulması nedeniyle sözleşmenin iptalini istediği, sözleşme metninin önceden hazırlandığı, davalı tüketicinin şablon sözleşmeyi imzaladığı, yazı büyüklüğü ve şekil itibarıyla sözleşmenin tüketici mevzuatına aykırı olduğu, sözleşmenin 5. maddesinde, düğüne 4 ay ile 2 ay arasında bir süre kalmış iken davalının herhangi bir nedenle iptal durumunda %50 cezai şart ödemesi hükmü mevcut ise de, davacının iptal edilen bu düğün sebebiyle yaptığı masrafi gösterir herhangi bir belge sunmadığı, sadece sözleşmedeki bu hükme dayandığı, düğünün iptali dolayısıyla davacının müspet yönde uğradığı bir zararının olmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. Sözleşme e-mail üzerinde yapılan yazışma sonucu kurulmuştur. Sözleşmenin kurulduğu tarihte yürürlükte olan 4077 sayılı TKHK'nun 9/A. maddesinde "Mesafeli sözleşmeler; yazılı, görsel, telefon ve elektronik ortamda veya diğer iletişim araçları kullanılarak ve tüketicilerle karşı karşıya gelinmeksizin yapılan ve malın veya hizmetin tüketiciye anında veya sonradan teslimi veya ifası kararlaştırılan sözleşmelerdir." şeklinde tanımlandığı ve sözleşmenin davacının da kabulünde olduğu üzere 16.08.2013 tarihinde kurulduğu anlaşılmaktadır. Dava konusu olay tarihinde yürürlükte olan Mesafeli sözleşmelere dair yönetmeliğin cayma hakkını düzenleyen 7. maddesinde "Mesafeli sözleşmelerde tüketici, yedi gün içerisinde herhangi bir gerekçe göstermeksizin ve cezai şart ödemeksizin sözleşmeden cayma hakkına sahiptir. Cayma hakkının kullanıldığına dair bildirim bu süre içinde yazılı olarak veya bir süreli veri taşıyıcısıyla bildirilmesi yeterlidir." şeklinde yer alan düzenlemeye göre davalının cezai şart ödemeksizin 7 günlük süre için cayma hakkını kullanabileceği, o halde mahkemeye, davacının 23.08.2013 tarihinde e-mail üzerinden davacıya bildirimde bulunarak 7 günlük süre içinde sözleşmeden caymış olduğu gerekçesiyle davanın reddine karar verilmesi gerekirken, hatalı gerekçe ile davanın reddine karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir."

²⁰⁰ Yargıtay 13 HD 25017/556K, 25.01.2018.

"Somut olayda, internet üzerinden davacı tarafından satın alma için onaylanan sözleşmede cayma hakkının sözleşme tarihinden itibaren 14 gün içerisinde yapılabileceği belirtilmiş olup gerek 6502 sayılı Yasanın 48/4 maddesi gerekse ilgili yönetmeliğin 9/2 maddesi gereğince, ilgili bildirim yapıldığından, davacının cayma hakkının sözleşme tarihinden itibaren kullanılabileceği anlaşılmaktadır. Davacı ise bu hakkını yasal sürede kullanmamış olup bu nedenle davanın reddi gerekirken, hizmetten henüz yararlanılmadığından bahisle davanın kabulü usul ve yasaya aykırı olup, bozma sebebidir."

²⁰¹ Baş Süzöl (n 119) 263.

Uzatılmış cayma hakkı süresinin hak düşürücü süre olduğu ileri sürülmektedir.²⁰² Cayma hakkının süresinin uzatılmasının en önemli sonucu cayma hakkının bir yıl on dört güne uzaması değil bu süre içerisinde tüketicinin onayı olmaksızın hizmetin ifa edilmesinin cayma hakkına hanel getirmeyecek olmasıdır.²⁰³ Bu bir yıl on dört gün içerisinde sağlayıcı tarafından bilgilendirme yükümlülüğünü yerine getirmeksizin bu süre içerisinde hastanın açık onayı olmadan hizmeti yerine getirir ve hizmet tüketici tarafından kullanılsa, tüketilse bile bu süre zarfında tüketicin cayma hakkı devam etmektedir. Örneğin gen analizi veya patolojik incelemeye yönelik sözleşmede hizmet sağlayıcı gereken bilgilendirmeyi yapmadan ve hastanın da açık onayı olmadan raporunu tamamlayarak hastaya gönderse bile hastanın cayma hakkı devam etmektedir.

Cayma hakkı süresi dolmadan, yazılı olarak veya kalıcı veri saklayıcısı ile satıcı veya sağlayıcıya, açık bir beyan ile yöneltmesi yeterlidir. Sesli iletişim yoluyla yapılan satışlarda, sağlayıcı, MSY Ek'inde yer alan formu en geç hizmet ifasına kadar tüketiciye göndermek zorundadır. Bu işlem internet üzerinden de yapılabilir.

Cayma hakkı beyanında, gönderme esas olup beyanın ayrıca satıcı ya da sağlayıcıya varması ya da onlar tarafından öğrenilmiş olması koşulu aranmamaktadır.²⁰⁴

Cayma hakkının kullanıldığına dair yazılı olarak ya da kalıcı veri saklayıcısı ile sağlayıcıya yöneltmesi yeterli olmasına istinaden cayma hakkı kullanımı şekle tabidir. Ancak bu şeklin, geçerlilik şekli değil ispat şekli olduğu savunulurken²⁰⁵ bizim de kabul ettiğimiz diğer bir görüş ise bu şeklin ispat külfeti²⁰⁶ olduğu yönündedir. Nitekim Yargıtay, telefonla verilen bir siparişte tüketicinin süresi içerisinde cayma hakkını kullandığı iddiasına satıcının açık itirazının olmamasını

²⁰² Sert Sütçü (n 188) 65; Benli (n 161) 55.

²⁰³ Baş Süzel (n 119) 267.

²⁰⁴ TKHK m.48 gerekçesi, Döner (n 118) 92.

²⁰⁵ Abdulkemir Yıldırım, *Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması* (XII Levha 2009) 238.

²⁰⁶ Baş Süzel (n 119) 270.

tüketici lehine değerlendirmiştir.²⁰⁷ Bu haliyle Yargıtay da bu şekle, ispat külfeti olarak yaklaşmaktadır.

3. Cayma Hakkının Kullanılmayacağı Haller

Cayma hakkının kullanılması, bazı durumlarda dürüstlük kuralına aykırılık teşkil etmektedir. Sözleşme konusu malın bir başkasına verilememesi veya hizmetin tüketilmesi söz konusu olabilir. Temel amaç tüketicilerin korunması olmakla birlikte bazı durumlar, satıcı ve sağlayıcıların da korunmasını gerekli kılmaktadır.²⁰⁸ Doktrinde, kanun ile düzenlenen cayma hakkının yönetmelik ile sınırlandırılması normal hiyerarşisine aykırı olduğu gerekçesiyle eleştirilmektedir.²⁰⁹ Ancak TKHK m.48/6 cayma hakkının, yönetmelik ile düzenleneceğini hüküm altına almaktadır.

Cayma hakkının istisnaları m.15’de on fıkra halinde sayılmaktadır. İstisnalar genel olarak mallara ilişkindir. Ancak (ğ) ve (h) fıkraları teletıp hizmetlerine uygun niteliktedir:

“ğ) Elektronik ortamda anında ifa edilen hizmetler veya tüketiciye anında teslim edilen gayrimaddi mallara ilişkin sözleşmeler.

Bu sözleşmelerde; ilgili madde metninde ifa/teslim koşuluna yer verildiği, dolayısıyla ifa/teslim sonrasında cayma hakkının kullanılmayacağı ancak mal ya da hizmetlerin henüz ifa veya teslimi tamamlanmamış/gerçekleşmemiş ise cayma hakkının kullanılmasının mümkün olabileceği görüşü ileri sürülürken²¹⁰ istisnanın kabul edilmesi için hizmetin başlamış olmasını yeterli bulan görüş²¹¹ de bulunmaktadır. Kanımızca burada somut olaya göre değerlendirme yapmak gerekmektedir. Örneğin

²⁰⁷ Yargıtay 13 HD 11586/8174, 20.09.2018.

“Mahkemece, davacının 7 günlük süre içinde cayma hakkını kullanarak malı davalıya iade ettiğini, davalının ise davacı tarafından usulüne uygun iade yapılmadığını, malın yaklaşık 10 gün sonra dükkanının önüne bırakıldığını, malda ayıp bulunmadığı için sözleşme bedelinin iade edilmediğini ileri sürdüğünü, davacı vekili mesafeli sözleşme kapsamında 7 günlük süre içerisinde sözleşmeden cayma hakkının kullanıldığı iddiasının haklılığını kanıtlar nitelikte davalının aksi yöndeki iddiasını kanıtlar nitelikte kesin ve inandırıcı delil sunamadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. Dava dosyasının incelemesinde; davalının cevap dilekçesi vermediği, davalı vekilinin 03.06.2014 tarihli ön inceleme duruşmasında “davacı ile davalı arasında mesafeli sözleşme düzenlenmemiştir; ayrıca geri iade sözleşmesi de dava konusu edilen malda ayıp bulunmamaktadır; davacı tarafından davalıya teslim yapılmamıştır ancak dava konusu edilen mal davalının işyerinin kapısının önüne bırakılmıştır; davalı da malı alıp deposuna koymuştur; davalı malı davacıya teslimine hazır; dava konusu ürün için davacı davalıya 7.887,12 TL ödemede bulunmuştur; ancak bu para davacıya iade edilmemiştir; çünkü malda ayıp yoktur” şeklinde beyanda bulunduğu, yine 5. celse 26.05.2015 tarihli duruşmada davalı vekilinin “Davacı şirketimi telefonla arayarak kauçuk hız kesici ve başlık siparişi verdi, ürün ertesi gün davacıya teslim edildi ve ürün bedeli tahsil edildi, ancak yaklaşık on gün sonra davacı ürünü kapı önüne bırakıp gitmiştir; bana iade fatura düzenlenmedi, üründe ayıp olmadığı için ben ürün bedelini davacıya iade etmedim. Ürün depoda bulunuyor” şeklinde beyanda bulunduğu anlaşılmalı davalı ya da davalı vekilinin cayma hakkının süresinde yapılmadığına yönelik açık itirazının olmadığı görülmüştür. O halde mahkemece, davalı ya da davalı vekilinin açıkça cayma hakkının 7 günlük süre içinde yapılmadığı konusunda itirazı bulunmadığı değerlendirilip sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, hatalı değerlendirme ve yanlışlığı gerekçe ile yazılı şekilde davanın reddine karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.”

²⁰⁸ Sert Sütçü (n 188) 69–70.

²⁰⁹ Gezder (n 130) 59.

²¹⁰ Uzun Kazmacı (n 140) 2809.

²¹¹ Benli (n 161) 66.

elektronik ortamda yapılan psikoterapi ile hizmet anında ifa edilmiş olacağından cayma hakkı kullanılamayacaktır.

h) Cayma hakkı süresi sona ermeden önce, tüketicinin onayı ile ifasına başlanan hizmetlere ilişkin sözleşmeler.”

Düzenlemenin amacı, hizmet edimlerinin iadesinin çok zor, hatta çoğu zaman mümkün olmamasıdır.²¹² Ancak düzenleme hizmet sözleşmesi ile sınırlı olduğundan mal teslimi ve hizmet sözleşmesi bir arada ise bu düzenleme uygulama alanı bulmayacaktır. Örneğin protez yapımı ve takılması örneğinde olduğu gibi açık onay olsa bile cayma hakkı, protezin teslimi ile başlayacaktır.

Cayma hakkının kullanılması imkânı, hizmetin ifasına başlanması ile birlikte sona ermektedir. Bu sebeple hizmetlere ilişkin sözleşmeler yönünden ifanın tamamlanması şartı aranmayıp, ifanın başlamış olması cayma hakkının kullanılmaması için yeterlidir.²¹³ Tüketicinin onayının açık olması gerekir. Eğer tüketicinin açık onayı olmaksızın ifa başladıysa cayma hakkı tanınmalıdır.²¹⁴

4. Cayma Hakkının Kullanılmasının Sonuçları

Cayma hakkının kullanılmasıyla beraber sözleşmenin kurulmasına yönelik irade beyanı geri alındığından sözleşme kurulmamış sayılacaktır. Taraflar kısmen veya tamamen edimlerini ifa etmişlerse de ifa edilen edimlerin iadesi gerekecektir.²¹⁵ Henüz yerine getirilmemiş edimlerin ifası da talep edilemeyecektir.²¹⁶ Ancak hizmet edimlerinin iadesi güç ve ifaya başlanan hizmetlerde cayma hakkı bulunmadığından düzenlemede hizmet edimlerinin iadesine değinilmemektedir.²¹⁷

MSY m.12’de sağlayıcının cayma bildirimini kendisine ulaşmasından on dört gün içinde, gönderim dahil hiçbir masraf yüklemeyen ve ödeme yaparken kullanılan ödeme aracıyla tek seferde iade etmelidir. Sağlayıcı, belirtilen süre içerisinde malın iade yükümlülüğünün yerine getirilmemesi halinde faiz ve diğer masraflardan sorumlu olacaktır.²¹⁸

MSY m.13’de cayma halinde tüketicinin sorumluluğu olarak; cayma hakkını kullandığına ilişkin bildirimini yönelttiği tarihten itibaren on gün içinde malı satıcı veya sağlayıcıya ya da yetkilendirmiş olduğu kişiye geri göndermek zorunda olduğu düzenlenmiştir.

²¹² İbid; Sert Sütçü (n 188) 118; Aslan (n 109) 268.

²¹³ Gezder (n 130) 174.

²¹⁴ Baş Süzel (n 119) 280; Benli (n 161) 67.

²¹⁵ Karakocah ve Kurşun (n 96) 164.

²¹⁶ Yıldırım (n 205) 251.

²¹⁷ Benli (n 161) 69.

²¹⁸ Yıldırım (n 205) 253.

C. Sözleşmenin İfası

Sözleşmenin ifası ve ifa edilememesi halindeki yaptırımlar MSY m.16'da düzenlenmektedir.

Sağlayıcı, tüketicinin siparişinin kendisine ulaştığı tarihten itibaren taahhüt ettiği süre içinde edimini yerine getirmek zorundadır. Sağlayıcının bu yükümlülüğün ihlali halinde tüketici sözleşmeyi feshedebilir. Sözleşmenin feshi durumunda, sağlayıcı, varsa teslimat masrafları da dahil olmak üzere tahsil edilen tüm ödemeleri fesih bildirimiminin kendisine ulaştığı tarihten itibaren on dört gün içinde tüketiciye kanuni faiziyle birlikte geri ödemeli ve varsa tüketiciyi borç altına sokan tüm kıymetli evrak ve benzeri belgeleri iade etmelidir.

Yukarıda verdiğimiz hastanede çalışan hekim(ler)in hastayı reddetmesi örneğinde olduğu gibi hizmet ediminin yerine getirilmesinin imkansızlaştığı hallerde, sağlayıcının bu durumu öğrendiği tarihten itibaren üç gün içinde tüketiciye yazılı olarak veya kalıcı veri saklayıcısı ile bildirmesi ve varsa teslimat masrafları da dahil olmak üzere tahsil edilen tüm ödemeleri bildirim tarihinden itibaren en geç on dört gün içinde iade etmesi zorunludur (MSY m.16/4).

Sağlayıcının, sözleşmede kararlaştırılan süreye uyarak ifada bulunması gerekmektedir, aksi halde tüketicinin sözleşmeyi fesih hakkı bulunmaktadır.²¹⁹ MSY'de mal teslimi için azami sürenin otuz gün olduğu düzenlense de hizmetin azami ifa süresi ile ilgili bir düzenleme bulunmamaktadır. Burada otuz günlük süre hizmet ifası için de kıyasen uygulanabilir mi sorusu akla gelse de kanımızca hizmet ifası için azami süre bilinçli olarak öngörülmediğinden kıyas yapmak uygun olmayacaktır. Zira sağlayıcının taahhüt süresi ve tüketicinin bunu kabulü önemlidir. Zaten taahhüt süresinin ispatı ve süre içerisinde ifa edilmemesinin yaptırımı sağlayıcı üzerindedir.

D. Bilgilerin Saklanması ve İspat Yükü

Bilgilerin saklanması ve ispat yükümlülüğü MSY m.20'de düzenlenmektedir. Buna göre; sağlayıcı ve oluşturdukları sistem ile bu hizmetlere aracılık edenler, bu Yönetmelik kapsamında düzenlenen cayma hakkı, bilgilendirme, teslimat ve diğer hususlardaki yükümlülüklerine dair her bir işleme ilişkin bilgi ve belgeyi üç yıl boyunca saklamak zorundadır. Ayrıca sağlayıcı, elektronik ortamda tüketiciye teslim edilen gayrimaddi malların veya ifa edilen hizmetlerin ayıpsız olduğunu ispatla yükümlüdür.

²¹⁹ Tançağı Çetin (n 105) 74.

Sağlayıcı ve hizmet alan kişi arasında sistem ile aracılık edenlerin yükümlülüğünün TKHK’da düzenlenmeyip sadece MSY’de düzenlenmesi doktrinde eleştirilmektedir.²²⁰ Ancak hatırlatmak gerekir ki MSY düzenlenen bilgilerin saklanmasına dair usul, süre ve yükümlülük sadece tüketici hukuku ile sınırlıdır. Teletıp hizmetleri ile ilgili sağlık verileri özel nitelikte kişisel veri olduğundan bununla ilgili olarak 6698 s. KVKK ve KSVHY gibi ilgili mevzuatın da esas alınması gerekir. Teletıp uygulamaları doğrudan insan sağlığı ile ilgili olduğundan ve hizmet sonucu, kusur olmasa bile ölüm de meydana gelebileceğinden KSVHY m.11/2 doğrultusunda, kişinin ölümünden sonra en az yirmi yıl saklanmalıdır.

E. Diğer Hususlar

Telefon kullanım ücreti MSY m.18’de düzenlenmektedir. Buna göre: *“Kurulmuş olan sözleşmeye ilişkin olarak tüketicilerin iletişime geçebilmesi için sağlayıcı tarafından bir telefon hattı tahsis edilmesi durumunda, bu hat ile ilgili olarak sağlayıcı olağan ücret tarifesiinden daha yüksek bir tarife seçemez.”* Burada dikkat edilmesi gereken ücretin, uzaktan iletişim araçlarından sadece telefon ile sınırlı tutulmuş olması ve sözleşmenin kurulma aşaması ve öncesi değil sözleşmenin kurulmuş olmasından sonra hüküm ifade etmektedir.

İlave ücretler MSY m.19’da düzenlenmektedir. Buna göre: *“Sözleşme kurulmadan önce, sözleşme yükümlülüğünden kaynaklanan ve üzerinde anlaşılmış esas bedel dışında herhangi bir ilave bedel talep edilebilmesi için tüketicinin açık onayının ayrıca alınması zorunludur. Tüketicinin açık onayı alınmadan ilave ödeme yükümlülüğü doğuran seçeneklerin kendiliğinden seçili olarak sunulmuş olmasından dolayı tüketici bir ödemede bulunmuş ise sağlayıcı, bu ödemelerin iadesini derhal yapmak zorundadır.”*

Sonuç ve Öneriler

COVID-19 salgını ile birlikte teletıp, günümüz tıbbının vazgeçilmez bir parçası olarak önümüzde durmaktadır. Sağlık Bakanlığı teletıp adı altında tele sağlık hizmeti verse de bu hizmet doğrudan hasta hekim etkileşimini amaçlamadığından eksik kalmaktadır. Teletıp uygulamalarının gelişebilmesi ve ülkemizde hak ettiği yere gelebilmesi için öncelikle uzaktan tedavi yasağı olarak hatalı şekilde yorumlanan hekimin bizzat muayene yükümlülüğüne dair yaklaşım değiştirilmelidir. Bunun için yasal düzenlemeye yerinde olsa da zorunlu olmayıp doktrin ve yargı içtihatlarındaki yorumdaki hatanın değiştirilmesi yeterlidir. Kaldı ki sahada teletıp uygulamalarının kamu kurumlarınca yürütülmesi ve sükût edilmesi, durumun “de facto” olarak kabullenildiğini de göstermektedir.

²²⁰ Benli (n 161) 74.

Ancak teletıp ve sağlık turizmi gibi doğrudan insan haklarıyla ilişkili ve uluslararası pazar potansiyeline sahip uzaktan sağlık hizmeti konusunda sırf sükût etmek yeterli olmayıp salgın döneminde hızla ve kontrolsüz şekilde artan teletıp hizmetlerinin standardizasyonu ve kalitesi için ivedi şekilde eğitim, sertifikasyon ve ruhsatlandırma çalışmalarına başlanmalı ve ilk etapta bunlara yönelik idari düzenlemeler yapılmalıdır.

Ele alınması gereken diğer bir husus da uyum sağlamaya çalıştığımız mehz AB hukukundan sapma gösterilerek, tüketici kapsamının geniş tutulması ve sağlık hizmeti dahil hiçbir istisna belirlenmemesidir. Bu sebeple hastanın tüketici olarak kabulü zorunlu hale gelmektedir. Hastanın tüketici olarak kabulünün etik, insan hakları, yargısal ve ölkemiz içi uygulama sorunları bir tarafa AB hukukunda dahi olmayan, melez ve sui generis hukuki uygulamalar ortaya çıkmaktadır. Bu hibrid hukuki uygulamaların sağlık turisti yani uluslararası sağlık tüketicisinin lehine olabileceği düşünölse de AB hukuku ile içtihat farklılıklarına sebep olacağı gibi teletıp ve sağlık turizminin hukuki boyutunda getirilen yükümlölüklerle yerli hizmet sunucularımızı uluslararası pazarda dezavantajlı duruma düşöreceği şüphesizdir.

Bu sebeple evveliyetle sağlık hizmetlerinin tüketici işlemleri kapsamında çıkarılması için TKHK’da istisna alan olarak düzenlenmesi ve akabinde teletıp ve sağlık turizmi konularında uyumu sağlayacak olan 2011/24/EU s. Yönerge’nin, gerekirse doğrudan, iç hukuka uyarlanması gerekir.

Sonuç olarak bu haliyle ölkemizde teletıp hizmetleri, tüketici hukukuna özgü mesafeli sözlüşmeler kapsamında değerlendirilmelidir.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

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

Peer-review: Externally peer-reviewed.

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

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

Bibliyografya/Bibliography

- Akipek Öcal Şebnem, 'Hasta ve Hekim Arasında Kurulan Sözleşmeler Bakımından Tüketicinin Korunması' iç Hakan Tokbaş ve Fehmi Üçışık (edr), *4. Tüketici Hukuku Kongresi 20-21-22 Kasım 2014 Sektörel Bazda Tüketici Hukuku ve Uygulamaları* (Bilge 2015) 284-299.
- Akipek Şebnem, 'Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması Hakkında Avrupa Birliği Direktifi ve Türkiye'nin Durumu' (2002) 21 Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 45-66.
- Aşçıoğlu Çetin, *Doktorların Hukuki ve Cezai Sorumluluğu* (Olgaç 1982).
- Aslan İ Yılmaz, *Tüketici Hukuku Dersleri* (6. Bası, Ekin 2016).
- Atamer Yeşim M, 'TKHK m. 9/a ve Mesafeli Sözleşmelere İlişkin Uygulama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik'in AB Mevzuatı Uyumuna İlişkin Görüş ve Değişiklik Önerileri' (2005) 23 Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 177-199.
- Avcı Braun Cihan, 'Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Mesafeli Sözleşmeler' (2016) 12 Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 17-45.
- Ayan Mehmet, *Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk* (Kazancı 1991).
- Baş Süzel Ece, 'Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Sözleşmenin Kurulmasından Önce Korunması: Ön Bilgilendirme Yükümlülüğü' (2018) 17 Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 339-369.
- Baş Süzel Ece, 'Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Sözleşmenin Kurulmasından Sonra Korunması: Cayma Hakkı' (2018) 13 Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 257-307.
- Bayraktar Köksal, *Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu* (Sermet 1972).
- Becker Christian D, Dandy Katherine, Gaujean Max, Fusaro Mario ve Scurlock Corey, 'Legal Perspectives on Telemedicine Part 1: Legal and Regulatory Issues' (2019) 23 The Permanente Journal 18-293.
- Belgesay Mustafa Reşit, *Tıbbi Mesuliyet* (M Sıralar 1953).
- Benli Başak, 'Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Cayma Hakkı' (Yüksek Lisans Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi 2018).
- Benschoter Reba Ann, Eaton Merrill T ve Smith Pringle, 'Use of Videotape to Provide Individual Instruction in Techniques of Psychotherapy.' (1965) 40 Journal of Medical Education 1159-1161.
- Bilgen Semih, *Sağlık Bilgi Sistemleri* (Türkiye Ulusal Enformasyon Altyapısı Proje Ofisi 1998).
- Büyükkay Yusuf, 'İlaçların İnternet Üzerinden Mesafeli Satışına İlişkin Avrupa Mahkemesi'nin Kararı /11 Aralık 2003' (2005) Kazancı <http://www.kazanci.com/kho2/hebb/giris.html> Erişim Tarihi 12 Haziran 2020.
- Çakırca Seda İrem, '6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a Göre Mesafeli Sözleşmeler' (2018) 34 Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 99-147.
- Çekin Mesut Serdar, '6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Mesafeli Sözleşmelere Dair Düzenlemelerin AB Hukukuyla Uyumluluğu, Uygulamada Yaşanan Bazı Sorunlar ve Çözüm Önerileri' (2018) 13 Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 37-58.
- Çelik Çelik Ahmet, 'Can Zararları Tüketici Yasası'nın Konusu Değildir' iç Hakan Tokbaş ve Fehmi Üçışık (edr), *4. Tüketici Hukuku Kongresi 20-21-22 Kasım 2014 Sektörel Bazda Tüketici Hukuku ve Uygulamaları* (Bilge 2015) 300-315.
- Çizmeli Ecem, 'Kronik Epilepsi Hastaları İçin Prototip Tele-Tıp Önerisi' (Yüksek Lisans Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi 2014).
- 'Corona Doktor ve Hastayı Sanal Ortamda Buluşturuyor - Sigorta Haberleri' (*Sabah Gazetesi*, 20 March 2020) <https://www.sabah.com.tr/sigorta/2020/03/20/corona-doktor-ve-hastayi-sanal-ortamda-bulusturuyor> Erişim Tarihi 11 Haziran 2020

- Demir Mehmet, 'Mesafeli Sözleşmelerle İlgili AB Yönergesine Göre Tüketicinin Geri Alma Hakkı' (2003) 7 Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi.
- Demir Mehmet, *Mesafeli Sözleşmelerin İnternet Üzerinden Kurulması* (Turhan 2004).
- Demir Remzi, *Hukuksal Yönleriyle İnsan Geni Üzerindeki İncelemeler* (Adalet 2019).
- Doğan Cahid, 'Konsültasyon İşleminde Konsültan Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü' iç Çağlar Özel ve Burcu Gülseren Özcan Büyüktanır (edr), *Uluslararası Türk - Amerikan Tıp Hukuku ve Etiği Sempozyumu* (Seçkin 2014) 117-137.
- Doğramacı Yakup Gökhan, *Tıbbi Uygulamalarda Ekip İş Birliği ve Güven İlkesi* (Legal 2016).
- Doğramacı Yakup Gökhan ve Erkol Zehra Zerrin, 'Çocuklarda Kan Naklinin Reddi: Yehova Şahitleri Olgu Örnekleri' (2016) 5 TıpHD 69-114.
- Doğramacı Yakup Gökhan ve Erkol Zehra Zerrin, 'Enjeksiyon Uygulamalarında Bilgilendirme ve İspat Sorunları' iç Yener Ünver ve İ Hamit Hancı (edr), *V. Uluslararası Sağlık Hukuku Kongresi* (Seçkin 2020) 163-180.
- Doğramacı Yakup Gökhan ve Erkol Zehra Zerrin, 'Tıbbi Uygulama Hatası Tazminatında Yeni Dönem: Tüketici Hukuku ve Mahkemeleri' iç Zehra Zerrin Erkol ve Yakup Gökhan Doğramacı (edr), *Adli Tıp Özel* (Türkiye Klinikleri 2019) 117-123.
- Döner Emel, 'Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda İnternet Üzerinden Akdedilen Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması' (Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi 2019)
- Dönmez Zeynep, '2011/83/EU Sayılı Tüketici Hakları Direktifi ve Bu Direktifin Mesafeli Sözleşmeler Alanında Türk Hukuku'na Yansımaları' (2016) 7 İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 351-380.
- Dönmezer Sulhi, *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler* (15. Bası, Beta 1998).
- Dural Mustafa ve Sarı Suat, *Türk Özel Hukuku Cilt I* (10. Bası, Filiz 2015).
- 'Ege Üniversitesi Hastanesi "Teletıp Poliklinik Sistemi"Ni Başlattı – Ege Üniversitesi Haber Ajansı' (*Ege Ajans*, 23 March 2020) <https://egeajans.ege.edu.tr/?p=13708> Erişim Tarihi 11 Haziran 2020
- Erdem Ümit, Şen Feza ve Kandemir Hüseyin, 'Koronavirüs & Tele-Tıp Uygulamaları ve Sağlık Hukuku Sorunları' (25 April 2020) <https://www.medikalakademi.com.tr/uzmanlar-tartisiyor-koronavirues-tele-tip-uygulamaları-ve-sağlık-hukuku-sorunları> Erişim Tarihi 1 Haziran 2020
- Erek Gülce, '6502 Sayılı Kanun Uyarınca Mesafeli Sözleşmelerin Unsurları, Satıcı / Sağlayıcının Ön Bilgilendirme Yükümü ve Tüketicinin Cayma Hakkı' (2019) 18 Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 517-536.
- Eren Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (18. Bası, Yetkin 2015).
- Ertek Sibel, 'Endokrinolojide Tele-Sağlık ve Tele-Tıp Uygulamaları' (2011) 2 Acıbadem Üniversitesi Sağlık Bilimleri Dergisi 126-130.
- Erten Alev, 'Türk ve Alman Hukuku'nda Mesafeli Sözleşmeler (Avrupa Topluluğu Mesafeli Sözleşmeler Direktifi İle Karşılaştırmalı Olarak)' (Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi 2007).
- European Commission, 'Commission Staff Working Document on the Applicability of the Existing EU Legal Framework to Telemedicine Services' (2012) SWD(2012) 414 final.
- European Commission, 'Market Study on Telemedicine' (2018).
- Fatehi Farhad ve Wootton Richard, 'Telemedicine, Telehealth or e-Health? A Bibliometric Analysis of the Trends in the Use of These Terms.' (2012) 18 Journal of Telemedicine and Telecare 460-464.
- Gezder Ümit, 'Mesafeli Sözleşmeler' iç M Murat İnceoğlu (ed), *Yeni Tüketici Hukuku Konferansı* (XII Levha 2015).

- Gökcan Hasan Tahsin, *Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk* (3. Bası, Seçkin 2017).
- Gönenç Fulya İlçin, 'Hukuki ve Etik Boyutuyla Medikal Turizm' (2006) 22 Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 1173-1184.
- Hakeri Hakan, *Tip Hukuku* (16. Bası, Seçkin 2019).
- Hatırnaz Erol Gültezer, *Özel Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu ve Hasta Hakları* (5. Bası, Seçkin 2015).
- Hollender Judd E ve Carr Brendan G, 'Virtually Perfect? Telemedicine for Covid-19' (2020) 382 New England Journal of Medicine 1679-1681.
- Hong Yan Alicia, 'Medical Tourism and Telemedicine: A New Frontier of an Old Business.' (2016) 18 Journal of Medical Internet Research e115.
- Hoşman İsmihan, *Sağlık Sektöründe Tele-Tıp Uygulamalarına İlişkin Boyutlar: Sağlık Hizmetinden Yararlanan Katılımcıların Görüşlerine İlişkin Bir Araştırma* (Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi 2018).
- İnal H Tamer, *6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a Göre Hazırlanmış Tüketici Hukuku* (3. Bası, Seçkin 2014).
- İslamoğlu Gülşah, 'Mesafeli Sözleşmelerde Cayma Hakkı' (2018) 13 Terazi Hukuk Dergisi 115-124.
- Kalender Nurten ve Özdemir Leyla, 'Yaşlılara Sağlık Hizmetlerinin Sunumunda Tele-Tıp Kullanımı' (2014) 17 Anadolu Hemşirelik ve Sağlık Bilimleri Dergisi 50-58.
- Kaneti Selim, 'Hekimin Hukuksal Sorumluluğunda Kusur ve İspat Yükü', *Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu Türk Hukukunda Hekimin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu Ankara, 12/13. Mart. 1982* (1983) 61-75.
- Karakocalı Ahmet ve Kurşun Ali Suphi, *Tüketici Hukuku* (Aristo 2015).
- Kayam Övgü Sıla, 'Finansal Hizmetlere İlişkin Mesafeli Sözleşmeler' (Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi 2018).
- Kök Ahmet Nezih, 'Hekim - Hasta İlişkisi Tüketici Hukuku Anlayışı İle Bağdaşır Mı?' (2015) 5 Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi 605-616.
- Kuğuoğlu Dilşad ve Kalkan Nihan, 'Mesafeli Sözleşmeler' (2016) 90 İstanbul Barosu Dergisi 269-290.
- 'LEXPERA - Hukuk Bilgi Sistemi: Mevzuat, İçtihat, Literatür & Örnekler' <https://www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 12 Haziran 2020
- Machado Renato Assis, de Souza, Natália Lins, Oliveira Rayane Maria, Martelli Junior Hercilio ve Bonan Paulo Rogério Ferreti, 'Social Media and Telemedicine for Oral Diagnosis and Counselling in the COVID-19 Era' (2020) 105 Oral Oncology 104685.
- Medical Council of India Board of Governors, 'Telemedicine Practice Guidelines Enabling Registered Medical Practitioners to Provide Healthcare Using Telemedicine' (2020) 1-48 <https://www.mohfw.gov.in/pdf/Telemedicine.pdf> Erişim Tarihi 12 Haziran 2020.
- Nemtoi Gabriela, 'Consumer Contracts Distance Concluded-Required Information/Advice' (2015) 2 European Journal of Law and Public Administration 33-38.
- Özdemir Hayrunnisa, *Sağlık Hukuku Alanında Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi* (Yetkin 2017).
- Özel Çağlar, *Tüketicinin Korunması Hukuku* (3. Bası, Seçkin 2016).
- Özkan Yekta Ongun, 'Mesafeli Sözleşmeler' (Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi 2019).
- Özmunucu Seda, '6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Hükümleri ve Yargıtay Kararları Çerçevesinde Tüketici Mahkemelerinin Görev Alanına Giren Uyuşmazlıklara Genel Bir Bakış' (2015) 16 DEÜHFD 831-871.

- Paksoy Vedat Mehmet, 'Sağlık Ekonomisi Perspektifinden Teletıp Uygulamaları' (2017) 4 Health Care Academician Journal 9-16.
- Pazar Berrin, Taştan Sevinç ve İyigün Emine, 'Roles of Nurses in Tele-Health Services' (2015) 11 Medical Journal of Bakirkoy 1-4.
- Petek Hasan, 'Tıbbi Müdahalelerden Kaynaklanan Uyuşmazlıklarda Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Uygulanması' (2013) 15 DEÜHFD 969-1017.
- Raposo Vera Lúcia, 'Telemedicine: The Legal Framework (or the Lack of It) in Europe.' (2016) 12 GMS Health Technology Assessment Doc03, 1-12.
- Reisoğlu Seza, 'Hekimlerin Hukuki Sorumluluğu', *Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu Türk Hukukunda Hekimin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu Ankara, 12/13. Mart. 1982* (Fakülteler Matbaası 1983) 1-18.
- Ryu Seewon, 'History of Telemedicine: Evolution, Context, and Transformation' (2010) 16 Healthcare Informatics Research 65-66.
- Şengül Rağıp, *Hasta ile Hekim Arasındaki İlişkinin Hukuki Niteliği ve Hekimin Tazminat Sorumluluğu* (Aristo 2020).
- Sert Sütçü Selin, *6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Hükümlerine Göre Tüketicinin Cayma Hakkı* (Adalet 2016).
- T.C. Sağlık Bakanlığı, 'Teletıp Sistemi' <<https://teletip.saglik.gov.tr/>> Erişim Tarihi 10 Haziran 2020
- Tanaka Miho J, Oh Luke S, Martin Scott D ve Berkson Eric M, 'Telemedicine in the Era of COVID-19: The Virtual Orthopaedic Examination' (2020) 1 Journal of Bone and Joint Surgery. American Volume 1-7.
- Tançığı Çetin Betül, '6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 48. Maddesi Kapsamında Mesafeli Sözleşmelerde İfa' (Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi 2019).
- Terzi Sibel, 'Mesafeli Sözleşmelerde Ön Bilgilendirme Yükümlülüğü ve Sonuçları' (2017) 12 Terazi Hukuk Dergisi 132-139.
- Topaloğlu Mustafa, 'Mesafeli Sözleşmeler' (2016) 2 Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 13-50.
- Tutar Elce, 'Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'a Göre Mesafeli Sözleşmeler ve Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Cayma Hakkı' (2018) 13 Terazi Hukuk Dergisi 115-122.
- Türk Dil Kurumu, 'Güncel Türkçe Sözlük' <https://sozluk.gov.tr> Erişim Tarihi 11 Haziran 2020
- Uyanık Ayfer, 'Sağlık Turizmi Hukuku' [2015] SD Dergisi 88-91.
- Uzun Kazmacı Özge, 'İnternet Ortamında Kurulan Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması' (2016) 22 Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 2791-2818.
- World Health Organization, *Telemedicine: Opportunities and Developments in Member States: Report on the Second Global Survey on EHealth* (2009).
- World Health Organization, 'EHealth Country Profiles - Turkey' (2016).
- World Health Organization, *Global Diffusion of EHealth: Making Universal Health Coverage Achievable* (2016).
- Yardım İsa, *Tüketici Olarak Hasta Hakları* (Adalet 2016).
- Yavuz Cevdet, *Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler* (10. Bası, Beta 2012).
- Yavuz İpekyüz Filiz, *Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi* (Vedat 2006).

Yıldırım Abdulkerim, ‘Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması’ (Doktora Tezi, Gazi Üniversitesi 2008)

Yıldırım Abdulkerim, *Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması* (XII Levha 2009).

Yılmaz Battal, *Hekimin Hukuki Sorumluluğu* (Adalet 2017).

Yılmaz Şenyüz Kübra, Topçu Emine Tuğba ve Şentürk Sibel, ‘Tele-Tıp Uygulamaları ve Hasta Hakları’ (2018) 17 Adli Bilimler Dergisi 40-44.

Zbar Ross I S, Otake Leo R, Miller Michael J, Persing John A ve Dingman David L, ‘Web-Based Medicine as a Means to Establish Centers of Surgical Excellence in the Developing World’ (2001) 108 Plastic and Reconstructive Surgery.

Zevkliler Aydın ve Özel Çağlar, *Tüketicinin Korunması Hukuku* (Seçkin 2016).



Yargı Alanındaki Hak Kayıplarının Önlenmesi Amacıyla 7226 Sayılı Kanun Geçici Madde 1 ile Getirilen Bazı Sürelerin Durmasına İlişkin Düzenlemenin Smk'daki Hoşgörü Sürelerine Etkisi

Mehmet Erdem* , Fülürya Yusufoglu Bilgin** 

Öz

Dünya Sağlık Örgütü 11.03.2020 tarihinde, Coronavirüs salgınının (COVID-19) pandemi olarak tanımlanabileceğini belirtmesiyle beraber, bütün dünyada olduğu gibi, Türkiye'de de bir dizi önlemler alındı. Bunlardan biri de 7226 sayılı Kanun'la bazı sürelerin durmasına ilişkin düzenlemedir. Bu düzenlemenin birçok olumlu etkisi olmakla beraber, uygulamada bazı belirsizlikleri de beraberinde getirdiği bir gerçektir. Bunlardan bir tanesi, SMK'da belirtilen hoşgörü sürelerinin bu Kanun hükmüne göre durup durmayacağı ve SMK'da yer alan bütün hoşgörü sürelerinin aynı şekilde ele alınıp alınmayacağıdır.

Bu çalışmada, SMK'daki hoşgörü süreleri ikiye ayrılarak incelenmiştir: Bir yandan marka ve patente ilişkin kullanılmama ilişkin hoşgörü süresi, diğer yandan ise patent ve tasarımlar için öngörülen başvurudan önceki hoşgörü süresi. Çalışmanın sonunda, kullanılmama sürelerine bağlı hoşgörü süresinin hak düşürücü süre olmadığı ve dolayısıyla 7226 sayılı Kanun'un kapsamında kalmadığı; buna karşın tasarım ve patentlerin başvurusundan önce yapılan açıklamalara ilişkin tanınan hoşgörü sürelerinin hak düşürücü süre niteliğinde olduğu ve dolayısıyla 7226 sayılı Kanun'un kapsamına girdiği sonucuna varılmıştır.

Anahtar Kelimeler

7226 sayılı kanun, COVID-19, Hoşgörü süresi, Markanın kullanılmaması, Patent konusu buluşun kullanılmaması, 12 aylık hoşgörü süresi

The Effect of Regulation Regarding the Suspension of Certain Periods Introduced by Provisional Article 1 of Law No. 7226 with the Purpose of Preventing Loss of Rights in the Judicial Area on the Toleranc

Abstract

The World Health Organization (WHO) assessed that coronavirus disease 2019 (COVID-19) can be characterized as a pandemic on March 11, 2020. After this assessment, serious measures were adopted worldwide in an attempt to prevent further spread of the virus. In Turkey, the regulation regarding the Suspension of Judicial Time Limitations (Law No. 7226) was adopted to prevent the propagation of the virus, alongside other precautions. This arrangement has engendered some uncertainties in practice, although it has many positive effects. One of them is whether the grace periods as specified in Turkish Industrial Property Law (IPL) will be suspended according to this Law and whether all the grace periods in IPL will be handled in the same way. We handled the grace periods in two ways in this study: the

* **Sorumlu Yazar:** Mehmet Erdem (Prof. Dr.), Galatasaray Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye. E-posta: merdem@gsu.edu.tr ORCID: 0000-0001-8269-0794

** Fülürya Yusufoglu Bilgin (Doç. Dr.), Galatasaray Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye. E-posta: fyusufoglu@gsu.edu.tr ORCID: 0000-0003-3711-8769

Atf: Erdem M, Yusufoglu-Bilgin F, "Yargı Alanındaki Hak Kayıplarının Önlenmesi Amacıyla 7226 Sayılı Kanun Geçici Madde 1 ile Getirilen Bazı Sürelerin Durmasına İlişkin Düzenlemenin Smk'daki Hoşgörü Sürelerine Etkisi" (2020) 78(2) İstanbul Hukuk Mecmuası 711. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2020.78.2.0015>



grace period related to the non-use of the trademark and the patent and the grace period granted before the patent and design application. We concluded at the end of the study that the grace period for non-use is not a prescription period; therefore, this period is not covered by Law 7226. However, the grace period granted for the explanations made before the application of the design and patents is qualified as a prescription period, and thus, it falls within the scope of Law No. 7226.

Keywords

Grace period, Non-use of the trademark, Non-use of the patented invention, 12 months grace period

Extended Summary

The World Health Organization (WHO) assessed that coronavirus disease 2019 (COVID-19) can be characterized as a pandemic on March 11, 2020. After this assessment, serious measures were adopted worldwide in an attempt to prevent further spread of the virus. In Turkey, the regulation regarding the Suspension of Judicial Time Limitations (Law No. 7226) was adopted to prevent the propagation of the virus, alongside other precautions. According to provisional article 1 of Law No. 7226, all the periods related to the birth, use, or termination of a right, including filing a lawsuit, initiating enforcement proceedings, application, complaint, appeal, notice, notification, submission and prescription periods, foreclosure periods, and mandatory administrative application periods are suspended until June 15, 2020, to prevent any loss of right as a result of the COVID-19 pandemic. It means that the periods related to those proceedings will extend for 85 days. This arrangement engendered some uncertainties in practice, although it has many positive effects. One of them is whether the grace periods specified in Turkish Industrial Property Law (IPL) will be suspended according to this law and whether all the grace periods in IPL will be handled in the same way. We have handled the grace periods in two ways in this study: the grace period related to the non-use of the trademark and the patent and the grace period granted before the patent and design application.

The protection of a trademark begins with its registration according to IPL. However, the trademark must be put in genuine use for the person to retain its rights. Pursuant to IPL Article 9/1, if within 5 years following the date of registration, the trademark has not been put to genuine use in Turkey by the trademark proprietor in connection with the goods or services in respect of which it is registered, or if such use has been suspended during an uninterrupted period of five years, the trademark shall be revoked, unless there are appropriate reasons for non-use. The IPL regulates that the non-use of a trademark results in its revocation following the EU regulations (IPL art. 26/1-a, corresponding to article 18 of the EU trademark regulation dated June 14, 2017, and numbered 2017/1001). Similarly, the patent has to be used to preserve its monopoly. However, the sanction stipulated for the non-use of a patent is different. Pursuant to Article 130/2 IPL, within three years after the grant decision related to a patent is published in the Bulletin or within four years after the date of

the patent application, whichever expires later, as from the date of expiration of that period, the relevant person may request to be given a compulsory license because invention forming the subject of patent was not started to be used or serious and real initiatives have not been made for use of the patent or use of the patent was not at a level to meet the needs of the national market on the date of the license request. Even if the sanctions are different for the trademarks and patents, the basic idea is the same, to protect the rights, the right holder has to use its trademark or patent. However, in case the right holder begins to use its trademark/patent after the foreseen period, the right holder will obtain full power over its rights. It must be noted that the person who lapsed to use his or her rights will lose his or her rights if there is a foreclosure period. But in case of grace period for non-use, if the right holder begins to use his or her trademark/patent, he will be able to retrieve absolute power over his rights even after the period ends. In this case, it has to be noted that the grace period for non-use is not a foreclosure period and will not be covered by Law 7226. It also has to be noted that the COVID-19 pandemic is not an appropriate global reason for non-use, and only persons who are affected by the pandemic should assert it as a proper reason for non-use. Only affected persons can assert it as an appropriate reason for non-use and escape the revocation proceedings in this case.

IPL Article 57/2 sets forth a grace period for the disclosure made by the right holder of a design, stating that if a design for which protection is claimed has been made available to the public during the 12 months preceding the date of filing of the application or if priority is claimed on the date of priority by the designer or his successor in title, or a third person in consent with the designer or his successor, or abuse of the relation with the designer or his successor, a disclosure shall not affect the novelty or individual character. A similar rule is applied to the patents. According to IPL Article 84, the novelty of a patent or a utility model will not be affected in the cases that a disclosure was made within 12 months before the application date or within 12 months before the date of priority right if priority right was demanded. As for the grace period granted in favor of the right holder of a design or patent, granting novelty of the product despite the disclosure made prior to the application, it should be noted that the period is a foreclosure period because if the application is not made in the prescribed period, the applicant will lose his or her rights to apply. As for the grace period granted before the application, this is a foreclosure period, and the 12 months should be considered covered by Law 7226.

We concluded that the grace period for non-use is not a foreclosure period at the end of the study, so this period is not covered by Law No. 7226. But the grace period granted for the disclosure made before the application of the design and patents is qualified as a foreclosure period, and thus, it falls within the scope of Law No. 7226.

Yargı Alanındaki Hak Kayıplarının Önlenmesi Amacıyla 7226 Sayılı Kanun Geçici Madde 1 ile Getirilen Bazı Sürelerin Durmasına İlişkin Düzenlemenin Smk'daki Hoşgörü Sürelerine Etkisi

Giriş

Dünya Sağlık Örgütü 11.03.2020 tarihinde, Coronavirüs salgını (COVID-19) pandemi olarak nitelendirmiştir¹. Bu tarihten sonra birçok ulusal, uluslararası ve uluslar üstü kurum, çeşitli hak kayıplarının önlenmesi için bazı önlemler almaya başlamıştır. Bu kapsamda, birçok ülke pandemiden korunmak ve kişilerin en düşük seviyede etkilenmesi için çeşitli hukuki düzenlemeler getirmek suretiyle önlemler almaya başlamıştır. Türkiye’de de COVID-19 salgınının görülmüş olması sebebiyle, birçok önlemin yanı sıra, kişilerin evde kalmalarının maksimum düzeyde sağlanması için, 7226 sayılı Kanun ile yargı alanındaki hak kayıplarının önlenmesine yönelik birtakım düzenlemeler yapılmıştır.

7226 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un Geçici Mad.1/a hükmüne göre²; “COVID-19 salgın hastalığının ülkemizde de görülmüş olması sebebiyle yargı alanındaki hak kayıplarının önlenmesi amacıyla; 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; 6/1/1982 tarihli ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu, 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ve 12/1/2011 tarihli ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile usul hükmü içeren diğer kanunlarda taraflar bakımından belirlenen süreler ve bu kapsamda hâkim tarafından tayin edilen süreler ile arabuluculuk ve uzlaştırma kurumlarındaki süreler 13/3/2020 (bu tarih dâhil) tarihinden, 30.04.2020 (bu tarih dahil) 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 uzatılabilir ve bu döneme ilişkin kapsamı daraltılabilir”. Nitekim Cumhurbaşkanı tarafından bu süreler 15.06.2020 tarihine kadar uzatılmıştır.

¹ COVID-19’un pandemi olarak nitelendirildiği basın toplantısı için bkz <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 17 Haziran 2020.

² RG 26.03.2020/31080.

Geçici Madde 1 hükmünün gerekçesine göre, “**Birinci fıkrayla, maddi hukuk, usul hukuku ve takip hukukuna ilişkin süreler ile takip hukukuna ilişkin işlemlerin durması hüküm altına alınmaktadır.**”. Hükmün çok geniş bir uygulama alanı olduğu ve beraberinde birçok sorun da getirdiği görülmektedir³.

Yargılamaya ilişkin süreler ve zorunlu idari başvuru süreleri açık olarak ifade edildikleri ve nelerin bu sürelere dahil olduğu bilindiğinden, bu süreler inceleme konumuzun dışında tutulmuştur. Keza, TPMK karşısında ileri sürülebilecek olan itiraz süreleri, rüçhan hakkı süreleri gibi sürelerin durduğu tartışma konusu olmadığı için, burada sadece tartışmalara yol açan sürelerle değinilecektir⁴.

Son günlerde uygulamada, markanın kullanılması zorunluluğunu getiren SMK m. 9’da tanımlanan markanın beş yıl boyunca kullanılması yükümüne ilişkin sürelerin de durup duramayacağına ilişkin tartışmalar alevlenmiştir. Bir görüş, kullanmama için öngörülen beş yıllık hoşgörü süresinin de, Geçici madde 1’deki düzenlemenin kapsamında yer aldığını ve bu sürenin de duracağını dile getirmiştir⁵. Bu çalışmada, ayrıca SMK m. 9’daki sürenin *hoşgörü süresi* olmasından dolayı, SMK’daki diğer hoşgörü sürelerinin de SMK m. 9’daki süre ile aynı akıbete tabi olup olmadıkları incelenecektir. Bu süreler, SMK m. 57/2’de tasarımın yeniliğini etkilemeyen açıklamalar için öngörülen hoşgörü süresi ve SMK m. 84 uyarınca patentin verilmesini etkilemeyen açıklamalar için öngörülen hoşgörü süresidir.

Bu çalışmada, hoşgörü sürelerinin hukuki niteliği incelendikten sonra, geçici madde ile öngörülen sürelerin durması yönündeki düzenlemenin hoşgörü süresini de etkileyip etkilemediği tartışılacak, ayrıca bütün hoşgörü sürelerinin aynı şekilde etkilenip etkilenmeyeceği incelenecektir.

I. Markanın ve Patentin Kullanılması Zorunluluğu ve Kullanmama İçin Öngörülen Hoşgörü Süresi

SMK’daki düzenlemelere göre, markanın ve patentin tescil tarihlerinden itibaren belli bir süre içinde kullanılmaması veya kullanımına ara verilmesi, bu fikri ürünler üzerindeki hakların kısıtlanmasına ve marka açısından markanın iptaline yol açabilir. SMK ile markanın ve patentin belli bir süre kullanılmaması hoş görülmekte ve bu süre içerisinde marka/patent sahibi bütün haklardan herhangi bir sınırlama ile karşılaşılmaksızın faydalanabilmektedir.

³ 7226 sayılı Kanun’un çek üzerindeki etkileri için bkz Ali Paşlı, ‘COVID-19 Salgınının Çek Hukukuna Etkisi: Güncel Koşullar Süreler Çek İbrazı Mümkün Müdür?’ (2020) < <http://www.ticaretkanunu.net/ali-pasli-COVID-19-salgininin-cek-hukukuna-etkisi-guncel-kosullar-surerken-cek-ibrazi-mumkun-mudur/> > Erişim Tarihi 17 Haziran 2020; Ali Dural, ‘COVID-19 Salgını Nedeniyle Yürürlüğe Giren 7226 Sayılı Kanunun Geçici 1. Maddesinin Çek Açısından Sonuçları’ (2020) < <https://blog.lexpera.com/tr/COVID-19-salginini-nedeniyle-7226-sayili-kanunun-cek-acisindan-sonuclari/> > Erişim Tarihi 17 Haziran 2020.

⁴ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz Osman Umut Karaca, ‘Son Dakika: Beklenen Haber Geldi, Süreler Durdu’, (2020) < IPR Gezgin Blogu, <https://iprgezgin.org/2020/03/25/son-dakika-beklenen-haber-geldi-sureler-durdu/> > Erişim Tarihi 17 Haziran 2020.

⁵ Karaca, ‘Son Dakika: Beklenen Haber Geldi, Süreler Durdu’(n 4).

A. Markanın Kullanılması Zorunluluğu ve Beş Yıllık Hoşgörü Süresi

Markanın SMK'ya göre korunması, markanın tescil edilmesiyle başlar. Her ne kadar markanın tescil edilmesi için fiilen kullanılması gerekmesede, kişinin tescilli markası üzerindeki hakkının kullanımının devam edebilmesi için markanın fiilen kullanılması gerekir. Markanın sadece tescil edilmesi, markaya sağlanan tüm hakların kullanılması için yeterli değildir. SMK m. 9/1 hükmüne göre, *tescil tarihinden itibaren beş yıl içinde haklı bir sebep olmadan tescil edildiği mal veya hizmetler bakımından marka sahibi tarafından Türkiye'de ciddi biçimde kullanılmayan ya da kullanımına beş yıl kesintisiz ara verilen markanın iptaline karar verilir*. SMK'da AB düzenlemelerine uygun olarak, markanın kullanılmamasına markanın iptali sonucu bağlandığı gibi (SMK m. 26/1-a, Avrupa Birliği Markası hakkındaki 14.06.2017 tarihli ve 2017/1001 sayılı Tüzüğün 18 maddesinin karşılığı), önceki marka hakkı sahibinin sonraki marka başvurusuna itiraz etmesi durumunda, markası itiraza uğrayan kişinin talebi üzerine, itiraz eden marka sahibi, itirazına konu mal veya hizmetler bakımından markasını Türkiye'de ciddi biçimde kullanmakta olduğuna ya da kullanmamaya dair haklı sebepleri olduğunu ispatlamalıdır (SMK m. 19/2 2017/1001 sayılı Tüzük m. 47/2). Ayrıca tecavüz davası ile karşı karşıya kalan kişi, kendisini tecavüzle suçlayan kişinin markasını beş yıl kullanmadığı hususunu def'i olarak ileri sürülebilir. Bu durumda kullanıma ilişkin beş yıllık sürenin belirlenmesinde dava tarihi esas alınır (SMK m. 29/2)⁶.

Görüldüğü üzere, marka üzerindeki hakkın devam edebilmesi için, markanın kullanılması zorunludur⁷. Markanın kesintisiz olarak beş yıl boyunca kullanılmaması veya kullanımına ara verilmesi durumunda, markanın iptaline karar verilebileceği gibi, marka sahibinin kullanmadığı markasına dayanarak bazı davaları açması ve itirazları yapması, karşı tarafın talebi üzerine kısıtlanabilir. Markanın kullanılmış sayılması için, SMK m. 9/1 hükmünden de anlaşıldığı gibi, markanın (1) belli bir coğrafi alanda kullanılması gerekir, bu coğrafi alan Türkiye olarak kabul edilmiştir; (2) kullanıma belli bir süre ara verilmemiş olmalıdır, bu süre beş yıl olarak belirlenmiştir; (3) marka ciddi bir şekilde kullanılmış olmalıdır⁸. Marka beş yıllık bir süre boyunca

⁶ Arslan Kaya, *Marka Hukuku*, (Arıkan 2006) 197 vd.; Uğur Çolak, *Türk Marka Hukuku*, (4. Bası, Onikilevha 2018) 685-687 ve 955 vd.; Fethi Merdivan, "Tescilli Marka Hakkına Dayalı Tecavüz Davasında Kullanılmama Def'i", 6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Sempozyumu. (Bankacılık Enstitüsü Yayınları. Ankara 2017) 483-522, 496 vd.

⁷ Ünal Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku* (5. Bası, Vedat 2012) 427; İlhami Güneş, *Uygulamada Fikri ve Sınai Mülkiyet Hakları ve Haksız Rekabet Davaları* (Fikri ve Sınai), (4. Bası, Seçkin 2017) 177; İbrahim Bektaş, 'Sınai Mülkiyet Kanununa Göre Markanın Kullanılmama Nedeniyle İptali - AB Adalet Divanı'nın Güncel Kararları Işığında Bir Değerlendirme', Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi Cilt:17, No: 2 (Yıl: 2018), s. 219-258; Fethi Merdivan, (n 6) 485 vd.; Bozgeyik, H, 'Tescilli Markanın Kullanılması ve Kullanılmamaya Bağlı Sonuçlar', Fırat Öztan'a Armağan, (Turhan, 2010) 457-479, 458 vd.; Osman Umud Karaca, *Markayı Kullanma Zorunluluğu ve Kullanılmamanın Hukuki Sonuçları* (Markayı Kullanma Zorunluluğu) (Lykeion 2017), 23 vd.; Gizem Çoşğun, *Sınai Mülkiyet Kanunu Kapsamında Markanın Kullanılması*, (Seçkin 2018), 19 vd.

⁸ SMK m. 9/2 ve 3'te markayı kullanımın ne anlama geldiği belirtilmiştir. Markanın ciddi kullanımı işbu çalışmanın konusu olmadığından dolayı, bu konuda ayrıca bir izahat yapılmayacaktır. Ancak markanın ciddi kullanımı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz Beştaş, 225 vd.; Bozgeyik, 'Markanın Kullanılması' (n 7) 458 vd.; Hanife Dirikcan, 'Tescilli Markayı Kullanma Külfeti', (Prof. Dr. Oğuz İmregün'e Armağan) (Beta 1998) 219, 244; Hamdi Yasaman ve Sinan Yüksel, Madde 14, Hamdi Yasaman ve Anlam Altay ve Tolga Ayoğlu ve Fülürya Yusufoglu ve Sinan Yüksel, *Marka Hukuku 556 sayılı KHK Şerhi*, Cilt I-II (Vedat 2004) 628 vd.; Sevilay Uzumalı, *Marka Hukuku*, (Adalet 2019) 123 vd.; Cahit Suluk ve Rauf Karasu ve Temel Nal, *Fikri Mülkiyet Hukuku* (3. Bası, Seçkin 2019) 206; Karaca, *Markayı Kullanma Zorunluluğu* (n 7), 38 vd.

kullanılmamış olmakla beraber, markanın kullanılmaması için haklı bir sebep varsa, markanın kullanılmamasına bağlanan ve yukarıda belirtilen sonuçlar uygulanmaz.

Markanın kullanılması zorunluluğu, SMK ile getirilen yeni bir düzenleme değildir. Bu düzenleme 556 sayılı KHK m. 14'te de olduğu gibi, AB düzenlemeleri, Paris Sözleşmesi ve TRIPS'te de yer almaktadır. Bu düzenlemelerin temelinde, markanın kullanılması zorunluluğu bulunmaktadır. Bu zorunluluk farklı şekillerde düzenlenmiş olsa da⁹, hareket noktası, markanın ancak kullanılması halinde hak sahibine haklar vermesidir.

Markanın kullanılmasının marka sahibi tarafından zorunlu olması, marka sahibinin ticarete gerçekleştirmesi gereken bir davranıştır. Bu davranışı (markanın kullanılması) gerçekleştirmemesi, markasına dayanarak ileri sürdüğü iddiaların, karşı tarafça *kullanmama def'i* yoluyla engellenmesine yol açar.

Markanın kullanılmamasının sonucu markanın kendiliğinden geçersiz sayılması değildir. Tescilli markanın beş yıllık kullanmama sonucunda iptal edilmesi için, üçüncü kişi tarafından SMK m. 26/1-a hükmüne göre iptalinin talep edilmesi gerekir. Benzer şekilde, tescilli marka sahibinin SMK çerçevesinde sahip olduğu (1) tecavüz davası açma, (2) yapılan sonraki başvuruya itiraz etme, (3) aynı/benzer markanın hükümsüzlüğünü talep etme hakları, ancak bu taleplerin yöneltildiği üçüncü kişinin "*kullanmama def'i*" ileri sürmesine bağlıdır. Bir diğer ifade ile marka üzerindeki hak kendiliğinden etkisiz hale gelmez ve ortadan kalkmaz, üçüncü kişilerin bu yönde talepte bulunması gerekir. Kullanmama def'i ileri süren kişi, tescilli markanın sağladığı hakların kullanılmasını engellerken; markanın iptali talebi, markanın marka sicilinden terkin edilmesine yol açacaktır. Markanın geriye dönük beş yıllık süre içinde kullanılması, markaya bağlı bazı hakların kullanımının adeta ön şartıdır¹⁰.

Gerek Türk gerek AB marka hukukundaki düzenlemeler, marka sahibi açısından markayı kullanma yükümlülüğü getirmiştir. Bu kullanımın ticaret hayatındaki "gerçek kullanım" olması gerekir. Ancak bu kullanma yükümü, marka tescil edilir edilmez başlamaz. Bunun yerine marka sahibine beş yıllık "hoşgörü süresi" tanınmıştır¹¹. Tanınan bu hoşgörü süresi içinde marka sahibinin, marka hakkına dayanabilmesi için markasını kullandığını ispatlamak zorunda değildir. Beş yıllık hoşgörü süresi içinde, marka hakkı sahibi kullanmadığı markasına dayanarak, başkasının markasına itiraz edebilir, tecavüz davası ve hükümsüzlük davası açabilir. Eğer markanın beş yıldan

⁹ Aşağıda ayrıca değinilecektir, ancak Paris Sözleşmesi ve TRIPS markanın kullanılmasını zorunlu kılmamaktadır. Ancak üye ülkede böyle bir zorunluluğun öngörülmesi halinde buna bağlanacak sonuca ilişkin düzenleme getirmektedir. Türkiye AB'ye üye olmadığı için, AB Yönergesinin Türkiye'de doğrudan uygulanması mümkün değildir.

¹⁰ Adeta dememizin sebebi, bu sonucun kendiliğinden gerçekleşmemesidir.

¹¹ Bu konuda ayrıca bkz EUIPO'nun Kullanım İspatı Kılavuzu < https://euipo.europa.eu/tunnel-web/secure/webdav/guest/document_library/contentPdfs/trade_marks/Guidelines/16_part_c_opposition_section_6_proof_of_use_en.pdf > Erişim Tarihi 17 Haziran 2010; Kaya, *Marka Hukuku* (n 7) 198 vd; Sabih Arkan, *Marka Hukuku, Cilt II* (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 1998) 162.; Çolak, (n 6) 955 vd; Çoşgun, (n 7) 52 vd; Bektaş, (n 7) 235-237;

daha kısa bir süre kullanılmadığı tespit edilirse, marka sahibi tescilden doğan bütün haklarını engelsiz bir şekilde kullanabilir. Ancak markanın beş yıldan daha uzun süre kullanılmadığı tespit edilirse, karşı taraf markanın kullanılmaması def’ini ileri sürerek, tescilli markadan doğan hakların kendisine karşı kullanılmasını engelleyebilir¹².

Markanın kullanılmasının yükümlülük haline getirilmesinde ve bunun marka sahibi tarafından kanıtlanmasının talep edilmesindeki temel amaç, kullanılmayan markaların kullanmak isteyen kişilerin kullanımına açılmasıdır. Markanın belli bir süre boyunca fonksiyonlarına uygun olarak ticarete kullanılmaması, başkalarının ticaret hayatına girmelerine engel olmaktadır. Dolayısıyla ancak fonksiyonlarına uygun olarak kullanılan bir marka sahibinin başkalarını engelleme hakkına sahip olabileceği kabul edilmektedir¹³.

Ancak tescilli markanın fonksiyonlarına uygun olarak belli bir süre kullanılmaması, yetkili merci tarafından re’sen incelenen bir husus değildir. Mahkemeler ve Türkpatent, ancak karşı tarafça talep edilmişse tescilli markanın gerçekten kullanılıp kullanılmadığını incelemektedir. Bundan dolayı bu bir def’i olarak karşımıza çıkmaktadır: kullanmama def’i.

B. Patentin Kullanılması Zorunluluğu ve Öngörülen Hoşgörü Süresi

SMK m. 130’da patent için de kullanılma zorunluluğu getirilmiş ve kullanılmama halinde patent hakkı sahibi aleyhine uygulanacak sonuçlar belirlenmiştir; “Patent sahibi veya yetkili kıldığı kişi, patentle korunan buluşu kullanmak zorundadır. Kullanımın değerlendirilmesinde pazar şartları ve patent sahibinin kontrolü ve iradesi dışındaki şartlar göz önünde tutulur.”. Patentlerin kullanılmaması halinde öngörülen sonuçlar, marka için öngörülen sonuçlardan farklıdır. Marka için yukarıda gördüğümüz üzere, markanın iptaline dahi gidilebilirken, patentin kullanılmaması halinde bu şekilde bir yaptırım öngörülmemiştir. Patentin kullanılmaması halinde, patent üzerindeki hakkın iptali veya hükümsüzlüğü söz konusu olmadığı gibi, kullanılmamanın def’i yoluyla patent sahibine karşı ileri sürülmesi söz konusu değildir. Ancak burada da patent hakkı sahibinin tekel hakkına bir müdahale bulunmaktadır. Kural olarak patent hakkı sahibinin tasarruf yetkisine üçüncü kişilerin müdahalede bulunması mümkün değilken, patent hakkı sahibinin patent konusunu belli bir süre içinde kullanmaması buna istisna teşkil eder¹⁴.

¹² Markayı kullanılmamanın sonuçları için bkz Bektaş, (n 7) 235 vd., 249 vd.; Karaca, *Markayı Kullanma Zorunluluğu* (n 7) 67 vd.

¹³ Bu konuda bkz 12.03.2003 tarihli ve T-174/01 sayılı Silk Cocoon kararı, paragraf n 37 ve 38. Nitekim bu kararda da belirtildiği gibi bu görüş 89/104 sayılı AB Yönergesinin giriş kısmında yer alan sekizinci gerekçe ile örtüşmektedir.

¹⁴ Patente zorunlu lisans hakkında geniş bilgi için bkz Arslan Kaya, ‘551 Sayılı Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Karamame ile Getirilen Zorunlu Lisans Sistemi’ (Zorunlu Lisans) (1996) LV İHFM, 335, 344; İlhami Güneş, *Sınai Mülkiyet Kanunu Işığında Uygulamalı Patent ve Faydalı Model Hukuku (Patent ve Faydalı Model)* (2. Baskı, Seçkin 2019) 199 vd.; Deniz Topçu, *Patent Lisans Sözleşmeleri*, (Seçkin 2016) 33 vd.; Tamer Soysal, *Tarımda Biyoteknoloji Uygulamaları ve Patent Hakları* (Adalet 2019) 269 vd.; Suluk ve Karasu ve Nal, (n 8) 282 vd.

SMK m. 130/2 hükmüne göre, “Patentin verilmesi kararının Bültende yayımlanmasından itibaren üç yıllık veya patent başvurusu tarihinden itibaren dört yıllık sürelerden hangisi daha geç sona eriyorsa, o sürenin bitiminden itibaren ilgili herkes zorunlu lisans talebinin yapıldığı tarihte, patent konusu buluşun kullanılmaya başlanmamış olduğu veya kullanım için ciddi ve gerçek girişimlerde bulunulmadığı ya da kullanımın ulusal pazar ihtiyacını karşılayacak düzeyde olmadığı gerekçesiyle zorunlu lisans verilmesini talep edebilir. Söz konusu durum, haklı bir neden olmaksızın, buluşun kullanımına aralıksız olarak üç yıldan fazla ara verildiği hâllerde de uygulanır”. Bu hükme göre, kişinin patent konusu buluşu fiilen kullanılmaması, üçüncü kişilerin bu buluşu kullanmak için zorunlu lisans talep etmesine yol açabilir. Ancak maddede de düzenlediği üzere, *zorunlu lisans talep eden kişi zorunlu lisans talebinin yapıldığı tarihte, patent konusu buluşun kullanılmaya başlanmamış olduğu veya kullanım için ciddi ve gerçek girişimlerde bulunulmadığı ya da kullanımın ulusal pazar ihtiyacını karşılayacak düzeyde olmadığını ispatlamalıdır*¹⁵.

Patent hakkı, sahibine tekel niteliğinde bir hak bahşetmektedir. Ancak tekel hakkının devamının sağlanabilmesi için, buluşun ekonomiye kazandırılması aranmaktadır. Sadece tescil edilen ve sonrasında kullanılmayan, sadece bir alanın başkalarına kapatılmasına hizmet eden bir tescil korunmamış ve patentin, başvuru sahibi tarafından kullanılmaması halinde, üçüncü kişilere bu patenti ekonomiye kazandırmaları için zorunlu lisans talep hakkı tanınmıştır. Patenti kullanmamanın yaptırımını, patentin zorunlu lisansa konu olmasıdır¹⁶. Kullanmamaya bir hukuki sonuç bağlanabilmesi için, zorunlu lisansın talep edildiği tarih itibarıyla, kullanımının gerçekleşmediği veya gerekli düzeyde olmadığı kanıtlanmalıdır. Netice olarak, tıpkı markada olduğu gibi, talepte bulunulduğu tarihte kullanmama durumu bulunmalıdır. Eğer Kanunda belirtilen sürede kullanmama gerçekleştirildikten sonra, kişi buluşu kullanmaya başlamışsa, artık zorunlu lisans talep etme hakkı düşer.

II. Başvuru İçin Tanınan Hoşgörü Süresi

SMK'nın 57/2. maddesi tasarımlar açısından, SMK'nın 84. maddesi de patentler için hoşgörü süresi öngörmüştür. Hoşgörü süresi, başvuru tarihinden önce hak sahibi lehine tanınan bir süre olup, bu süre zarfında hak sahibi tarafından yapılan açıklamalar, başvuru anındaki “yeniliği” zedelememektedir. Bu durumda, ilk açıklamadan itibaren belli bir süre içinde yapılan başvurular, önceki açıklamalardan etkilenmemektedir¹⁷. Hoşgörü süresi, hak sahibi tarafından veya onun izni ile yapılan açıklamalar ile başvuru tarihi arasında geçecek süredir. Bu süre üçüncü kişilerin

¹⁵ Kaya, ‘Zorunlu Lisans’ (n 14) 335, 344; Topçu, (n 14) 33-35; Soysal, (n 14) 269 vd.

¹⁶ Tekinalp, (n 7) 551; Güneş, *Patent ve Faydalı Model*, (n 14) 199-200; Erdal Noyan, ‘*Patent Hukuku*’, (Adalet 2011) 596.

¹⁷ Tahir Saraç, ‘Sınai Hakların Korunmasında Yenilik Şartı Açısından ‘Tekniğin Bilinen Durumu’ Kavramı ve Kapsamı’ (2003) XXII/2 BATİDER 117, 133; Carlos Correa, *Intellectual Property Rights, the WTO and Developing Countries* (Zed 2000) 58-59; Özgür Öztürk, *Patent Verilebilirlik Şartları* (Arıkan 2008) 226-229; Soysal, (n 14) 536 vd.; Suluk ve Karasu ve Nal, (n 8) 245; Fülürya Yusufoglu, *Patent Verilebilirlik Şartları* (Vedat 2014) 219 vd.

izinsiz olarak yaptıkları açıklamalardan farklı olup, bizzat hak sahibi tarafından veya onun izniyle yapılan açıklamalardan itibaren işlemeye başlar¹⁸. Örneğin 1.1.2020 tarihinde Türkiye’de yapılan açıklamadan itibaren 12 ay içinde Türkiye’de yapılan başvuru, önceki açıklamalardan etkilenmemiş olur.

İlk açıklama tarihinden itibaren 12 ay içinde tasarım/patent için yapılan başvuru hukuka uygun bir başvuru olarak kabul edilmektedir¹⁹. Başvurudan önceki 12 ay içinde yapılan açıklamalar, patent ve tasarım tescil belgesi verilmesine engel oluşturmaz ve kişi tekel hakkını sorunsuz bir şekilde elde eder.

Ancak 12 aylık süre içinde gerekli başvuru yapılmazsa, artık yapılan açıklama kişinin kendi başvurusunu zedeleyeceği için, başvuru kabul edilmeyecektir.

III. COVID-19 Sürecinde Sürelere İlişkin Hukuki Durum

A. Türk Hukukundaki Durum

7226 Sayılı Kanun Geçici Madde 1 COVID-19’un pandemi olarak ilan edilmesinden sonra, 7226 sayılı Kanun ile Türk Hukukunda bazı düzenlemeler yapılmıştır. Kanunun Geçici 1. Maddesinde, pandemi nedeniyle bazı sürelerin duracağı öngörülmüştür. Düzenlemenin ilgili bölümü şu şekildedir:

COVID-19 salgın hastalığının ülkemizde görülmüş olması sebebiyle yargı alanındaki hak kayıplarının önlenmesi amacıyla;

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; 6/1/1982 tarihli ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu, 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ve 12/1/2011 tarihli ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile usul hükmü içeren diğer kanunlarda taraflar bakımından belirlenen süreler ve bu kapsamda hâkim tarafından tayin edilen süreler ile arabuluculuk ve uzlaştırma kurumlarındaki süreler 13/3/2020 (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. Bu kararlar Resmî Gazete’de yayımlanır.

¹⁸ Güneş, *Patent ve Faydalı Model* (n14) 84, 85, 94.

¹⁹ Yargıtay 11. HD 15129/17113, 15.12.2011; Yargıtay 11. 5482/10633, 15.10.2009; Yargıtay 11. HD 8183/13106, 18.12.2009 (www.kazanci.com.tr).

Hüküm incelendiğinde, kanunlarda öngörülen bütün sürelerin durmasından bahsedilmediği açık bir şekilde görülmektedir. Öncelikle belirtmek gerekir ki, maddenin ilk cümlesinde de ifade edildiği üzere, sürelerin durmasına ilişkin bu düzenleme ile yargı alanındaki hak kayıplarının önlenmesi amaçlanmaktadır. Bu nedenle, durması öngörülen süreler durmadığı, işlemeye devam ettiği takdirde yargı alanında bir hak kaybının gündeme gelmesi gerekir. Bu ön şart dikkate alınarak, hükümde belirtilen sürelerin neler olduğu belirtilmiş ve *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* oldukları ifade edilmiştir. Hükümde, duracak olan sürelerin sayma yoluyla belirtildiği gibi bir izlenim ortaya çıkıyor olmakla birlikte, durumun böyle olmadığı düzenlemenin bütününden anlaşılmaktadır. Öyle ki, hüküm, çeşitli süreler dedikten sonra, bir hakkın doğumu, kullanımı veya sona ermesine ilişkin bütün süreler demek suretiyle, aslında, sayma yoluyla belirtmiş olduğu sürelerin örnek olarak verildiğini de ifade etmektedir. Bu çerçevede, durması öngörülen sürelerin, hangi nitelikte süre olduğu değil, o sürenin bir hakkın doğumu, kullanımı veya sona ermesine ilişkin olması gerektiği açıktır. Diğer bir ifade ile bir hakkın doğumu, kullanımı veya sona ermesine ilişkin öngörülen sürelerin, onların nitelikleri, yani zamanaşımı veya hak düşürücü süre gibi bir süre olmalarına bakılmadan durmaları öngörülmüştür. Ancak tekrar ifade edilmesi gerekir ki, bir sürenin bu nitelikte olması, yani bir hakkın doğumu, kullanımı veya sona ermesine ilişkin olması tek başına yeterli değildir. Ayrıca, bahsi geçen süre zarfında, hak sahibinin adli bir başvurusunun da gerekli olması gerekir. Zira, Geçici madde 1'in ilk cümlesinde de belirtildiği üzere, sürelerin durması, COVID-19 pandemisi nedeniyle yargı alanındaki hak kayıplarının önlenmesi amacıyla kabul edilmiştir. Yani, bir sürenin durması, ancak hak sahibinin, öngörülen süre içinde yargı yoluna başvurusunun gerekliliği durumunda gündeme gelecektir. Aksi halde, yargısal bir başvuruya gerek olmayan durumlarda, öngörülen süre, bir hakkın doğumu, kullanımı veya sona ermesine ilişkin olsa bile, onun duracağından bahsedilemez. Örneğin, bir sözleşmenin sona erdirilmesi, kural olarak, yargı yoluna başvurularak gerçekleştirilmez. Bunun için, sözleşmeyi sona erdirecek olan tarafın, bozucu yenilik doğurucu beyanı yeterlidir. Bu beyanın noter marifetiyle ya da iadeli taahhütlü mektupla yapılmasının gerekliliği de sonucu değiştirmez. Bu bildirim, yargı yoluna başvurmayı gerektirmez. Bu nedenle de Geçici 1. maddede belirtildiği gibi, öngörülen sürenin yargı alanında hak kaybına neden olacağından bahsedilemez. Aynı şekilde, sürenin niteliği ne olursa olsun, o süre zarfında, yargı yoluna başvurulması gibi bir gereklilik bulunmuyorsa, 7226 sayılı Kanunun Geçici 1. maddesi gereğince bir sürenin duracağını söylemek mümkün değildir.

Yine, hükümde, zorunlu idari başvuru sürelerinden de bahsedilmektedir. Öngörülen süre bu nitelikte bir süre olduğu takdirde, bu sürenin de duracağı açıktır. Aynı sonuç, idari bir başvuruyu konu edinmese bile, ibraz süreleri açısından da geçerlidir. İbrazın bir bankaya ya da benzer bir mercie yapılması da önemli değildir. İbraz süresine riayet edilmemesi de dolaylı olarak yargısal hak kayıplarına neden olacağından ve aynı zamanda Geçici 1. Maddede de açıkça ifade edildiğinden, duracak olan sürelerdendir²⁰. Kısaca özetlemek gerekirse, Geçici 1. madde ile durması öngörülen süreler, o süre zarfında, adli, idari veya benzer bir başvuruyu gerekli kılan sürelerdir. Şayet öngörülen süre zarfında herhangi bir mercie başvuru gerekli değilse, o sürenin duracağından bahsedilemeyeceği de açıktır. Zaten hükmün amacı da böyle bir sonuca imkân vermez.

B. Ulusal veya Uluslar Üstü Bazı Fikri Mülkiyet Ofislerinin Sürelere İlişkin Uygulamaları

COVID-19'un pandemi olarak ilan edilmesinden sonra, fikri haklarla ilgili olarak birçok ulusal ve uluslar üstü kuruluş gerekli koruma önlemleri almaya başladılar. Bu çerçevede burada çok kısa bir şekilde bunlardan bazılarına değinilecektir.

Bu önlemlerden biri, bizi de yakından ilgilendiren, EUIPO'nun aldığı önlemlerdir. Avrupa Birliği Fikri Mülkiyet Ofis Müdürü, 16 Mart 2020 tarihli Decision No EX-20-3 no.lu kararı ile bu konudaki uygulamayı ortaya koymuştur. Yapılan açıklamada, AB'nin 2017/1001 sayılı Tüzük m. 101/4'e göre EUIPO Müdürü, doğal afet, grev, darbe gibi olağan üstü hallerde, Ofis nezdinde işlem yapan kişilerin işlem yapmaları için tanınan sürelerin, bu tarihlerde sona ermesi halinde, süreleri uzatma yetkisine sahiptir. EUIPO Müdürü, coronavirüs hastalığının olağanüstü hallerden sayıldığı ve EUIPO nezdinde işlem yapan kişilerin işlem yapmaları için tanınan sürenin 9 Mart ile 30 Nisan 2020 arasında sona ermesi halinde, sürelerin 1 Mayıs 2020 tarihine kadar uzatıldığı yönünde karar vermiştir²¹.

Bu noktada sürelerin uzatılması ile sürelerin durması arasındaki farka kısaca değinmek yerinde olacaktır. Yukarıda da izah ettiğimiz üzere, 7226 sayılı Kanun'un Geçici 1. maddesi ile Türk Hukukunda bazı sürelerin durmasına karar verilmiştir. Bilindiği üzere zamanaşımının durması, kanunda öngörülen durma sebebinin gerçekleşmesinden sona ermesine kadar geçen sürede zamanaşımının işlememesini ifade eder. Durma nedeni gerçekleştiğinde, zamanaşımı hiç işlemeye başlamamışsa (*ab initio*), ortaya çıkan nedenin kalkmasına kadar işlemeye başlamayacağını; işlemeye başlamış ise, öngörülen nedenin ortaya çıkmasından ortadan kalkmasına kadar donacağını (*praescriptio dormit*) ifade eder. Yine, zamanaşımının durmasında,

²⁰ Bu konuda bkz Pahlı, (n 3) 1.

²¹ <https://euipo.europa.eu/tunnel-web/secure/webdav/guest/document_library/contentPdfs/law_and_practice/decisions_president/EX-20-03_en.pdf> Erişim Tarihi 17 Haziran 2020.

durma anına kadar işlemiş olan süre varlığını sürdürür. Bir müddet için işlemiş olan süre, kaldığı yerden işlemeye devam eder (TBK m. 153/son). Böylelikle zamanaşımının durması zarfında geçen süre, zamanaşımına o süre kadar eklemek anlamına gelir²². 7226 sayılı Kanun ile kabul edilen durma nedeni ile birlikte bütün sürelerin duracağı öngörülmüştür. Oysa, EUIPO tarafından bütün sürelerin duracağı gibi bir düzenleme yapılmamış, sadece EUIPO nezdinde işlem yapan kişilerin işlem yapmaları için tanınan sürenin, açıklamada belirtilen ve daha sonra uzatılan dönem içinde sona ermesi durumunda, bu kişilere işlem yapmaları için son bir tarih tanınmıştır. EUIPO nezdinde işlem yapacak olan kişinin süresinin ne kadar kaldığı önemli değildir. İşlem için süresi bir gün kalan da on gün kalan da işlem için belirlenen son günde işlemini yapmalıdır. Oysa durma halinde, her bir kişi için tanınan süreye, o durma zarfında geçen süre kadar ekleme yapılır. Görüldüğü üzere, 7226 sayılı Kanun ile bütün süreler durdurulurken, EUIPO tarafından, sadece belli şartlarda işlem için son gün tanınmaktadır.

Corona virüs hastalığının etkilerinin halen devam etmesi üzerinde EUIPO Genel Müdürü 29 Nisan 2020 tarihinde Decision No EX-20-4 kararını vererek, sürelerin 1 Mayıs ile 17 Mayıs 2020 tarihleri arasında sona ermesi halinde, tarafların 18 Mayıs 2020 tarihine kadar başvuru yapabileceklerini belirtmiştir. Ancak taraflar uzatılan sürelerden önce işlem yaparlarsa, sözü edilen ek sürenin sona erdiği kabul edilecektir²³. EUIPO tarafından 15 Mayıs'ta yapılan resmi açıklamada sürelerin 18 Mayıs'a kadar uzatıldığı ve bu tarihten sonra sürelerin tekrar uzatılmayacağı belirtilmiştir²⁴.

Görüldüğü üzere EUIPO, sürelerin durması yönünde değil, uzaması yönünde karar vermiştir. Üstelik sürelerin sadece tek bir gün olarak uzatıldığı görülmektedir.

Yukarıda belirtildiği şekilde **EUIPO, 9 Mart 2020 ile 17 Mayıs 2020 tarihleri arasında biten süreleri 18 Mayıs'a kadar uzatmıştır**²⁵. Ayrıca **EUIPO tarafından yapılan açıklamada, hangi sürelerin uzatmadan etkileneceği de açıklanmıştır**. Gerek Marka Tüzüğü'nün 101/4 hükmüne gerek EX-20-3 ve EX-20-4 kararına göre, sadece işlemlere ilişkin süreler uzamış sayılmaktadır. Açıklamada yer alan **“bütün süreler” ibaresinin “işlemlere ilişkin bütün süreler”** olarak anlaşılması gerektiği belirtilmiştir. Ayrıca hangi sürelerin buna dahil olduğuna ilişkin bir liste de sunulmuştur. Listede yer alan bütün sürelerin işlem süreleri olduğu görülmektedir. Rüçhan hakkı süresi, başvuru süresi, ödemelerin yapılacağı süre, itiraz süresi, markanın yenilemesi süresi gibi sürelerin uzamaya matuf olacağı açıklanmıştır. Yapılan açıklamada ayrıca, sürelerin niteliğine ilişkin bilgiler de almaktadır. **Bu açıklamaya göre, uzatılan**

²² Bu konuda ayrıntılı açıklamalar için bkz Mehmet Erdem, *Özel Hukukta Zamanaşımı* (Onikilevha 2010) 266-269

²³ <https://euiipo.europa.eu/tunnel-web/secure/webdav/guest/document_library/contentPdfs/law_and_practice/decisions_president/EX-20-04_en.pdf> Erişim Tarihi 17 Haziran 2020.

²⁴ <<https://euiipo.europa.eu/ohimportal/en/news/-/action/view/5755471>> Erişim Tarihi 17 Haziran 2020.

²⁵ <<https://euiipo.europa.eu/ohimportal/en/COVID-19-information>> Erişim Tarihi 17 Haziran 2020.

süreler, sadece son günü 9 Mart 2020 ile 17 Mayıs 2020 tarihleri arasında olan sürelerdir. Bu husus açıklamada özellikle belirtilmiştir²⁶. Görüldüğü üzere EUIPO’da süreler durmamış ve kesilmemiş, sadece uzatılmıştır. Bu uzatma da sadece tek bir günlük uzatmadır. Bir diğer ifade ile son başvuru günü 9 Mart-17 Mayıs 2020 tarihleri arasına düşen başvurular 18 Mayıs 2020 tarihine kadar uzatılmıştır²⁷.

COVID-19 ile ilgili olarak Avrupa Patent Ofisi (EPO) tarafından yayınlanan üç açıklama ile EPO karşısında işleyecek sürelerin 15 Marttan başlamak üzere uzatıldığı belirtilmiştir. İlk açıklama 15 Mart 2020 tarihli olup, sürelerin 17 Nisan 2020’ye kadar uzatıldığı belirtilmiştir²⁸. İkinci açıklama 16 Nisan 2020 tarihli olup ve EPO karşısında yapılacak işlemler için öngörülen sürelerin 4 Mayıs 2020’ye kadar uzatıldığı belirtilmiştir²⁹. 1 Mayıs 2020 tarihli açıklama ile ise EPO nezdinde yapılacak işlemler için öngörülen süreler 2 Haziran 2020 tarihine kadar uzatılmıştır³⁰. **Sonuç olarak EPO nezdine 15 Mart veya sonraki tarihlerde sona eren süreler 2 Haziran 2020 tarihine kadar uzatılmıştır. Burada da sürelerin durması veya kesilmesi söz konusu olmayıp, sadece işlemlerin yapılması için öngörülen süreler uzatılmıştır³¹. Ayrıca EPO’nun son açıklamasında, uzatılan sürelerin rüçhan süreleri için geçerli olmadığı açıklığa kavuşturulmuştur³².** Mesela PCT ile yapılan uluslararası bir başvuruya dayanılarak EPO nezdinde rüçhan hakkı talep edilecekse, on iki aylık rüçhan hakkı süresi uzatılmayacaktır³³.

İngiltere’de 27 Mart 2020 tarihinde UKIPO tarafından yapılan açıklamada, Hükümet tarafından yapılan tavsiyeler sonucunda, 24 Mart 2020 tarihinden itibaren sürelere ara verildiği belirtilmiştir. 28 Mayıs 2020 tarihinde, sürelerin uzatılması hususunda tekrar açıklama yapılacağı belirtilmiştir. **Açıklamada bu süreler, IPO’daki normal çalışmanın mümkün olmadığı süreler olarak belirtilmiş ve olağanüstü bu durumun sonra ermesini takiben hak sahiplerine başvurularını yapabilecekleri minimum iki haftalık sürenin tanınacağı belirtilmiştir.** 24 Marttan sonraki süreçte bitecek olan sürelerin büyük kısmının uzatılmış olmasına rağmen, kişilerin yine

²⁶ < <https://euipo.europa.eu/ohimportal/en/news/-/action/view/5726739> > Erişim Tarihi 17 Haziran 2020

²⁷ Bu konuda bkz Elif Aykurt Karaca, ‘COVID-19 Salgını Nedeniyle Sürelerin Uzatılmasına Dair Avrupa Birliği Fikri Mülkiyet Ofisi Kararları ve Uygulaması’ < <https://iprgezgini.org/2020/05/27/COVID-19-salgini-nedeniyle-surelerin-uzatilmasina-dair-avrupa-birligi-fikri-mulkiyet-ofisi-kararları-ve-uygulaması/> > Erişim Tarihi 17 Haziran 2020.

²⁸ OJ EPO 2020, A 29 < <https://www.epo.org/law-practice/legal-texts/official-journal/2020/03/a29/2020-a29.pdf> > Erişim Tarihi 17 Haziran 2020.

²⁹ OJ EPO 2020 A 43 < <https://www.epo.org/law-practice/legal-texts/official-journal/2020/04/a43/2020-a43.pdf> > Erişim Tarihi 17 Haziran 2020.

³⁰ < <https://www.epo.org/law-practice/legal-texts/official-journal/information-epo/archive/20200501.html> > Erişim Tarihi 17 Haziran 2020.

³¹ Rule 134(2) EPC, ‘Periods expiring on or after 15 March 2020 are extended for all parties and their representatives to 2 Haziran 2020’.

³² < <https://www.epo.org/law-practice/legal-texts/official-journal/information-epo/archive/20200501.html> > Erişim Tarihi 17 Haziran 2020.

³³ < <https://www.mewburn.com/news-insights/coronavirus-COVID-19-extension-at-the-epo-part-2> > Erişim Tarihi 17 Haziran 2020.

de sürelele riayet etmeleri konusunda cesaretlendirildikleri belirtilmiştir. **Açık bir şekilde şu husus da belirtilmiştir: Eğer son gün, olağanüstü olarak belirtilen sürelerden sonraki bir tarihte sona eriyorsa, bu süreler uzatılmayacaktır.** Bu açıklama yapılarak, aslında İngiltere IPO'daki sürelerin durmadığı, sadece uzatıldığı belirtilmiş ve bu konuda oluşabilecek sorunlar önlenmiştir³⁴. **Rüçhan hakkının bu sürelerde dahil olmadığı ve süresi içinde ileri sürülmesi gerektiği belirtilmiştir.**

25 Mart 2020 tarihli ve n°2020-306 no.lu kararname ile 12 Marttan itibaren ve tıbbi aciliyet durumunun sona ermesinden itibaren bir ay içinde sona erecek olan süreler bir ay uzatılmıştır. Eğer öngörülen ilgili süre iki aylık veya daha uzun süre ise, tıbbi aciliyet durumunun sona ermesinden itibaren iki ay uzamaktadır. Buradaki sürelerin INPI (Fransız Fikri Mülkiyet Enstitüsü) önünde yapılacak işlemlere ilişkin olduğu ve markaya itiraz, markanın yenilenmesi, ile INPI tarafından yapılan işlemlere cevaben yapılacak işlemlere ilişkin süreler olduğu belirtilmiştir. Ayrıca uluslararası anlaşmalarda veya AB müktesebatında belirtilen sürelerin bunlara dahil olmadığı ve rüçhan hakkına ilişkin sürelerin de bundan etkilenmeyeceği belirtilmiştir³⁵.

Netice olarak, yukarıda incelendiği üzere, sürelerin durmasından değil, son günü olağanüstü durum sebebiyle belirtilen tarihlerde kalan başvurulara ve işlemlere ilişkin tarihlerin uzatılacağı belirtilmiştir. Bir işlemin yapılması için öngörülen belli sürenin son gününün yukarıda belirtilen tarihlere denk gelmesi durumunda, son güne ilişkin süreler uzatılmıştır. Ancak bütün sistemlerde bu sürelerin uzamasının ön şartı, son gününün belirtilen tarihlere rast gelmesidir. Yoksa genel bir şekilde sürelele bir eklemenin yapılması söz konusu değildir. İncelenen bu hukuk sistemlerinden hiçbirinde sürelerin Türk Hukukundaki gibi durmasından bahsedilmemektedir. Zira amaç, pandeminin doğrudan etkilerinin bertaraf edilmesidir. Öngörülen süreler de sadece idari sürelerdir. Hiçbir düzenlemede, herhangi bir hoşgörü süresinin uzatılmasından bahsedilmemektedir.

Ne yazık ki Türkiye'de farklı bir yaklaşım benimsenmiş ve son başvuru süresinin 13 Mart-15 Haziran tarihleri arasındaki bir güne rast gelmesi halinde başvuru süresinin uzatılmasından bahsedilmemiş; bunun yerine herhangi bir süre kısıtlaması göz önünde bulundurulmaksızın, hak düşürücü sürelerin ve idari başvuru sürelerinin durması düzenleme altına alınmıştır. Bu ise yukarıda da belirtildiği gibi, bütün hak düşürücü sürelerin ve idari başvuru sürelerinin son gününün hangi tarihte olduğu göz önünde bulundurulmaksızın, genel bir şekilde uzamasına yol açmıştır.

³⁴ < <https://www.gov.uk/government/news/ipo-interrupted-days> > Erişim Tarihi 17 Haziran 2020.

³⁵ < <http://mvm-avocat.fr/COVID-19-extension-des-delais-devant-les-offices-de-propriete-intellectuelle/> > Erişim Tarihi 17 Haziran 2020; <https://www.lemondedudroit.fr/decryptages/69220-impact-coronavirus-covid19-delais-propriete-intellectuelle.html> > Erişim Tarihi 17 Haziran 2020.

IV. Hoşgörü Sürelerinin Hukuki Niteliği ve 7226 Sayılı Kanun'un Uygulama Alanına Dahil Olup Olmadıklarının Tespiti

Bilindiği gibi, kanunlarımızda çeşitli sürelerle yer verilmiştir. Öngörülen sürelerin bir kısmı zamanaşımı süreleri iken bir kısmı da hak düşürücü süre niteliğindedir. Bununla birlikte, hak düşürücü süre veya zamanaşımı süresi niteliğinde olmayan süreler de söz konusudur. Zamanaşımı süresi, kural olarak alacak haklarını konu edinir. Zamanaşımı süresi, kanunun öngördüğü bir zaman diliminde, borçlu veya alacaklının, kanunun öngördüğü davranışları yerine getirmemeleri nedeniyle, alacağın dava veya cebri icra marifetiyle elde edilebilmesi imkanının kaybedilmesidir. Yani, öngörülen süre zarfında, alacaklı veya borçlunun kanunun belirttiği davranışları sergilememesi durumunda, alacak zamanaşımına uğrar³⁶.

Hak düşürücü süre de, zamanaşımı süreleri gibi, belli bir takım davranışları gerekli kılar. Hak düşürücü sürede, hak sahibinin hakkını ileri sürmemesi veya yapması gerekli olan işlemleri yapmaması hakkın kaybına, diğer bir ifade ile onun sona ermesine neden olur. Zamanaşımı süresinde ise, sürenin dolması hakkın sona ermesine neden olmamakta, sadece o hakkın dava veya cebri icra marifetiyle ileri sürülmesi imkanından yoksun kalmasına neden olmaktadır³⁷.

Bu süreler dışında da kanunlarımızda süreler öngörülmektedir. Örneğin hakkın varlık süresi (*Fatalfrist; délai préfix*) olarak nitelendirilecek olan süreler böyledir. Süreye bağlı haklarda gündeme gelen bu sürelerde, hak öngörülen sürece varlığını sürdürmekte ve sürenin sona ermesi ile birlikte hak da sona ermektedir. Hak düşürücü süreden farklı olarak burada bir davranışta bulunulması, hakkın mevcudiyeti açısından önemli değildir. Bu nitelikteki sürelerde hakkın kullanılması süreyi uzatmayacağı gibi, kullanılmaması da hakkın kaybına neden olmaz. Hak sahibi hakkını kullanmasa bile, hak o süre zarfında mevcuttur. Örneğin FSEK m. 27'de öngörülen süre bu niteliktedir³⁸.

Bu sürelerle benzeyen ancak ondan kısmen farklı bir süre de hoşgörü süresi olarak nitelendirilen, örneğin SMK m. 9'da öngörülen nitelikte sürelerdir. Koruma süresi olarak nitelendirilecek olan bu sürede, hak sahibinin hakkını kullanması gerekir. Hakkın öngörülen sürede kullanılması hakkın devam etmesini ve bir itirazla karşılaşmamasını sağlar. Aksi halde, hakkın sona ermesi gündeme gelebilir. Bu nitelikteki haklarda hakkın kullanılması, süreye bağlı olan haklardan farklı olarak, hakkın devamını sağlar. Hak düşürücü sürelerden farklı olarak da bu hakkın korunması için hakkın fiilen kullanılması yeterlidir. Keza, hak düşürücü sürede, sürenin sona ermesi hakkı sona erdirirken, hoşgörü sürelerinde, hak derhal sona ermez, ancak üçüncü kişiler tarafından sona erdirilmesi istenebilir veya hakkın kullanımı engellenebilir.

³⁶ Bkz Erdem, (n 22) 7.

³⁷ Bkz Erdem, (n 22) 25 vd.

³⁸ Bu konuda bkz Erdem, (n 22) 31-32.

A. Marka ve Patentler İçin Tanınan Kullanmama Süresinin Hukuki Niteliği

Marka ve patentler için kullanmamaya bağlanan hoşgörü süresi bir hak düşürücü süre değildir. Çünkü sürenin sona ermesiyle hak kendiliğinden ortadan kalkmaz; hakkın özü sona ermez. Ancak beş yıl boyunca marka kullanılmazsa (duruma göre üç ve üç yıl boyunca patent kullanılmazsa), ilgili kişilerin hakkın kullanılmadığını ileri sürerek hakkın kullanılmasını engellemesi gerekir.

Bu nedenle, eğer bir kişi karşı çıkmaz veya hakkın iptalini talep etmezse, hak tam olarak varlığını sürdürmeye devam eder. Hatta markanın beş yıldan uzun bir süre boyunca kullanılmadığı, ancak sonrasında kullanılmaya başlandığı bir durumda, marka hakkı sahibi, SMK'nın kendisine bahsettiği bütün haklarla tekrar donanmış sayılır³⁹. Artık yapmış olduğu itirazlarda ve açmış olduğu davalarda kendisine karşı kullanmama def'i ileri sürülemez. Bir diğer ifade ile marka bir kere ciddi bir şekilde kullanılmaya başlandıktan sonra, itirazla/davayla karşı karşıya kalan kişi, markanın geçmişte bir dönem beş yıl boyunca kullanılmadığını ileri süremez. Görüldüğü üzere hoşgörü süresinin sonunda marka kullanılırsa, kullanmamaya bağlanan bütün sonuçlar kendiliğinden ortadan kalkar.

Keza, hak düşürücü süre, hakim tarafından re'sen (*ex officio*) göz önünde bulundurulur. Hak düşürücü sürenin tamamlanmış olması, hakkı sona erdireceği için bir itiraz teşkil eder. Oysa kullanmama def'i bir def'idir ve ancak ileri sürülmesi durumunda hâkim tarafından göz önünde bulundurulur.

Hoşgörü sürelerinde, hak sahibinin bir adli ya da idari başvuru yapması gerekli değildir. O, sadece hakkını fiilen kullanmak mecburiyeti altındadır. Bu nedenle, bu süreler bakımından 7226 sayılı Kanun Geçici m. 1 uygulama alanı bulmaz. Diğer bir ifade ile bu sürelerin durmasından bahsedilemez.

B. Başvurudan Önceki Açıklamalar İçin Tanınan Hoşgörü Süresinin Hukuki Niteliği

Hukuki nitelik olarak bakıldığında, başvurudan önceki açıklamalar için tanınan hoşgörü sürelerinin hukuki niteliği, kullanmama şeklinde öngörülen hoşgörü süresinin hukuki niteliğinden farklıdır. Açıklamalardan itibaren patent ve tasarımlar için tanınan hoşgörü süreleri teknik olarak hak düşürücü sürelerdir. Zira bu sürelerde kullanılmayan haklar bu sürenin sonunda artık kullanılamaz. Artık kişinin patent başvurusu ve tasarım başvurusu yapma hakkı sona erer.

³⁹ SMK m. 9/1 hükmüne göre kullanmamaya bağlanan "iptal" durumunun gerçekleşmesi için, kullanmamamın beş yıl kesintisiz şekilde gerçekleşmesi gerekir. Bir diğer ifade ile eğer kullanıma başlanırsa, kullanmamaya bağlanan sonuçlar gerçekleşmez. Bektaş, (n 7) 236 vd.

Kişinin başvuru hakkını kaybetmemesi için bu konuda yaptığı ilk açıklama tarihinden itibaren 12 aylık süre içinde Türkipatente başvurusu gerekir⁴⁰. Bu durumda, hakkın kaybedilmesi, belli bir süre içinde Türkipatent'e başvurulmamasına bağlıdır. Hakkın kullanımı bir kuruma başvuruya bağlandığı için, bu süreler 7226 sayılı Kanun Geçici m. 1 çerçevesinde değerlendirilmelidir. Bu durumda 1 Şubat 2020 tarihinde yapılan bir açıklama dolayısıyla, herhangi bir engelle karşılaşmaksızın patent veya tasarım tescil edilebilmesi için başvuru süresi 1 Şubat 2021 tarihinde sona erer. Bu süre içinde başvurunun yapılmaması, artık yapılan başvurunun sakat olması sonucunu doğurur. Kanunun lafzı dikkate alındığında, başvuruyu gerekli kılan bu sürenin durduğu kabul edilmelidir. Netice olarak, bahsi geçen sürelerde idari bir başvuru gerekli olduğundan, bu süreler için de 7226 sayılı Kanun Geçici m. 1 uygulama alanı bulacaktır. Bir diğer ifade ile kişi için tanınan on iki aylık hoşgörü süresi 1 Şubat 2021 tarihinden itibaren doksan beş (95) gün uzamış sayılacaktır. 7226 sayılı Kanun Geçici m. 1 dolayısıyla hoşgörü süresi 1 Şubat 2021 tarihinde değil, 7 Mayıs 2021 tarihinde sona erecektir.

V. COVID -19 İçin Öngörülen Önlemlerin Beş (5) Yıllık Kullanma Yükümüne Etkisi - Burada Geçirilen Süre Haklı Sebep Olarak Değerlendirilebilir mi?

Yukarıda belirtmiş olduğumuz gibi, Geçici madde 1'de yer alan düzenleme ile kullanmama süresinin durması öngörülmemektedir. Ancak yine de bu sürenin SMK çerçevesinde haklı sebep teşkil edip etmeyeceğinin tartışılması gerekir. SMK m. 9/1'e ve SMK m. 26/1-a'ya göre eğer tescilli marka kesintisiz olarak beş yıl boyunca kullanılmamışsa, fakat bu kullanmama haklı bir sebebe dayanıyorsa, markanın iptali talep edilemez⁴¹. Aynı şekilde, kullanmama def'in ileri sürüldüğü durumlarda da, tescilli markanın beş yıllık süre içinde kullanılmamasının haklı sebebe dayandığını ispatlanabilirse, beş yıllık kullanmamaya rağmen, yine de tescilli markaya bağlanan hakları başarılı bir şekilde ileri sürebilir. Bu durumda, SMK m. 19 hükmüne göre tescilli marka sahibi, üçüncü kişinin marka tesciline itiraz ettiyse; SMK m. 29'a göre üçüncü kişiye karşı markaya tecavüz davası açıtıysa veya SMK m. 25'e göre üçüncü kişinin markasının hükümsüzlüğünü talep ettiyse, üçüncü kişinin kullanmama def'ini ileri sürmesi durumunda (SMK m. 19/2, SMK m. 25/7, SMK m. 29/2), önceki tarihli tescilli marka sahibinin markasını ciddi şekilde kullanıp kullanmadığı incelenecektir. Kullanılmadığı tespit edilen markanın kullanılmaması haklı sebebe dayanıyorsa, tescilli fakat beş yıl boyunca kullanılmamış marka sahibinin talepleri incelenir⁴². Haklı sebep istisnasına, Paris Sözleşmesi'nin 5/c1 hükmünde, TRIPS m. 19/1, c'de ve AB Marka Tüzüğü m. 58.1.a'da da yer verilmektedir.

⁴⁰ Tasarımlar için SMK m. 57/2, patentler için SMK m. 84.

⁴¹ Bektaş, (n 7) 219, 240. Patent Hukukunda haklı sebep kavramı için bkz Kaya, "Zorunlu Lisan" (n 14) 347-348.

⁴² Uzunallı, 201 ve 209.

Markanın kullanma yükümünün başladığı tarih, başvuru tarihi olmayıp, markanın tescil edildiği tarihtir. Marka Sicilinde ilan edildikten sonra kullanma yükümü başlar. Nitekim SMK m. 9/1, kullanma yükümünün, markanın tescil tarihinden itibaren işlemeye başlayacağını açıkça belirtmektedir. Hoşgörü süresinin başlangıç tarihi, tescilin gerçekleştiği tarihtir. Buradaki beş yıllık süre geçmediği sürece, kişinin markasının iptali talep edilemeyeceği gibi, kişi markasını kullandığını ispatlamak zorunda kalmaksızın, markasına dayanarak sonraki markanın tesciline itiraz edebilir, tecavüz davası açabilir veya hükümsüzlük talebinde bulunabilir.

TRIPS m. 19/1, c 2'ye göre, *Marka ile korunan mal veya hizmetlere uygulanan ithalat kısıtlamaları veya hükümetçe uygulanan başka koşullar gibi, markanın kullanılmasına engel oluşturan ve marka sahibinin iradesinden bağımsız olarak doğan koşullar, markanın kullanılmaması için geçerli nedenler olarak kabul edilecektir.* Burada bazı haklı sebep hallerinin gösterildiği görülmektedir. İthalat kısıtlamaları veya hükümetçe uygulanan başka koşullar açıkça Sözleşmede belirtilmiş olmakla beraber, bunlar örnek kabilinden sayılmıştır. Haklı sebepler doğrudan doğruya markalı mallara yöneliktir. Ayrıca haklı sebep sayılması için, bu koşulların marka sahibinin iradesinden bağımsız olmalıdır. Ancak marka sahibinin iradesinin dışındaki koşullar haklı sebep olarak değerlendirilecektir. Haklı sebepler, marka sahibinin etki alanı dışında kalan savaş, doğal afet, salgın gibi hallerdir. Hammadde üretilmemesi nedeniyle üretime ara verilmesi haklı sebep teşkil eder⁴³. Ancak mali durumun kötüleşmesi, marka hakkı sahibi şirketin iflas etmesi haklı sebep olarak kabul edilmemiştir⁴⁴.

Yargıtay kararlarına baktığımızda da her durumun haklı sebep olarak kabul edilmediği, şirketin iflas etmesinin haklı sebep olarak değerlendirilmediği görülmektedir⁴⁵.

⁴³ Arkan, (n 11) 148; Dirikkan,(n 8) 219, 259.

⁴⁴ Arkan, (n 11) 149; Güneş, *Fikri ve Sınai* (n 7) 177. Keza markanın devredilmesi de haklı sebep olarak kabul edilmemiştir. Bu konuda bkz; Çolak, *Türk Marka Hukuku* (n 6) 977; Bozgeyik, "Tescilli Markanın Kullanılması" (n 7) 464.

⁴⁵ Yargıtay 11. HD 844/3429, 9.4.2001 kararına göre, hukukumuzda iflas, anonim şirketler için bir infisah sebebi olarak kabul edilmiştir (TTK. 434,1/8). İflas kararı ile birlikte anonim şirketin tüzel kişiliği sona ermeyip, diğer infisah hallerinde (TTK. 434) olduğu gibi, tasfiye aşamasına girer (TTK.439/1) Tasfiye aşamasındaki bir anonim şirketin tüzel kişiliği ise, tasfiye sonuna kadar sürer (TTK.439/II). İflasın açılması ile anonim şirket hak ve fiil ehliyetini kaybetmez, ancak fiil ehliyeti, tasfiye sonuna kadar, tasfiye amacıyla sınırlı olarak devam eder (TTK. 439/II, 450,208). Başka bir anlatımla, anonim şirket tasfiyenin sonuna dek bir hak süjesi olarak kalır, hak ve yükümlülükler anonim şirket tüzel kişiliğine ait olur. Ancak, anonim şirketin mal varlığı üzerindeki tasarruf yetkisi, iflas kararı ile kısıtlanmaya uğrar. Anonim şirketin, mal varlığı üzerindeki tasarruf yetkisi, iflas masasına ilişkin olan konularda iflas idaresine geçer (TTK. 437). İflas idaresi görevini yerine getirirken hem müflis anonim şirketin hem de alacaklıların yararlarını gözetmekle yükümlüdür. Marka hakkının hukuki işlemlere konu olup olamayacağına gelince; gayri maddi mallar üzerindeki marka hakkı mutlak haklardan olup, taşıdığı ekonomik değerden ötürü şirket malvarlığına dahildir. Marka hakkı çeşitli hukuki işlemlere konu oluşturabilir. Örneğin, marka hakkının hasılat kirasına (BK.270) verilmesi mümkündür. 556 sayılı KHK.nin 20 ve 21 nci maddelerinde marka sahibinin (lisans veren), markasının kullanma hakkını lisans alana verebileceği belirtilmiştir. İşte lisans verme yoluyla kullanma da markanın bir kullanım biçimidir. Görüldüğü gibi, müflis şirketin yönetim kurulu, genel kurulu veya iflas idaresi şirket mal varlığına dahil olan markayı yukarıda açıklanan biçimlerde kullanması mümkün iken, bu yollara başvurmadan şirketin iflas ettiğinden bahisle iflasın KHK.nin 14 üncü maddesinde yazılı kullanmama haklı sebebi olarak ileri sürmesi kabul edilemez. Nitekim öğretilerde de mali durumun kötüleşmesinin bir uzantısı olarak marka sahibinin iflası haklı neden olarak değerlendirilmemektedir.

Netice olarak, haklı sebebin bulunması halinde markanın beş yıl boyunca kullanılmaması markanın iptaline ve kullanmama def'in ileri sürülmesine engel olabilir. EUIPO'nun Kullanım İspatı Kılavuzuna göre, hoşgörü süresi bir istisna teşkil ettiği için, dar olarak yorumlanması gerekir⁴⁶. Bu kılavuza göre, marka sahibinin iradesinden bağımsız olan bürokratik engeller, marka ile doğrudan alakalı olmadıkları sürece, tek başına haklı sebep olarak kabul edilmezler. Haklı sebep olarak kabul edilebilmeleri için, markanın kullanımı doğrudan doğruya bürokratik engel dolayısıyla zorlaşmış olmalıdır. Bürokratik engelin aşılması halinde markanın kullanımı mümkün olacaksa, bu durumda bürokratik engelin varlığı markanın kullanılmamasında haklı sebep olarak kabul edilebilir⁴⁷. Bürokratik engel dolayısıyla markanın kullanımının zorlaşmasının, kullanımın imkansızlaşması seviyesinde bulunması aranmamakta, markanın kullanımının makul olmaması yeterli görülmektedir. Bürokratik engelin haklı sebep teşkil edip etmeyeceği, her olayın somut şartları içinde değerlendirilmelidir⁴⁸. Her halükârda bürokratik bir engelin haklı sebep olarak kabul edilebilmesi için, engel ile markanın kullanımı arasında doğrudan bir bağlantı bulunmalıdır. ABAD, işletme stratejisinin değiştirilmesinin ve markalı ürünlerin rakiplerinin satış mağazalarında satışa sunulmasının marka sahibinden beklenmeyeceğini belirtmektedir⁴⁹.

İnceleme konumuzu teşkil eden 7226 sayılı Kanun'un Geçici madde 1/a hükmünün neyi düzenlediğine bakmakta fayda vardır. Burada ayrıca yapılan düzenlemenin, markanın kullanımı ile ilgisinin kurulması gerekir. Pandeminin varlığı, tek başına markanın kullanımını engelleyecek nitelikte değildir. Karantina kuralları, kişilerin markalarını kullanmalarını genel olarak imkansızlaştıran bir durum yaratmamakta veya kullanılmalarını kendilerinden beklenemeyecek kadar zorlaştırmamaktadır. Bazı markalı mallar için böyle bir sonuca varmak mümkün olsa da, bunu genel olarak bütün markalar açısından söylemek mümkün değildir. Aksine, karantina döneminde, dünyada ve Türkiye'de internet üzerinden yapılan satışlarda artışların yaşandığı tespit edilmiştir⁵⁰. Ayrıca belirtmek gerekir ki, karantina döneminde ticari

⁴⁶ < https://euipo.europa.eu/tunnel-web/secure/webdav/guest/document_library/contentPdfs/trade_marks/ Guidelines/16_part_c_opposition_secti_on_6_proof_of_use_en.pdf, s. 54 > Erişim Tarihi 17 Haziran 2020.

⁴⁷ EUIPO Kullanımın İspatı Kılavuzu, 54.

⁴⁸ ABAD tarafından verilen 14/06/2007 tarihli ve C-246/05 no.lu 'Le Chef de Cuisine' kararında, "Chef de Cuisine" markası Alman menşeli Lidl şirketi adına tescilli bulunan ve sadece Lidl süpermarketlerinde satılan bir üründür. Bu markanın Avusturya'da tescilinin üzerinden beş yıllık süre geçmesine rağmen, markanın halen pazarda bulunmaması üzerine, markanın kullanmama sebebiyle iptali talep edilmiştir. Lidl şirketi ise, Avusturya'da gerekli ruhsatların alınmamasından dolayı Lidl marketlerinin kurulamadığını ve "Le Chef de Cuisine" markalı ürünlerin bundan dolayı satışa sunulmadığını belirtmiştir. ABAD tarafından verilen kararda, bürokratik engeller dolayısıyla, kişinin kendi süpermarketinde satmayı öngördüğü markalı malı başka rakiplerin süpermarketlerinde satmasının makul olmadığı belirtilmiştir. Kararda, hoşgörü süresinin işleme için kullanılmamanın imkansızlık derecesinde olmasının gerekmediği, makul olmama durumunda da haklı sebebin bulunduğu belirtilmiştir; bkz paragraf 51-54.

⁴⁹ C-246/05 no.lu karar. Bu karar hakkında ayrıca bkz Bektaş, (n 7) 238.

⁵⁰ < <https://www.marketingturkiye.com/tr/haberler/koronavirus-online-alisverisi-nasil-etkiledi/>; <https://www.bbc.com/turkce/haberler-dunya-51921963> > Erişim Tarihi 17 Haziran 2020. Buna karşın Bozgeyik, ekonomik kriz veya pazarlama sorunları gibi, markalı malın piyasaya sürülememesinin haklı sebep olarak kabul edileceğini belirtmiştir, bkz Bozgeyik, 'Tescilli Markanın Kullanılması' (n 7) 471.

işletmelerin bütününe faaliyetleri engellenmiş ve yasaklanmış değildir. Ayrıca, fiziki mağazalarda satışı yapılan birçok ürün, internet üzerinden satılmaya devam edilmiştir. Üstelik bu çeşit satışların çok yoğun bir şekilde artış gösterdiği, kargo taşımacılığının hacminin genişlemesinden de anlaşılmaktadır.

Yukarıda da bahsedilen hiçbir düzenleme, malların satışını yasaklamış değildir. Her ne kadar alışveriş merkezleri kapanmış olsa da, burada bahsedilen husus, zaten ticari olarak piyasaya uzun süre sunulmayan markalı ürünlerdir. Ancak markalı malı satışa sunmak için AVM’de mağaza kiraladıktan sonra AVM’lerin kapanması haklı sebep olarak kabul edilebilir. Benzer şekilde yatırımların yapılması yasaklanmamıştır. Her ne kadar mağazaların çalışması zorlaşmış olsa da, satışlar farklı platformlarda devam etmiştir.

Mücbir sebep, haklı sebep olarak kabul edilmektedir. Ancak haklı sebep teşkil edebilmesi için, mücbir sebep ve markanın kullanılmaması arasında uygun bir illiyet bağının bulunması gerekir. Mücbir sebep, “*borçlunun faaliyet ve işletmesi dışında meydana gelen, genel bir davranış normunun ya da borcun ihlaline, kaçınılmaz ve mutlak şekilde neden olan, öngörülmesi ve karşı konulması mümkün olmayan olağanüstü bir olay*” olarak tanımlanmaktadır⁵¹. TRIPS m. 19/1’e uygun olarak, mücbir sebebin, marka sahibinin iradesinin dışında gerçekleştiği kabul edilmektedir. Covid 19’un borç ilişkilerine etkisini inceleyen çalışmalarda, bulaşıcı hastalıklar tarafların öngörmeleri ve engellemeleri mümkün olmayan hastalıklar olarak tanımlanmış ve bu yönüyle mücbir sebep oluşturduğu tespit edilmiştir⁵². Öngörülebilir ve engellenebilir bulaşıcı hastalık mücbir sebep oluşturmaz. Salgın hastalık, insandan insana bulaşmak suretiyle geniş coğrafi alanlara yayılır. Hastalığın engellenmesi için alınan önlemler ticaret hayatını etkilediği için mücbir sebep olarak kabul edilir⁵³.

TRIPS hükmünde de belirtildiği gibi, haklı sebepten bahsedilebilmesi için, markanın kullanılmasına engel oluşturan olayın, marka sahibinin iradesi dışında gerçekleşmesi gerekir. Ayrıca markanın kullanılmaması ile haklı sebep olarak ileri sürülen olay arasında doğrudan bir bağlantının bulunması gerekir⁵⁴.

⁵¹ Fikret Eren, *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler* (22. Bası, Yetkin 2018) 582; Kemal Oğuzman ve Turgut Öz, *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler* Cilt I, (13. Bası, Vedat 2015) 404; Selahattin Sulhi Tekinay ve Sermet Akman ve Haluk Burcuoğlu ve Atilla Altop, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (7. Bası, Filiz 1993) 1002.

⁵² Ahmet M. Kılıçoğlu, ‘Bulaşıcı Hastalığın Borç İlişkilerine Etkisi’ 7-8 < <http://www.turkhukukurumu.org.tr/duyurular/377-bulasici-hastaligin-borc-ilisikilerine-etkisi.html> > Erişim Tarihi 17 Haziran 2020; Arzu Oğuz, ‘COVID 19, Mücbir Sebep ve Sözleşmelere Etkisi’ < <https://www.ankara.edu.tr/wp-content/uploads/sites/6/2020/04/Mu%CC%88cbir-sebep.pdf> > Erişim Tarihi 17 Haziran 2020.

⁵³ Kılıçoğlu, (n 52) 7-8; Oğuz, (n 52) 1.

⁵⁴ Örneğin marka sahibinin hastalanması, işlerini takip edememesi için haklı sebep olarak kabul edilemez, zira ticari temsilci ataması mümkündür. Bkz Arkan, (n 11) 149. Benzer şekilde, marka sahibinin, lisans verecek kişileri bulamaması, markasını kullanmamak için haklı sebep olarak kabul edilmemelidir; bkz Bektaş, (n 7) s. 239. İnhisarî lisans alanın markayı kullanmaması, marka sahibinin lisans sözleşmesini sona erdirmeye hakkı bulunduğundan, haklı sebep sayılmamaktadır; bkz Arkan, (n 11) 149; Dirikkan, (n 8) 259; Yasaman ve Yüksel, (n 8) 650.

Covid salgını dolayısıyla alınan önlemlerin ticaret hayatını etkilediği kuşkusuzdur. Ancak alınan önlemlerin neler olduğu ve kimlerin bu önlemlerden etkilendiği de önemlidir. Eğer alınan önlemlerden dolayı markasını hali hazırda kullanamayan kişinin bu kullanmama hali uzamışsa, bu kişinin, mücbir sebebin haklı sebep oluşturduğunu ve markayı kullanmama süresinin bundan etkilendiğini ileri sürmesi mümkündür. Alınan önlemlerin etkilemediği bir kişinin mücbir sebep dolayısıyla haklı sebebin gerçekleştiğini ileri sürmesi ise mümkün değildir.

ABAD tarafından verilen bir kararda, tescilli parfüm markalarını kullanmayan kişiye karşı markaların kullanılmamasından dolayı iptal davası açılmıştır. Davalı, Uluslararası Koku Birliği tarafından yayınlanan standartların markalarının kullanılmadığı süre içinde otuzdan fazla defa değiştirildiğini, dolayısıyla kendisinin de parfüm formüllerini sürekli olarak değiştirmek zorunda kaldığını, bu durumun markanın kullanılmaması açısından haklı sebep teşkil ettiğini ileri sürmüştür. ABAD, Uluslararası Koku Birliği tarafından yayınlanan kuralların, ilgili sektördeki bütün üreticilere uygulandığını ve bu kural değişikliklerinden hepsinin etkilendiğini, kurallara uyum yükümlülüğünün bütün sektörlerde bulunduğunu ve ürünlerin üretimine ilişkin sorunların, her işletmenin karşılaşılabileceği sorunlar olduğunu belirtmiştir. Kararda, haklı sebep kavramının bir kişinin ticaret hayatında karşılaştığı ticari güçlüklerle işaret etmediği, marka sahibi ile bağlantısı olmayan durumları ifade ettiği belirtilmiştir⁵⁵.

VI. Haklı Sebebin Etkileri

Haklı sebebin bulunduğu süre, markanın kullanılması ile eşdeğer tutulmamaktadır. Aksi takdirde haklı sebebin sona ermesinden itibaren yeniden bir hoşgörü süresinin işlemesi söz konusu olacaktır. Haklı sebep, sadece işleyen beş yıllık süreyi durdurmaktadır. Haklı sebep, beş yıllık beş yıllık sürenin hesaplanması sırasında göz önünde bulundurulmayacaktır.

EUIPO, haklı sebebin uzunluğunun ve beş yıllık sürenin hangi aşamasında gerçekleştiğinin önemli olduğunu belirtmiştir. Üçüncü kişinin marka başvurusuna itiraz eden tescilli marka sahibinin kullanmama def'i ile karşı karşıya kaldığı durumlarda, haklı sebep olarak gösterdiği durumun, bu beş yıllık sürenin sadece bir kısmında yer alması ihtimalinde, durum haklı sebep olarak değerlendirilmeyebilir. Özellikle haklı sebebin sona ermesinden sonraki sürenin uzun olması, haklı sebep iddiasının göz önünde bulundurulmamasına yol açabilir⁵⁶.

EUIPO tarafından verilen bir karara konu olayda, üçüncü kişinin ilaç markasına

⁵⁵ ABAD, 27.06.2017 tarihli ve T-427/16 - T-429/16 no.lu Birleşik davalar, paragraf no. 52. Ayrıca bkz ABAD'ın 18.03.2015 tarihli ve T-250/13 no.lu "Mart Water" kararı, paragraf n 66. Ayrıca bkz Bektaş, (n 7) 229 vd.

⁵⁶ EUIPO Kullanımın İspatı Kılavuzu 57.

itirazda bulunan tescilli markanın sahibi, kullanmama def'i ile karşı karşıya kalmıştır. Marka sahibi, ilaç markasının kullanılacağı ilaca ilişkin klinik deneylerin yapılmasını, markanın kullanılması olarak kabul edilmesi gerektiğini ileri sürmüştür. EUIPO, bu tür klinik deneylerin markanın kullanımı olarak kabul edilemeyeceğini, zira klinik deneyler sırasında markanın Almanya'da fiilen kullanımını gerçekleştirmediğini belirtmiştir. Kararda, bu tür deneylerin, marka sahibinin markayı kullanma niyetini taşıdığı şeklinde yorumlanması ve haklı sebep olarak kabul edilmesi gerektiği belirtilmiştir. Zira ilacın kullanılması, marka sahibinin niyetinden ziyade, ülkelerin ilaçların ruhsatlandırılmasına ilişkin düzenlemelere bağlıdır. 01.04.1996 tarihinde tescil başvurusunda bulunulan markaya, 19.09.1997 tarihinde itiraz edilmiştir. EUIPO, dosyaya 29.10.1991 tarihli ve 07.12.1994 tarihli iki klinik deney raporunun sunulduğunu, bu raporlardan sadece ikincisinin marka başvurusundan önceki beş yılın içinde kaldığını, 1994 tarihli rapordan itibaren sonraki markanın başvuru tarihine kadar neredeyse iki buçuk yılın geçtiğini belirtmiştir. Kararda, rapordan sonra geçen iki buçuk yıllık sürenin uzun bir süre olduğu, raporda klinik deneylere ilişkin çok az bilgi bulunduğu, deneme sürecinin sonu hakkında herhangi bir bilginin bulunmadığı, ilaç için ruhsatın alınıp alınmadığına ilişkin bir bilginin bulunmadığı ve geçen uzun süre dolayısıyla projenin sona erdirilmesi ihtimalinin de bulunduğunu belirterek, iki buçuk yıl önceki klinik deneylerin, haklı sebep olarak kabul edilemeyeceğini belirterek itirazı reddetmiştir⁵⁷.

Görüldüğü üzere, sebep haklı sebep olarak kabul edilse dahi, bu haklı sebebin gerçekleştiği zaman dilimi de önemlidir. Haklı sebep olarak gösterilen sebep ile itiraz arasında geçen sürenin uzun olması dolayısıyla, sebebin gerçekten "haklı" olarak değerlendirilemeyeceği belirtilmiştir⁵⁸.

COVID-19 sürecinde gerçekleşen kullanmama, haklı sebep olarak kabul edilebilmekle beraber, bunu her bir somut olayın şartları içinde değerlendirmek gerekir. COVID-19 salgını dolayısıyla markanın kullanılmamasının haklı sebep olarak kabul edilebilmesi için, olayın bütün şartlarıyla beraber göz önünde bulundurulması gerekir. Salt salgın sebep olarak gösterilerek, kullanmama süresinin beş yıl yerine beş yıl doksan beş (95) gün olduğu söylemek mümkün değildir. Gerçekten bu salgından etkilenen ve hastalanan, bundan dolayı hazırlıklarını zamanında tamamlayamayan bir kişi açısından salgın haklı sebep olarak kabul edilebilse de, normal bir şekilde ticarete devam edebilen veya başka şekillerde çalışabilen bir kişi açısından bu sürenin haklı sebep sayılması mümkün değildir. Salgının herkesi aynı şekilde etkilediğini söylemek mümkün değildir. Salgından etkilenen kişilerin bunu haklı sebep olarak ileri sürmeleri mümkünken, salgından etkilenmeyen kişilere böyle bir hak tanımak, kanunun amacının dışındadır.

⁵⁷ Decision No 421/1999, of 1/7/1999, Ruling on Opposition No B 2255 < <https://euipo.europa.eu/eSearchCLW/#advanced> > Erişim Tarihi 17 Haziran 2020.

⁵⁸ Decision No 421/1999.

Sonuç

26 Mart 2020 tarihli Resmi Gazete’de yayınlanarak yürürlüğe giren 7226 sayılı Kanun’la, *COVID-19 salgın hastalığının ülkemizde görülmüş olması sebebiyle yargı alanındaki hak kayıplarının önlenmesi amacıyla; 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 sürelerin 13.03.2020 tarihinden 15.06.2020 tarihine kadar duracağı belirtilmiştir.* Bu kanundan sonra fikri haklara ilişkin olan bütün sürelerin durup durmayacağı büyük tartışmalara yol açmıştır. Kanun’da zamanaşımı süreleri, hak düşürücü süreler ve idari başvuru süreleri kapsam dahiline alındığı veçhile, fikri haklara ilişkin hoşgörü sürelerinin bu Kanun’dan etkilenip etkilenmediği incelenmiştir.

Fikrimizce, hoşgörü sürelerinden sadece hak düşürücü süre niteliğinde olan süreler, ilgili kanun kapsamında durmalıdır. SMK’da kullanılmaya ilişkin süreler hak düşürücü süre niteliğinde olmayıp, bu sürelerin bitmesinden sonra markanın/patentin tekrar kullanılmaya başlanması ile beraber, hakkının bütün yetkileriyle donatıldığını görmekteyiz. Hak düşürücü sürenin bir özelliği olan ilgili hakkın tamamen düşmesi şartı burada gerçekleşmemektedir. Netice olarak 7226 sayılı Kanun’da öngörülen sürelerin durması, kullanılmaya bağlı hoşgörü süreleri açısından söz konusu olmayacaktır. Ancak elbette ki COVID-19 pandemisi, kişilere ve faaliyetlerine göre haklı sebep olarak değerlendirilebilir. Haklı sebep halinin her bir olayın kendi özelliği çerçevesinde değerlendirilmesi gerekir.

Patent veya tasarım hakkında yapılan açıklamaların, bu hakların tesciline ilişkin başvuruyu engellenmemesi, on iki aylık hoşgörü süresine bağlanmıştır. Buradaki hoşgörü süresi, teknik olarak hakkın kullanılmaması için öngörülen hoşgörü süresinden farklıdır. On iki aylık hoşgörü süresi bir hak düşürücü süresi niteliğinde olup bu sürenin bitmesinden sonra başvuru hakkı kesin olarak zedelenmiştir. On iki aylık sürenin geçmesinden sonra hak sahibi tarafından yapılan açıklamalar, patentin/ tasarımın tescili için tescil engeli teşkil etmektedir. Dolayısıyla bu süreler hak düşürücü süre niteliğinde olup, bu sürelerin 7226 sayılı Kanun’a göre durduğu kabul edilmelidir.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazarlar çıkar çatışması bildirmemiştir.

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

Peer-review: Externally peer-reviewed.

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

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

Bibliyografya/Bibliography

- Arkan S, *Marka Hukuku*, Cilt II (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 1998).
- Aykurt Karaca E, ‘COVID-19 Salgını Nedeniyle Sürelerin Uzatılmasına Dair Avrupa Birliği Fikri Mülkiyet Ofisi Kararları ve Uygulaması’ < <https://iprgezgini.org/2020/05/27/COVID-19-salgini-nedeniyle-surelerin-uzatilmasina-dair-avrupa-birligi-fikri-mulkiyet-ofisi-kararlari-ve-uygulamasi/> > Erişim Tarihi 17 June 2020.
- Beктаş İ, ‘Sınai Mülkiyet Kanununa Göre Markanın Kullanmama Nedeniyle İptali - AB Adalet Divanı’nın Güncel Kararları Işığında Bir Değerlendirme’ (2018) 17/2 Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi 219, 219-258.
- Bozgeyik, H, ‘Tescilli Markanın Kullanılması ve Kullanmamaya Bağlı Sonuçlar’, Fırat Öztan’a Armağan, (Turhan, 2010) 457-479.
- Correa C, *Intellectual Property Rights, the WTO and Developing Countries* (Zed 2000).
- Çolak U, *Türk Marka Hukuku*, (4. Bası, Onikilevha 2018).
- Çoşğun G, *Sınai Mülkiyet Kanunu Kapsamında Markanın Kullanılması*, (Seçkin 2018).
- Dirikkan H, ‘Tescilli Markayı Kullanma Külfeti’, (Prof. Dr. Oğuz İmregün’e Armağan) (Beta 1998) 219-259.
- Dural A, ‘COVID-19 Salgını Nedeniyle Yürürlüğe Giren 7226 Sayılı Kanunun Geçici 1. Maddesinin Çek Açısından Sonuçları’ (2020)
- Erdem M, *Özel Hukukta Zamanaşımı* (Onikilevha 2010).
- Eren F, *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler* (22. Bası, Yetkin 2018).
- Güneş İ, *Sınai Mülkiyet Kanunu Işığında Uygulamalı Patent ve Faydalı Model Hukuku (Patent ve Faydalı Model)* (2. Bası, Seçkin 2019).
- Güneş İ, *Uygulamada Fikri ve Sınai Mülkiyet Hakları ve Haksız Rekabet Davaları (Fikri ve Sınai)*, (4. Bası, Seçkin 2017).
- Karaca O U, *Markayı Kullanma Zorunluluğu ve Kullanmamanın Hukuki Sonuçları (Markayı Kullanma Zorunluluğu)* (Lykeion 2017)
- Karaca O U, ‘Son Dakika: Beklenen Haber Geldi, Süreler Durdu’, (2020) < IPR Gezgini Bloğu, <https://iprgezgini.org/2020/03/25/son-dakika-beklenen-haber-geldi-sureler-durdu/> > Erişim Tarihi 17 June 2020.
- Kaya A, ‘551 Sayılı Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile Getirilen Zorunlu Lisans Sistemi’ (Zorunlu Lisans) (1996) LV İHFİM, 335-367.
- Kaya A, *Marka Hukuku* (Arıkan 2006).
- Kılıçoğlu A M, ‘Bulaşıcı Hastalığın Borç İlişkilerine Etkisi’ 7-8 < <http://www.turkhukukkurumu.org.tr/duyurular/377-bulasici-hastaligin-borc-iliskilerine-etkisi.html> > Erişim Tarihi 17 June 2020
- Merdivan F, ‘Tescilli Marka Hakkına Dayalı Tecavüz Davasında Kullanmama Def’i”. 6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Sempozyumu. (Bankacılık Enstitüsü Yayınları. Ankara 2017) 483-522.
- Noyan E, *Patent Hukuku*, (Adalet 2011)
- Oğuz A, ‘COVID 19, Mücbir Sebep ve Sözleşmelere Etkisi’ < <https://www.ankara.edu.tr/wp-content/uploads/sites/6/2020/04/Mu%CC%88cbir-sebep.pdf> > Erişim Tarihi 17 June 2020
- Oğuzman K ve Öz T, *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler* Cilt I, (13. Bası, Vedat 2015).
- Öztürk Ö, *Patent Verilebilirlik Şartları* (Arıkan 2008).

- Paslı A, ‘COVID-19 Salgınının Çek Hukukuna Etkisi: Güncel Koşullar Sürerken Çek İbrazi Mümkün Müdür?’ (2020) < <http://www.ticaretkanunu.net/ali-pasli-COVID-19-salgininin-cek-hukukuna-etkisi-guncel-kosullar-surerken-cek-ibrazi-mumkun-mudur/>
- Saraç T, ‘Sınai Hakların Korunmasında Yenilik Şartı Açısından ‘Tekniğin Bilinen Durumu’ Kavramı ve Kapsamı’ (2003) XXII/2 BATİDER 117-147.
- Soysal T, *Tarımda Biyoteknoloji Uygulamaları ve Patent Hakları* (Adalet 2019).
- Suluk C ve Karasu R ve Nal T, *Fikri Mülkiyet Hukuku* (3. Bası, Seçkin 2019).
- Tekinalp Ü, *Fikri Mülkiyet Hukuku* (5. Bası, Vedat 2012).
- Tekinay S S ve Akman S ve Burcuoğlu H ve Altop A, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (7. Bası, Filiz 1993).
- Topçu Deniz, *Patent Lisans Sözleşmeleri*, (Seçkin 2016).
- Yasaman H ve Altay A ve Ayoğlu T ve Yusufoglu F ve Yüksel S, *Marka Hukuku 556 sayılı KHK Şerhi*, Cilt I-II (Vedat 2004).
- Yusufoğlu F, *Patent Verilebilirlik Şartları* (Vedat 2014).



İstanbul Hukuk Mecmuası

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Başvuru: 20.05.2020
Revizyon Talebi: 02.06.2020
Son Revizyon Tarihi: 04.09.2020
Kabul: 17.09.2020

Bulaşıcı Hastalıklara İlişkin Tedbirlere Aykırı Davranma Suçu (TCK md 195)

Recep Kahraman*

Öz

Korona virüsü gibi bulaşıcı hastalıklar, toplumda salgınlara, sosyal ve ekonomik zararlara neden olabilen hastalıklardır. Bu sebeple bulaşıcı hastalıklarla mücadelede kamu sağlığının korunmasına ilişkin alınan tedbirler önem arz etmektedir. Bulaşıcı hastalıklarla mücadele ederek kamu sağlığının korunması amacıyla, yetkili makamlar tarafından alınan karantina tedbirlerine aykırı hareket edilmesi 5237 sayılı Kanun'da düzenlenmiştir. Madde 195'de yer alan suç tipinde, bulaşıcı hastalığa yakalanan ya da bulaşıcı hastalıktan dolayı ölmüş olan kişinin bulunduğu yere ilişkin olarak karantina önlemlerinin yetkili makamlar tarafından alınmış olması gerekir. Bulaşıcı hastalığın türü, yayılma şekli veya kapsadığı alan suçun unsurlarının oluşumu için önemli değildir. Karantina tedbirleri, uygun araçlarla topluma duyurulmalıdır. Suçun tamamlanması için hastalığın başkalarına bulaştırılması ya da birilerinin hastalıktan dolayı zarar görmüş olması gerekli değildir. Cezalandırma faaliyetine dahil edilmesi ihtiyacı hasıl olan hareket tipi, bulaşıcı hastalıkla alakalı tedbirlere uymama şeklinde ortaya çıkmaktadır. Tedbirlere aykırı davranmanın aktif ya da pasif hareketlerle gerçekleştirilmesi mümkündür. Ancak hareketlerin, mevcut bulaşıcı hastalığın yayılmasını engellemek amacıyla alınan tedbirleri ihlal etmeye elverişli olması gerekir. Yetkili makamlar tarafından alınmış olan tedbirlere aykırı hareket edilmesiyle birlikte suç tamamlanmış olur. Madde 195'de yer alan suç tipi şikayete tabi olmayıp yaptırım olarak hapis cezası öngörülmüştür.

Anahtar Kelimeler

Korona virüsü, Bulaşıcı hastalık, Kamu sağlığı, Karantina önlemleri, Tedbirlerin ihlal edilmesi

The Crime of Violating the Measures Related to Infectious Diseases (TCC Art 195)

Abstract

Infectious diseases such as COVID-19 can cause epidemics in a community, while also causing social and economic damages. For this reason, measures taken toward protecting public health are important in the fight against infectious diseases. One of these measures for combating infectious diseases is its regulation. According to the regulation by the law no. 5237, it is criminal to act against the quarantine measures instructed by the competent authorities. According to the type of crime included in the Article 195, the quarantine measures must be taken up by the competent authorities in relation to the location of the person who has been confirmed to be infected or had died due to an infectious disease. The type of infectious disease, its spread, or the area it covers are not important in relation to the occurrence of elements of crime. Quarantine measures should be announced to the public through appropriate means. Here, crime is not necessarily defined as the disease transmission to others or damaged caused to someone. The type of action that needs to be included in the punishment activity involves non-compliance with the infectious disease-related measures. It is possible to act against measures via an active or passive action. However, these actions must be comparable to those of violating the measures instructed to prevent the spread of the existing infectious disease. The crime is completed by acting against the measures taken by the competent authorities. The investigation and prosecution of the crime in the Article 195 is not subject to complaints, and imprisonment is accepted as a punishment.

Keywords

Corona virus, Infectious disease, Public health, Quarantine measures, Violation of measures.

* **Sorumlu Yazar:** Recep Kahraman (Dr. Öğr. Üyesi), Necmettin Erbakan Üniversitesi, Siyasal Bilgiler Fakültesi, Maliye Anabilim Dalı, Konya, Türkiye. E-posta: recepkhmrn@gmail.com ORCID: 0000-0002-0991-9692

Atf: Kahraman R, "Bulaşıcı Hastalıklara İlişkin Tedbirlere Aykırı Davranma Suçu (TCK md 195)" (2020) 78(2) İstanbul Hukuk Mecmuası 737. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2020.78.2.0016>



Extended Summary

The infectious disease called Covid-19, which emerged in China in 2020, spread rapidly and affected several people across the world. Although the molecular mechanisms beneath the corona virus's exact human-to-human transmission pathway remains unresolved, the transmission principle of respiratory diseases in general is similar. Respiratory diseases are spread by droplet scattering. In this type of spreading, when a sick person coughs or sneezes, the people around him get exposed to the microbe. The current pandemic was declared by the World Health Organization, who reported that the speed, severity of the corona virus, and the failure of the authorities to take the necessary measures have raised alarms. Pandemic is the term conferred to an infectious disease that has threatened a large number of people simultaneously across the world.

Organisms that cause infectious disease can be viruses, bacteria, or fungi. These diseases are defined as infectious diseases owing to their ability to pass from one individual to another or from one species to another. With the fast pace at which people are currently moving at the global level, infectious diseases are spreading at unprecedented rates. Health systems are facing difficulties in responding to this situation. Therefore, it is necessary to identify infectious diseases quickly and to establish appropriate communication among countries to prevent its further spread. The development of effective communication and cooperation is also possible thanks to the international common will in such situations.

Protection of the public health is among the important issues for all societies. Since the protection of public health by combating infectious diseases is among the obligations of the public administration, states have brought some legal regulations toward protecting the health of individuals who contribute to keeping the society safe from attacks or dangers. A number of measures have been taken to prevent this disease from emerging in new regions or from spreading further. The administrative authorities possess the power to enforce sanctions in order to make it obligatory for individuals to comply with the measures instructed, and the violation of these measures is also sanctioned in the penal laws. In order to ensure that these measures are effective in preventing the spread of infectious disease, the act of violating these measures has been regulated as a crime of violating the measures related to infectious diseases as per the Article 195 of the Turkish Penal Code No. 5237. Any person who fails to comply with quarantine measures, imposed by the authorities on account of there being a person infected with a contagious disease or having died from such, shall be sentenced to a penalty of imprisonment for a term of two months to one year. The legislator can decide to quarantine the place where the person who was infected or died due to illness as a step to combat this infectious disease with the aim to prevent the actions of people who endanger the public health by violating the measures taken under the quarantine period.

Although it is a crime to act against the measures instructed by the competent authorities in order to prevent the spread of the disease, there are some structural deficiencies in the related crime type. This unclear situation damages the purpose of protecting the public health via prevention of the spread of the disease. In addition, deficiencies and contradictions in the relevant crime type may lead to unlawful punishments. For this reason, this article intends to contribute to the fight against the disease by the competent authorities by suggesting the relevant crime type, through revealing the missing and contradictory points in order for the crime type in the Article 195 to become effective.

The legal value protected by the crime of violating the measures related to infectious diseases is the protection of public health and public order. In addition, those who increase the outbreak intensity by not following the precautions also harm the freedom of the individual, as the people in the community restrict freedom of movement. The offender of the crime can be anyone, since a special feature is not required for the offender in the crime of violating the measures related to infectious diseases. Since the crime is not committed against certain people, there is a possibility that everyone living in that community will be harmed due to the violations of the measures, threatening the health of the public. For this reason, the victims of the crime are considered as the people who make up the society and who want to be protected by the measures instructed.

In the crime of violating the measures related to infectious diseases, there are some prerequisites that are included in the material element of the crime. For instance, the disease should primarily be an existing infectious disease. In addition, there must be someone who has contagious disease or had died due to the existing disease in that location. In case the virus has not been transmitted to anyone yet, quarantine measures could be taken to prevent the disease from emerging or spreading to anyone in the country. In case of violation of these measures, no responsibility can be imposed under the Article 195. For this reason, the condition of transmission of the disease should be removed from the law. Moreover, quarantine measures must be practiced by the competent authorities to prevent the spread of the infectious disease at a location where someone has been reported positive for the disease or had died from it. As stated in the law, the condition that the act constitutes a crime is not to comply with the measures taken for the quarantine of the place where a person who has a contagious disease or dies is located. From this perspective, since the scope is rather narrowly regulated, the law cannot meet the legal needs arising from the current epidemic. When it comes to covering the cases related to the virus across the country, measures should be applied throughout the country. In this case, the location of the person who has the disease should be interpreted relative to the entire country. Within the scope of the above explanations, the criminal as per the Article 195 should

be reorganized as a person who violates the measures instructed by the competent authorities in order to prevent the emergence or spread of infectious diseases.

The crime of violating infectious disease measures is aimed at preventing the danger posed by the disease itself. Violation of these measures being supervised by the competent authorities directly endangers the public health. Therefore, violation of these measures indicate commitment of a crime. The violation is not sought to cause harm or danger. It is possible that the action contrary to the measures taken by the competent authorities may be active or passive. For instance, entering or exiting the quarantine zone is subject to the permission condition. Entering or exiting without permission is considered as an active action. Although people entering the country have to wait in certain places for a certain period of time (self-isolation), not going to specified places is considered as a passive action.

Bulaşıcı Hastalıklara İlişkin Tedbirlere Aykırı Davranma Suçu

Giriş

2020 yılında ortaya çıkan ve hemen hemen tüm ülkeleri etkileyen COVID-19 adlı virüs, insanlara bulaşan tehlikeli bir hastalığa yol açması, devamlı ve kolayca yayılması kriterlerini sağlaması sebebiyle salgın olarak kabul edilmektedir.

COVID-19 virüsü gibi bulaşıcı hastalıkların ortaya çıkmasını ya da yayılmasını önlemek için yetkili makamlar, idari tedbirler almaktadırlar. Bireylerin, toplum sağlığını gözetme ve koruma yükümlülüğü bulunduğundan, idari makamlar tarafından belirlenen tedbir ve talimatlara uymaları gerekmektedir.¹

Alınan tedbirlere aykırı davranılması kamu sağlığına zarar verdiği için, yetkili makamlar tarafından alınan tedbirleri ihlal eden kişinin hareketinin ceza hukuku bakımından sonuçları bulunmaktadır. Caydırıcılığın etkili olması amacıyla ceza hukukunun uygun rolünün dikkatle değerlendirilmesi gerekir. Bu amaçla ceza kanunlarında, bulaşıcı hastalığın ortaya çıkmasını veya yayılmasını engellemek amacıyla belli suç tipleri oluşturulmuştur. Alınan tedbirlere uyulmaması halinde kişilerin cezai sorumluluklarına gidilebilmektedir.

Yetkili makamlar tarafından alınan, uyulması zorunlu idari tedbirlere aykırı davranılması hali, *Bulaşıcı Hastalıklara İlişkin Tedbirlere Aykırı Davranma Suçu* adıyla 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu md 195’de yaptırıma bağlanmıştır.

I. Kanuni Düzenleme

Kamu sağlığının korunması tüm toplumlar için önemli ve tedbir alınması gereken konular arasındadır.² Bu bakımdan Devletler, toplumu oluşturan bireylerin sağlığını, saldırı veya tehlikelerden korumak amacıyla birtakım kanuni düzenlemeler getirmiş ve kendisini de bu konuda yükümlü kılmıştır.³

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu md 1’e göre kamu sağlığının korunması, kanunun amaçları arasında yer almaktadır. Bu amacı gerçekleştirmek ve bulaşıcı hastalıklarla

¹ Lawrence O Gostin and Benjamin E Berkman, “Pandemic Influenza: Ethics, Law, and the Public’s Health” (2007) ALR 121, 150.

² David P Fidler, “Globalization, International Law, and Emerging Infectious Diseases” (1996) (2) EID 77, 80; Bulaşıcı hastalıkla mücadele konusunda ulusal mevzuatların yanında uluslararası hukukun da etkin şekilde kullanılması gerekir. Ancak hastalığın ülkelerarası yayılmasının engellenmesi amacıyla tedbirler alınmış olmasına karşın ihlal durumunda yaptırımın uygulanmasını gerektiren uluslararası araçlar bulunmamaktadır. Bu nedenle bulaşıcı hastalıkla mücadele genellikle ulusal düzeyde yürütülmektedir. Hastalığın bulaşıcı olmasından dolayı mücadelenin ulusal düzeyde kalması, etkinliğinin zayıflamasına neden olmaktadır.

³ Özlem Yenerer Çakmut, “Bulaşıcı Hastalıklara İlişkin Tedbirlere Aykırı Davranma Suçu” *Feridun Yenisey’e Armağan Cilt I*, (Beta 2014) 543, 545; 1982 Anayasası md 56’ya göre Devlet, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamakla yükümlüdür. Benzer şekilde 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu md 1’e göre memleketin sıhhi şartlarını ıslah ve milletin sıhhatine zarar veren bütün hastalıklar veya sair muzır amillerle mücadele etmek ve müstakbel neslin sıhhatli olarak yetişmesini temin ve halkı tıbbi ve içtimai muavenete mazhar eylemek umumi Devlet hizmetlerindedir. İbrahim Şahbaz, *Açıklamalı ve İçtihatlı Türk Ceza Kanunu Cilt II* (Yetkin 2016) 2263.

mücadele etmek adına yetkili idari makamlar tarafından alınmış olan önlemlerin ihlal edilmesi hali 5237 sayılı Kanun'un *Kamunun Sağlığına İlişkin Suçlar* başlığını taşıyan üçüncü bölümünde md 195'de yer alan *Bulaşıcı Hastalıklara İlişkin Tedbirlere Aykırı Davranma Suçunu* oluşturmaktadır.

Madde 195'de yer alan suç tipi, salgınla mücadele için koruyucu bir mekanizma olarak karşımıza çıkmaktadır⁴: “*Bulaşıcı hastalıklardan birine yakalanmış veya bu hastalıklardan ölmüş kimsenin bulunduğu yerin karantina altına alınmasına dair yetkili makamlarca alınan tedbirlere uymayan kişi cezalandırılır.*” Kanun koyucu, bulaşıcı hastalıkla mücadele etmek adına hastalığa yakalanmış ya da hastalık dolayısıyla ölmüş kişinin bulunduğu yerde karantina tedbirlerinin uygulanmasına karar vermiş ve alınan tedbirlere uymayarak kamunun sağlığını tehlikeye düşüren kişilerin hareketlerini engellemeyi amaçlamıştır.⁵

Bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere aykırı davranma suçuna benzer düzenleme 765 sayılı Türk Ceza Kanunu md 263'te yer almaktaydı. “*Kolera ve sair bulaşık hastalıklardan musab veya vefiyat zuhur eden ev ve sair mahallerin kordon altına alınmasına dair Hükümetçe verilen emirlere ve yapılan icraata fiillen mümanaat edenler hareketlerinin derecesine göre bir aydan bir seneye kadar hapsolunur.*” Madde 263'te yer alan suçun özel olarak bir adı olmamasına rağmen hüküm içeriğinden açıkça anlaşılmaktadır ki failin hareketi, bulaşıcı hastalıklara karşı alınan tedbirlere engel olma suçunu oluşturmaktadır.⁶

Bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere aykırı davranma hali, 765 sayılı Kanun'da, *Hükümete Karşı Şiddet ve Mukavemet ve Kanunlara Muhalefet* başlığı altında md 263'te düzenlenmişti. 5237 sayılı Kanun'da ise *Kamunun Sağlığına Karşı Suçlar* başlığı altında md 195'de düzenlenmiştir.⁷ 765 sayılı Kanun md 263'te yer alan suç tipi, 5237 sayılı Kanun md 195'de yer alan suç tipine göre oldukça dar kapsamlı düzenlenmişti. Madde 263'e göre bulaşıcı hastalığın görüldüğü *ev ve sair mahallerin kordon altına alınmasına dair alınan tedbirlerin ihlali suç sayılmasına rağmen, madde 195'e göre bulaşıcı hastalığa yakalanmış ya da ölmüş kimsenin bulunduğu yerin karantina altına alınmasına dair alınan tedbirlerin ihlali suç sayılmaktadır.* 765 sayılı Kanun'da tedbirler, ev ya da diğer mekanların *kordon altına alınmasına* yönelik iken, 5237 sayılı Kanun'da *karantina uygulamasına* yönelik tedbirler söz konusu

⁴ Süheyl Donay, *Türk Ceza Kanunu Şerhi* (Beta 2007) 290.

⁵ Şahbaz (n 3) 2263; Madde 195'de yer alan bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere aykırı davranma suçunun dayanağı, 1982 Anayasası md 56, 1593 sayılı Umumi Hıfzısıhha Kanunu md 1 ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu md 1 olarak gösterilebilir.

⁶ Abdullah Pulat Gözübüyük, *Türk Ceza Kanunu Açıklaması, Cilt III* (Sevinç 1970) 338.

⁷ Çakmut (n 3) 544; 5237 sayılı Kanun ile 765 sayılı Kanun karşılaştırıldığında görülmektedir ki 5237 sayılı Kanun'da suçun sözel ifadesi, yer aldığı başlık ve sistematik yapısı tamamen değiştirilmiştir. Bu nedenle 5237 sayılı Kanun md 195'de yer alan suçun yorumlanabilmesinde 765 sayılı Kanun md 263'e ilişkin hükmün, doktrin ve yargı kararlarının kullanılabilmesi kısmen mümkün olmamaktadır. Bu durum doktrinde ilerleme ve içtihat kesintisizlik ilkelerine kısmen zarar vermektedir. Zeki Hafızoğulları ve Muharrem Özen, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Toplama Karşı Suçlar* (USA 2017) 127.

olmaktadır.⁸ Hangi hastalıkların suçun kapsamında olduğu konusunda her iki kanuni düzenlemede ifadelerde farklılık olsa da içerikleri aynıdır. 765 sayılı Kanun'da *kolera ve sair bulaşıcı hastalık*, 5237 sayılı Kanun'da ise hastalığın ne olduğuna yer verilmeksizin *bulaşıcı hastalık* ifadesi kullanılmıştır.⁹ 765 sayılı Kanun'da *hükümetçe verilen emirler ve yapılan icraata aykırılık* suçun unsuru olmasına karşılık, 5237 sayılı Kanun'da bu husus *yetkili makamlarca alınan tedbirlere aykırılık* olarak ifade edilerek tipe uygun hareket daha geniş tutulmuştur.¹⁰ 765 sayılı Kanun'da tipik hareket, *fiilen mümanaat etmek* diğer ifadeyle fiilen karşı koymaktır. 5237 sayılı Kanun'da ise *tedbirlere uyulmaması* yeterli kabul edilmiştir. Maddi nitelikte olmayan, fiilen bir karşı çıkmayı içermeyen hareketler de suçun oluşmasına neden olabilir.¹¹

5237 sayılı Kanun md 195'e göre, hastalığın bulaştığı kişinin ya da hastalıktan dolayı ölmüş olan kişinin bulunduğu yere ilişkin alınan karantina tedbirlerinin ihlal edilmesine bağlı olarak suç oluşmaktadır.¹² Hastalık henüz bir kişiye bulaşmamış ya da ölümüne neden olmamışsa alınan tedbirlerin ihlali suça neden olmayacağından suç tipi, bulaşıcı hastalığın ortaya çıkmasının engellenmesi için değil yayılmasının engellenmesi amacıyla oluşturulmuştur. Henüz o bölgede hastalık kimseye bulaşmadığında, bulaşmasının engellenmesi amacıyla karantina önlemleri alındığı takdirde, bu tedbirlere uyulmaması suç oluşturmayacağından ilgili suç tipi bulaşıcı hastalıkla mücadele konusunda yetersiz kalmaktadır. Karantinanın işlevi hastalığın ortaya çıkması veya yayılmasının engellenmesi olduğuna göre karantina alanının hastalığa yakalanan ya da ölen kişinin bulunduğu yer ile sınırlandırılması hükmün konuluş amacına aykırı olmaktadır. Özellikle COVID-19 virüsünün Ülkemizde henüz hastalık olarak bulunmadığı durumda hastalığın ülke içerisinde kimseye bulaşmaması için karantina önlemleri alınabilirdi. Bu tedbirlerin ihlali halinde ise md 195 gereğince sorumluluğa gidilemezdi. Bu nedenle suç tipinden hastalığın bir kişiye bulaşması koşulunun çikartılması gerekir.

Madde 195'de yer alan suç tipi, ceza hukukunun caydırıcı gücü kullanılarak, bulaşıcı hastalıkla mücadele edilmesi adına şu şekilde yeniden tanımlanmalıdır. *“Bulaşıcı hastalıkların ortaya çıkmasını veya yayılmasını engellemek amacıyla karantina altına almaya yönelik yetkili makamlar tarafından alınan tedbirlere uymayan kişi altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”*

⁸ Osman Yaşar, Hasan Tahsin Gökcan ve Mustafa Artuç, *Yorumlu ve Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Cilt IV* (Adalet 2011) 603.

⁹ Çakmut (n 3) 544.

¹⁰ Zeynel Temel Kangal, “Bulaşıcı Hastalıklara İlişkin Tedbirlere Aykırı Davranma Suçu” *Özel Ceza Hukuku CILT V* (Onikilevha 2019) 433, 435.

¹¹ ibid 442.

¹² Donay (n 4) 290.

II. Suçun Maddi Unsuru

A. Genel Açıklamalar

Bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere aykırı davranma suçunda maddi unsur incelemesi belli bir sıraya göre yapılmıştır. Öncelikle suç tipinde yer alan ve maddi unsura dahil olan yetkili makamlar tarafından alınan tedbirlerin nitelikleri incelenmiştir. Daha sonra suçun faili, mağduru ve suçun maddi ve hukuki konusu ve son olarak suç teşkil eden fiil incelenmiştir.

B. Yetkili Makamlar Tarafından Alınan Tedbirlerin Nitelikleri

5237 sayılı Kanun md 195’de yer alan bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere aykırı davranma suçunda, hastalığın ortaya çıkması halinde yetkili makamlarca alınacak tedbirlere uyulmaması suç olarak tanımlanmıştır.¹³ İlgili suçta, yetkili makamlar tarafından alınan tedbirlerin birtakım nitelikleri bulunmaktadır.¹⁴ Suç tipinde yer alan niteliklerin somut olayda bulunmaması halinde maddi unsur eksikliğinden dolayı suç oluşmaz.¹⁵

Öncelikli olarak mevcut bir bulaşıcı hastalık olmalıdır.¹⁶ Bulaşıcı hastalığın türü, yayılma şekli veya kapsadığı alan suçun unsurlarının oluşumu için önemli değildir.¹⁷

İkinci olarak bulaşıcı hastalığa yakalanmış ya da mevcut hastalığa bağlı olarak ölmüş bir kimse olmalıdır.¹⁸ Bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere aykırı davranma suçunda, karantina tedbirlerinin alınabilmesi için hastalığı üreten ya da taşıyan bir hayvan ya da nesnenin tespit edilmiş olması yeterli olmaz. Hastalığa bağlı olarak bir kişinin hastalanmış ya da ölmüş olması gerekir. En az bir kişiye bulaşmış olması yeterli olup toplumun belli bir kesiminin hastalıktan etkilenmiş olması gerekli değildir.¹⁹

¹³ Hafizoğulları ve Özen (n 7) 128; Hasan Gerçeker, *Yorumlu ve Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Cilt II* (Seçkin 2020) 1836; Yaşar, Gökcan ve Artuç (n 8) 6036; Ali Parlar ve Muzaffer Hatipoğlu, *Türk Ceza Kanunu Yorumu* (Seçkin 2008) 2930; Sami Gören, *Açıklamalı – İçtihatlı Türk Ceza Kanunu* (2012) 1132; İsmail Malkoç, *Açıklamalı Türk Ceza Kanunu Cilt III* (2013) 3232; Çetin Arslan ve Bahattin Azizağaoğlu, *Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi* (Asil 2004) 818; Donay (n 4) 290; Şahbaz (n 3) 2263; Kungal (n 10) 21; Çakmut (n 3) 544; Vural Savaş ve Sadık Mollamahmutoglu, *Türk Ceza Kanunu Yorumu Cilt II* (Seçkin 1999) 2392; R Murat Önok, “Bulaşıcı Hastalıklara İlişkin Tedbirlere Aykırı Davranma Suçu (TCK md 195)” (2020) 9 (17) *Anayasa Hukuku Dergisi* 147, 148.

¹⁴ Arslan ve Azizağaoğlu (n 13) 818.

¹⁵ Malkoç (n 13) 3232.

¹⁶ Gözübüyük (n 6) 339; Bulaşıcı hastalık ifadesi, Devletin mücadele etmesi gereken hastalıklardan birisi olarak 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu md 29’da yer almaktadır. Bulaşıcı Hastalıklar Sürveyans ve Kontrol Esasları Yönetmeliği md 4/1-c hükmüne göre bulaşıcı hastalık; enfekte olmuş bir kişi ile doğrudan temas yoluyla veya bir vektör, hayvan, ürün veya çevreye maruz kalma gibi dolaylı yollardan veya bulaşıcı madde ile kirlenmiş olan sıvı alışverişi yolu ile insandan insana bulaşan, bir mikroorganizma veya onun toksik ürünlerine bağlı olarak ortaya çıkan hastalıktır. Yönetmeliğin Ek-1 Sayılı Bildirime Esas Bulaşıcı Hastalıklar Listesi’nde ise hangi bulaşıcı hastalıkların bildirim esas bulaşıcı hastalık olarak sayıldığı listelenmiştir. Bulaşıcı hastalığa neden olan organizmalar, virüsler, bakteriler veya mantarlar olabilir. Bu hastalıklar, bir bireyden diğerine veya bir türden diğerine geçebilme özelliklerinden dolayı bulaşıcı hastalık olarak tanımlanırlar. Bu bağlamda COVID-19 virüsü de solunum yolu ile bulaşan hastalıklardan biri olup, ilgili listede 50’nci sırada yer alan bir bulaşıcı hastalık olarak karşımıza çıkmaktadır.

¹⁷ Özüttürk, Nejat, *Türk Ceza Kanunu Şerhi ve Açıklaması Cilt I* (Filiz 1970) 1020.

¹⁸ Tuğba Bayzıt *COVID-19 Salgınının Hukuki Boyutu* (Editör Muhammet Özekes) (Onikilevha 2020) 865, 876.

¹⁹ Kungal (n 10) 438.

Üçüncü olarak hastalığa yakalanan ya da hastalıktan dolayı ölmüş bulunan kimsenin bulunduğu yere ilişkin olarak, bulaşıcı hastalığın yayılmasını önlemek amacıyla idari makamlar tarafından karantina tedbirlerinin alınması gerekir.²⁰ Karantina tedbirleri, kişiye değil hastalığın bulunduğu yere ilişkin olarak alınmaktadır.²¹

Karantinanın sözlükteki tanımı şu şekilde yapılmaktadır: “*Karantina, bulaşıcı bir hastalığın yaygın olduğu kaynaktan gelen kişilerin geçici olarak bir yerde tutulup gözlemlenmesi biçiminde uygulanan tedbirdir.*”²² Karantina, bulaşıcı bir hastalığa maruz kalmış kişilerin hareket kısıtlaması da dahil olmak üzere, hasta olup olmadıkları veya başkaları için risk oluşturmadıkları belirlenene kadar zorunlu olarak birey aktivitelerinin kısıtlanmasıdır.²³ Genel olarak bulaşıcı hastalığın yayılmasını engelleme amacını taşıyan bir takım kısıtlamalar için kullanılan ifadedir.²⁴

Madde 195’de yer alan *karantina altına alınmasına yönelik tedbirler* ifadesi sadece karantina bölgesine giriş – çıkışların engellenmesine yönelik tedbirler olarak anlaşılmalıdır. Karantina, o yerdeki insan hareketinin sınırlandırılmasını ifade eden genel bir terimdir.²⁵ Bu sınırlandırmanın türü ne olursa olsun her biri için karantina ifadesi kullanılmaktadır.

Madde 195’de yer alan suç tipinde karantina ifadesinin kullanılması, kanun koyucunun bulaşıcı hastalıkla mücadele adına her eylemi cezalandırma yolunu tercih etmediğini göstermektedir. Ultima ratio ilkesine uygun olarak karantina altına alma amacıyla alınan tedbirlere uymamak yaptırıma bağlanmaktadır. Ultima ratio ilkesine göre ceza hukukunun araçlarına en son çare olarak başvurulmalıdır. Nitekim kanun koyucu karantina dışında alınan tedbirlerin ihlalini suç olarak kabul etmemektedir. Bulaşıcı hastalığın ortaya çıkmasını veya yayılmasını engellemek adına, örneğin maske takma ya da sosyal mesafe kuralına uyma zorunluluğunun ihlali halinde bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere aykırı davranma suçu oluşmaz.

²⁰ Gerçekler (n 13) 1837.

²¹ Önok (n 13) 163.

²² John M Last, *A Dictionary of Epidemiology* (Oxford University Press 2001) 100.

²³ Gostin and Berkman (n 1) 147.

²⁴ Eugenia Tognotti, “Lessons from the History of Quarantine, from Plague to Influenza A” (2013) 19 (2) EID 254, 258; Karantina, bulaşıcı hastalıkların yayılmasını önlemek için başvurulacak etkin bir tedbirdir. Birey özgürlüğünü sınırlandırmasına rağmen çok haklı bir gerekçeye bağlı olarak uygulanmaktadır. İnsan güvenliği açısından devletlerin halk sağlığını koruma görevi bulunduğundan, gerektiğinde karantina gibi zorlayıcı ve zorunlu önlemlerin uygulanması gerekir. Alberto Giubilini, Thomas Douglas, Hannah Maslen and Julian Savulescu, “Quarantine, isolation and the duty of easy rescue in public health” (2018) (18) DWB 182, 184.

²⁵ Rahmi Kılıç, Çiğdem Ataman Hatipoğlu ve Cemil Güneş, “Quarantine and its legal dimension” 2020 (50) Turkish Journal of Medical Sciences 544, 544.

Bulaşıcı hastalıklara ilişkin karantina tedbirleri, hastalığın etkin olduğu ülke ya da bölgedeki ihtiyaca göre çeşitlilik gösterebilir.²⁶

Bulaşıcı hastalıklarla mücadele edilirken, kısıtlamalara muhatap edilen toplumun temel haklarının da güvence altına alınması gerekir.²⁷ Bu nedenle bulaşıcı hastalıkla mücadele edilebilmesi adına alınan tedbirlerin etkin kullanılabilmesi için alınan tedbirlerin konusunun ve kapsamının açıkça tanımlanması gerekir.²⁸

Suç genel teorisinde bazı hallerde, ceza normunu meydana getiren unsurlardan müeyyide kanun hükmünde belirlenmiş olmakta, ama fiil henüz belirlenmemiş olmaktadır. Açık ceza normu olarak ifade edilen bu hallerde müeyyide hükmü şimdiki halde mevcuttur, ama davranış hükmü gelecekte mevcut olacaktır. Burada normu koyan otoriteden, normu dolduran otorite farklıdır. Örneğin belirli bir konuda yetkili makamlar tarafından çıkarılacak özel ve genel nitelikteki emir veya tedbirlere uymamanın hükme bağlandığı hallerde olduğu gibi, norm gelecekteki bir unsurla tamamlanır.²⁹ Madde 195’de yer alan bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere aykırı davranma suçunda, karantina altına almaya yönelik tedbirlerin ihlalinin suç olmasına rağmen tedbirlerin neler olduğu idarenin takdir yetkisine bırakılmıştır. Bu durumda md 195 hükmü, açık ceza normu olarak kabul edilmelidir.³⁰ 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu md 2’de yer alan kanunilik ilkesine göre, suç teşkil eden haksızlığın, bu haksızlığın unsurlarının ve haksızlığın karşılığını oluşturan yaptırımların kanunla düzenlenmesi gerekir. Açık ceza normunun idarenin düzenleyici işlemleriyle gelecekte doldurulması, suç teşkil eden fiilin idare tarafından belirlenmesi sonucunu

²⁶ Yaşar, Gökcan ve Artuç (n 8) 6037; Bulaşıcı hastalıklarla mücadele adına hangi tedbirlerin alınabileceği 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu md 72’de yer almaktadır. “Bulaşıcı hastalıklardan biri zuhur ettiği veya zuhurundan şüphelenildiği takdirde aşağıda gösterilen tedbirler tatbik olunur: a) Hasta olanların veya hasta olduğundan şüphe edilenlerin ve hastalığı neşri tamim eylediği tetkikatı fenniye ile tebeyyün edenlerin fennen icap eden müddet zarfında ve sıhhat memurlarınca hanelerinde veya sıhhi ve fenni şartları haiz mahallerde tecrit ve müşahede altına vaz’ı. b) Hastalara veya hastalığa maruz bulunanlara serum veya aşı tatbiki. c) Eşhas, eşya, elbise, çamaşır ve binaların ve fennen intana maruz olduğu tebeyyün eden sair bilcümle mevaddın fenni tathiri. d) Hastalık neşreden haşarat ve hayvanatın itlafi. e) Memleket dahilinde seyahat eden eşhasın icap eden mahallerde muayenesi ve eşyalarının tathiri. f) Hastalığın sirayet ve intişarına sebebiyet veren gıda maddelerinin sarf ve istihlakinin men’i. g) Dahilinde sari ve salgın hastalıklardan biri zuhur eden umumi mahallerin tehlike zail oluncaya kadar set ve tahliyesi.”

²⁷ Fidler (n 2) 79.

²⁸ Gostin and Berkman (n 1) 147; bkz benzer görüş için Anayasa Mahkemesi. “5237 sayılı Kanun’un 2. maddesinde yer alan ‘suçla ve cezada kanunilik’ ilkesi uyarınca, hangi eylemlerin yasaklandığı ve bu yasak eylemlere verilecek cezaların hiçbir kuşkuyla yer bırakmayacak biçimde yasada gösterilmesi, kuralın açık, anlaşılır ve sınırlarının belli olması gerekmektedir. Kişilerin yasak eylemleri önceden bilmeleri düşüncesine dayanan bu ilkeyle temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması amaçlanmaktadır. Bu ilke, aynı zamanda temel hak ve özgürlükleri en geniş biçimiyle gerçekleştirip güvence altına almakla yükümlü olan hukuk devletinin esas aldığı değerlerden olup, uluslararası hukukta ve insan hakları belgelerinde de özel bir vere ve öneme sahip bulunmaktadır. Ceza yaptırımına bağlanan fiilin kanunun ‘açıkça’ suç sayması şartına bağlanmış olmasıyla, suç ve cezalara dair düzenlemelerin şekli bakımından kanun biçiminde çıkarılması yeterli olmayıp, bunların içerik bakımından da belirli amacı gerçekleştirmeye elverişli olmaları gerekir. Bu açıdan kanunun metni, bireylerin hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını belirli bir açıklık ve kesinlikle öngörebilmelerine imkân verecek düzeyde kaleme alınmış olmalıdır. Bu nedenle belirli bir kesinlik içinde kanunda hangi eyleme hangi hukuksal yaptırımın bağlandığının bireyler tarafından bilinmesi ve eylemlerin sonuçlarının öngörülebilmesi gerekir.” (Anayasa Mahkemesi, 129/81, 24.05.2012).

²⁹ Zeki Hafizoğulları, *Ceza Normu: Normatif Bir Yapı Olarak Ceza Hukuku Düzeni* (USA 1996) 280.

³⁰ Hafizoğulları ve Özen (n 7) 128.

doğuracağından kanunilik ilkesine aykırıdır.³¹ Yetkili makamlar tarafından alınan tedbirler, bulaşıcı hastalığın yapısı, türü, yaygınlığı gibi faktörlere göre belirlenmektedir. Bu durumda kanunilik ilkesine aykırı olarak suçun maddi konusu idarenin düzenleyici işlemleriyle kararlaştırılmaktadır.³² Bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere aykırı davranma suçunda karantina altına almaya yönelik hangi tedbirlerin alınması gerekliliği idarenin yetkisindedir. Hastalıkla mücadele etmek adına gerekli olan önlemler, yetkili idari makamlar tarafından 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu hükümlerine atıf yapılarak alınmak zorundadır. Tedbirlerin neler olduğu md. 195’de yer almadığından md 195 hükmü açık ceza normu olarak ifade edilmektedir. Açık ceza normunda yaptırım belirlenmiştir; ancak kural, somut ve güncel bir biçimde normda yer almamaktadır ve içeriği (hareketten önce) idare tarafından doldurulmaktadır. Bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere aykırı davranma suçunda, tedbirlerin somutlaştırılmamasının sebebi, salgının ne olduğunun, kapsamının ve etkisinin önceden tahmin edilebilmesinin mümkün olmamasıdır. Buna rağmen ceza kanunlarında hükmün açık bırakılması kanunilik ilkesine uygun değildir.³³ Kanunilik ilkesi ve onun alt unsurlarından belirlilik ilkesi gereği, çağdaş ceza hukukunda bu tür normlar tercih edilmemelidir.

Karantinanın amacı, hareket halinde olanlar arasında hastalığın görülme oranını ve etkilerini azaltmak, mevzuat, bilim, araştırmalar, hazırlık ve yapılacak planlar çerçevesinde hastalığın topluma girmesi, bulaşması ve yayılmasını önlemektir.³⁴

Karantina tedbirleri, düzenleyici işlemler aracılığıyla yerine getirildiği için suç, idarenin düzenleyici işlemine uyulmamasıdır. Bu nedenle düzenleyici işlemin hukuka uygun olmaması, sakat olması halinde alınan tedbirlere uymamak suç teşkil etmez.³⁵

Bir bölgede bulaşıcı hastalığa bağlı olarak bir kişinin hastalanmış ya da ölmüş olmasına rağmen henüz yetkili makamlar tarafından karantina tedbirleri alınmamışsa ya da alınmış olmasına rağmen henüz hastalık bir kişiye bulaşmamış ya da bir kişi

³¹ Abdullah Batuhan Baytaz, *Kanunilik İlkesi Bağlamında Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Yorum* (Onikilevha 2018) 115.

³² Önok (n 13) 157.

³³ Bkz benzer görüş için Anayasa Mahkemesi. “5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 297. maddesinin (1) numaralı fıkrasında, infaz kurumuna veya tutukevine silah, uyuşturucu veya uyarıcı madde veya elektronik haberleşme aracı sokmak veya bulundurmamak yasaklanmış ve bu yasağa uymayanların hapis cezası ile cezalandırılacakları öngörülmüştür. İtiraz konusu kuralın yer aldığı anılan maddenin (2) numaralı fıkrasında ise (1) numaralı fıkrada sayılanların dışında kalıp da yetkili makamlar tarafından infaz kurumuna veya tutukevine sokulması yasaklanmış bulunan eşyayı, bu yasağı bilerek, infaz kurumuna veya tutukevine sokan veya bulunduran ya da kullanan kişinin hapis cezası ile cezalandırılacağı belirtilmiştir. 297. maddenin (1) numaralı fıkrasında suça konu olabilecek eşyaların nitelikleri tek tek sayılmış olmasına karşın, itiraz konusu kuralda böyle bir nitelik belirleme yapılmadan, sınırsız, belirsiz ve geniş bir alanda idare içinde yer alan yetkili makama suça konu olabilecek eşyaları belirleme yetkisi tanınmıştır. Buna göre kuralda, idare içinde yer alan yetkili makama suça konu olabilecek eşyaları belirlerken hangi nitelikleri esas alacağı hususuna açık ve belirgin olarak yer verilmediğinden dolayı kural, belirli ve öngörülebilir olmadığı gibi suçun yasallığı ilkesine de uygun değildir.” (Anayasa Mahkemesi, 69/116, 21.10.2011).

³⁴ Giubilini, Douglas, Maslen and Savulescu (n 24) 183.

³⁵ Hafizoğulları ve Özen (n 7) 128.

ölmemişse, o bölgede alınan tedbirlerin ihlali halinde, bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere aykırı davranma suçu oluşmaz.³⁶

Madde 195'e göre karantina tedbirleri yalnızca bulaşıcı hastalığa yakalanmış ya da hastalıktan dolayı ölmüş olan kişinin bulunduğu yerde uygulanan önlemlerdir. Mevcut tedbirlere aykırı davranışların sınırlı bir alanda suç oluşturduğu anlaşılmaktadır.³⁷ Virüse bağlı vakaların tüm ülkeye yayılması söz konusu olduğunda alınan tedbirlerin de tüm ülke genelinde geçerli olarak uygulanması gerekir. Bu durumda md 195'de yer alan "*hastalığa yakalanmış ya da hastalıktan dolayı ölmüş kişinin bulunduğu yer*" ifadesinin tüm ülke olarak yorumlanabilmesi gerekir.³⁸

Bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere aykırı davranma suçunda yer alan düzenleme, kapsam itibarıyla mevcut COVID-19 virüsünden kaynaklanan salgınla mücadele adına ve kamunun sağlığını koruma adına yetersiz kalmaktadır. Salgınla birlikte ortaya çıkan ve cezalandırma faaliyetine dahil edilmesi gerekli olan fiil tipi, salgınla ilgili olarak idarece alınan tedbirlere uymama şeklinde ortaya çıkmaktadır. Oysa kanunda yer aldığı üzere fiilin suç oluşturmasının koşulu, bulaşıcı hastalıklardan birine yakalanan veya bu hastalıklardan ölmüş bir kişinin bulunduğu yerin karantina altına alınmasına dair yetkili makamlarca alınan tedbirlere uyulmaması olarak ifade edilmektedir. Bu açıdan bakıldığında kapsamı oldukça dar düzenlendiği için hüküm, mevcut salgınla ortaya çıkan hukuki ihtiyaçların gerisinde kalmaktadır. Ülke içerisinde henüz virüs vakası yaşanmamış olduğunda dahi idari makamlar tarafından tedbir amaçlı karantina uygulamasına gidilebilmesi mümkündür. Bu halde karantina tedbirlerine uyulmaması, md 195 gereğince bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere aykırı davranma suçunu oluşturmamaktadır. Kanun hükmünün virüsle mücadele adına işlevsel hale getirilebilmesi için kanunda yer alan "*bulaşıcı hastalıklardan birine yakalanmış veya bu hastalıklardan ölmüş kimsenin bulunduğu yer*" koşulunun kanundan çıkartılması gerekmektedir. Diğer ifadeyle tedbirlerin alındığı yerin neresi olduğunun kanunda yer almaması gerekir.

Yetkili makamlarca yapılan tavsiye niteliğindeki uyarıların ihlal edilmesi md 195 gereğince sorumluluğa neden olmamaktadır. Alınan tedbirlere uyulmasının zorunlu tutulması gerekir.

Bulaşıcı hastalıkla mücadele adına alınması gereken karantina tedbirlerinin, yetkili makamlar tarafından alınması gerekir. Aksi halde maddi unsur eksikliğine bağlı olarak suç oluşmaz.³⁹ Karantina tedbirlerini almaya yetkili makamlar 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu md 69'da düzenlenmiştir. "*Sari ve salgın bir*

³⁶ Kangal (n 10) 438.

³⁷ Şahbaz (n 3) 2263.

³⁸ Bkz aksi görüş için. Bulaşıcı hastalığa yakalanmış ve hastalıktan dolayı ölmüş olan kişinin bulunduğu yerin dar yorumlanması gerekir. Önok (n 13) 164.

³⁹ Yaşar, Gökcan ve Artuç (n 8) 6037.

hastalığın vukuu tahakkuk eylediği takdirde sıhhat memurları derakap lazım gelen tedbirlerin ittihazına ve bütün idari makamlar bu tedbirlerin tatbik ve icrası hususunda muavenete mecburdurlar.” Sıhhat memurları, tedbirlerin neler olduğunu ve kapsamını belirleme konusunda yetkilidirler. Sıhhat memurlarının kimler olduğu ise 1593 sayılı Kanun md 303’de düzenlenmiştir. “Bu kanunda zikredilen sıhhat memurları; Devlet, belediye ve idarei hususiye işlerinde kullanılan tabipler ve Sıhhat ve İctimai Muavenet Vekaletinin lüzum göreceği ve mezuniyet vereceği hususlarda tabiplerin maiyetinde bulunan küçük sıhhat memurlarıdır.”⁴⁰

Son olarak, idari makamlar tarafından alınan karantina tedbirlerinin topluma duyurulması gerekir.⁴¹ Bulaşıcı hastalığın yerel veya ülkeler arası olup olmadığına bakılmaksızın yetkili makamların aldığı tedbirlere uyulması zorunludur. Alınan önlemlere uyulması gerekliliği elverişli araçlarla topluma duyurulmalıdır. Tedbirlerin, gerek yazılı ve görsel medya gerekse sosyal medya aracılığıyla da paylaşılabilmesi mümkündür.

C. Fail, Mağdur ve Konu

Bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere aykırı davranma suçunda, bulaşıcı hastalıklardan birine yakalanmış veya bu hastalıklardan ölmüş kimsenin bulunduğu yerin karantina altına alınmasıyla ilgili alınan tedbirlere aykırılık hali yaptırıma bağlanmaktadır.

Fail bakımından özel bir nitelik aranmadığından suçun faili herkes olabilir.⁴² Fail, bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere aykırı davranan kişidir.⁴³ Örneğin olası bir karantina önlemi esnasında karantina altına alınmış alandan kaçmaya çalışan veya karantinada olan bir kişiyle karantina önlemlerine aykırı bir biçimde temas kurmaya çalışan kişi, suçun failidir.⁴⁴

Bulaşıcı hastalığın yayılması riskini engelleme amacıyla, karantina kapsamında alınan tedbirlerin sadece belirli bölgeler veya zaman dilimleri ya da belirli mekanlar, meslekler veya bazı yaş grupları için uygulanması mümkündür. Bu durumda bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere aykırı davranma suçunun faili ancak bu kişiler olabilir.

⁴⁰ Önok (n 13) 169.

⁴¹ Şahbaz (n 3) 2264.

⁴² Yaşar, Gökcan ve Artuç (n 8) 6036; Karantina altında bulunanlar dışında, tedbiri uygulayanlar olarak kolluk kuvvetlerinin ya da sağlık çalışanlarının da suçu işleme ihtimali bulunmaktadır. Örneğin hakkında karantina kararı alınan kişinin karantina alanına götürülmemesi ya da karantina alanına götürülürken yetkili makamın izni olmaksızın hastalığın yayılmasına yönelik tedbire aykırı şekilde başka bir yere götürülmesi de bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere aykırı davranma suçunun tanımına uymaktadır. İlave olarak 5237 sayılı Kanun md 266 hükmü gereğince görevi gereği olarak, elinde bulundurduğu araç ve gereçleri bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere aykırı davranma suçunun işlenmesi sırasında kullanan kamu görevlisi hakkında md 195’den dolayı verilecek ceza artırılır. Kangal (n 10) 436.

⁴³ Gerçekler (n 13) 1837.

⁴⁴ Hafizoğulları ve Özen (n 7) 128.

Bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere aykırı davranma suçu belli kimselere karşı işlenmediği için tedbirlerin ihlal edilmesine bağlı olarak toplumda yaşayan herkesin zarar görme ihtimali bulunmakta, kamunun sağlığı tehdit edilmektedir.⁴⁵ Tedbirlerin ihlal edilmesinin sonucunda bulaşıcı hastalık toplumu oluşturan bireylere bulaşmaktadır. Eğitim, sosyal ve ekonomik hayat bu durumdan olumsuz etkilenmektedir. Bu nedenle suçun mağduru, alınan tedbirlerle korunmak istenen toplumu oluşturan kişilerdir.⁴⁶

Suç genel teorisinde suçun maddi konusu, tipik hareketin üzerinde gerçekleştirilmesi zorunlu olan şeydir. Maddi konu, suçu düzenleyen normda yer alan tanımda yer almaktadır.⁴⁷ Bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere aykırı davranma suçu, yerin karantina altına alınmasına dair yetkili makamlarca alınan tedbirlerin ihlal edilmesi halinde işlenebilir. Bu nedenle suçun maddi konusu, bulaşıcı hastalıklardan birine yakalanmış ya da ölmüş kimsenin bulunduğu yerin karantina altına alınmasına dair yetkili makamlarca alınan tedbirlerdir.⁴⁸

Suç genel teorisinde suçun hukuki konusu, suç tarafından ihlal edilen hukuki varlık ya da menfaattir.⁴⁹ Bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere aykırı davranma suçuyla korunan hukuki yarar, toplum sağlığının korunması ve kamu düzeninin sağlanmasıdır.⁵⁰ Esas olan hastalığın yayılmasının önüne geçmek ve her şeyden önce kamu sağlığını en üst güvenlik pozisyonunda tutmaktır.⁵¹ Suç tipi, hastalığa yakalanmış kişileri değil, hastalığın bulunduğu yer ile bir şekilde temasta bulunan kişileri korumaya yönelik düzenlenmiştir. Böylece kamu sağlığının korunması amacı güdülmektedir.⁵² Kamu menfaati bireylerin menfaatinden üstün tutulmuştur. İlave olarak tedbirlere uymayarak salgının artmasına neden olan kişiler, toplumda yer alan kişilerin hareket etme özgürlüğünü de kısıtlamaktadırlar. Bu durum birey özgürlüğüne de zarar vermektedirler.

⁴⁵ Yaşar, Gökcan ve Artuç (n 8) 6036.

⁴⁶ Arslan ve Azizağaoğlu (n 13) 818; bkz aksi görüş için. Suçun mağduru toplum olmayıp, aldığı tedbirlere uyulmayan kamu idaresidir. Hafizoğulları ve Özen (n 7) 128.

⁴⁷ Nevzat Toroslu ve Haluk Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Savaş 2019) 110.

⁴⁸ Bayzit (n 18) 877.

⁴⁹ Toroslu ve Toroslu (n 47) 109.

⁵⁰ Çakmut (n 3) 545; Bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere aykırı davranma suçunda korunan hukuki yararın, 765 sayılı Kanun ile 5237 sayılı Kanunda düzenlendiği yerlere ilişkin sistematik yorum yapıldığında, farklı olduğu görülmektedir. 765 sayılı Kanunda *Devlet İdaresi Aleyhine Suçlar* altında düzenlendiği için suçla korunan hukuki yarar, yerine getirilmesi gereken kamu hizmetinden bireyin yararlanma hakkıdır. 5237 sayılı Kanunda ise *Kamu Sağlığına Karşı Suçlar* altında düzenlendiği için suçla korunan hukuki yarar kamu sağlığıdır. Kangal (n 10) 434.

⁵¹ Yaşar, Gökcan ve Artuç (n 8) 6035; Bir suçun kamuya yönelik tehdit oluşturmasının temel sebebi, suçun, önceden belirlenmesi mümkün olmayan kişilerin hakkını tehlikeye atmasıdır. Toplumun, kendisine yönelik suç teşkil eden fiil ve hareketlerden korunmak amacıyla önlem alması da çoğu zaman mümkün olmamaktadır. Sahir Erman ve Çetin Özek, *Ceza Hukuku Özel Bölüm - Kamunun Selametine Karşı İşlenen Suçlar* (Dünya 1995) 174.

⁵² Gerçekler (n 13) 1836; Kamunun sağlığı, kanunun güvencesi altındadır. Kamu sağlığının korunmasının ceza kanunun amaçlarından biri olduğu, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu md 1'de yer almaktadır.

Bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere aykırı davranma suçu, tehlike suçudur. Kanun koyucu madde metninde somut olarak bir tehlikenin varlığını aramamıştır. Suç tanımında belli bir tehlikeli davranışın icra edilmesi başlı başına ceza yaptırımının uygulanmasını gerektirdiğinden soyut tehlike suçudur. Somut olarak hastalığın bulaştırılmış olması gerekli olmasa da alınan tedbirlerin ihlali halinde toplumda yaşayan herkes için tehlikeli bir duruma neden olunmaktadır.⁵³ Soyut tehlike suçlarının bazılarında tehlikenin ortaya çıkabilmesi için failin hareketinin elverişli olup olmadığına bakılmaktadır. Bu suçlara “elverişlilik suçları” veya “potansiyel tehlike suçları” denilmektedir. Bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere aykırı davranma suçu da soyut tehlike suçlarından potansiyel tehlike suçu sayılmaktadır.⁵⁴ Bu suçlarda tehlikeye uygunluğun somut olayda bulunup bulunmadığının hakim tarafından değerlendirilmesi gerekmektedir. Bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere aykırı davranma suçunda failin aykırılık teşkil eden hareketinin objektif değerlendirme yapılarak, tedbirleri engellemeye elverişli boyutta olduğunun tespit edilmesi gerekir.

D. Fiil

Suç genel teorisinde hareket, netice ve nedensellik ilişkisinden oluşan eylem, fiil olarak adlandırılmaktadır.⁵⁵

Bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere aykırı davranma suçunda hareket, yetkili makamlarca alınan tedbirlere aykırı davranmaktır.⁵⁶ İlgili tedbirlerin ne şekilde ihlal edileceği 5237 sayılı Kanun md. 195’de yer almadığından, tedbirlere uyulmamasının nasıl olduğunun bir önemi yoktur. Her türlü hareketle işlenebileceğinden serbest hareketli suç tipidir.⁵⁷

Yetkili makamlarca alınan tedbirlere aykırı hareketin icrai ya da ihmali olabilmesi mümkündür.⁵⁸ Örneğin karantina bölgesine girmek veya çıkmak izin koşuluna bağlı olduğunda, karantina bölgesine izinsiz girmek ya da izinsiz bölgeden ayrılmak; karantina tedbiri bir evde uygulanmaktaysa, bu yükümlülüğe uyulmaması; ülkeye giriş yapan kişilerin belli yerlerde belli süre bekletilmeleri zorunluluğu bulunmasına rağmen idari makamın kararı olmadan bulunması gereken yerden ayrılma gibi

⁵³ Yaşar, Gökcan ve Artuç (n 8) 6038; Tehlike suçları, soyut ve somut tehlike suçları olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Soyut tehlike suçunda, kanuni tanımda yer alan fiilin icra edilmesi yeterli olup suç konusu üzerinde gerçek bir tehlikenin mevcut olup olmadığı araştırılmaz. Somut tehlike suçunda ise fiilin icra edilmesinden sonra somut olarak bir tehlikenin meydana gelmesi gerekir. İzzet Özgeç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Seçkin 2019) 221.

⁵⁴ Önok (n 13) 170; bkz benzer görüş için İtalyan Yargıtayı. Salgın suçundan dolayı kişinin sorumlu tutulabilmesi için hareketin türü önemli değildir; bir salgına neden olmak için uygun olması yeterlidir. (Cassazione, 48014, 26.11.2019).

⁵⁵ Hamide Zafer, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Beta 2019) 226.

⁵⁶ Hafizoğulları ve Özen (n 7) 128; Yargıtay’a göre somut olayda hangi hareketlerin alınan tedbirlerin ihlali olduğunun hükümde açıkça yer alması gerekir. “Oluşa göre sanığın hareketinin ne suretle alınan tedbire fiilen mümanaat teşkil ettiği kanuna müsteniden izah edilmeksizin bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere aykırı davranma suçundan sorumluluğa gidilmesi yolsuzdur.” (Yargıtay 2 CD, 3469/2499, 05.04.1949).

⁵⁷ Gerçekler (n 13) 1837; Yaşar, Gökcan ve Artuç (n 8) 6038; Öztürk (n 17) 1021.

⁵⁸ Kangal (n 10) 441; bkz aksi görüş için. Alınan tedbirlerin ihlali ancak fiili ve icrai hareketle gerçekleştirilmelidir. Öztürk (n 17) 1021.

aykırılıklar icrai hareketle suçun işlenmesi halleridir. Ülkeye giriş yapan kişilerin, belli yerlerde belli süre bekletilmeleri zorunluluğu bulunmasına rağmen belirlenmiş yerlere gitmemeleri ise ihmali hareketle bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere aykırı davranma suçuna örnek olarak verilebilir.

Bir kişinin virüs taşıdığı tespit edildiği veya bundan şüphelenildiği takdirde, sağlık memurlarınca bu kişinin muayene edilmesi ve hastalığın sebeplerinin araştırılmasına ilişkin herhangi bir işleme muhalefet edilmesi, hekimlere veya sağlık çalışanlarına zorluk çıkarma halleri de alınan tedbirlerin ihlal edilmesi olarak kabul edilmelidir.⁵⁹ Benzer şekilde özel laboratuvarın COVID-19 testi yaptıranların bilgilerini Sağlık Bakanlığı ve kamu kurumlarıyla paylaşmaması, virüs tahlili yaptıran insanlarla ilgili bilgileri yetkili kurumlardan gizlemesi, suç tipikliğine uygun olması koşuluyla karantina tedbirlerinin uygulanmasının ihlal edilmesi olarak kabul edilmelidir.

Bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere aykırı davranma suçunda, hastalığın oluşturduğu ya da oluşturabileceği tehlikenin önlenmesi amaçlanmaktadır. Kanun koyucu, idarenin almış olduğu tedbirlere uyulmamasını, toplum açısından tehlikeli kabul etmektedir. Bu nedenle alınan tedbirlerin ihlal edilmesi halinde suç tamamlanmıştır.⁶⁰ İhlalin bir zarara ya da zarar tehlikesine neden olması aranmadığı için hareket suçudur.⁶¹

Bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere aykırı davranma suçunda alınan tedbirlere uyulmaması suçun tamamlanması için yeterlidir. Tedbirlere uymamak amacıyla cebir, şiddet veya tehdit kullanılmasına gerek yoktur.⁶²

III. Suçun Manevi Unsuru

Bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere aykırı davranma suçunun taksirli hali Kanunda yer almadığından suç ancak kasten işlenebilmektedir.⁶³ Yetkili makamlar tarafından alınmış olan tedbirlere bilerek ve istenerek uyulmaması gerekir.⁶⁴

⁵⁹ Özütlük (n 17) 1021; Bu durum 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu md 284'te yer almaktadır. "*Bulaşıcı hastalıklar hakkında tetkikatta bulunmağa salahiyettar memurlara muhalefet eden kimseler Türk Ceza Kanununun 195 inci maddesi mucibince cezalandırılır.*"

⁶⁰ Hafizoğulları ve Özen (n 7) 128; Tedbirlere aykırı davranan kişinin, herhangi bir kimseye hastalık bulaştırıp bulaştırmadığına bakılmamaktadır. Tedbirlere uymadığı ve kamu sağlığını tehlikeye attığı gerekçesiyle cezalandırılacaktır. Şahbaz (n 3) 2264; Tedbirlere uymayacağını beyan etmesi, bildirmesi ya da alınan tedbirlerin gereksiz, aşırı ya da uygun olmayacağı konusunda eleştirilerde bulunması halinde, bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere aykırı davranma suçu oluşmaz. Suçun tamamlanması için alınan tedbirlere eylemli olarak fiilen uyulmaması gerekir. Malkoç (n 13) 3233.

⁶¹ Yaşar, Gökcan ve Artuç (n 8) 6037; Sadece hareketin yapılmasının suçun tamamlanması için yeterli olduğu suçlara, hareket suçu denilmektedir. Bundan başka bir neticenin, bir zararın oluşması beklenmez. Toroslu ve Toroslu (n 47) 146.

⁶² Yaşar, Gökcan ve Artuç (n 8) 6038.

⁶³ Gerçekler (n 13) 1838.

⁶⁴ Gözübüyük (n 6) 339.

Bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere aykırı davranma suçu, olası kastla da işlenebilir.⁶⁵ Suçun oluşması için failin, alınan tedbirleri bilerek ve isteyerek ihlal etmesi yeterlidir. Bu nedenle genel kastın varlığı yeterli olup failin özel bir saikle suçu işlemesi gerekli değildir.⁶⁶

IV. Hukuka Aykırılık

Bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere aykırı davranma suçunda, alınmış ve duyurulmuş tedbirlere aykırı davranma fiilinin hukuka aykırı olması gerekir. Bu nedenle suç tipine uygun düşen hukuka uygunluk nedenlerinin somut olayda bulunması halinde fiil suç teşkil etmez.⁶⁷

Fiil, kanun hükmünün yerine getirilmesi suretiyle hukuka uygun olabilir. Karantina bölgesine, kanun hükmü gereğince girme yetkisine sahip olan kolluk ya da sağlık personelinin hareketi hukuka uygun kabul edilmelidir. Meşru savunma hükümleri ilgili suç tipinde uygulanmaz. Karantina tedbirlerinin alınması, kişinin hakkına yönelik olarak haksız bir saldırı olarak kabul edilmeyeceğinden kişinin tedbirlere uymaması meşru savunma sayılmaz. Benzer şekilde hakkın kullanılması ve ilgilinin rızası hukuka uygunluk nedenlerinin, bulaşıcı hastalıklara ilişkin alınan tedbirlere aykırı davranılması suç tipinde uygulanması mümkün olmaz.⁶⁸

V. Kusurluluk

Kusuru etkileyen nedenler olan yaş küçüklüğü, sağır ve dilsizlik, geçici nedenler, alkol veya uyuşturucu madde etkisinde olma hallerinin bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere aykırı davranma suçunda uygulanabilmesi mümkündür.⁶⁹ İlave olarak failin içinde bulunduğu zor durum, imkânsızlık nedeniyle tedbirleri ihlal etmiş olması halinde zorunluluk halinden de faydalanabilmesi gerekir.⁷⁰ Örneğin karantina bölgesinde oluşan sel baskını nedeniyle bölgenin dışına çıkılması halinde sorumluluğa gidilmez.

Yetkili makamlar tarafından alınan karantina tedbirlerinin uygulanması haksız fiil olmadığından, kişinin hiddetli veya şiddetli elem dolayısıyla tepki vererek alınan tedbirleri ihlal etmesi halinde haksız tahrik hükümlerinden yararlanabilmesi mümkün olmaz.

⁶⁵ Çakmut (n 3) 549.

⁶⁶ Özütürk (n 17) 1021; Gerçeker (n 13) 1838; Yaşar, Gökcan ve Artuç (n 8) 6038; Kangal (n 10) 443.

⁶⁷ Çakmut (n 3) 548; bkz aksi görüş için. Suçun unsuru olan hukuka aykırılığı ortadan kaldıran nedenler olan hukuka uygunluk nedenleri, tüm suçlar için uygulanabilen genel nitelikli hükümlerdir. Somut olayda bulunması halinde fiil suç teşkil etmez. Ancak hukuka uygunluk nedenlerinin kapsamı ve konusuyla uyumadığından, bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere aykırı davranma suçunda hukuka uygunluk nedenlerinin dikkate alınması mümkün olmaz. Hafizoğulları ve Özen (n 7) 129; Arslan ve Azizağaoğlu (n 13) 819.

⁶⁸ Kangal (n 10) 446.

⁶⁹ ibid 443.

⁷⁰ Hafizoğulları ve Özen (n 7) 129.

Yetkili makamlar tarafından alınan karantina tedbirlerini uygulamakla görevli kişi, tedbirleri uygularken keyfi hareket ettiğinde, görevlinin haksız uygulamalarına karşı tepki olarak, alınan tedbirlerin ihlal edilmesi halinde haksız tahrik indirimi uygulanmamalıdır. Haksız tahrikte tepkinin, haksız fiili gerçekleştiren kişiye yönelik olması gerekir. Görevlinin, aşırı, orantısız veya keyfi uygulamaları her ne kadar haksız fiile neden olsa da haksız tahrikten yararlanılabilmesi için tepkinin görevliye verilmesi gerekirdi. Oysa tepkinin, karantina altına almak amacıyla yetkili makamlarca alınan tedbirlere yönelik verilmesi halinde, tepki üçüncü kişiye verilmiş olacağından haksız tahrik hükümlerinden yararlanılabilmesi mümkün olmaz.⁷¹ Görevlinin haksız uygulamalarına karşı görevliye verilen tepki, md 265’de yer alan görevi yaptırmamak için direnme suçunu oluşturmamaktadır. Görevi yaptırmamak için direnme suçunda, engellenmeye çalışılan bir görevden bahsetmek için bu görevin hukukun çizdiği sınırlar içerisinde ifa ediliyor olması gerekir. Görevlinin aşırı, orantısız, keyfi uygulamaları görevin ifası olarak kabul edilemez.⁷² Örneğin karantina altında tutulma süresi dolmasına rağmen kişinin keyfi yere dışarı çıkmasına izin verilmemesi halinde görevin ifasından bahsedilemez. Haksız uygulamalar görevin ifası olarak kabul edilmeyeceğinden verilen tepki de görevi yaptırmamak için direnme suçunu oluşturmamaktadır. Görevlinin haksız uygulamalarına karşı görevliye verilen tepki, fiilin niteliğine göre hakaret⁷³, tehdit, kasten yaralama⁷⁴ veya kasten öldürme suçlarını oluşturabilir. Bu durumda sayılan suçlar, görevlinin haksız fiiline tepki olarak işleneceğinden, fail hakkında haksız tahrik hükümlerinin uygulanmasına bir engel yoktur.

Bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere aykırı davranma suçunda failin hatası ceza sorumluluğunu etkilemektedir. Kusuru etkileyen neden olan hata, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu md 30’da dört fıkra halinde düzenlenmiştir. Birinci fıkraya göre, suçun maddi unsurunda hata halinde failin kastı ortadan kalkmaktadır. Maddi unsur hatası, bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere aykırı davranma suçunda söz konusu olabilir. Yetkili makamlar tarafından alınan tedbirler duyurulmamış ya da duyurulmuş olmasına rağmen içinde bulunduğu ortam gereğince kişi öğrenememiş ise tedbirlere aykırı hareket eden kişi, suçun maddi konusunda hata yaptığı için kastı oluşmaz.⁷⁵ Benzer şekilde tedbirler duyurulmasına rağmen kişinin, karantina altına alınan

⁷¹ Bkz aksi görüş için. Yetkili makamlar tarafından alınan karantina tedbirlerini uygulamakla görevli kişinin aşırı, orantısız veya keyfi uygulamaları haksız fiile neden olduğundan, bu duruma tepki olarak alınan tedbirlere uymayan kişi haksız tahrik indiriminden istifade edebilir. Kargal (n 10) 444.

⁷² Ramazan Keklik, “Görevi Yaptırmamak İçin Direnme Suçu” (2015) 19 (4) AHBVÜHFD 259, 278.

⁷³ Bkz benzer görüş için Yargıtay. (Yargıtay 5 CD, 02.12.2014, 8093/12058).

⁷⁴ Bkz benzer görüş için Yargıtay. (Yargıtay 5 CD, 16.04.2014, 809/4286).

⁷⁵ Kargal (n 10) 443; bkz aksi görüş için. Kişinin, yetkili makamların aldığı önlemleri bilmemesi hali 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu md 30/1’e değil md 30/4’e göre değerlendirilmelidir. Dördüncü fıkra gereğince hatası kaçınılmaz ise cezalandırılmaz. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu md 4’e göre ceza kanunlarını bilmemek mazeret sayılmamasına rağmen kişinin içinde bulunduğu ortam nedeniyle tedbirleri öğrenme imkansızlığı yaşaması halinde diğer ifadeyle fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz hataya düşülürse bu hatasından yararlanır ve sorumluluğuna gidilemez. Hafizoğulları ve Özen (n 7) 129.

bölgenin sınırlarını yanlış değerlendirmesi halinde suçun maddi koşullarında hata (md 30/1) gereğince kastının ortadan kalktığı kabul edilmelidir.⁷⁶ İkinci fıkraya göre, suçun nitelikli hallerinin gerçekleştiği hususunda hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanmaktadır. Bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere aykırı davranma suçunda nitelikli hal bulunmadığından failin nitelikli hallerde hataya düşmesi mümkün olmaz. Üçüncü fıkraya göre, ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda hata halinde, failin hatası kaçınılmaz ise bu hatasından yararlanır. Örneğin kanun hükmü gereğince karantina bölgesine girme ya da çıkma konusunda kendisinin yetkili olduğunu düşünen kamu görevlisinin hatası kaçınılmaz ise fiili, karantina tedbirlerinin ihlali sayılmaz, hatasından yararlanır. Dördüncü fıkraya göre, fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz hata halinde, failin hatası kaçınılmaz ise cezalandırılmaz. Örneğin köy yerinde ikamet eden yaşlı birisinin, karantina önlemlerini bilmesine rağmen tarlaya gitmesi, odun kesmeye gitmesi halinde, köyde yaşamın doğal gereklerini yerine getirdiği düşünülmelidir. Eyleminin haksızlık teşkil ettiğini bilmemesi kabul edilebilir bir hata olarak değerlendirilmelidir. Bu halde hatası kaçınılmaz sayılır ve sorumluluğu bulunmaz.

VI. Suçun Özel İşleniş Biçimleri

A. Suça Teşebbüs

Kişi, işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaz ise teşebbüsten dolayı sorumlu tutulur. Suçun tamamlanmamış olmasına rağmen failin teşebbüsten dolayı sorumlu tutulmasının sebebi, ortada bir zarar veya tehlikenin mevcut olmasıdır.⁷⁷

5237 sayılı Kanun md 195’de yer alan bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere aykırı davranma suçunda fail, yetkili makamlar tarafından alınan tedbirlere aykırı davranmak için harekete geçip, elinde olmayan nedenlerle hareketini tamamlayamaz ise fiil teşebbüs aşamasında kalmış olur.⁷⁸

Suç genel teorisinde hareket suçlarına sadece icra hareketlerinin tamamlanmaması şeklindeki teşebbüs söz konusu olabilir. Çünkü bu tür suçlarda hareket tamamlandığında suç da tamamlanmıştır. İcra hareketlerinin tamamlanmaması şeklindeki teşebbüsün mümkün olması için hareketin belli bir oluşum sürecine sahip

⁷⁶ Kargal (n 10) 443.

⁷⁷ Özgenç (n 53) 495.

⁷⁸ Yaşar, Gökcan ve Artuç (n 8) 6038; Gerçekler (n 13) 1838; Kargal (n 10) 442; bkz aksi görüş için. Bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere aykırı davranma suçu, alınan tedbirlerin ihlal edilmesi halinde tamamlanır. Zarar suçu olmadığından hareket ile netice birbirinden ayrılmaz, hareket kısımlara bölünemez ve suça teşebbüs olmaz. Hafizoğulları ve Özen (n 7) 129.

bulunması ya da parçalara bölünebilir olması gerekir.⁷⁹ Bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere aykırı davranma suçu hareket suçudur. Hareketin tamamlanması için belli bir zamanın geçmesinin gerektiği hallerde örneğin karantina altında tutulduğu yurttan yetkililerden izin almadan ayrılmak isteyen kişi, bahçeye iner ve ana kapıya doğru koşarken kolluk görevlilerince yakalandığında suça teşebbüsten sorumlu olur.

Bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere aykırı davranma suçu icrai ya da ihmali hareketle işlenebilir. Fiilin icrai hareketle gerçekleştirilmesi sırasında elinde olmayan nedenlerle fail, icra hareketlerini tamamlayamaz ya da netice meydana gelmez ise suça teşebbüsten sorumlu tutulur. Örneğin karantina önlemleri kapsamında konutundan ayrılma yasağı bulunmasına rağmen kişi bu yasağı ihlal ederek sokağa çıkmaya çalışırken kolluk görevlileri tarafından engellenirse ya da karantina uygulaması kapsamında yurtdışından gelenlerin belli süre tutulduğu yerlerden kişi, tedbir süresi dolmadan ayrılmaya çalıştığında yetkili kişiler bu duruma engel olursa, suç teşebbüs aşamasında kalmış olur. Fiilin ihmali hareketle gerçekleştirilmesi durumunda hareketsizliğin gerçekleşmesiyle birlikte suç tamamlanmış olur ve tamamlanmış suça teşebbüs olmaz. Örneğin iki gün içinde karantina bölgesine gitmesi ve belli süre orada kalması gereken kişi iki gün boyunca hareketsiz kalırsa bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere aykırı davranma suçu tamamlanmış olur. İki gün boyunca ise hareketsiz kalma hakkı olduğundan suç oluşmaz. Görüldüğü gibi suçun teşebbüs aşamasında kalma ihtimali bulunmamaktadır.

Bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere aykırı davranma suçunda gönüllü vazgeçme hükümleri uygulanabilir.⁸⁰ Fail, suçun icra hareketlerinden gönüllü vazgeçer veya kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini önlerse, teşebbüsten dolayı cezalandırılmaz; fakat tamam olan kısım esasen bir suç oluşturduğu takdirde, sadece o suça ait ceza ile cezalandırılır (TCK md 36). Örneğin karantina altında tutulduğu yerden ayrılmak isteyen kişi, yetkili görevlileri yaralayarak hareketini gerçekleştirmek üzereyken vazgeçmiş olduğunda bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere aykırı davranma suçuna teşebbüsten sorumlu olmaz ancak kasten yaralama suçundan sorumlu olur.

Etkin pişmanlık, suçun tamamlanmasından sonra ortaya çıkan ve suçun zararlı veya tehlikeli etkilerini ortadan kaldırmak veya hafifletmek için aktif bir çaba içine girmesiyle cezayı azaltan veya ortadan kaldıran bir kurumdur.⁸¹ Failin etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanabilmesi için kanunda bunun açıkça öngörülmesi gerekir. Bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere aykırı davranma suçuyla ilgili olarak md 195’de etkin pişmanlığa yer verilmediğinden failin etkin pişmanlık hükümlerinden istifade edebilmesi mümkün olmaz.

⁷⁹ Toroslu ve Toroslu (n 47) 314.

⁸⁰ Kangal (n 10) 443.

⁸¹ Toroslu ve Toroslu (n 47) 311.

B. İştirak

Bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere aykırı davranma suçunun düzenlenmiş olduğu md 195'de iştirake ilişkin özel düzenleme bulunmadığından suça iştirake ilişkin genel hükümler uygulanır.⁸² Alınmış olan tedbirleri failer birlikte ihlal etmiş olabilecekleri gibi biri, diğğerrinin fiiline fail ya da yardım eden olarak iştirak etmiş de olabilir.⁸³

C. İçtima

Bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere aykırı davranma suçu, tedbirlere ilişkin yükümlülöklere uyulmadığında tamamlanmış olur. Karantina tedbirlerine uymama sonucunda hastalığın bir başka kişiye bulaşması halinde, ihtimallere göre, 5237 sayılı Kanun md 86 vd maddelerde düzenlenen yaralama suçundan dolayı ayrıca sorumluluğaa gidilebilmesi mümkündür. Bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere aykırı davranma suçunun yanında kasten yaralama ve taksirle yaralama suçlarına ilişkin olarak gerçek içtima kuralları uygulanmalıdır.⁸⁴ Tek fiil ile iki ayrı suçun işlenmesi durumunda, failin en ağır cezayı gerektiren suçtan sorumlu tutulduğu fikri içtima kuralı somut olayda uygulanamaz. Karantina tedbirleri ihlal edildikten sonra kasten veya taksirle yaralama suçları işlenmektedir. Somut olayda iki ayrı fiil bulunmaktadır. Bu nedenle gerçek içtima gereğince fail, hem bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere aykırı davranma suçundan hem de kasten yaralama veya taksirle yaralama suçlarından sorumlu olmaktadır.

COVID-19 virüsü semptomlarının soğuk algınlığı gibi bir takım hastalıklarla benzerlik gösterdiği göz önüne alındığında öncelikle virüs taşıyan kişinin virüsü taşıdığını biliyor olması gerekir. Hasta olduğunu bilen kişi başka bir kişiye virüsü kasıtlı bir şekilde bulaştırırsa kasten yaralama suçundan sorumlu olur.⁸⁵ Virüs, hastalık bulaşan kişinin yaşamını tehlikeye sokan bir duruma neden olursa kasten yaralama suçundan verilecek ceza artırılır. Virüsün bulaştırılmasına bağılı olarak kişinin ölmesi halinde kasten öldürmeden dolayı sorumluluğaa gidilmemelidir. COVID-19 virüs salgınına bağılı olarak hastaneye kaldırılan birçok kişinin uzunca bir tedavi sürecinden geçtiğı dikkate alınarak yaralama sonucunda ölümün meydana geldiğı düşünölmelidir. Bu nedenle virüsü kasıtlı olarak bulaştıran kişi, mağdur öldüğünde, neticesi sebebiyle ağırlaşan suç hükümlerine göre sorumlu tutulmalıdır. Ayrıca virüsün etkisinin failin hareketi sonucu ortaya çıktığının ispatı oldukça güçtür. Ceza hukuku açısından nedensellik bağıının tespitinin zorunlu olmasına

⁸² Arslan ve Azizağaoğlu (n 13) 819.

⁸³ Çakmut (n 3) 551.

⁸⁴ Bkz benzer görüş için. Yaşar, Gökcan ve Artuç (n 8) 6039; bkz aksi görüş için. Karantina önlemlerini ihlal ederek, hastalık bir başka kişiye bulaştırılmışsa suçun niteliğı değıştığıinden sadece kasten ya da taksirle yaralama suçundan dolayı sorumluluk doğmaktadır. Kangal (n 10) 447.

⁸⁵ Bayzit (n 18) 889.

karşın virüsün kimden geçtiğine yönelik takibin yapılması an itibariyle tıbben olanaksızdır. Dolayısıyla kişinin ilgili zaman aralığında virüs taşıyan başka kimseyle aynı ortamda bulunmadığı ve hatta paraya önceki günlerde dokunmuş olan kişilerin virüs taşımadığı tespit edilmeden kişinin sorumluluğuna gidilmesi mümkün değildir. Virüsü taşıdığını ve hasta olduğunu bilen kişi, başka bir insanı hasta etme kastıyla hareket etmemesine rağmen gerekli dikkat ve özeni göstermeyerek tedbirleri ihlal eder ve bir başka insanın hasta olmasına neden olursa taksirle yaralama suçundan sorumlu olur.

Bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere aykırı davranma suçunda alınan tedbirlere uyulmaması suçun tamamlanması için yeterlidir. Tedbirlere uymamak amacıyla görevliye karşı cebir, şiddet veya tehdit kullanılmasına gerek yoktur. Cebir, şiddet ya da tehdit kullanılarak alınan tedbirler ihlal edildiğinde ise farklı neviden fikri içtima kuralının uygulanması gerekir. Bu durumda fail, md 195’de yer alan bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere aykırı davranma suçundan değil cezası daha fazla olan md 265’de⁸⁶ yer alan görevi yaptırmamak için direnme suçundan dolayı sorumlu tutulmalıdır.⁸⁷ Görevi yaptırmamak için direnme suçunda mağdur olan görevlinin, kamu görevlisi olması gerekir. Yetkili makamlar tarafından alınan karantina tedbirlerini uygulamakla görevli kişi, Devlet memuru olsun ya da olmasın 5237 sayılı Kanun md 6/1-c kapsamında kamusal faaliyete katıldığı için kamu görevlisi sayılmaktadır. Görevi yaptırmamak için direnme suçunun işlenmesi sırasında kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış hallerinin gerçekleşmesi durumunda, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır. (TCK md 265/5) Bu durumda gerçek içtima kuralının uygulanması gerekir. Tedbirlere uymamak amacıyla görevliye karşı uygulanan cebir, ağırlaştırılmış yaralamaya neden olduğunda fail, md 265’e göre görevi yaptırmamak için direnme suçu ve md 87’ye göre ağırlaştırılmış yaralama suçundan sorumlu olur.

5237 sayılı Kanun madde 195’de yer alan bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere aykırı davranma suçunda yer alan fiil, 5326 sayılı Kabahatler Kanunu md 32’de de *Emre Aykırı Davranış* başlığıyla yer almaktadır.⁸⁸ Bu durumda bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere kişinin aykırı davranması halinde 5237 sayılı Kanun md 195’in yanında ayrıca Kabahatler Kanunu md 32’den dolayı sorumluluğun olup olmayacağı belirlenmesi gerekir. Bunun için Kabahatler Kanunu md 15/3’ün dikkate alınması gerekir. Bir fiil hem kabahat hem de suç olarak tanımlanmış

⁸⁶ Bkz. “Kamu görevlisine karşı görevini yapmasını engellemek amacıyla, cebir veya tehdit kullanan kişi, altı aydan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”

⁸⁷ Yaşar, Gökcan ve Artuç (n 8) 6038; Kangal (n 10) 442; bkz aksi görüş için. Fiilin icrası sırasında yetkili kişilere cebir, şiddet ya da tehdidin gerçekleştirilmesi halinde 5237 sayılı Kanun md 265’de yer alan görevi yaptırmamak için direnme suçu da oluşabilir. Bu durumda gerçek içtima kuralı uygulanır. Parlar ve Hatipoğlu (n 13) 2931.

⁸⁸ Bkz. “Yetkili makamlar tarafından adli işlemler nedeniyle ya da kamu güvenliği, kamu düzeni veya genel sağlığın korunması amacıyla, hukuka uygun olarak verilen emre aykırı hareket eden kişiye yüz Türk Lirası idari para cezası verilir. Bu cezaya emri veren makam tarafından karar verilir.”

ise, sadece suçtan dolayı yaptırım uygulanabilir. Ancak, suçtan dolayı yaptırım uygulanamayan hallerde kabahat dolayısıyla yaptırım uygulanır. Bu nedenle aynı fiilden dolayı md 195'den dolayı sorumluluğuna gidilen kişinin, Kabahatler Kanunu md 32'den dolayı sorumluluğuna gidilemez.⁸⁹

Bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere aykırı davranma suçunda fail yetkili makamlarca alınan tedbirleri, mala zarar vermek suretiyle ihlal etmiş olabilir. Kişinin hareketi, mala zarar verme suçuna da neden olacağından farklı neviden fikri içtima gereğince cezası daha ağır olan 5237 sayılı Kanun md 152/1-a hükmü gereğince mala zarar verme suçundan sorumlu olur.⁹⁰

Fail, aynı suç işleme kararının icrası kapsamında olmak üzere bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere birden fazla defa aykırı davranır ise zincirleme suç hükümleri uygulanabilir.⁹¹

VII. Yaptırım

Bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere aykırı davranma suçunun faili, iki aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

Bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere aykırı davranma suçunda, daha çok cezayı gerektiren nitelikli hal öngörülmemiştir. Benzer şekilde daha az cezayı gerektiren nitelikli hal de öngörülmemiştir. Ancak 5237 sayılı Kanun md 62'de yer alan takdirli indirim hali bu suç tipi için de indirim nedeni olabilir.⁹²

5237 sayılı Kanun md 50'ye göre kısa süreli hapis cezası, suçlunun kişiliğine, sosyal ve ekonomik durumuna, yargılama sürecinde duyduğu pişmanlığa ve suçun işlenmesindeki özelliklere göre seçenek yaptırımlara çevrilebilmektedir. Bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere aykırı davranma suçunda hükmedilecek ceza, kısa süreli hapis cezası olduğunda seçenek yaptırımlara çevrilebilmektedir.⁹³

VIII. Soruşturma ve Kovuşturma

Bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere aykırı davranma suçu şikâyete tabi olmadığından dava zamanaşımı süresine riayet edilmek kaydıyla her zaman soruşturulabilir.

Dava zamanaşımı, suçun işlendiği tarihten itibaren belli bir süre geçtiği halde dava açılmamış veya dava açılmasına rağmen kanuni süre içinde sonuçlandırılmamış

⁸⁹ Malkoç (n 13) 3233.

⁹⁰ Kanga (n 10) 447.

⁹¹ Şahbaz (n 3) 2265.

⁹² Çakmut (n 3) 550.

⁹³ ibid 551.

ise ceza davasının düşmesi sonucunu doğuran bir ceza hukuku kurumudur.⁹⁴ Beş yıldan fazla olmamak üzere hapis veya adli para cezasını gerektiren suçlarda dava zamanaşımı süresi sekiz yıl olduğundan, bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere aykırı davranma suçu için yapılan yargılamalarda dava zamanaşımı süresi suçun işlendiği tarihten itibaren sekiz yıl olarak uygulanmalıdır.

Bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere aykırı davranma suçunun cezasının üst sınırı iki yılı aşmadığından, tutuklama tedbirinin uygulanması mümkün değildir. Alternatif koruma tedbiri olan adli kontrol tedbirinin uygulanması için ceza miktarı bulunmadığından, ilgili suçta adli kontrol tedbirine başvurmak olanaklıdır. Başvurulacak tedbir ile beklenen faydanın elde edilip edilemeyeceği iyi araştırılmalı ve muhakeme edilmelidir. Özellikle adli kontrol yükümlülükleri içerisinde yer alan konutunu terk etmeme önlemi, tedbirlerin daha etkili uygulanması bakımından faydalı olabilir.

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu md 231/5'e göre sanığa yüklenen suçtan dolayı yapılan yargılama sonunda hükmolunan ceza, iki yıl veya daha az süreli hapis veya adli para cezası ise; mahkemece, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilir. Bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere aykırı davranma suçu nedeniyle hükmedilecek hapis cezası iki yıl veya daha az hapis cezası olduğunda hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmesi mümkündür.⁹⁵

5237 sayılı Kanun md 51/1'e göre işlediği suçtan dolayı iki yıl veya daha az süreyle hapis cezasına mahkûm edilen kişinin cezası ertelenebilir. Bu sürenin üst sınırı, fiili işlediği sırada onsekiz yaşını doldurmamış veya altmışbeş yaşını bitirmiş olan kişiler bakımından üç yıldır. Bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere aykırı davranma suçu nedeniyle hükmedilecek hapis cezası iki yıl veya altında olduğunda cezanın ertelenmesi mümkündür.

Uzlaştırma, suç isnadı altındaki şahıs ile suçun mağduru veya zarar göreni olan şahsın bir uzlaştırmacı aracılığıyla iletişim kurarak anlaşmasıdır. Cinsel suçlar hariç olmak üzere uzlaşma yoluna ya şikayete tabi suçlarda ya da katalog olarak belirlenmiş olan suçlarda başvurulabilir. Bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere aykırı davranma suçunun takibi şikayet tabi değildir; 5271 sayılı Kanun md 253/1-b'de yer alan katalog suçlar içerisinde de yer almadığından uzlaştırma yoluna gidilemez.⁹⁶

5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun md 8'e göre ceza mahkemeleri, Asliye ceza ve Ağır ceza mahkemeleri ile özel kanunlarla kurulan diğer ceza mahkemeleridir. Madde 12'ye göre suçun cezasının üst sınırı on yıldan fazla hapis cezalarını

⁹⁴ Toroslu ve Toroslu (n 47) 495.

⁹⁵ Yaşar, Gökcan ve Artuç (n 8) 6039.

⁹⁶ Çakmut (n 3) 552.

gerektiren suçlarla ilgili dava ve işler Ağır ceza mahkemesinin görevine girerken on yıl veya daha az hapis cezasını gerektiren dava ve işler Asliye ceza mahkemesinin görevine girmektedir. Bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere aykırı davranma suçunun cezasının üst sınırı on yılı aşmadığından Asliye ceza mahkemesi görevlidir. Yetkili mahkeme ise bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbir kararının alındığı veya tedbirin fiilen uygulandığı yer değil, tedbir kararına aykırı davranılan yer mahkemesidir.⁹⁷

5271 sayılı Kanun md 171/2'ye göre Cumhuriyet savcısı, üst sınırı üç yıl veya daha az süreli hapis cezasını gerektiren suçlardan dolayı, yeterli şüphenin varlığına rağmen kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar verebilir. Bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere aykırı davranma suçunda hapis cezasının üst sınırı üç yılı aşmadığından kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı verilebilir.

5271 sayılı Kanun md 250/1'de katalog olarak belirtilen suçlarda soruşturma evresi sonunda kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar verilmediği takdirde seri muhakeme usulü uygulanır. Bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere aykırı davranma suçu, sayılan suçlar içerisinde yer almadığından seri muhakeme usulüne tabi değildir.

5271 sayılı Kanun md 251/1'e göre Asliye ceza mahkemesince, iddianamenin kabulünden sonra adli para cezasını ve/veya üst sınırı iki yıl veya daha az süreli hapis cezasını gerektiren suçlarda basit yargılama usulünün uygulanmasına karar verilebilmektedir. Bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere aykırı davranma suçunda hapis cezasının üst sınırı iki yılı aşmadığından kovuşturma aşamasında basit yargılama usulü uygulanarak yargılama yapılabilir.

IX. Mukayeseli Hukuk Düzenlemesi

İtalyan Ceza Kanunu'nda, karantina tedbirlerine uyulmaması ve bulaşıcı hastalıkların diğer kişilere bulaşmasına neden olunması halleri ayrı suç tiplerini oluşturmaktadır. Yetkili makamlar tarafından alınmış olan karantina önlemlerine aykırı hareket eden kişiler için md 650'ye göre üç aya kadar hapis veya para cezası uygulanmaktadır. Bulaşıcı hastalıkları kasten ya da ihmalkarlık göstererek bulaştırma halleri ceza kanununda ayrıca düzenlenmiştir. *Salgın Suçu* başlıklı md 438'e göre patojenik mikropların yayılması yoluyla salgına kasten neden olan herkes ömür boyu hapisle cezalandırılır. Eğer birkaç kişinin ölümü bu olaydan kaynaklanıyorsa, ölüm cezası uygulanır. (Ölüm cezası, ömür boyu hapis olarak infaz edilir) Bulaşıcı hastalığı ihmalden dolayı bulaştırma ise md 452'de *Halk Sağlığına Karşı İşlenen İhmal Suçu* başlığıyla düzenlenmiştir. Suç tipi, md 438'de yer alan salgın suçuna atıf yapılarak oluşturulmuştur.⁹⁸ Buna göre, ihmâl göstererek, tedbirsiz ya da özensiz

⁹⁷ Yaşar, Gökcan ve Artuç (n 8) 6039.

⁹⁸ Nicola Canestrini, "COVID-19 Italian emergency legislation and infection of the rule of law" (2020) 11 (2) New Journal of European Criminal Law 116, 120.

davranarak md 438’de yer alan salgın suçunun işlenmesine neden olan kişi, halk sağlığına karşı işlenen ihmal suçundan sorumlu olur. Madde 452’de yer alan halk sağlığına karşı işlenen ihmal suçunun cezası da yine md 438’de yer alan salgın suçuna atf yapılarak belirlenmiştir. Salgın suçuna ilişkin hükümlerin ölüm cezasını oluşturduğu hallerde, halk sağlığına karşı işlenen ihmal suçunun cezası üç yıldan on iki yıla kadar hapis cezası; ömür boyu hapis cezası verilen durumlarda bir yıldan beş yıla hapis cezasıdır.⁹⁹

Alman Ceza Kanunu’nda, bulaşıcı hastalıkların yayılmasını önlemek amacıyla alınan tedbirlerin ihlal edilmesine yönelik her hangi bir hüküm bulunmamaktadır. İlgili hükümler, özel ceza kanunu olan Enfeksiyondan Korunma Kanunu’nda yer almaktadır (IfSG). Bulaşıcı hastalıkların yayılmasını önlemek amacıyla alınmış olan karantina tedbirlerinin ihlali halinde, md 75/1’e göre iki yıla kadar hapis veya para cezası verilebilmektedir.¹⁰⁰

İsviçre Federal Halk Sağlığı Ofisi (FOPH), COVID-19 virüsünün İsviçre Ceza Kanunu’nun 231. maddesi anlamında “*tehlikeli bir hastalık*” olduğuna karar vermiştir. *Bulaşıcı Hastalıkları Yayma* başlığını taşıyan md 231’e göre tehlikeli bir bulaşıcı hastalığı kasıtlı olarak yayan herkes bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacaktır. Ayrıca COVID-19 virüsüyle mücadele etmek ve alınan karantina tedbirlerinin ihlal edilmesini engellemek amacıyla İsviçre Federal Konseyi, Koronavirüs ile Mücadele Önlemleri Hakkında Kararname oluşturmuştur. İlgili kararname md 10/f’ye göre, İsviçre Ceza Kanunu uyarınca daha ciddi bir suç olmadıkça, 6. madde kapsamındaki bulaşıcı hastalığın yayılmasının engellenmesine yönelik alınmış olan tedbirlere kasten karşı çıkan herkese üç yıla kadar hapis veya para cezası verilmektedir.¹⁰¹

Avusturya Ceza Kanunu md 178’e göre, bulaşıcı bir hastalığın insanlar arasında yayılmasına neden olabilecek bir davranışta bulunan herkes, üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Hareketlerin ihmali olarak gerçekleştirilmesi halinde ise bir yıla kadar hapis veya para cezası öngörülmektedir.¹⁰²

Arjantin Ceza Kanunu, *Kamu Güvenliğine Karşı Suçlar* başlıklı yedinci bölüm md 205’e göre, salgının oluşmasını ya da yayılmasını engellemek amacıyla yetkili makamların almış olduğu her türlü önlemi ihlal eden kişilere, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası uygulanmaktadır.¹⁰³

⁹⁹ Codice Penale Art 438 Epidemia; Art 452 Delitti colposi contro la salute pubblica.

¹⁰⁰ Infektionsschutzgesetz – IfSG Art 75/1.

¹⁰¹ Ordinance on Measures to Combat the Coronavirus (COVID-19) Art 10 f.

¹⁰² Strafgesetzbuch Art 178 Vorsätzliche Gefährdung von Menschen durch übertragbare Krankheiten.

¹⁰³ Código Penal de la Nación Art 205 Delitos contra la salud pública.

Fransa’da, bulaşıcı hastalıkla mücadele amacıyla bir dizi istisnai önlemden oluşan süreli Sağlık Acil Durum Kanunu bulunmaktadır. COVID-19 virüsünün neden olduğu sağlık krizine yanıt vermek için, salgın ile ilgili Acil Durum Kanunu, bölgenin tamamında veya bir kısmında acil bir durumun ilan edilmesini sağlamaktadır. Karantina tedbirlerini ihlal edenlere, sınırlama önlemlerinin daha etkili bir şekilde uygulanması için para cezası uygulanmaktadır. Sağlık Acil Durum Kanunu md 2’ye göre, karantina kapsamında alınan tedbirleri bir ayda dört kez ihlal edenlere ise para cezası ve altı aya kadar hapis cezası uygulanmaktadır.¹⁰⁴

Çin Halk Cumhuriyeti Ceza Kanunu, *Halk Sağlığına Karşı Tehlikeli Suçlar* başlıklı beşinci bölüm md 330’a göre, Bulaşıcı Hastalıkların Önlenmesi ve Tedavisi Hakkında Kanun hükümlerine aykırı olarak, hükümde yer alan hareketlerden herhangi birini gerçekleştiren ve A sınıfı bulaşıcı bir hastalığın yayılmasına veya büyük bir yayılma riskine neden olan kişilere, üç yıldan fazla olmayan hapis cezası uygulanır. Sonuçların ciddi olması halinde, üç yıldan yedi yıla kadar hapis cezası uygulanır. A Sınıfı bulaşıcı hastalıkların aralığı, Bulaşıcı Hastalıkların Önlenmesi ve Tedavisi Hakkında Çin Halk Cumhuriyeti Kanunu’nun ilgili hükümlerine göre tanımlanır.¹⁰⁵

Sonuç

Bulaşıcı hastalık, bir kaynaktan bir kişiye doğrudan ya da dolaylı olarak geçmesiyle oluşan toplumsal bir sağlık sorunudur. Bulaşıcı hastalıklar, toplumda büyük panik, kaygı ve salgınlara yol açabilmektedir. Bireylere yönelik olarak ölüm veya bedensel zararlarının yanında ekonomik anlamda da etkileri büyük olmaktadır. Bu nedenle bulaşıcı hastalıklarla mücadelede toplum sağlığının korunmasına ilişkin olarak yetkili idari organlar tarafından alınan tedbirler önem arz etmektedir. Alınan bu önlemler, mevcut hastalıkla mücadele adına hayati öneme sahip olduğundan herkes bu tedbirlere uymakla yükümlüdür.

2020 yılında ortaya çıkan COVID-19 virüsü, çok geniş bir alanda yayılan ve etkisini gösteren salgın hastalık olarak kabul edilmiştir. Virüs bulaşmış çoğu insan hafif ya da orta şiddette solunum hastalığı yaşamakta ve özel tedavi gerektirmeden iyileşmesine karşın yaşlı insanlar, diyabet, kronik solunum hastalığı ve kanser gibi rahatsızlığı olan insanlarda ölümcül etkisi kanıtlanmıştır. COVID-19 virüsü için geliştirilmiş aşı ya da kanıtlanmış bir tedavi yöntemi bulunmamakla birlikte potansiyel tedavileri değerlendiren birçok klinik çalışma yapılmaktadır.

Bulaşıcı hastalıkların kamu sağlığı açısından ciddi bir tehlike oluşturması itibarıyla, birtakım tedbirlerin alınması noktasında kanuni düzenlemeler getirilmiştir. 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu’nun 57 ve 96. maddeleri arasında bu tedbirlere

¹⁰⁴ L’état D’urgence Sanitaire Art 2.

¹⁰⁵ Criminal Code of the People’s Republic of China Art 330 Crimes of endangering public health.

aykırı davrananlar düzenlenmiştir. 66. ve 67. maddelerde öngörülen hükümlere aykırı hareket edenlerin 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu md 195’de yer alan Bulaşıcı Hastalıklara İlişkin Tedbirlere Aykırı Davranma suçundan dolayı cezalandırılacağı hüküm altına alınmıştır. Yetkili makamların almış olduğu önlemlere uyulması, insanların sağlığına tehlikeli hareket ve tepkilerden kaçınılması amacıyla tedbirlerin ihlal edilmesi yaptırımı bağlanmıştır.

Madde 195’de yer alan Bulaşıcı Hastalıklara İlişkin Tedbirlere Aykırı Davranma suçuyla korunan hukuksal değer kamu sağlığının korunmasıdır. Bu amaçla, yetkili makamlarca alınan karantina tedbirlerine uymayan kişi cezalandırılmaktadır. Suçun faili, alınan tedbirlere aykırı hareket eden herkes olabilirken mağdur ise toplum içerisinde yaşayan herkeştir.

İlgili suç tipinde öncelikli olarak mevcut bir bulaşıcı hastalığın varlığı koşulu aranmaktadır. Hastalığın bir kişiye bulaşmış ya da bir kişinin ölümüne neden olması gerekir. Bulaşıcı hastalıklardan birine yakalanmış veya bu hastalıklardan dolayı ölmüş kimsenin bulunduğu yerde bireylerin hareketinin kısıtlanmış olması diğer ifadeyle karantina önlemlerinin alınmış olması gerekir. Karantina önlemlerinin alınması için somut yer koşulunun aranması hükmün sınırlandırılmış olduğunu göstermektedir. Önlemler, mevzuatta yer alan makamlar tarafından alınmalı ve toplum tarafından uyulması zorunlu tutulmalıdır. Tavsiye niteliğindeki önlemlere aykırı hareket edilmesi suçun oluşmasına neden olmaz.

Yetkili makamlar tarafından alınan tedbirlere aykırı hareket edilmesine yönelik olarak Kanunda özel hüküm bulunmadığından aktif ya da pasif hareketle suç işlenebilir. Karantina uygulamasına ve bu konuda alınmış olan tedbir ve kararlara uymayan kişiler cezalandırılmaktadır. Alınan tedbirlere aykırı hareket edilmesiyle birlikte suç tamamlanmış olur. Kanunda somut bir zarar veya tehlike koşulu aranmadığı için ilgili suç tipi soyut tehlike suçu olarak kabul edilmektedir. Failin hareketi, karantina tedbirlerini ihlal etmeye elverişli olmalıdır. Bu nedenle md 195 hükmü, soyut tehlike suçlarından potansiyel tehlike suçu olarak kabul edilmektedir.

Ultima ratio ilkesine göre ceza hukukunun araçları en son çare olarak uygulanmalıdır. Bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere aykırı davranma suçunda ultima ratio ilkesine uygun olarak kanun koyucu her ihlali cezalandırmamaktadır. Hastalığın bulunduğu yerin karantina altına alınmasına yönelik alınan tedbirlerin ihlali yaptırımı bağlanmaktadır. Hastalıkla mücadele etmek adına karantina dışındaki tedbirlere uyulmaması halinde idari yaptırımlar uygulanmaktadır.

Hastalığın bulunduğu yerin karantina altına alınmasına yönelik yetkili makamlar tarafından alınan tedbirlerin neler olduğu suç tipinde yer almamaktadır. Tedbirlerin neler olduğu konusunda idarenin takdir yetkisi bulunmaktadır. Bu nedenle md

195’de yer alan suç tipi, açık ceza normudur. İdarenin düzenleyici işlemleriyle suç ihdas edilemez kuralı gereğince, suç tipinin içeriğinin idari makamlar tarafından doldurulması kanunilik ilkesine aykırılık olarak kabul edilmelidir.

Bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere aykırı davranma suçu kasten işlenebilen suçlardandır. Failin hem hareketini hem de neticesini bilmesi ve istemesi gerekir. Hukuka uygunluk nedenlerinden kanun hükmünün yerine getirilmesi ilgili suç tipinde uygulanabilmektedir. Bu halde fail sorumlu olmaz. İlave olarak kusuru etkileyen hallerden zorunluluk hali ile failin hatası failin ceza sorumluluğunu etkilemektedir.

Bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere aykırı davranma suçu aktif veya pasif hareketle işlenebilmektedir. Aktif hareketle işlendiğinde, hareketle netice arasında belli bir zaman aralığı varsa suça teşebbüs mümkündür. Suç pasif hareketle işlendiğinde ise hareketsiz kalınmasına bağlı olarak suç tamamlanmış olacağından md 195’de yer alan suça teşebbüs olmaz.

Bulaşıcı hastalığa yakalanmış olduğunu bilen kişinin, söz konusu hastalığı kasten başkasına bulaştırması halinde kasten yaralama suçundan sorumlu olur. Hastalığın bulaştığı kişinin ölmesi halinde ise neticesi sebebiyle ağırlaşan suç hükümleri uygulanmalıdır. Bulaşıcı hastalığa yakalanmış olduğunu bilen kişinin, hastalığı kastı olmaksızın bulaştırması halinde ise taksirli suç hükümlerine göre sorumluluğuna gidilmelidir.

Bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere aykırı davranma suçu şikayete tabi değildir. Suç tipinde, cezayı etkileyen nitelikli haller bulunmamaktadır. Fail, iki aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılmaktadır. Hükmedilecek ceza ertelenebilir. Kısa süreli hapis cezası olduğunda seçenek yaptırımlara çevrilebilmektedir.

Bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere aykırı davranma suçunda görevli mahkeme, Asliye ceza mahkemesidir. Yetkili mahkeme ise tedbir kararına aykırı davranılan yer mahkemesidir. Dava zamanaşımı süresi suçun işlendiği tarihten itibaren sekiz yıl olarak uygulanmalıdır. Kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar verebilir. Uzlaştırma hükümleri uygulanamaz. Tutuklama tedbirinin uygulanması mümkün olmamakla birlikte adli kontrol tedbirinin uygulanması olanaklıdır. Seri muhakeme usulüne tabi değildir. Kuvuşturma aşamasında basit yargılama usulü uygulanarak yargılama yapılabilir. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmesi mümkündür.

Bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere aykırı davranma suçuna benzer düzenlemeler diğer ülke mevzuatlarında da bulunmaktadır. İtalyan Ceza Kanunu md 650, Alman Enfeksiyondan Korunma Kanunu md 75/1, Fransız Sağlık Acil Durum Kanunu md 2’ye göre, yetkili makamlar tarafından alınmış olan karantina önlemlerine aykırı hareket eden kişi cezalandırılmaktadır. İsviçre Koronavirüs

İle Mücadele Önlemleri Hakkında Kararname md 10/f'ye göre, bulaşıcı hastalığın yayılmasının engellenmesine yönelik alınmış olan tedbirlere aykırılık cezalandırılmaktadır. Avusturya Ceza Kanunu md 178'e göre, bulaşıcı hastalığın insanlar arasında yayılmasına neden olmak yaptırıma bağlanmaktadır. Arjantin Ceza Kanunu md 205'e göre, yetkili makamların almış olduğu her türlü önlemi ihlal eden kişiler cezalandırılmaktadır. Çin Halk Cumhuriyeti Ceza Kanunu md 330'a göre, Bulaşıcı Hastalıkların Önlenmesi ve Tedavisi Hakkında Kanun hükümlerine aykırı hareket edenler cezalandırılmaktadır.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

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

Peer-review: Externally peer-reviewed.

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

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

Bibliyografya/Bibliography

- Arslan Ç ve Azizağaoğlu B, *Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi* (Asil 2004).
- Baytaz AB, *Kanunilik İlkesi Bağlamında Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Yorum* (Onikilevha 2018).
- Bayzit T, “Bulaşıcı Hastalıklara İlişkin Tedbirlere Aykırı Davranma Suçu” *COVID-19 Salgınının Hukuki Boyutu* (Editör Muhammet Özkes) (Onikilevha 2020) 865-898.
- Canestrini N, “COVID-19 Italian emergency legislation and infection of the rule of law” (2020) 11 (2) *New Journal of European Criminal Law* 116 –122.
- Çakmut ÖY, “Bulaşıcı Hastalıklara İlişkin Tedbirlere Aykırı Davranma Suçu” *Feridun Yenisey’e Armağan Cilt I* (Beta 2014) 543 – 553.
- Donay S, *Türk Ceza Kanunu Şerhi* (Beta 2007).
- Erman S ve Özek Ç, *Ceza Hukuku Özel Bölüm - Kamunun Selâmetine Karşı İşlenen Suçlar (TCK 369-413)* (Dünya 1995).
- Fidler DP, “Globalization, International Law, and Emerging Infectious Diseases” (1996) (2) *EID* 77 - 84.
- Gerçeker H, *Yorumlu ve Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Cilt II* (Seçkin 2020).
- Giubilini A, Douglas T, Maslen H and Savulescu J, “Quarantine, isolation and the duty of easy rescue in public health” (2018) (18) *DWB* 182–189.
- Gostin LO and Berkman BE, “Pandemic Influenza: Ethics, Law, and the Public’s Health” (2007) *ALR* 121-175.
- Gören S, *Açıklamalı – İçtihatlı Türk Ceza Kanunu* (2012).
- Gözübüyük AP, *Türk Ceza Kanunu Açıklaması, Cilt III* (Sevinç 1970).
- Hafizoğulları Z ve Özen M, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Toplum Karşı Suçlar* (USA 2017).
- Hafizoğulları Z, *Ceza Normu: Normatif Bir Yapı Olarak Ceza Hukuku Düzeni* (USA 1996).
- Kangal ZT, “Bulaşıcı Hastalıklara İlişkin Tedbirlere Aykırı Davranma Suçu” *Özel Ceza Hukuku CİLT V* (Onikilevha 2019) 433 – 450.
- Keklik R, “Görevi Yaptırmamak İçin Direnme Suçu” (2015) 19 (4) *AHBVÜHFD* 259 - 296.
- Kılıç R, Hatipoğlu ÇA ve Güneş Ç, “Quarantine and its legal dimension” (2020) (50) *Turkish Journal of Medical Sciences* 544-548.
- Last JM, *A Dictionary of Epidemiology* (Oxford University Press 2001).
- Malkoç İ, *Açıklamalı Türk Ceza Kanunu Cilt III* (2013).
- Önok RM, “Bulaşıcı Hastalıklara İlişkin Tedbirlere Aykırı Davranma Suçu (TCK md 195)” (2020) 9 (17) *Anayasa Hukuku Dergisi* 147-186.
- Özgenç İ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Seçkin 2019).
- Özütürk N, *Türk Ceza Kanunu Şerhi ve Açıklaması Cilt I* (Filiz 1970).
- Parlar A ve Hatipoğlu M, *Türk Ceza Kanunu Yorumu* (Seçkin 2008).
- Savaş V ve Mollamahmutoğlu S, *Türk Ceza Kanunu Yorumu Cilt II* (Seçkin 1999).
- Şahbaz İ, *Açıklamalı ve İçtihatlı Türk Ceza Kanunu Cilt II* (Yetkin 2016).
- Tognotti E, “Lessons from the History of Quarantine, from Plague to Influenza A” (2013) 19 (2) *EID* 254 – 259.
- Toroslu N ve Toroslu H, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Savaş 2019).
- Yaşar O, Gökcan HT ve Artuç M, *Yorumlu ve Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Cilt IV* (Adalet 2011).
- Zafer H, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Beta 2019).



COVID-19 (Koronavirüs) Salgını Sürecinde Yapılan İdari Muamelelerin Hukuka Uygunluğu ve İdarenin Sorumluluğu Meselesi

Seyit Rasim Doru*

Öz

Bu makalemizde yeni tip koronavirüs (COVID-19) salgını nedeniyle alınan idari tedbirlerin ve kararların hukuka uygunluğu ve bunların muhtemel neticeleri irdelenmiştir. İdari faaliyetlerin bu süreçte değişen görünüşleri ve alınan tedbirler bakımından uygulamada birlik problemine değinilmiştir. İlk olarak idarenin aldığı bazı tedbirlerin kamu yararına olsa bile yanlış mevzuata dayanarak alındığı belirtilmiştir. İdarenin faaliyetlerini yerine getirirken idarenin bütünlüğü ilkesi çerçevesinde özellikle sosyal yardım konusunda koordinasyon içinde hareket etmesi gerektiği ifade edilmiştir. Dolayısıyla yerel idarelerin yardım kampanyalarının hukukiliği konusundaki tartışmadan da söz edilmiştir. Sonra hem uygulamada birlik problemi doğuran kararlar ve muhtemel sonuçları açıklanmıştır. Son olarak da idarenin sorumluluğu konusunda ileride ortaya çıkabilecek muhtemel iddialar ve bunlar hakkındaki düşüncelerimiz açıklanmıştır.

Anahtar Kelimeler

Koronavirüs tedbirleri, OHAL, Sokağa çıkma yasağı, İdari faaliyetler, İdari işlem, İdarenin bütünlüğü ilkesi, Takdir yetkisi, İdarenin sorumluluğu, Uygulamada birlik problemi

The Problem of the Lawfulness of Administrative Acts Made During COVID-19 (Coronavirus) Epidemic and Administrative Liability

Abstract

This article aims to examine the lawfulness of administrative measures and decisions taken due to the new type of coronavirus (COVID-19) epidemic and their possible results. Also addressed here are the appearances of changing administrative activities in this process and the problem of unity in practice in terms of the measures taken. First, it is stated that some of the measures taken by the administrations are based on the wrong legal basis, even if they are in the public interest. Particularly in the field of social assistance within the principle of "the integrity of the administration" while performing their activities, it is noted that the administrations should act in coordination. Therefore, the discussion on the legality of the aid campaigns organized by the local administrations is also mentioned. Then, decisions that cause problems in terms of "unity in practice" and their possible results are explained. Finally, possible claims that may arise in the future regarding the responsibility of the administration and our thoughts on them are also explained.

Keywords

Coronavirus measures, State of emergency, Curfew lockdown, Administrative activities, Administrative act, The principle of the integrity of administration, Discretion, Administrative responsibility, The problem of unity in practice

* **Sorumlu Yazar:** Seyit Rasim Doru (Arş. Gör.), İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye, E-posta: srdoru@istanbul.edu.tr ORCID: 0000-0002-2183-5125

Atf: Doru SR, "COVID-19 (Koronavirüs) Salgını Sürecinde Yapılan İdari Muamelelerin Hukuka Uygunluğu ve İdarenin Sorumluluğu Meselesi" (2020) 78(2) İstanbul Hukuk Mecmuası 769. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2020.78.2.0017>



Extended Summary

The administration immediately began to take measures after the emergence of the new type of coronavirus epidemic (COVID-19). The administration started to establish administrative acts and discuss whether the decisions taken in this context are lawful or not to reduce the spread of the epidemic and then terminate it. Hence, these measures have reached a dimension that restricts fundamental rights and freedoms. For example, curfew has been declared across the country between some dates, citizens over the age of 65 and under 20 (and then under 18) have been forbidden to go out, the activities of the business have been restricted for certain periods, and some of them have been completely restricted. Also, wearing a mask has been obligatory in some cities, and it is decided that schools will provide distance and online education. As can be seen, it has come to the fore whether these measures can be taken in the ordinary period, because these measures taken against the epidemic restricted the rights and freedoms. Thus, it is debated whether the declaration of a state of emergency is necessary. I argue that these measures cannot be taken in the usual period, as I stated in my article. Administrations can only use the powers given to them by law and take decisions allowed by legislation following the principle of “legality of the administration.” However, all of the decisions of the administration are the measures that are written in the State of Emergency Law, the examples of which we wrote above, and only can be taken according to that law. Therefore, it should be noted that many of the decisions taken at the moment are based on the wrong legal basis, and therefore, they are not lawful. I think the measures taken are definitely in the public interest; however, it should be noted that a measure’s just being in the public interest does not make it lawful. Following this, we can assume that, for example, during the curfew, the taxi driver who was called by a person to take him to the hospital did not violate the curfew, because it is in the public interest. However, the taxi driver was fined, and it was the right decision. We should say that these regulations are valid not only for the citizens but also for the administrations. Therefore, the administration must also act following the law.

During this period, an issue was discussed in terms of administrative law in our country in which administrations can receive donations and organize an aid campaign for citizens whose businesses were closed due to the epidemic, so they had to stay at home during the curfews, for the unemployed ones, and for all other citizens who need it. Central administration stated that it is illegal for municipalities to organize aid campaigns and receive donations without obtaining permission from the Governorate following Law No. 2860. As a matter of fact, the amount in the bank accounts opened by two (Ankara and İstanbul) metropolitan municipalities to receive donations was blocked. Municipalities, on the contrary, argued that they are subject to Municipality Law No. 5393 and Metropolitan Municipality Law No. 5216, and they can receive

and accept donations according to these two laws. It is stated in the laws numbered 5216 and 5393 that the municipality can accept donations and that social assistance is among its duties. Municipalities are right in this regard, because it is very clear that municipalities can collect donations in the relevant laws. There is no point to even discuss this. The municipalities are “local administrations,” and it is a unit assigned to perform public service. It is also clear that they can collect donations following the right granted to them by the law to meet local common needs. Therefore, it would be more beneficial for all administrations to be in coordination without ignoring the “principle of integrity of administration” instead of discussing which administrations can collect aid, receive donations in such a difficult period and to cooperate with each other to fulfill the urgent needs and public services, rather than to engage in political discussion and struggle with each other.

Another problem I mentioned in my study is that the administration could not achieve unity in practice while taking measures. For example, fines were imposed on people in some places, especially the elderly ones, who do not comply with the curfew, whereas in other places, they were only warned and sent to their homes. Again, although all schools have returned to online education and even the Ministry of Health Science Board meetings are held online, the exams of high school entrance and university entrance (YKS) will be held face-to-face, which is not lawful in terms of the principle of administrative stability too. Allowing 2.5 million students to attend this exam in crowded schools and classrooms and not delaying the exam is an approach that shows there is no unity in practice even though it is recommended that citizens must wear masks, maintain social distance, and not go to crowded places. Again, for example, the decisions have caused differences in practice, such as markets and bakeries being open at certain times, restaurants being sometimes allowed to do takeout and being closed some days, and barbers and hairdressers being allowed to be open only between certain hours during the day and being closed too early compared with other workplaces. Therefore, some of the workplaces have been economically in a more difficult situation than other permitted workplaces. However, the virus has the same infectious rate in the market, bakery, and hairdresser. Also, all of the previously closed businesses are still operating although the effect of the virus is continuing at present (mid-June) and the number of cases has reached around 1,500 again in our country. All these show that unity is not achieved in practice and stable decisions cannot be made by the administration. Unity problems in all this practice can cause the citizens who strictly abide by the measures start not to comply with the measures anymore. To avoid such problems, the administration should ensure equality in terms of every person and business and should take the legal measures decisively and stably so that unity can be achieved to comply with the measures.

Finally, I will discuss the “responsibility of the administration” in this study, which may arise from the aforementioned problems. It should be noted that the administrations that establish the administrative acts illegally may be liable to compensate them if there is any damage caused by these acts. Therefore, if the relevant persons or businesses, for example, are materially/morally damaged due to decisions such as the curfew taken on the wrong legal basis or without unity in practice, the business/people who are over 65 years old and under 20 years of age will be able to demand compensation from the administration based on the grounds for the aforementioned law. It should also be said that the administration can be held responsible for those who prove their damages and the injustice of the administration during this pandemic.

COVID-19 (Koronavirüs) Salgını Sürecinde Yapılan İdari Muamelelerin Hukuka Uygunluğu ve İdarenin Sorumluluğu Meselesi

Giriş¹

Yeni tip koronavirüs (COVID-19) salgını, 2019 yılının sonlarında ortaya çıkmış, dünya gündemine girmiş ve hızla tüm dünyaya yayılmıştır. Hastalık olarak yayılmasının yanında, salgına karşı alınan tedbirler ve kararlar dolayısıyla hukuk alanında da etkisini hızla göstermiş ve bu kapsamda birçok işlem tesis edilmiş ve düzenlemeler yapılmıştır. Her geçen geçen gün hem bu düzenlemeler hem de düzenlemelerin etkisi ve sonuçları, medyada çıkan haberlerde hukuki bakımdan ilgi çekici hale gelmiş ve incelenmeyi gerektirmiştir. Sürecin olağanüstü bir durum teşkil etmesinden dolayı alınan önlemler olağan dönemdekilerden farklılık arz etmiştir. Dolayısıyla bu noktada alınan tedbirlerin idare hukuku bakımından değerlendirilmesi ve hukuka uygunluklarının irdelenmesi gerekmektedir. Bu süreçte yapılan yasal düzenlemelerden, alınan kararlardan, idare personelinin yapmaya başladığı yeni tip hizmetlere kadar hem neredeyse tesis edilen işlemlerin ve düzenlemelerin çoğu hem de gündeme gelen, haber konusu olan uygulamaların yine çoğunda idare hukukuna ilişkin bir yön bulunabilmektedir. Özellikle; sokağa çıkma yasağı, maske takılma zorunluluğu, iş yerlerin kapatılması, okulların online eğitime dönmesi, karantina için yurtların kullanılması ve öğrencilerin buradan ayrılıp evlerine gönderilmeleri vs. gibi temel hak ve özgürlükleri etkileyen birçok uygulama doğrudan idare hukukuyla ilgili olup buna yönelik bir değerlendirme gerektirmektedir. Bu uygulamalar yapılırken salgın hastalıktan kaynaklanan tedbirlerin herkese aynı şekilde uygulanıp uygulanmadığı, birliğin sağlanıp sağlanmadığı da tartışılması gereken konulardandır. Alınan tedbirlerden ve tesis edilen işlemlerden etkilenenlerin idareden herhangi bir tazminat talep edip edemeyecekleri ve edebileceklerse bunu neye dayandırabilecekleri gibi sorular da akla gelmektedir. Zira bu süreçte maddi zarara uğrayan iş yeri sahiplerinden ve çalışanların yanında aynı zamanda manevi zarara uğrama iddiasında bulunanlar da çıkabilecektir. Bu nedenle idarenin sorumluluğu konusu da açıklanması gereken başlıklardandır. Bu kapsamda; çalışmamızda salgın boyunca alınan tedbirlerin hukuka uygunluğu değerlendirilecek; bu süreçte alınan kararlar kanuna dayanmakta mıdır, dayanıyorsa doğru mevzuata mı dayanmaktadır, ohal ilanı söz konusu olmalı mıdır, salgının etkilerini gidermek için faaliyet yapan idareler arasında koordinasyon olması gerekli midir, faaliyet bakımından idareler arasında ayırım yapmak doğru mudur, alınan tedbirler açısından ise uygulamada birlik sağlanabilmiş midir, sağlanamadıysa neticeleri ne olabilir, alınan kararlardan dolayı maddi/manevi zarar görenlerin talepleri karşısında idarenin sorumluluğu mevcut mudur vs. gibi meselelerin cevaplarını araştırıp fikirlerimizi beyan edeceğiz.

¹ Salgın hastalığın hızlı yayılması ve üniversitelerde online/uzaktan eğitime geçilmesi, ayrıca yazılan akademik çalışmaların sayısının azlığı ve tedbirlerin de kısmen hala devam edip güncel olmasından dolayı; makalemizde bu güncel olayları tartışırken, ilgili kurumların resmi web siteleri ile uyumsuzluklara neden olabilecek gelişmelerin yer aldığı haber sitelerinden faydalanılmıştır.

I. Yapılan İdari Muamelelerin Yasal Dayanaklarının İsbati ve OHAL İlanı Gerekliliği Meselesi

COVID-19 salgını başladığından beri hukuk alanında en çok tartışılan meselelerden biri idarenin, bu süreçte almış olduğu kararların hukukiliği olmuştur. Tehlikeli salgın hastalıktan dolayı sadece ülkemizde değil dünyanın hemen her ülkesinde idareler tedbirler almış ve bu tedbirlerin hukuka uygun olup olmadıkları çeşitli bakımlardan tartışılmıştır. Yaşanan sürecin olağan dışı olması nedeniyle idarelerin aldığı kimi tedbirler ve personelinin idari faaliyeti görünürken faaliyet kapsamında yapmış olduğu eylemler de olağan zamanda karşılaşmadığımız türde olmuştur ve dolayısıyla idari faaliyetlerin görünümü de şimdilik geçici olarak değişikliğe uğramıştır. Örneğin, kolluk faaliyetini yerine getirmekle yükümlü olan personeller klasik anlamda anlattığımız faaliyetten ayrılarak, sokağa çıkma yasağına tabi olan vatandaşlardan özellikle 65 yaş üstü olanlara bizzat hizmet etmeye başlamıştır. İçişleri Bakanlığı'nca, genelge ile oluşturulan Vefa Sosyal Destek Grupları² çalışması kapsamında söz konusu personel; bazı yerlerde vatandaşların (özellikle de yaşlı ve kronik hastalıkları bulunduğu dışarı çıkması yasak olanların) ihtiyaçlarını karşılamış, siparişlerini alarak market alışverişlerini yapmış³, bankadan paralarını çekmek için bankaya götürüp getirmiş⁴, bazılarının maaşlarını bankadan çekip kendilerine evde teslim etmiş⁵, evinin önünde halı yıkayan yaşlı kadına yardım etmiş⁶; böyle yaparak olağan dönemde normalde yerine getirmedikleri türde faaliyetlerde bulunmuşlardır⁷. Yine idare, hemen hastaneler yapmaya başlamış ve 45 gün gibi kısa bir süre içerisinde yeni bir hastane inşa edilmiş ve kalıcı olduğu ifade edilmiştir⁸. Olağan dönemde kamu özel işbirliği yönteminin tercih edildiği hastane yapımının bu kadar kısa sürede ve devlet tarafından yapılabilmiş olması hem kanaatimizce güzel bir gelişme hem de idari faaliyetleri yerine getirmek için ihtiyaç duyulan binaların yapımında idarenin yaklaşımını, yani faaliyetinin görünümünü ve faaliyeti yürütmek için ihtiyaç duyduğu malların yapılması usulündeki idari yaklaşımı da değiştirmiştir.

İdare yukarıda birkaç örneğini verdiğimiz söz faaliyetlerini yerini getirirken, çeşitli idari muamelelerde bulunmuştur. Özellikle, kamu hizmeti kapsamında yapılan

² <<https://www.icisleri.gov.tr/65-yas-ustu-vatandaslarimizin-ihtiyaclari-vefa-sosyal-destek-gruplari-tarafindan-karsilaniyor>>, Erişim Tarihi: 30.03.2010.

³ <<https://www.ensonhaber.com/ic-haber/sakarya-polisi-yasli-larin-ihciyacini-karsiliyor>>, Erişim Tarihi: 23.03.2020.

⁴ <<https://www.ensonhaber.com/gundem/sokak-yasagina-uyan-yasli-adama-polis-yardimci-oldu>>, Erişim Tarihi: 23.02.2020.

⁵ <<https://www.haberler.com/65-yas-ustu-ve-kronik-hastaligi-olanlara-maaslari-13045628-haberi/>>, Erişim Tarihi: 23.03.2020.

⁶ <<https://www.ensonhaber.com/evinin-onunde-calisan-yasli-kadina-bekci-yardim-etti.html>>, Erişim Tarihi: 19.04.2020.

⁷ Salgın süresince hukuk alanını ilgilendiren mevzuat ve haberlerin derlendiği; İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı araştırma görevlileri tarafından hazırlanan ve anabilim dalı internet sitesinde yer alan kronik için bkz <<https://idarehukuku-hukuk.istanbul.edu.tr/tr/duyuru/COVID-19-hukuk-kronigi-660062006D003000540030006E004E0067006300760039007900700046006200610041004F003200370077003200>>, Erişim tarihi: 20.05.2020; Yine, Ankara Büyükşehir Belediyesi'nin hazırladığı ve sitesinde ilan ettiği, her gün güncellenen, COVID-19 kapsamında yurtdışında yürütülen tedbir, önlem ve çalışmaların derlendiği kroniği için bkz <http://www.ankara.bel.tr/haberler/duyuru9/> Erişim Tarihi: 13.06.2020.

⁸ <<https://www.haberler.com/45-gunde-tamamlanan-prof-dr-feriha-oz-acil-13271396-haberi/>>, Erişim Tarihi: 29.05.2020.

sosyal yardımlardan sürecin en başında alınan “tavsiye” kararları ve daha sonraki “yasak” kararları kapsamında⁹ vatandaşlara¹⁰ uygulanan cezalara kadar; çeşitli iş yerlerinin açılma tarihleri arasındaki farklılıklar dahil birçok alanda farklı kararlar alınmıştır. Yani bu süreçte; özellikle idarenin kanuniliği, takdir yetkisi ve kullanımı, eşitlik ilkesi ve uygulaması, idarenin bütünlüğü, ölçülülük ilkesi gibi idare hukuku kavramlarının çoğuna dokunur türde uygulamalar ve gelişmeler olmuştur.

Sürecin en başından beri gündeme gelen ve aslında kanaatimize göre salgının tehlikeli boyutundan ve işin aciliyetinden kaynaklı olarak, tedbirlerin alınması gerekliliğinin aşıkâr olmasından ötürü ilk zamanlar pek az tartışılan mesele; idarenin, kanunilik ilkesine bu süreç boyunca ne ölçüde bağlı kaldığı ve mevzuatı nasıl yorumlaması gerektiğidir. Bu noktada biz hem bu ilkeyi hem de idari işlemlerin yetki, sebep ve amaç unsurlarından söz ederek meseleyi izah etmeye çalışacağız. Belirtmek gerekir ki diğer ülkelere kıyasen hem tedbirlerin erken alınması hem de sürecin şeffaf ve göz önünde yürütülüyor olması, verilerin her gün açıklanıyor olması noktasında gereken yapılmakta, merkezi idareden yerel idarelere topluca bu tehlikeye karşı teyakkuza geçilmiş ve süreçte hem idarelerden hem de insanlarımızın kendisinden kaynaklı bazı aksamalar ve sıkıntılar meydana gelmiş olsa da genel olarak iyi bir mücadele verilmektedir. Bu iyi niyetli tedbir ve mücadele idare hukuku bakımından amaç unsurunu, yani kamu yararını ifade etmektedir. Kamu hizmetlerini daha etkili ve verimli; kamu düzeninin unsurlarının korunması için yapılan bu tip faaliyetler kamu yararının olduğunu¹¹ göstermektedir. Fakat biz şunu bilmekteyiz ki amaç unsuru idari işlemin unsurlarından sadece birisidir. İdari işlemlerin hukuka uygun olması için; yetki, şekil, sebep, konu ve amaç olarak sıraladığımız tüm unsurlarının hukuki olması

⁹ <<https://www.icisleri.gov.tr/koronavirus-tedbirleri-genelgesi-kapsaminda-149382-iz-yeri-gecici-sureligine-faaliyetlerine-ara-verdi>>, Erişim Tarihi: 20.05.2020; berber, güzellik salonu/merkezi, kuaför salonlarının kapatılmasına ilişkin genelge için bkz <<https://www.icisleri.gov.tr/bakanligimiz-81-il-valiligine-koronavirus-tedbirleri-konulu-ek-bir-genelge-daha-gonderdi>>, Erişim Tarihi: 20.05.2020; seyahat izin belgesine dair genelge için bkz <<https://www.icisleri.gov.tr/81-il-valiligine-koronavirus-tedbirleri-kapsaminda-ucakotobus-seferleri-genelgesi>>, Erişim Tarihi: 20.05.2020; ticari taksilere ilişkin genelge için bkz <<https://www.icisleri.gov.tr/81-il-valiligine-koronavirus-tedbirleri-kapsaminda-ticari-taksilerle-ilgili-genelge>>, Erişim Tarihi: 20.05.2020; 4 günlük sokağa çıkma yasağına ilişkin genelge için bkz <<https://www.icisleri.gov.tr/15-ilde-15052020-2400-ile-19052020-2400-saatleri-arasinda-uygulanacak-sokaga-cikma-kisitlamasi>>, Erişim Tarihi: 20.05.2020, bu genelgede “Kısıtlamanın olduğu **Pazartesi ve Salı günleri ise; market, bakkal, manav ve kasaplar 10.00-16.00 saatleri arasında faaliyet gösterebilecektir.** Bu günlerde vatandaşlarımız, 65 yaş ve üzeri ile 20 yaş ve altında bulunanlar hariç olmak üzere, zorunlu ihtiyaçlarının karşılanması ile sınırlı olmak ve araç kullanmamak şartıyla (engelli vatandaşlar hariç) ikametlerine en yakın market, bakkal, manav ve kasaplara gidip gelebilecektir.” demek suretiyle iş yerleri arasında görüldüğü üzere ayırım yapılmış; örneğin kuaförler açık değilken sayılan iş yerlerine ise izin verilmiş ve kanaatimize bu da hem uygulamada birlik hem de sorumluluk problemi doğurabilecek bir düzenlemedir; istisnalarıyla beraber sokağa çıkma yasağı getiren diğer genelge için bkz <<https://www.icisleri.gov.tr/81-ilde-22052020-saat-2400-ile-26052020-saat-2400-arasinda-uygulanacak-sokaga-cikma-kisitlamasi>>, Erişim Tarihi: 20.05.2020; 65 yaş üstüne seyahat izni belgesi getiren fakat gittiği ilde de sokağa çıkma yasağını içeren genelge için bkz <<https://www.icisleri.gov.tr/81-il-valiligine-65-yas-ve-uzeri-vatandaslarimiz-icin-seyahat-izin-belgesi-genelgesi>>, Erişim Tarihi: 25.05.2020; 20 yaş altının, 18 yaş altına düşürüldüğü genelge için bkz <<https://www.icisleri.gov.tr/81-il-valiligine-18-yas-alti-ile-65-yas-ve-uzeri-kisilerin-sokaga-cikma-kisitlamasi-genelgesi>>, Erişim Tarihi: 29.05.2020.

¹⁰ Şunu belirtmek gerekir ki her ne kadar hem genelgelere hem de bazı kararlarda vatandaş ibaresi geçiyor olsa da bundan “kişilerin” anlaşılması gerektiğini, dolayısıyla o kararların kapsamına giren tüm kişilerin, ilgililerin kast edildiğini belirtmemiz gerekir fakat ülke genelinde alınan kararlar diye düşünülmüş olsa gerek ki yanlış bir şekilde “vatandaşlar” kelimesi kullanılmıştır. Oysa, salgın kapsamında alınan kararlar elbette sadece vatandaşlar açısından değil, o süre zarfında ülkemizde yaşayan ve vatandaş olsun/olmasın yasak kapsamındaki her bir fert için geçerlidir. Biz de bazı yerlerde “vatandaş” kelimesini, tamamen söz konusu işlemlerde o şekilde geçtiği için kullanmaktayız.

¹¹ Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer ve Cemil Kaya, *Türk İdare Hukuku* (11. Bası, Savaş 2019), 3.

şarttır; bu unsurlardan biri bile hukuka aykırı ise yapılan işlem hukuken sakat hale gelmektedir. Hatta kendisine kanunla açıkça görev ve yetki verilmeyen bir konuda idare kamu yararına olsa dahi faaliyeti yerine getiremez ve işlem tesis edemez; başka bir idarenin görevine giren bir görevi yerine getirirse de yetki tecavüzü gibi bir hukuki sakatlığa neden olmuş olur¹². Bahsettiğimiz ilke idare hukukunda “yetkisizlik asıldır, idare hukukunda kural yetkisizliktir” şeklinde ifade edilen idarenin kanuniliği ilkesidir¹³. Yani, kural olarak bir hususta idare hukukunda idareler yetkisizdir, ancak ve ancak kanunla kendisine bu görev yahut yetki verilirse ancak o zaman bunu yerine getirebilir ve hukuka uygun hareket etmiş olur¹⁴. Aynı zamanda idare, muamelede bulunurken doğru mevzuata dayanmalıdır, aksi takdirde tesis etmiş olduğu işlemin sebep unsuru da hukuka aykırı hale gelmiş olur¹⁵. İşlem, sonucu itibarıyla belki topluma yararlı bir çehreye bürünmüş olabilir fakat idare, aldığı önlemleri, -doktrinde Ulusoy tarafından ifade edildiği gibi- virüsün hukuka da bulaşmaması için¹⁶ hukukun çizdiği sınırlar içerisinde olabilir. Aksi takdirde örneğin bu döneme ait yapılmış bulunan işlemlerden zarar gördüğünü iddia eden ve dava açanlar olursa, idarenin işlemi yanlış dayanaktan ötürü sebep bakımından hukuka aykırı varsayılabilir olduğundan işlemde kaynaklanan bir tazminat iddiasıyla karşılaşabilir. O yüzdendir ki kamu yararına olan her faaliyet hukuka uygundur diyemeyiz. Eğer öyle olsa idi, yani kanuni düzenlemeler salt yapılan faaliyet kamu yararına diye göz ardı edilebilseydi; örneğin, sokağa çıkma yasağının olduğu gün kendisine telefon edilerek bir cenazenin olduğu ve acilen götürülmesi gerektiği gerekçesiyle çağrılan taksicinin, “aciliyet durumu vardı, inisiyatif aldım” demesi ve yapılan işin kamu yararına olduğunu belirtmesi durumu da hukuka uygun sayılmalıydı. Fakat böyle bir “kamu yararı” gerekçesiyle sokağa çıkan taksiciye mevzuatın ön gördüğü ceza hukuka uygun bir şekilde kesilmiştir¹⁷. Aynı bu şekilde, idare de kamu yararı amacıyla hareket ederken, bu faaliyetlerinin hukuka uygun olması ve daha sonra herhangi bir hususta hukuka aykırı davranmış ve işlem tesis etmiş olmasından kaynaklı sorumluluğunun doğmaması için bunları yaparken, yetkisi dahilinde, doğru mevzuata dayanarak hareket etmeli, öngörülen

¹² Lutfi Duran, *İdare Hukuku Ders Notları*, (Fakülteler Matbaası 1982) 407; Turgut Tan, *İdare Hukuku*, (7. Bası, Turhan 2018), 884.

¹³ Yıldızhan Yayla, *İdare Hukuku* (1. Bası, Beta 2009) 117; Kemal Gözler, *İdare Hukuku (Cilt I)*, (3. Bası, Ekin 2019), 152 vd.; Turan Yıldırım, Melikşah Yasin, Nur Kaman, H. Eyüp Özdemir, Gül Üstün ve Özge Okay Tekinsoy, *İdare Hukuku* (7. Bası, On İki Levha 2018) 363-364.

¹⁴ Kanunilikten söz ederken kastettiğimiz salt şekli anlamda kanunda geçiyor olması değildir, bunun ayrıntılarının, ne şekilde kullanılacağına sınırlarının vs. hususların da düzenlenmiş olmasıdır ki Anayasa Mahkemesi de özellikle kamu gücü kullanılarak temel bir hak ve özgürlüğün sınırlandırılması yahut bir idari yaptırım uygulanmasına imkan veren yetkilerin söz konusu olduğu durumlarda, şekli anlamda kanun özelliği yanında maddi bakımdan kanun özelliklerinin de hükümde bulunması gerektiğini ifade etmektedir. Bkz. Çiğdem Sever, “COVID-19 Günlerinde İdare Hukuku: Salgınla Mücadelede Kolluk Yetkileri Üzerine Bir İnceleme”, (2020) 9 (17), *Anayasa Hukuku Dergisi*, 187, 217.

¹⁵ Metin Günday, *İdare Hukuku*, (10. Bası, İmaj 2013) 154.

¹⁶ Ali D. Ulusoy, “Virüs Hukuka da mı bulaştı?”, <<https://t24.com.tr/yazarlar/ali-d-ulusoy/virus-hukuka-da-mi-bulasti,25896>>, Erişim Tarihi: 25.03.2020.

¹⁷ <<https://www.haberler.com/beyoglu-nda-yasaga-ragmen-ise-cikan-taksici-13252302-haberi/>>, Erişim tarihi: 23.05.2020; Yine aynı şekilde “muhtaç insanlara gıda kolisi yardımı yapabilmek için” sahte seyahat belgesini düzenleyen kişiye ceza kesilmiştir. <<https://www.ensonhaber.com/ic-haber/sahte-seyahat-belgesi-duzenleyen-sahsa-sucustu>>, Erişim Tarihi: 23.05.2020.

usule/şekle uygun olarak ve kanunlarda öngörülen gerekçeler ve bu gerekçelerden kaynaklı işlemin konusunu oluşturan hukuki neticeleri isabetli bir şekilde, hukuka uygun olarak meydana getirmelidir. En önemlisi de koyulan kurallara kendisi uymalıdır, aksi durumda kamu yararı sağlanmak istenirken kamu düzeninin dirlik esenlik unsuru zarar görüp huzursuzluğa sebep olabilir¹⁸. Bu genel açıklamalardan hareketle söylememiz gerekir ki idarenin özellikle genel sokağa çıkma yasağı¹⁹ ve ondan önce belli yaşın altındaki ve üstündeki insanların sokağa çıkma yasağına ilişkin tesis ettiği işlemlerinin²⁰ hukuka uygunluğu tartışılmaktadır. Genel olarak idarenin, İl İdaresi Kanunu'nun²¹ 11-C hükmü²² ile Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nun²³ ilgili düzenlemelerine²⁴ dayandığını görmekteyiz.

¹⁸ Bir öğretmene maske uyarısında bulunan fakat kendileri maske takmamış bulunan polislerle öğretmen arasında çıkan huzursuzluğa ilişkin haber için bkz <<https://www.haberler.com/maske-takmayan-ogretmen-ve-polis-birbirinden-13251717-haberi/>>, Erişim tarihi: 23.05.2020.

¹⁹ <<https://www.icisleri.gov.tr/81-ilde-22052020-saat-2400-ile-26052020-saat-2400-arasinda-uygulanacak-sokaga-cikma-kisitlamasi>>, Erişim Tarihi: 29.05.2020; <<https://www.icisleri.gov.tr/15-ilde-15052020-2400-ile-19052020-2400-saatleri-arasinda-uygulanacak-sokaga-cikma-kisitlamasi>>, Erişim Tarihi: 29.05.2020

²⁰ <<https://www.icisleri.gov.tr/65-yas-ve-ustu-ile-kronik-rahatsızligi-olanlara-sokaga-cikma-yasagi-genelgesi>>, Erişim Tarihi: 20.05.2020; <<https://www.icisleri.gov.tr/81-il-valiligine-18-yas-alti-ile-65-yas-ve-uzeri-kisilerin-sokaga-cikma-kisitlamasi-genelgesi>>, Erişim Tarihi: 20.05.2020.

²¹ İl İdaresi Kanunu, Kanun Numarası: 5442, Kabul Tarihi: 10.06.1949, RG: 18.06.1949/7236.

²² “**Madde 11- C** İl sınırları içinde huzur ve güvenliğin, kişi dokunulmazlığının, tasarrufa müteallik emniyetin, kamu esenliğinin sağlanması ve önleyici kolluk yetkisi valinin ödev ve görevlerindedir. (Ek cümle: 25/7/2018-7145/1 md) Bunları sağlamak için vali gereken karar ve tedbirleri alır.

(Ek paragraf: 25/7/2018-7145/1 md)Vali, kamu düzeni veya güvenliğinin olağan hayatı durduracak veya kesintiye uğratabilecek şekilde bozulduğu ya da bozulacağına ilişkin ciddi belirtilerin bulunduğu hallerde on beş günün geçmemek üzere ildeki belirli yerlere girişi ve çıkışı kamu düzeni ya da kamu güvenliğini bozabileceği şüphesi bulunan kişiler için sınırlayabilir; belli yerlerde veya saatlerde kişilerin dolaşmalarını, toplanmalarını, araçların seyirlerini düzenleyebilir veya kısıtlayabilir ve ruhsatlı da olsa her çeşit silah ve merminin taşınması ve naklini yasaklayabilir. (Mülga birinci cümle: 25/7/2018-7145/1 md)

(...) Bu fıkra kapsamında alınan ve ilan olunan karar ve tedbirlere uymayanlar hakkında 66 ncı madde hükmü uygulanır.

Madde 66 – (Değişik: 23/1/2008-5728/125 md) İl genel kurulu veya idare kurulları yahut en büyük mülkiye amirleri tarafından kanunların verdiği yetkiye istinaden itti haz ve usulen tebliğ veya ilan olunan karar ve tedbirlerin tatbik ve icrasına muhalefet eden veya müşkülât gösterenler veya riayet etmeyenler, mahalli mülkî amir tarafından Kabahatler Kanununun 32 nci maddesi hükmü uyarınca cezalandırılır. (Ek cümle: 27/3/2015 - 6638/16 md) Ancak, kamu düzenini ve güvenliğini veya kişilerin can ve mal emniyetini tehlikeye düşürecek toplumsal olayların baş göstermesi hâlinde vali tarafından kamu düzenini sağlamak amacıyla alınan ve usulüne göre ilan olunan karar ve tedbirlere aykırı davranışlar, üç aydan bir yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır.

²³ Umumi Hıfzıssıhha Kanunu, Kanun Numarası: 1593, Kabul Tarihi: 24.04.1930, RG 06.05.1930/1489.

²⁴ Bu kanunun 57. madde ile 96. maddeleri arası, “**Memleket dahilinde sari ve salgın hastalıklarla mücadele**” başlığı ile makalemiz konusu ile ilgili hükümleri içermekte, kanunun tümüne dair ceza hükümleri ise 282 ve devamındaki maddelerde düzenlenmiştir.

Gündeme gelen tartışmaları açıklayabilmek adına önce 11-C hükmünün kapsamını açıklamamız sonra da Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nun ilgili hükümlerinden (İçişleri Bakanlığı genelgelerinde²⁵ belirtilen 27, 72. ve 282. maddelerinden²⁶) söz etmemiz gerekmektedir.

Temel hak ve özgürlüklere sınırlandırma getiren İçişleri Bakanlığı Genelgelerinin dayanağı olarak gösterilen **İl İdaresi Kanunu 11-C hükmünü değerlendirecek olursak**; maddede görüldüğü üzere; hüküm “*il sınırları içinde*” ifadesiyle başlamaktadır. Kaldı ki kanun “**İl İdaresi Kanunu**”dur, yani illere özgü hükümlerin yer aldığı düzenlemedir, örneğin bir OHAL Kanunu²⁷ gibi ülke geneline, yahut OHAL ilanını gerektiren, yurdun belli bir bölgesinin tümüne yönelik düzenlemeler için²⁸ çıkarılmış bir kanun değildir. 11-C maddesinin yine ikinci fıkrasında il bazında tedbirler alabileceğinden, *giriş çıkışı da sadece kamu güvenliğini ve düzenini bozma ihtimali olan kişiler açısından ancak kısıtlayabileceğinden* söz etmektedir. Dolayısıyla hem kanunun genelinden hem de bu hükmün kendisinden anlaşıldığı üzere bu yasal dayanak, ülke genelinde; bir genelge ile yasaklama getirilmesine, örneğin topluca

²⁵ <<https://www.icisleri.gov.tr/koronavirus-tedbirleri-genelgesi-kapsaminda-149382-is-yeri-gecici-sureligine-faaliyetlerine-ara-verdi>>, Erişim Tarihi: 15.05.2020.

²⁶ “**Madde 27 – Umumi hıfzıssıhha meclisleri** mahallin sıhhi ahvalını daima nazarı dikkat önünde bulundurarak şehir ve kasaba ve köyler sıhhi vaziyetinin islahına ve mevcut mahzurların izalesine yarayan tedbirleri alırlar. Sari ve salgın hastalıklar hakkında istihbaratı tanzim, sari ve içtimai hastalıklardan korunmak çareleri ve sıhhi hayatın faydeleri hakkında halkı tenvir ve bir sari hastalık zuhurunda hastalığın izalesi için alınan tedbirlerin ifasına muavenet eylerler.

Madde 57 – Kolera, veba (Bübon veya zatürree şekli), lekeli humma, karahumma (hummayı tiroidi) daimi surette basil çıkaran mikrop hamilleri dahi - paratifoit humması veya her nevi gıda maddeleri tesemmümüatı, çiçek, difteri (Kuşpalazı) - bütün tevkیاتı dahi sari beyin humması (İltihabi sahayaı dimağii şevkii müstevli), uyku hastalığı (İltihabi dimağii sari), dizanteri (Basilli ve amipli), lohusa humması (Hummai nıfası) ruam, kızıl, şarbon, felci tıflı (İltihabi nuhat kuddamii sincabii haddi tıflı), kızamık, cüzam (Miskin), hummai racia ve malta humması hastalıklarından biri zuhur eder veya bunların birinden şüphe edilir veyahut bu hastalıklardan vefiyat vuku bulur veya meyvin bu hastalıklardan biri sebebiyle husule geldiğinden şüphe olunursa aşağıdaki maddelerde zikredilen kimseler vak'ayı haber vermeğe mecburdurlar: Kudurmuş veya kuduz şüpheli bir hayvan tarafından ısırılmaları, kuduza müptela hastaların veya kuduzdan ölenlerin ihbarı da mecburidir.

Madde 72 – 57 nci maddede zikredilen hastalıklardan biri zuhur ettiği veya zuhurundan şüphelenildiği takdirde aşağıda gösterilen tedbirler tatbik olunur: 1 - Hasta olanların veya hasta olduğundan şüphe edilenlerin ve hastalığı neşrü tamim eylediği tetkikati fenniye ile tebeyün edenlerin fennen icap eden müddet zarfında ve sıhhat memurlarınca hanelerinde veya sıhhi ve fenni şartları haiz mahallerde tecrit ve müşahede altına vaz'ı. 2 - Hastalara veya hastalığa maruz bulunanlara serum veya aşı tatbiki. 3 - Eşhas, eşya, elbise, çamaşır ve binaların ve fennen intana maruz olduğu tebeyün eden sair bilcümle mevaddın fenni tathiri. 4 - Hastalık neşreden haşarat ve hayvanatın itlafi. 5 - Memleket dahilinde seyahat eden eşhasın icap eden mahallerde muayenesi ve eşyalarının tathiri. 6 - Hastalığın sirayet ve intişarına sebebiyet veren gıda maddelerinin sarf ve istihlakının men'i. 7 - Dahilinde sari ve salgın hastalıklardan biri zuhur eden umumi mahallerin tehlike zail oluncaya kadar set ve tahliyesi.

Madde 282 – (Değişik: 23/1/2008-5728/48 md) Bu Kanunda yazılı olan yasaklara aykırı hareket edenler veya zorunluluklara uymayanlara, filleri ayrıca suç oluşturmadığı takdirde, ikiyüzlü Türk Lirasından bin Türk Lirasına kadar idari para cezası verilir.”.

²⁷ Olağanüstü Hal Kanunu, Kanun Numarası: 2935, Kabul Tarihi: 25.10.1983, RG 27.10.1983/18204.

²⁸ “**Amaç: Madde 1 –** Bu Kanunun amacı, a) Tabii afet, **tehlikeli salgın hastalıklar** veya ağır ekonomik bunalım, b) Anayasa ile kurulan hür demokrasi düzenini veya temel hak ve hürriyetleri ortadan kaldırmaya yönelik yaygın şiddet hareketlerine ait ciddi belirtilerin ortaya çıkması veya şiddet olayları sebebiyle kamu düzeninin ciddi şekilde bozulması, Durumlarında olağanüstü hal ilan edilmesi ve usulleriyle olağanüstü hallerde uygulanacak hükümleri belirlemektir.

Kapsam: Madde 2 – Bu Kanun; olağanüstü hal ilanına tabii afet, **tehlikeli salgın hastalıklar** veya ağır ekonomik bunalım hallerinde ilan edilen olağanüstü hallerde vatandaşlar için getirilecek para, mal ve çalışma yükümlülükleri ile olağanüstü hallerin her türü için ayrı ayrı geçerli olmak üzere, **temel hak ve hürriyetlerin nasıl sınırlanacağı veya nasıl durdurulacağına, halin gerektirdiği tedbirlerin nasıl ve ne suretle alınacağına, kamu hizmeti görevlilerine ne gibi yetkiler verileceğine, görevlilerin durumlarında ne gibi değişiklikler yapılacağına ve olağanüstü yönetim usullerine ilişkin hükümleri kapsar.”**

iş yerlerini kapatma gibi bir karar verilmesine²⁹ imkan vermemektedir. Sağlıklı olan ve salgın hastalığı yakalanmamış (yani dolayısıyla kamu düzeni için problem oluşturmayan) kişilerin (özellikle örneğin belli yaşın üstündeki ve altındaki kişilerin) sokağa çıkmasının yasaklanması ise kanunun herhangi bir hükmünde yer almamaktadır. Aslında bu hükme göre; her ne kadar kamu güvenliğine ilişkin düşünülerek hüküm düzenlenmiş olmasına rağmen; kamu düzeni ifadesi de geçmektedir. Bir an için kamu düzeni ifadesinin genel sağlığı da kapsadığını ve dolayısıyla sağlık hususunda da tedbirler alınabileceğini varsayarsak dahi; yine de alınması gereken önlem; ancak o hastalığa yakalanmış kişilerin karantinası, belli yerlere giriş çıkış yasağı gibi o kişilere özgü, o ilde yaşayan diğer sağlıklı insanlardan onları uzak tutmaya yönelik tedbirler olabilecektir, bu durumda yine belirtilen yasal dayanak ülke genelinde bir tedbirin alınmasına ve bunun genelge ile yapılmasına izin vermemektedir.

Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nun değerlendirilmesi gerekirse; dipnotlarda verdiğimiz maddelerin içeriklerinde de görüleceği üzere tedbirler şahsen kişilere, yerel sınırlar içerisinde uygulanacak hükümler olmak üzere düzenlenmiştir ve öngörülen tedbirler açısından yetkili idare de Sağlık Bakanlığı (maddelerde geçtiği şekliyle Sıhhat ve İçtimai Muavenet Vekaleti) olarak belirlenmiştir. Kanunda sayılan tedbirlere bakıldığında 72. maddede; hasta olan yahut hastalık şüphesi olanların fenni şartları haiz yerlerde müşahede edilmesi, kendilerine serum ve aşı yapılması, hastalığın olduğu yerdeki temasta bulunmuş kişilerin ve eşyanın temizlenmesi, hastalığa sebebiyet veren yahut yayılmasına neden olan hayvanların itlafi, gıda maddelerinin yasaklanması gibi birçok tedbirin sayıldığını görmekteyiz. Yine örneğin madde 74'e göre; tecrit ve tedaviye özgü niteliğe sahip özel yeri bulunmayan okul, fabrika ve imalathane gibi insanların kalabalık olarak toplandığı yerlerde bulaşıcı hastalığa sahip kimseler bulundurulamaz. Madde 76'ya göre; daha önce kendisinde var olan bulaşıcı ve salgın hastalığı etrafında bulunanlara bulaştırmış olduğu kesin olan kimseler geçici olarak bu durum izale edilene kadar mesleklerini yapmaktan men edilebilmektedir. Yine bir sonraki maddede; bulaşıcı ve salgın hastalığın yayıldığı yerlerde, Sağlık Bakanlığı'nın onayıyla; *o ilde*, bütün toplantıların yasaklanabileceği ve ayrıca hastalıklı yahut hastalık şüphesi olan yahut bulaşmasına vesile olabilecek kişilerin ve eşyaların dezenfekte edilmeden dolaşmalarının yasaklanacağı ifade edilmiştir. Görüldüğü üzere; bu kanundaki önlemler bakımından da yetkili idare Sağlık Bakanlığı olup; il bazında alınabilecek tedbirler düzenlenmiştir. Çalışmamızın bir sonraki başlığında, idarenin bütünlüğü ilkesinden söz ederken ifade edeceğimiz hususlardan biri de bu kanunun 69. maddesinde belirtilmiştir. İl bazında önlemlerden bahsederken kanun, 69. maddede "*Sari ve salgın bir hastalığın vukuu tahakkuk eylediği takdirde sıhhat memurları derakap lazım gelen tedbirlerin ittihazına ve bütün idari makamlar bu tedbirlerin tatbik ve icrası hususunda muavenete mecburdurlar*" diyerek böyle zorlu dönemlerde (hele ki söz konusu kamu sağlığının

²⁹ Tolga Şirin, "Tehlikeli Salgın Hastalıklarla Anayasal Mücadeleye Giriş" (2020) 9 (17), Anayasa Hukuku Dergisi, 43, 99.

olduğu dönemde) idareler arasındaki çekişmelerin kamu hizmetlerine engel olmaması için idareler arası koordinasyonu da zorunlu tutmuştur.

Peki mevcut durumu adım adım giderek tanımladığımızda nasıl bir hukuki ortam karşımıza çıkmaktadır? Bir tehlikeli salgın hastalık baş göstermiş ve bu salgın hastalık sadece ülkemizi değil tüm dünyayı etkilemiş; devletler buna karşı önlemler almış³⁰ (örneğin Fransa, sağlık alanında OHAL ilan edilmiş ve bu OHAL'i 24 temmuza kadar uzatmıştır³¹) dünya genelinde –haziran ayı itibarıyla- dörtüüzaltmışbin kişiyi aşkın insanın ölümüne yol açmış bulunmaktadır³². Dolayısıyla da dünya genelinde tüm ülkeler olağanüstü hal ilan etsin yahut etmesin salgın hastalıklar beraber teyakkuza geçmiştir. Yukarıda saydığımız kriterlerden hareketle; sonda belirteceğimiz düşüncüyü en başta ifade etmek gerekirse, aşağıda gerekçeli olarak ifade edeceğimiz üzere, mevcut durumun; hukuka uygun ve hatta böylece idareye hukuki bakımdan daha güvenle işlem tesis edebileceği ve esnek davranabileceği, hızlı hareket edebileceği ve yaptığı muamelelerin de hukuka aykırılık ihtimalinden biraz daha uzaklaşacağı OHAL ilanını gerektirdiğini belirtmemiz gerekir. Zira şimdiye kadar ülke genelinde alınan tedbirler gerçekten de böyle bir olağanüstü halde alınması gereken ve kamu yararına olan tedbirlerdir fakat bu tedbirlerin hukuki zemini olağan dönemde değil, olağanüstü dönemde alınabilecek tedbirler olarak kurgulanmıştır, Anayasa ve OHAL Kanunu bu şekilde düzenlenmiştir. Anayasa'nın 119. maddesinde tehlikeli salgın hastalık³³, OHAL ilanını gerektiren bir durum olarak sayılmış; bu süreçte alınmış bulunan, temel hak ve özgürlükleri sınırlandıran tedbirler de ancak Anayasa'nın 13. maddesi³⁴ ve 15. maddesinde³⁵ yer alan hükümlere göre ancak kanuni temele sahip olarak ve doğru hükme dayanarak alınabilecek tedbirlerdir. Aslında bu düzenlemeler ve hukuki zemin, idarenin olağanüstü bir durumda alınan, temel hak ve özgürlükleri sınırlandıran kararlarının da hukuka uygun olmasını

³⁰ Yabancı devletlerin aldığı karar örnekleri için bkz <<https://tr.euronews.com/2020/03/21/avrupa-da-hangi-ulkeler-koronavirus-sebebiyle-karantina-ve-sokaga-cikma-yasagi-uyguluyor>>, Erişim Tarihi: 10.06.2020; Dünya'daki devletlerde, bu süreçteki gelişmeleri gösteren; devlet seçilip; ülke profili tklandığında her ülkedeki COVID-19 gelişmelerinin ayrı ayrı o ülke sayfasında gösterildiği Ticaret Bakanlığı'nın web sitesine ait faydalı link için bkz <<https://ticaret.gov.tr/yurtdisi-teskilati>>, Erişim Tarihi: 10.06.2020; örneğin İngiltere için bkz <<https://ticaret.gov.tr/yurtdisi-teskilati/avrupa/ingiltere/ulke-profilii/kovid-19-gelismeleri>>, Erişim Tarihi: 10.06.2020; Fransa için ayrıca bkz Professor John Bell, The Importance of Urgent Interim Orders in Contesting French Government Rules on COVID-19 <<https://british-association-comparative-law.org/2020/06/03/the-importance-of-urgent-interim-orders-in-contesting-french-government-rules-on-COVID-19/>>, Erişim Tarihi: 7.06.2020.

³¹ <<https://www.thelocal.fr/20200502/france-extends-COVID-19-health-emergency-until-july-24th>>, Erişim Tarihi: 10.05.2020.

³² Cumhurbaşkanlığınca hazırlanan ve güncel verilerin yer aldığı site için bkz <<https://corona.cbddo.gov.tr/>>, Erişim Tarihi: 14.06.2020.

³³ “Madde 119 – (Değişik: 21/1/2017-6771/12 md) Cumhurbaşkanı; (...)tehlikeli salgın hastalık ya da ağır ekonomik bunalımın ortaya çıkması hallerinde yurdun tamamında veya bir bölgesinde, süresi altı ayı geçmemek üzere olağanüstü hal ilan edebilir.”

³⁴ “II. Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması Madde 13 – (Değişik: 3/10/2001-4709/2 md) Temel hak ve hürriyetler; ölerine 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.”

³⁵ “Madde 15 – (...) olağanüstü hallerde, milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlal edilmemek kaydıyla, durumun gerektirdiği ölçüde temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir veya bunlar için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir. (...)”

sağlayan yani idareye hukuki davranma bakımından kolaylık da sağlayan bir zemindir. Eğer bu zeminde tesis edilmesi gereken işlemler, henüz bu zemin oluşmadan, ilgili hukuki düzene geçilmeden tesis edilirse o zaman, aslında o süreç bakımından faydalı olabilecek bir tedbir, kanuna dayanmadığı için hukuka aykırı hale gelmiş olmaktadır. Örneğin salgın başladıktan sonra ihtiyaç duyulan maskelerin uygun fiyata halka sunulması yerine fiyatların yükseltilip stok yapılması yaklaşımı üzerine idare bu duruma tepki göstermiş ve bu tip eylemde bulunanlara ceza verileceğini açıklamıştır³⁶. İdarenin böyle bir açıklama yapma zorunluluğu aslında doğru hukuki zemin olan OHAL'e geçiş yapmamış olmasından kaynaklanmaktadır diye düşünmekteyiz. Zira idare kamu gücü ayrıcalığına sahiptir ve bu tip açıklama ve duyurulara gerek kalmadan mevzuatta kendisine tanınan yetkileri kullanarak eğer hukuka aykırı davranan gerçek veya tüzel kişilere uyarı ve idari yaptırımlarda bulunabilmektedir. Dolayısıyla bu şekilde, hukuka aykırı davrananlara basına açıklama yapmak suretiyle uyarıda bulunmak yerine, ihtiyaç duyulan malzemelere el koyması yani istimval yetkisini kullanması daha isabetli olacaktır. Fakat istimval yetkisi de olağanüstü hallerde uygulanabilen³⁷ diğer alınan önlemlerin çoğunun olduğu gibi yasal temeli OHAL Kanunu'nda olan bir yetkidir. OHAL ilan edilmiş olsa idi kanunun 7. maddesi gereği istimval yetkisi kullanılarak mal yükümlülüğü kapsamında tıbbi malzemelere devlet tarafından el konulabilecekti³⁸. Madde 9'un i bendinde ise halkın ihtiyaç duyduğu malları saklayan ve fahiş fiyata satanların zaten yaptırma uğrayacağı açıkça düzenlenmiştir³⁹. Yine, belli illere giriş çıkış yasağı konulması, iş yerlerinin kapatılması, öğrenime ara verilmesi, zaruri görülen ihtiyaç maddelerinin dağıtımı (süreç başında idarenin maske satışı yasaklaması ve kendisinin dağıtacağını ifade etmesi örneği), bazı illere özgü topluca alınmış seyahat

³⁶ <<https://www.rekabet.gov.tr/Guncel/kamuoyuna-duyuru-3b18d865266dea11811700505694b4c6>>, Erişim Tarihi: 23.03.2020; <<https://www.haberler.com/bakan-soyulu-maske-stoklari-yapan-firmalar-icin-13041945-haberi/>>, Erişim tarihi: 23.03.2020.

³⁷ Ahmet Yayla, *Türk İdare Hukukuna Göre İstimvalin Rejimi*, (1. Bası, Yetkin 2016) 32.

³⁸ “**Mal yükümlülüğü: Madde 7 – (...)** tehlikeli salgın hastalıklar sebebiyle olağanüstü hal ilan edilen bölge içindeki kamu kurum ve kuruluşlarıyla tüzel ve gerçek kişiler, kendilerinden istenecek veya yükümlülük konulacak arazi, arsa, bina, tesis, araç, gereç, yiyecek, ilaç ve tıbbi malzeme ile giyecek ve diğer maddeleri vermek zorundadırlar. Bu amaçla; öncelikle o bölgedeki genel ve katma bütçeli dairelere, kamu iktisadi devlet teşekkülleri ve kuruluşları ile bunlara bağlı müesseselere ve mahalli idarelere başvurulur. İhtiyaçların bu kaynaklardan zamanında ve yeterince karşılanmaması halinde, imkan ve kaynakları da dikkate alınarak, bölgedeki özel kuruluşlara ve gerçek kişilere ait olanlara yükümlülük konulur. Yiyecek, giyecek, araç, gereç, ilaç ve tıbbi malzemeler gibi zaruri maddeler bölge sınırları içinde sağlanmadığı takdirde, bu Kanun hükümleri uygulanmak suretiyle en yakın bölgelerden yükümlülük yolu ile sağlanır.”

³⁹ Acil hasta almak üzere havalanan helikopterin, buğday ekili tarlaya iniş yapmasına, tarla sahibinin izin vermediği ve helikopterin hastayı almadan geri döndüğü haberi basına yansımıştır. Bu örnekte de yapılması gereken idarenin olağanüstü durumdan kaynaklı eğer en uygun yer o tarla ise; kamu sağlığını korumak için, olağanüstü durumda vatandaşlara getirilen mal yükümlülüğü kapsamında o tarlaya inmesi, hastayı alması ve tarla sahibinin uğrayacağı zararları da karşılamak olmalıydı. İdarenin kamu gücüne sahip olarak yapmak zorunda olduğu faaliyetini yerine getirmek için vatandaşın izin almasına gerek yoktur; bu faaliyeti yerine getirirken elbette öncelik vatandaşa zarar verilmemesidir fakat aynen hukuka uygun bir yol yapımından dolayı dairesinin değer kaybını idareden kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi gereği alabilen kişi gibi idare gerekirse bu faaliyeti yerine getirdiğinde vatandaşın bu örnekteki gibi bir zararı doğuyorsa onu da karşılamalıdır. <<https://www.ensonhaber.com/ic-haber/samsunda-tarlasina-inis-izni-vermeyen-kadina-para-cezasi>>, Erişim Tarihi: 03.05.2020.

yasağı gibi kararların dayanağının OHAL Kanunu'nun 9. maddesinde⁴⁰ olduğunu belirtmemiz gerekir. Görüldüğü üzere; maddede sayılan yetkiler ve idarenin alması gereken kararlar; sürecin başından günümüze kadar Bilim Kurulu'nun önerileri doğrultusunda İçişleri Bakanlığı genelgesiyle ve İl İdaresi Kanunu ile Umumi Hıfzıssıhha Kanunu dayanak alınarak alınmış bulunan kararlardır. Ülke genelinde sokağa çıkma yasağı kararı alınması ise yine mevzuatta eksik olarak düzenlenmiş kararlardan biridir diyebiliriz. Zira OHAL Kanunu'nun 11. maddesinin atfı yaptığı 3. maddenin b bendine göre ülke genelinde sokağa çıkma yasağı ancak şiddet olayları sebebiyle kamu düzeninin ciddi şekilde bozulması halinde alınabilecek bir tedbir olarak düzenlenmiştir. Yani tehlikeli salgın hastalık, OHAL ilan edilse bile ülke genelinde sokağa çıkma yasağı kararının alınabilmesine olanak sağlayan bir sebep değildir⁴¹. OHAL ilan edilen durumda bile hal böyleyken, olağan dönemde, salgın hastalık gerekçesiyle ve İçişleri Bakanlığı genelgesiyle ülke genelinde bir sokağa çıkma yasağı kararı ilan edilmesinin hukuki dayanağının olmadığını söylememiz gerekir⁴². Anayasa'nın kişi hürriyeti ve güvenliğini düzenleyen maddesinde sayılan

⁴⁰ “**Alınacak tedbirler: Madde 9 – Tabii afet ve tehlikeli salgın hastalıklar sebebiyle olağanüstü hal ilanında, olağanüstü hal ilanını gerektiren hususlar gözönünde bulundurularak aşağıda yazılı tedbirler alınabilir:**

a) Bölgenin belirli yerlerinde yerleşimi yasaklamak, belirli yerleşim yerlerine girişi ve buralardan çıkışı sınırlamak, belli yerleşim yerlerini boşaltmak veya başka yerlere nakletmek,

b) Resmi ve özel her derecedeki öğretim ve eğitim kurumlarında öğrenime ara vermek ve öğrenci yurtlarını süreli veya süresiz olarak kapatmak,

c) Gazino, lokanta, biraahane, meyhane, lokal, taverna, diskotek, bar, dansing, sinema, tiyatro ve benzeri eğlence yerleri ile kulüp vesair oyun salonlarını, otel, motel, kamping, tatil köyü ve benzeri konaklama tesislerini denetlemek ve bunların açılma ve kapanma zamanını tayin etmek, sınırlamak, gerektiğinde kapatmak ve bu yerleri olağanüstü halin icaplarına göre kullanmak,

d) Bölgede olağanüstü hal hizmetlerinin yürütülmesi ile görevli personelin yıllık izinlerini sınırlamak veya kaldırmak,

e) Bölge sınırları içerisindeki tüm haberleşme araç ve gereçlerinden yararlanmak ve gerektiğinde bu amaçla geçici olarak bunlara elkoymak,

f) Tehlike arz eden binaları yıkmak; sağlığı tehdit ettiği tespit olunan taşınır ve taşınmaz mallar ile sağlığa zararlı gıda maddelerini ve mahsullerini imha etmek,

g) Belli gıda maddeleri ile hayvan ve hayvan yemi ve hayvan ürünlerinin bölge dışına çıkarılmasını veya bölgeye sokulmalarını kontrol etmek, sınırlamak veya gerektiğinde yasaklamak,

h) Gerekli görülen zaruri ihtiyaç maddelerinin dağıtımını düzenlemek,

i) Halkın beslenmesi, ısınması, temizliği ve aydınlanması için gerekli gıda madde ve eşyaların her türlü yakıtın, sağlığın korunmasında, tedavide ve tıpta kullanılan ilaç, kimyevi madde, alet ve diğer şeylerin, inşaat, sanayi, ulaşım ve tarımda kullanılan eşya ve maddelerin, kamu için gerekli diğer mal, eşya, araç, gereç ve her türlü maddelerin imali, satımı, dağıtım, depolanması ve ticareti konularında gerekli tedbirleri almak, bu yerlere gerektiğinde elkoymak, kontrol etmek ve bu malları satıştan kaçınan, saklayan, kaçırın, fazla fiyatla satan, imalatını durduran veya yavaşlatanlar hakkında fiilin işleniş şekli veya niteliği de nazara alınarak işyeri bulunduğu mahal için hayati önem taşımadığı takdirde işyerini kapatmak,

j) Kara, deniz ve hava trafik düzenine ilişkin tedbirleri almak, ulaştırma araçlarının bölgeye giriş ve çıkışlarını kayıtlamak veya yasaklamak.”

⁴¹ “**Tedbirler: Madde 11 – Bu Kanunun 3 üncü maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi gereğince olağanüstü hal ilanında; genel güvenlik, asayiş ve kamu düzenini korumak, şiddet olaylarının yaygınlaşmasını önlemek amacıyla 9 uncu maddede öngörülen tedbirlere ek olarak aşağıdaki tedbirler de alınabilir:**

a) Sokağa çıkmayı sınırlamak veya yasaklamak,

b) Belli yerlerde veya belli saatlerde kişilerin dolaşmalarını ve toplanmalarını, araçların seyirlerini yasaklamak,...

Olağanüstü halin ilanı: Madde 3 – Cumhurbaşkanı: h) Anayasa ile kurulan hür demokrasi düzenini veya temel hak ve hürriyetleri ortadan kaldırmaya yönelik yaygın şiddet hareketlerine ait ciddi belirtilerin ortaya çıkması veya şiddet olayları sebebiyle kamu düzeninin ciddi şekilde bozulması hallerinde, Milli Güvenlik Kurulunun görüşünü de aldıktan sonra; Yurdun bir veya birden fazla bölgesinde veya bütününde altı ayı geçmemek üzere olağanüstü hal ilan edebilir.”

⁴² “Sokağa çıkma yasağı ilan etme gibi bir idari işlem, kanuni dayanak olmaksızın idarenin kendiliğinden tayin edebileceği masum bir tasarruf değildir.” Artuk Ardıçoğlu, “Hukuka Uygun Olmayan Sokağa Çıkma Yasağı Hukuka Aykırı Midir?”, <<https://www.birikimdergisi.com/guncel/7331/hukuka-uygun-olmayan-sokaga-cikma-yasağı-hukuka-aykiri-midir>>, Erişim Tarihi: 08.06.2020.

“hastalık yayabilecek bir kişinin bir müessesede tedavi, eğitim veya ıslahı için kanunda belirtilen esaslara uygun olarak alınan tedbirin yerine getirilmesi” gerekçesi de yine kişiyi hürriyetinden yoksun bırakmanın, yani belli bir bölgenin tümünde karantina kararı⁴³ yahut sokağa çıkma yasağı kararına dayanak alınması güçtür. Dolayısıyla her ne kadar bu yasak kararlarının hastalığı önlemek için yani kamu yararı gerekçesiyle alınmış oldukları aşikar olsa da yasal dayanağının olmadığı görülmektedir, yukarıda ifade ettiğimiz gibi işlemin amaç unsuru olan kamu yararı, tek başına o işlemi hukuka uygun hale getirmeye yetmemektedir. Kanunkoyucu tehlikeli salgın hastalık hallerinde OHAL ilanından sonra alınabilecek tedbirleri madde 9’da saymıştır ve onlar arasında ne ülke genelinde bir sokağa çıkma yasağı ne de belli yaş altındaki ve üstündekilerinin sokağa çıkma yasağı düzenlenmektedir⁴⁴. Şimdiye kadar söz ettiğimiz idarenin aldığı kararlar aslında fiilen OHAL Kanunu’nun uygulandığı fakat resmiyette yasal dayanağın İl İdaresi ve Umumi Hıfzıssıhha Kanunu olduğu bir zeminde ilerlediğimizi göstermektedir. Fakat elbette idarenin kendisi de olağanüstü bir hal olduğunu kabul etmekte; bunu hem mevzuat değişiklikleri ile hem de Bakanlarının açıklamasıyla göstermektedir. Örneğin; salgın tedbirleri kapsamında 7226 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un⁴⁵ geçici 1. maddesiyle yargı alanındaki hak kayıplarının önlenmesi amacıyla maddede belirtilen süreler önce 30 Nisan 2020’ye kadar durdurulmuş⁴⁶; daha sonra (4734 sayılı Kamu İhale Kanunu’nda⁴⁷ öngörülen zorunlu idari başvuru yoluna ilişkin süreler hariç) bu süreler kanunun imkan verdiği üzere Cumhurbaşkanı kararıyla⁴⁸ 15 Haziran 2020’ye kadar (bu tarih dahil) uzatılmıştır. Görüldüğü üzere, maddede başvuru ve zorunlu idari başvurular da dahil olmak üzere bir hakkın doğumu, kullanımı ve sona

⁴³ Sever, (n 14), 199-200.

⁴⁴ OHAL Kanunu’nda sadece 8. maddede yaş aralıkları belirlenmiş fakat o da olağanüstü hallerde getirilecek çalışma yükümlülüğünden (mecburi hizmetten) söz etmekte ve 18-60 yaş aralığındaki vatandaşların çalışma yükümlülüğüne tabi tutulabileceği ifade edilmektedir. Bunun dışında bir yaş aralığının özel olarak belirtildiği herhangi bir yasağa dair düzenleme gördüğümüz kadariyle düzenlenmemiştir.

“Çalışma yükümlülüğü: Madde 8 – Tabii afet ve tehlikeli salgın hastalıklar sebepleriyle olağanüstü hal ilan edilen bölgelerde bulunan 18 - 60 yaşları arasındaki bütün vatandaşlar, olağanüstü hal sebebiyle kendilerine verilecek işleri yapmakla yükümlüdürler.”

⁴⁵ Kabul tarihi: 25.03.2020, RG 26.03.2020/31080 (Mükerrer).

⁴⁶ **“GEÇİCİ MADDE 1- (1) COVID-19 salgın hastalığının ülkemizde görülmüş olması sebebiyle yargı alanındaki hak kayıplarının önlenmesi amacıyla;**

a) Dava açma, icra takibi başlatma, başvuru, şikâyet, itiraz, ihbar, 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; 6/1/1982 tarihli ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu, 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ve 12/1/2011 tarihli ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile usul hükmü içeren diğer kanunlarda taraflar bakımından belirlenen süreler ve bu kapsamda hâkim tarafından tayin edilen süreler ile arabuluculuk ve uzlaştırma kurumlarındaki süreler 13/3/2020 (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. Bu kararlar Resmî Gazete’de yayımlanır.”

⁴⁷ İstisna hükmü de şu şekildedir:

(2) Aşağıdaki süreler bu maddenin kapsamı dışındadır:

a) Suç ve ceza, kabahat ve idari yaptırım ile disiplin hapsi ve tazyik hapsi için kanunlarda düzenlenen zamanaşımı süreleri (...).”

⁴⁷ Kabul Tarihi: 04.01.2002, RG. 22.01.2002/24648.

⁴⁸ RG. 30.04.2020/31114, bkz <<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2020/04/20200430-1.pdf>>, Erişim Tarihi: 10.05.2020.

ermesine ilişkin tüm süreler ve 2577 sayılı İYUK'taki sürelerin durduğu ifade edilmiştir. Dolayısıyla belirlenen süre bitiminde süreler kaldığı yerden işlemeye devam edecektir. Fakat belki yurtdışında bulunan ve orada örneğin kendisine dair bir idari işlem tesis edilen vatandaşın, yaşadığı ülkedeki COVID-19 tedbirleri nedeniyle konsolosluğun kapalı olması durumunda onun için idari başvuru sürelerinin ve dava açma süresinin de işlemeyeceğini söylemek daha hukuki olur diye düşünmekteyiz. Zira bazı ülkelerde OHAL ilan edilmiş ve farklı tedbirler alınmış dolayısıyla konsolosluklar da bundan etkilenmiştir, o yüzden yurtdışındaki vatandaşlarımız açısından bu sürelerin farklı değerlendirilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Durumun olağanüstü olarak kabul edildiğini gösteren bir diğer örnek olarak belirtmek gerekir ki fahiş fiyat artışları ve stokçuluğa ilişkin düzenlemeler ve yaptırımlar getiren Haksız Fiyat Değerlendirme Kurulu Yönetmeliği'nin⁴⁹ ilk maddesinde de olağanüstü hal dönemi ifadesi kullanılmaktadır⁵⁰. Yine başından beri hastalığın yayılma süreci ve vaka sayılarına ilişkin verileri her gün paylaşan Sağlık Bakanı ve İçişleri Bakanı'nın kendisi de “*Herkes kendi OHAL'ini ilan etsin*” diyerek aslında idarenin bakış açısını ortaya koymuşlardır⁵¹. Kanunkoyucu da aslında durumu olağanüstü görmüş ve salgın hastalığı mücbir sebep olarak yeni kanuni düzenlemelere de yerleştirmiştir. 7244 sayılı Yeni Koronavirüs (COVID-19) Salgınının Ekonomik ve Sosyal Hayata Etkilerinin Azaltılması Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun⁵² buna bir örnektir. Zira, kanunun birçok yerinde zorlayıcı sebep ifadesi kullanılmış ve 10. maddesinde ise salgın hastalık, 5510 sayılı Kanun'a eklenen maddede mücbir sebep hallerinden biri olarak sayılmıştır⁵³. Bu hükümlerle idareye borçlu olanlara kolaylık sağlanmıştır. Dolayısıyla hem idare hem de Kanunkoyucu tarafından mevcut durumun olağanüstü bir hal olarak tarafından bu durumun değerlendirildiği açıktır. Bu nedenle aslında yapılması gereken; ya OHAL ilan etmek yahut, mevcut tedbirlerin yer aldığı sadece salgın hastalık dönemine ait özel bir mevzuat düzenlemek ya da mevcut, ilgili mer’i mevzuata bunları eklemektir; yani her halükarda alınan tedbirleri doğru yasal dayanağa kavuşturaktır. Aksi durum

⁴⁹ RG. 28.05.2020/31138.

⁵⁰ “**Amaç ve kapsam**

MADDE 1 – (1) Bu Yönetmeliğin amacı, olağanüstü hal, afet ve ekonomik dalgalanma dönemleri ile diğer acil durumlarda faaliyet gösterecek Haksız Fiyat Değerlendirme Kurulunun oluşumu, görev ve yetkileri ile üretici, tedarikçi ve perakende işletmelerin fahiş fiyat artışı ve stokçuluk uygulamalarının denetlenmesine ve idari para cezalarının uygulanmasına ilişkin usul ve esasları düzenlemektir.”

⁵¹ <<https://www.internethaber.com/herkes-kendi-ohalini-ilan-etsin-fahrettin-kocadan-aciklamalar-2089902h.htm>>, Erişim Tarihi: 21.03.2020; <<https://www.trthaber.com/haber/gundem/soylu-herkes-kendi-olaganustu-surecini-ilan-etsin-470027.html>>, Erişim Tarihi: 25.03.2020.

⁵² Kabul Tarihi: 16.04.2020, RG. 17.04.2020/31102, metnin yer aldığı link için bkz <<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2020/04/20200417-2.htm>>, Erişim Tarihi: 28.05.2020.

⁵³ “**MADDE 10 – 10/12/2003 tarihli ve 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununa aşağıdaki ek madde eklenmiştir.**

Mücbir sebep
EK MADDE 7 – Deprem, yangın, sel gibi doğal afetler ile salgın hastalık veya Hazine ve Maliye Bakanlığı bilişim sistemlerinin herhangi bir nedenle çalışmaması gibi mücbir sebep hallerinde; veri, bilgi ve belgelerin oluşturulması, kaydedilmesi, iletilmesi, muhafazası ve ibrazına ilişkin yöntemler Hazine ve Maliye Bakanlığınca belirlenir.
Mücbir sebep hallerinde, Hazine ve Maliye Bakanlığı bilişim sistemleri üzerinden yürütülen işlemlerde yaşanabilecek gecikme nedeniyle ilgililere, gecikme faizi, gecikme zammı ve ceza gibi yaptırımlar uygulanmaz.”

ileride idarenin sorumluluğuna yol açabilecektir. Tabii idarenin OHAL ilan etmeden mücadele etmesi de bir tercihtir; kaldı ki OHAL ilanı Anayasa'ya göre Cumhurbaşkanı'nın takdir yetkisindedir. Neticede OHAL ilan etme zorunluluğu bulunmamaktadır; bununla birlikte OHAL ilan edilmemesi yönünde takdir yetkisinin kullanılması; olağan dönemdeki kanuni yetkilerin kullanılmasının tercih edildiğini ortaya koyar ve bu durumda OHAL Kanunu'nda yer alan kısıtlamaların da kullanılmaması gerekmektedir ki uygulamada bunlar kullanıldığından dolayı işlemlerin doğru yasal dayanağa göre yapılmadığını ifade etmekteyiz. Geçmişe yaşanan ve terör ile şiddet olaylarından kaynaklı ilan edilen ve idarenin kötü uygulamalarından kaynaklı acı tecrübe olarak anımsanan OHAL dönemlerinden dolayı OHAL'in sanki hukuki bir zemin değilmiş ve o dönemde idarenin her istediğini yapabirmiş gibi bir düşüncenin yanlış olduğunu düşünmekteyiz. Zira her ne kadar temel ve hak özgürlüklerin sınırlanması imkanını veren bir dönem olsa da neticede o dönem de bir kanunla oluşturulmuş ve yetkiler sınırlı olarak sayılmıştır. Buna rağmen OHAL ilanında daha kötü durumların ortaya çıkabileceği, idarenin OHAL ile ilgisiz konularda düzenleme yapabileceği ve dolayısıyla daha büyük hukuksuzlukların meydana gelebileceği, o yüzden de olağan dönemde kanunilik ilkesine uymama şeklinde tezahür eden hukuka aykırılıkların en azından bu bakımdan, daha fazla hukuka aykırılıkların meydana gelebilme ihtimali bulunan OHAL'deki idari yetkilere göre daha tercih edilebilir olduğu yönündeki görüşte⁵⁴ yer alan endişeyi anlamakla ve kısmen hak vermekle beraber katılmadığımızı ifade etmek isteriz. Zira ilerideki farazi bir hukuka aykırılık düşüncesiyle mevcut halde bulunan hukuka aykırılıkların tercih edilmesi isabetli olmayabilir. Bize göre doğru olan, mevzuata göre yapılması gereken ne ise o an yapılması ve eğer örneğin OHAL ilan edildikten sonra yine mevzuata aykırı, OHAL gerekleri dışında işlemler yapılıyorsa onları da o zaman gündeme getirip hukuki eleştiride ve yol göstermede bulunmaktır.

II. Salgın Sürecinde Sosyal Yardımlar ve İdarenin Bütünlüğü İlkesinin Bakımından Değerlendirilmesi

İdari faaliyetlerin görünümlelerinden biri de sosyal yardımlar, ihtiyaç sahibi kişilerin gereksinimlerini giderme ve özellikle böyle zor dönemlerde gerekirse toplumla beraber topyekün mücadele etme alanında ortaya çıkmaktadır. Bu dönemde hatırlanması gereken ve dikkat çekeceğimiz ilke ise idarenin bütünlüğü ilkesidir. Zira, özellikle insanlara yapılacak olan yardım ve destekler hususunda idareler arasında yaşananlar ve idare hukuku bakımından ortaya çıkan tartışmalar önem arz etmiştir. Yukarıda Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nda, bütün idari makamların tedbirleri almakta ve uygulamakta birbirlerine yardım etmeleri mecburidir şeklinde yer alan düzenlemede görüldüğü üzere bu tip olağanüstü dönemlerde ilgililerin tedbirleri riayet hususundaki sorumluluk bilincinden önce özellikle idarelerin koordinasyon ve

⁵⁴ Metin Günday, <<https://www.youtube.com/watch?v=V4I2kF5NtWc&feature=youtu.be>>, Erişim Tarihi: 19.09.2020.

işbirliği içerisinde⁵⁵ görevlerini yerine getirmeleri ve zor durumu beraberce atlatmak için etkin bir şekilde faaliyetlerini yerine getirmeleri gerekmektedir. Anayasa'nın 123. maddesinde idarenin kuruluş ve görevleriyle bir bütün olup ve kanunla düzenleneceği ifade edilmektedir. Merkezi idare ve yerinden yönetim kuruluşları arasında (yani farklı kamu tüzel kişilikleri arasında) bu bütünlük ilkesini sağlayan araçlardan biri de idari vesayet ilkesidir. İdari vesayet, Anayasamızın 127. maddesinde; “*Merkezi idare, mahalli idareler üzerinde, mahalli hizmetlerin idarenin bütünlüğü ilkesine uygun şekilde yürütülmesi, kamu görevlerinde birliğin sağlanması, toplum yararının korunması ve mahalli ihtiyaçların gereği gibi karşılanması amacıyla, kanunda belirtilen esas ve usuller dairesinde idari vesayet yetkisine sahiptir.*” şeklinde düzenlenmiştir. Görülmektedir ki merkezi idarenin mahalli idareler üzerindeki idari vesayet yetkileri aslında tam da böyle zor dönemlerde yapılması gerekenleri vurgular şekilde; bütünlük ilkesinin sağlanması, görevlerde birliğin sağlanması, toplum yararının ön plana alınması, mahalli ihtiyaçların gereği gibi karşılanmasını sağlamaya yöneliktir. Düzenlemeler böyle iken uygulamada; merkezi idare bu süreçte bazı mahalli idarelerin yardım toplama kampanyalarının hukuka aykırı olduğunu savunmuş; mahalli idareler ise mahalli müşterek ihtiyaç olarak niteledikleri ihtiyaç sahiplerine yardım ulaştırma işinin görevleri arasında yer aldığını ve 2860 sayılı Yardım Toplama Kanunu⁵⁶ hükümlerinden kendi özel kanunları gereği muaf olduklarını iddia etmişlerdir.

Bu tartışmada kanaatimizce, yukarıda söz ettiğimiz üzere kamuya yararlı bir faaliyette bulunurken yasal dayanağı doğru seçememekten kaynaklı problem doğmaktadır. Belediyelerin, bağış toplama yetkileri hem Belediye Kanunu'nda hem de Büyükşehir Belediyesi Kanunu'nda mevcuttur ve kanun gereği sosyal yardım ve hizmette bulunma görevleriyle; bundan kaynaklanan giderleri karşılayabilmek ve diğer hizmetleri yapabilmek için de şartlı yahut şartsız bağış kabul etme yetkileri bulunmaktadır⁵⁷. Fakat “yardım kampanyası” adı altında başlatılan “koronavirüs nedeniyle evde kalanlara yardım edilmesi” içerikli kampanya, İçişleri Bakanlığı'nca 2860 sayılı Yardım Toplama Kanunu hükümleri çerçevesinde görülerek valilikten

⁵⁵ Aynı yönde bkz Sever, (n 14), 203.

⁵⁶ Kabul Tarihi: 23.06.1983, RG. 25.06.1983/18088.

⁵⁷ “5393 sayılı Belediye Kanunu

Belediyenin görev ve sorumlulukları Madde 14- Belediye, mahallî müşterek nitelikte olmak şartıyla; (...) sosyal hizmet ve yardım (...) hizmetlerini yapar veya yaptırır

Belediyenin yetkileri ve imtiyazları

Madde 15- Belediyenin yetkileri ve imtiyazları şunlardır: (...) i) Borç almak, bağış kabul etmek; Meclisin görev ve yetkileri

Madde 18- Belediye meclisinin görev ve yetkileri şunlardır: (...) I) Şartsız bağışları kabul etmek; Belediye başkanının

görev ve yetkileri Madde 38- Belediye başkanının görev ve yetkileri şunlardır: (...) I) Şartsız bağışları kabul etmek;

Belediyenin gelirleri Madde 59- Belediyenin gelirleri şunlardır: g) Bağışlar; Belediyenin giderleri Madde 60- Belediyenin

giderleri şunlardır (...) i) Dar gelirli, yoksul, muhtaç ve kimsesizler ile engellilere yapılacak sosyal hizmet ve yardımlar. (...) r) Şartlı bağışlarla ilgili yapılacak harcamalar.

5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu

Madde 28- Belediye Kanunu ve diğer ilgili Kanunların bu kanuna aykırı olmayan hükümleri ilgisine göre büyükşehir ve ilçe belediyeleri hakkında da uygulanır.”

izin alınmadığı gerekçesiyle durdurulmuş⁵⁸ ve belediyelerin hesaplarına bloke konmuştur⁵⁹. Bunun üzerine belediyeler de bu karara karşı dava açmışlardır⁶⁰. Burada en sağlıklı ve isabetli yol, görüldüğü üzere tartışmaya mahal vermeyecek mevzuata dayanmak ve kullanılan ifadeleri özenle seçmekten geçmektedir. Burada, yerel idarelerin yapması gereken; 2860 sayılı Kanun gereği valilik iznini gerektiren bir “yardım kampanyası” düzenlemek değil; kişilere Belediye Kanunu ve Büyükşehir Belediye Kanunu gereği alabileceği “bağış çağrısında” bulunmak olmalı idi ki aslında belediyeler bunu iddia etmektedir. Fakat tartışma çok da hukuki noktalar üzerinden yürütülmediğinden belediyelere sanki idare değilmiş gibi bir yaklaşım gösterildiğini ve bunun yanlış olduğunu ifade etmemiz gerekir. Her halükarda şunu belirtmek lazım ki; belediyeler de Anayasa’da sayılan bir idaredir; görev ve yetkileri bulunmaktadır. Hatta mahalli müşterek ihtiyaçları, kuruluş ve organizasyonu itibarıyla en iyi tespit edebilecek bir kamu idaresi olarak, adem-i merkezîyet ilkesi çerçevesinde kurgulanmışlardır. Merkezi idare de yasama, yürütme ve yargı organlarından müteşkil Türkiye Cumhuriyeti Devleti’nin içindeki devlettir, yani devlet tüzel kişiliğidir. Birbirleri arasındaki ilişki Anayasa’nın 127. maddesinde belirtilen idari vesayet ilişkisidir ki o da tamamen işbirliği ve koordinasyonun sağlanmasına yönelik düzenlenmiş bir maddedir. Umumi Hıfzıssıhha Kanunu’nda mecburi tutulan koordinasyonun bir diğer örneği, 3294 sayılı Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Kanunu’nun 7. maddesinde⁶¹ yer almaktadır. Bu kanun, fakru zaruret içinde ve muhtaç durumda bulunan kişiler ile gerektiğinde her ne suretle olursa olsun Türkiye’ye kabul edilmiş veya gelmiş olan kişilere yardım etmek, sosyal adaleti pekiştirici tedbirler olarak gelir dağılımının adilane bir şekilde tevzi edilmesini sağlamak, sosyal yardımlaşma ve dayanışmayı teşvik etmek amacıyla çıkarılmıştır. 7. maddesine dayanarak kurulan Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıfları’nın mütevellî heyet üyeleri de mülki idare amirleri, belediye başkanı, il müdürleri gibi hem merkezi hem de yerel idarelerin temsilcilerinden oluşmakta ve bir koordinasyon içerisinde ihtiyaç sahiplerinin gereksinimlerini karşılamaya çalışmaktadırlar. Dolayısıyla yerel idarelerin de bağış kabul etme ve

⁵⁸ <<https://www.icisleri.gov.tr/yarim-toplanmasi-hususuna-iliskin-kamuoyu-bilgilendirmesi>>, Erişim Tarihi: 28.04.2020.

⁵⁹ <<https://www.haberler.com/abb-ve-ibb-nin-yarim-kampanyasina-icisleri-13072951-haberi/>>; Hemen ifade edelim ki yine aslında bu tasarrufa benzer sayılabilecek bir yetki OHAL Kanunu’nda yer almaktadır. Kanunun 27. maddesi, OHAL süresince Valinin mahalli idare organlarına alınan kararları kendi onayına tabi kılabilmesine dair yetki içermektedir ve şu şekildedir:

“Mahalli idarelere ait yetkiler: Madde 27 – Bölge valisi, olağanüstü halin gerektirdiği durumlarda mahalli idarelerin organlarının alınacak kararlar ile tesis edilecek tasarrufların tamamının veya belli konulara ilişkin olanlarının; il merkezinde kendisinin, görevlendirilmesi halinde il valisinin ve ilçelerde kaymakamların onayı ile yürürlük kazanmasını kararlaştırabilir. Olağanüstü halin bir ilde ilanı halinde, bu yolda karar alma yetkisi il valisine aittir.”

⁶⁰ <<https://www.ibb.istanbul/News/Detail/36631>>, Erişim Tarihi: 30.04.2020.

⁶¹ *“Vakıflar: Madde 7 – (Değişik birinci fıkrası: 1/12/2004-5263/19 md) Bu Kanunun amacına uygun faaliyet ve çalışmalar yapmak ve ihtiyaç sahibi vatandaşlara nakdi ve ayni yardımda bulunmak üzere her il ve ilçede sosyal yardımlaşma ve dayanışma vakıfları kurulur.*

(Değişik ikinci fıkrası: 1/12/2004 – 5263/19 md) Mülki idare amirleri vakfın tabii başkanı olup, illerde belediye başkanı, defterdar, il millî eğitim müdürü, il sağlık müdürü, il tarım müdürü, il sosyal hizmetler ve çocuk esirgeme kurumu müdürü ve il müftüsü; ilçelerde belediye başkanı, mal müdürü, ilçe millî eğitim müdürü, Sağlık Bakanlığının ilçe üst görevlisi, varsa ilçe tarım müdürü ve ilçe müftüsü vakfın mütevellî heyetini oluşturur. (...)”

mahalli müşterek ihtiyaçları giderme görevlerinin olduğunu ve 2860 sayılı Kanun’u çağrıştıracak şekilde yardım toplama kampanyası değil⁶² fakat bağış çağrısında (kampanyasında) bulunabileceğini ifade etmek gerekir. Kaldı ki halen, bu süreçte ihtiyaç sahiplerinin faturalarını hayırseverlerin ödemesini amaçlayan “askıda fatura”⁶³ veya iyilik bulaşıcıdır şeklinde bir söylemle başlayan; “zimem (veresiye) defterlerinin belediye başkanını çağrısı üzerine hayırsever insanlarımız tarafından alınarak borçların silinmesi, pazarlarda sebze meyve alıp ihtiyaç sahibi insanlara dağıtılması” gibi kampanyalar da⁶⁴ devam etmekte ve herhangi bir hukuka aykırılık iddiasıyla karşılaşmamaktadırlar; hatta Valilikler de aynı usulü uygulamış⁶⁵ ve ihtiyaç sahiplerinin yardımına koşmuştur ki idarelerden beklenen bu koordinasyon ve yardımlaşmadır⁶⁶. Aksi halde, siyasi çekişme yahut bu çekişmeden bir medet umma gibi saikler; kamu hizmetlerinin gereği gibi yerine getirilmesini engeller ve bu da idari faaliyetlerden yararlanan kişiler aleyhine sonuç doğurur⁶⁷. İdari vesayet ilkesi de normal zamanlarda zaten uygulanmakta fakat böyle zor dönemlerde daha bir önem verilerek hakiki anlamda uygulanmalı ve kamu hizmetlerinin yerine getirilmesinde ve kamu görevlerinde birliğin sağlanması hususunda azami iş birliğinin sağlanması toplumun ve dolayısıyla da devletin faydasına olacaktır.

Kamu yararına faaliyette bulunulan ve fakat bunların hukuki olması gerektiğini başından beri ifade ettiğimiz örneklerden bir diğeri de doğalgaz faturalarına ilişkin İstanbul BŞB’nin uygulaması olmuştur. Koronavirüs başladıktan sonra EPDK, iki ay doğalgaz faturalarının sayaçlarının okunmayacağını ve önceki yılın o dönemdeki faturasına bakarak yaklaşık bir fatura hazırlanacağını belirtmiştir ve buna “Kıyasen Fatura Düzenlemesi” demiştir⁶⁸. Fakat İstanbul’da gelen faturalar normal zamanda gelen faturalardan çok yüksek miktarda olmuştur⁶⁹. Bunun üzerine EPDK, İBB’yi uyarmış, soruşturma başlatmış ve hatalı faturaların iptal edilmesini istemiştir⁷⁰. İGDAŞ da abonelere gerekli kolaylığın sağlanacağını belirtmiş⁷¹ ve faturalar düzenlenerek yeniden daha az ücret içeren şekilde gönderilmiştir. Kanaatimce bu örnekte de görüldüğü üzere yine yukarıdaki misallere benzer tipik bir “kamuya

⁶² Ki esasında bu kanun, kamu tüzel kişileri için değil halktan yardım herhangi bir amaçla yardım toplama faaliyetinde bulunmak isteyen, özel kanunları olan idareler dışındaki, kanunda sayılan kişi ve kuruluşların denetimine yönelik düzenlenmiştir ve özel kanun olarak 5393 sayılı Belediye Kanunu ve 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu varken belediyelere uygulanamayacağını da ifade etmek gerekir. Bkz. Ali D. Ulusoy, “Belediyeler Devlet midir?” <<https://t24.com.tr/yazarlar/ali-d-ulusoy/belediyeler-devlet-midir,26168>>, Erişim Tarihi: 28.04.2020.

⁶³ Bu kampanyanın nasıl gerçekleştirildiğine dair bkz <<https://www.ibt.istanbul/News/Detail/36777>>, Erişim Tarihi: 05.05.2020.

⁶⁴ <<https://www.haberler.com/baskent-te-iyilik-bulasiyor-13243118-haberi/>>, Erişim tarihi: 28.05.2020.

⁶⁵ <<https://www.haberler.com/gaziantep-te-2-milyon-lira-odenernek-200-bakkaldaki-13185241-haberi/>>, Erişim Tarihi: 03.05.2020.

⁶⁶ <<https://www.haberler.com/yavas-in-baslattigi-kampanya-ornek-oldu-13186033-haberi/>>, Erişim Tarihi: 10.05.2020.

⁶⁷ Bu dediğimize örnek olarak; belediye başkanı ve meclisin birbirinden farklı düşünmesinden kaynaklı sosyal yardım taleplerinin durdurulmasına neden olan örnek için bkz <<https://www.ibt.istanbul/News/Detail/36852>>, Erişim Tarihi: 28.05.2020.

⁶⁸ <<https://www.epdk.org.tr/Detay/Icerik/2-8112/epdk-sayac-okuma-duzenleme-basin-aciklamasi>>, Erişim Tarihi: 15.05.2020.

⁶⁹ <<https://www.haberler.com/istanbul-da-igdas-in-sayac-okumadan-gonderdigi-13153591-haberi/>>, Erişim Tarihi: 23.04.2020.

⁷⁰ <<https://tr.euronews.com/2020/05/07/epdk-den-igdas-a-mektup-hatal-faturalar-iptal-edin>>, Erişim Tarihi: 10.05.2020.

⁷¹ <<https://www.ibt.istanbul/News/Detail/36786>>, Erişim Tarihi: 10.05.2020.

yararlı faaliyet yapmak isterken, dayanak mevzuat eksikliği nedeniyle hukuken yanlışla sapma” durumu vardır ve bu zor dönemde bu tip uygulamalar ve özellikle bir sonraki başlıkta belirteceğimiz, kanuna dayanmayan ve idari istikrar, hukuka güven gibi ilkeleri zedeleyen uygulamalar, insanların idareye güvenini de sarsmaktadır⁷². Hukuken çözüm olarak örneğin; sayaçlar okunup daha sonra kullanım bedeli üzerinden indirim yapılabilir yahut virüs endişesinden dolayı sayaç okunmak istenmediyse daha sonra karantina biraz esnetildiğinde sayaçlar okunup toplu fatura çıkarılıp onun üzerinden yine bir indirim kararlaştırılarak hizmetten yararlananlara kolaylık sağlanabilirdi. Dolayısıyla bir daha gördüğümüz üzere, topluma faydalı olarak düşünülen her şey hukuki olmayabilmektedir. O yüzden hem merkezi idarenin hem yerel idarelerin birbirleriyle çekişmek yerine, idari vesayet ilkesini uygulayarak; böyle dönemlerde “hayırda yarışma” misali, sosyal yardımlarda, iyilik ve kamu hizmetlerini yapmak hususunda yarışması ve azami koordinasyonu sağlamaya çalışması daha isabetli olacaktır kanaatindeyiz. Eğer toplanan bağışlar yahut yardımların yerine ulaştırılmadığı, kamu hizmeti amacıyla kullanılmadığı gibi iddialar mevcutsa bu durum apayrı bir durumu teşkil edip, Sayıştay dahil denetim ilgili tüm idari ve yargısal denetim yolları elbette açıktır.

III. Yapılan İdari Muameleler ve Alınan Tedbirler Bakımından Uygulamada Birlik Problemi

İdarenin, bireylerin hakkını etkileyen muamelelerde bulunurken dikkat etmesi gereken önemli hususlardan biri uygulamada birliği sağlamasıdır. Uygulamada birlik; idarenin, faaliyetlerini eşitlik ilkesi çerçevesinde yerine getirmesi; farklılık değil fakat imtiyaz oluşmasına engel olacak şekilde muameleler yapması ve bunları aynı hukuki statüdeki herkese, her yerde, aynı şekilde uygulamasıdır⁷³. İdarelerin hem kendi iç düzenlerinde bu uygulamada birliği sağlaması hem de hukuki muamelelerde bulunurken bunu göz önünde bulundurması; idari istikrar, hukuka güven,

⁷² Oysa, örneğin yargıda süreleri durduran ve 26.03.2020 tarihli Resmi Gazete’de yayınlanan 7226 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un 2. maddesiyle, 7269 sayılı Umumi Hayata Müessir Afetler Dolayısıyla Alınacak Tedbirlerle Yapılacak Yardımlara Dair Kanun’da değişiklik yapılmış ek madde eklenerek, afet yaşanması durumunda o yerlerdeki elektrik ve doğal gaz bedellerinin tahakkuku ile tahsilatının 1 yıl ertelenebileceği imkanı getirilmiştir.

“Ek Madde 13- (Ek:25/3/2020-7226/2 md) 1 inci maddenin birinci fıkrasında belirtilen afetler nedeniyle afet yaşanan yerlerde elektrik ve/veya doğal gaz tüketim bedellerinin tahakkuk ve/veya tahsilatlarının süresinin ve kapsamının belirlenerek 1 yıla kadar ertelenmesi ile elektrik ve/veya doğal gaz dağıtım ve/veya tedarik şirketlerinin söz konusu ertelemeden kaynaklanan anapara haricindeki tüketicilerden tahsil edilmeyen bedellere ilişkin finansman maliyetinin, gecikme zammı tutarını geçmemek üzere Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı bütçesinden karşılanmasına Cumhurbaşkanınca karar verilebilir”

Dolayısıyla kastettiğimiz, bu tip imkanların ayrı ayrı idarelerin takdir yetkisine bırakılmadan mevzuata eklenerek kolaylığın sağlanması gerekliliğidir.

⁷³ Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, (n 11), 553.

öngörülebilirlik, belirlilik⁷⁴, eşitlik gibi ilkeler bakımından ziyadesiyle önemlidir. Yani bir faaliyet yerine getirilirken idare herkese eşit şekilde, ayırım yapmadan (eşitlik, farklılıkları değil imtiyazları önler hususunu da gözden kaçırmadan), yeni koşullar ve farklı durumlar olmadığı sürece bir istikrar ve uygulama birliği içinde, haklı bir gerekçe olmadan ani karar değişikliklerine gitme gibi yaklaşımlarda bulunmadan muamele yapılmalıdır. Yani benzer olan durumlarda ve uyumsuzluklarda idarenin yapması gereken şey aynı işlemi tesis etmek, takdir yetkisini idarenin istikrar kazanmış uygulamasından farklı yönde kullanmamaktır⁷⁵. Ki böylece, ilgililer haklarında işlem tesis edildiğinde, söz konusu işlemin, gereken herkese aynı şekilde uygulandığını biliyor olduklarından, alınan tedbirler bakımından herhangi bir farklılık oluştuğu, istikrarsızlık yahut sırf bundan dolayı bir hukuka aykırılık teşkil ettiği iddiasında bulunmasınlar.

Fakat bu süreçte belirtmek gerekir ki birçok hususta uygulamada birliğin sağlanmış olduğu hususu tartışmalıdır. Zira pandeminin olağanüstü boyutundan ve tehlikenin büyüklüğünden kaynaklı olduğunu düşündüğümüz, idarenin ve personellerinin takdir yetkilerini farklı şekillerde kullandığını görmekteyiz. Örneğin, kendileri için sokağa çıkma yasağı ilan edildikten sonra özellikle 65 yaş üstü vatandaşların bazıları dışarı çıkmış ve bazı yerlerde kendilerine ceza kesilirken, bazı yerlerde ise yasağa uymayanların ellerine kolonya dökülerek⁷⁶ veya uyarılarak evlerine gönderilmeleri⁷⁷, herhangi bir cezai işlem yapmadan bırakılmaları uygulamada birliğin sağlanmadığı bir örnektir⁷⁸. Yine bazı kararların, çeşitli gerekçelerle Bilim Kurulu tarafından başka kurumların inisiyatifine bırakıldığının ifade edilmesi doğru değildir. Örneğin, Bilim Kurulu, futbol liglerinin başlanması kararının TFF’de olduğunu ve kararı onlara bıraktıklarını ifade etmiş⁷⁹; TFF ise bunu ifade ettikten bir süre sonra tekrar Bilim Kurulu’ndan görüş alacaklarını ve ona göre karar vereceklerini ifade etmiştir⁸⁰. Bu durum salgın hastalığın etkilerinin acaba futbol dünyası için geçerli değil mi gibi bir soruyu ve uygulama farklılığını gündeme getirmektedir. Kaldı ki Bilim Kurulu,

⁷⁴ “Hukuk devletin temel unsurlarından biri belirlilik ilkesidir. Anayasa Mahkemesinin yerleşik kararlarına göre anılan ilke, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır, uygulanabilir ve nesnel olmasını gerektirmektedir. Belirlilik ilkesi, hukuksal güvenlikle bağlantılı olup birey, kanundan belirli bir kesinlik içinde hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını, bunların idareye hangi müdahale yetkisini verdiğini bilmesini zorunlu kılmaktadır. (AYM, E. 2019/35, K. 2019/53, 26.06.2019, P. 15; E. 2018/70, K. 2019/54, 26.06.2019, P. 10; E. 2017/33, K. 2019/20, 10.04.2019, P. 31; E. 2018/1, K. 2018/83, 11.07.2018, P. 12)” Bkz. AYM, E. 2018/125, K. 2020/4, KT. 22.01.2020, RG. 13.05.2020, sy. 31126.

⁷⁵ Cemil Kaya, *İdarenin Takdir Yetkisi ve Yargısal Denetim*, (1. Bastı, On İki Levha 2011), 136.

⁷⁶ <<https://www.ensonhaber.com/ic-haber/polis-uyardigi-yasli-lari-kolonya-sikarak-evlerine-gonderd>>, Erişim Tarihi: 23.03.2020.

⁷⁷ <<https://www.ensonhaber.com/gundem/istanbulda-yasaga-uymayan-yasli-lar>>, Erişim Tarihi: 23.03.2020.

⁷⁸ Bunun yanında, söz konusu kişilerin virüs kapması yahut çevresine bulaştırmasından ötürü doğabilecek zararlardan, görevini yapmadığı iddiasıyla kolluk personelinin ve dolayısıyla idarenin sorumluluğu olup olmayacağı da gündeme gelecektir.

⁷⁹ <<https://www.haberler.com/saglik-bakani-fahrettin-koca-liglerin-13194893-haberi/>>, Erişim Tarihi: 10.05.2020.

⁸⁰ “Tüm istişarelerimizi yapıp Sağlık Bakanlığı ve Bilim Kurulu’nun maçların nasıl oynanacağına dair kararı çerçevesinde ligleri başlatacağız.” <<https://www.tff.org/default.aspx?pageID=687&fxtID=33260>>, Erişim Tarihi: 12.05.2020. Bilim Kurulu üyesi ise federasyona böyle bir tavsiyenin yapılmamış olduğunu ifade etmiştir. <<https://www.internethaber.com/bilim-kurulu-uyesi-prof-levent-akindan-tff-ve-avm-kararina-tepki-2100937h.htm>>, Erişim Tarihi: 10.05.2020.

salgınla mücadele hususundaki akademik ve bilimsel anlamda tespitleri yapan, önlemleri ön gören kurul olarak kararı TFF'ye veya başka bir kuruma bırakmak şeklinde bir yaklaşıma girmemelidir. Bu kabul edilirse diğer kurumlardan tutun özel iş yerlerine kadar alınan tedbirlerden etkilenen herkes, aynı yaklaşımın kendisine de gösterilmesini, Bilim Kurulu'nun gerekli uyarıları ve alınması gereken tedbirleri kendilerine iletip fakat iş yerini kapatma veya sokağa çıkıp çıkmama gibi bir davranışın ise kendi inisiyatifine bırakılmasını talep etmek isteyebilir. Oysa, virüs aynı virüştür ve aslında yapılması gereken, bir tedbir alındığı zaman bunun herhangi bir kişi, kuruluş ve alan fark etmeden aynı kararlılık ve ciddiyetle uygulanmasıdır.

Son dönemlerde normalleşme planıyla beraber örneğin kamu kurumlarında çalışan kronik, hamile vb. personellerin dönüşümlü çalışıp çalışmayacak olmalarının her bir kamu tüzel kişiliğinin kendi inisiyatifine bırakılması da uygulamada birliğin sağlanamamasına ve dolayısıyla problemlere neden olabilecek bir karar olmuştur⁸¹. Bir kurum personeline izin verirken diğer kurumun personel azlığından kaynaklı olarak izin vermeme gibi bir takdir yetkisine sahip tutulması da virüsün bazı kimseler için riskli olup aynı statüdeki başkaları için riskli değilmiş gibi bir algının oluşmasına neden olur. Her ne kadar sonradan kronik hastalıkların Sağlık Bakanlığı'nın belirlediği listeye göre belirleneceğini ifade eden Cumhurbaşkanlığı Genelgesi yayınlanmış olsa da⁸² bu da kimi kronik hastalıklara sahip olanlarla hamile ve engelli personeller için belirsizliği ortadan kaldırmamıştır, hala kurum inisiyatifinin bulunduğunu söyleyebiliriz. Yine, üniversitelerde öğrencilerin yan yana gelmesinin risk oluşturduğu gerekçesiyle hem eğitimlerin hem de sınavların online yapılması, isabetli ve alınan önlemlerle paralel bir karar olduğu gibi tam tersine lise ve üniversite giriş sınavına girecek öğrencilerin sınavlarının ertelenmemesi, online yapılmaması ve sosyal mesafe, maske vb. kurallara uyularak okullarda yapılacağına kararlaştırılması, hatta ertelenmişken idari istikrar⁸³ ve idareye, hukuka güven ilkelerini zedeleyici bir takdirle tekrar erkene alınması belki de hukuk devletinin en temel esaslarından olan belirlilik/öngörülebilirlik ilkesinin geçerli olmadığını gösteren⁸⁴ ve uygulamada

⁸¹ “Sağlık Bakanlığı tarafından tanımlanan ve takibi yapılan kronik hastalığı olan kamu personelinin durumları, kurumlarının değerlendirilecek.” <https://www.ntv.com.tr/saglik/e-nabiz-ile-saglik-bakanliginin-belirledigi-kronik-hastaliklar-listesi-yayimlandi,Xb-3--7THkWNU7G9BSn_dw>, Erişim Tarihi: 01.06.2020.

⁸² RG 29.05.2020/31139 (Mükerrer), <<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2020/05/20200529M1-1.pdf>>, Erişim Tarihi: 30.05.2020.

⁸³ “Hukuki öngörülebilirliğin sağlanmasına da katkıda bulunan idari istikrarın temin edilebilmesi için hukuk kurallarının ve idari uygulamaların sık sık değiştirilmemesi gerekir.” Bkz. Muhammed Göçgün, *İdari İşlemin Konu Unsuru*, (1. Bastı, On İki Levha 2017), 232.

⁸⁴ Turan Yıldırım, “Danıştay Kararlarında Mücbir Sebep Kavramı”, (2019) 25(2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 1520, 1537.

birlik probleminin en bariz örneklerinden biri olmuştur⁸⁵. Zira, haklı olarak akla şu sorular gelmektedir: Eğer tedbirler alınıp sınavların yapılması mümkün ise neden tüm üniversitelerin bahar dönemleri ve final sınavları online olarak yapılmaktadır? Eğer online yapılması isabetli ve doğru olan ise (ki kanaatimizde doğru olan şu önemli aşamada kesinlikle topyekun mücadele bağlamında tamamen uzaktan olacak şekilde bir yolun tercih edilmesidir) lise ve üniversite sınavına giren öğrenciler bakımından neden bu isabetli yaklaşım aynı şekilde sergilenmemektedir? Bunların diğer tedbirlerden neden ayrı tutulduğu ve yapılması hususundaki iradenin henüz tatmin edici bir gerekçesi maalesef sunulamamıştır. Yine yukarıda arz ettiğimiz üzere tüm belediyeler ve Valilikler olması gereken şekilde süratle, virüs ve ondan kaynaklı yasaklar başlar başlamaz zor durumda kalan ihtiyaç sahipleri için yardım yahut bağış fark etmeksizin kampanyalar başlatıp faaliyete geçmişken birkaç yerel idarenin yardım kampanyası düzenleyemeyeceğine yönelik yaklaşım da uygulamada birlik probleminin görünülerinden biridir.

Uygulamada birlik probleminin; idarenin faaliyetlerine görünümü üzerinde de etkisi olmuştur ve ileride de olacağını düşünüyoruz. Zira virüsün başlangıç dönemlerinde kendilerine test yapmak isteyen kişilere çeşitli özel hastanelerin

⁸⁵ Üniversite ve lise giriş sınavlarının yapılacağı, diğer bazı sınavların riskten dolayı sonbahar aylarına ertelenmiş olmasından ötürü (ÖSYM'nin sınav ertelemelerine dair yaptığı açıklama ve açıkladığı yeni tarihlerin duyurusu için bkz <<https://www.osym.gov.tr/TR,19304/2020-osym-sinav-takviminde-guncelleme-19032020.html>>, Erişim Tarihi: 25.03.2020) uygulamada birlik problemi oluşturmasının yanında esas problem aslında sınavın önce haziran ayından temmuz ayına ertelenip (<<https://www.osym.gov.tr/TR,19318/2020-osym-sinav-takviminde-guncelleme-27032020.html>>, Erişim Tarihi: 04.05.2020) sonra tekrar öne çekilmesi olmuştur (<<https://www.osym.gov.tr/TR,19334/2020-elektronik-yabancidil-sinavi-e-yds-tarihlerinin-guncellenmesi-14052020.html>>, Erişim tarihi: 15.05.2020). Bu tip bir karar; idari istikrar ve idareye güven ilkesine açıkça aykırı bir karar olmuştur. Anayasa Mahkemesi bir kararında hukuka ve idareye güven ile istikrar ilkesinin önemini şu şekilde vurgulamaktadır: “*Hukuki güvenlik ile belirlilik ilkeleri, hukuk devletinin önkoşullarındandır. Kişilerin hukuki güvenliğini sağlamayı amaçlayan hukuki güvenlik ilkesi, hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar. Belirlilik ilkesi ise yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olmasını, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesini ifade etmektedir*” (AYM, E.2013/64, K.2013/142, K.T. 28/11/2013, bkz RG 27.03.2014/28954)”. Kararda da ifade edildiği üzere söz konusu ilkelere gereği, ilgilileri zor durumda bırakacak şekilde bir belirsizlik, hukuka ve idareye güveni zedeleyici sonuçlara yol açar. Öğrencilerin tamamen idarenin kararına güvenerek ona göre yeniden bir çalışma planı yapması gayet olağandır ve olması gerektirir. Fakat sonradan sınavın öne alınması; çalışma takvimi etkilenen ve o dönemdeki psikolojile yüksek ihtimalle ruh sağlığı olumsuz etkilenmiş bulunan öğrencilerin manevi zararına ve dolayısıyla da idarenin sorumluluğuna bile yol açabilecek bir istikrarsızlık örneği olmuştur diyebiliriz.

Buna benzer bir başka örnek sokağa çıkma yasağı hususunda meydana gelmiştir. 3 Haziran 2020 tarihinde yapılan basın toplantısında, önce Sağlık Bakanı tarafından “bu hafta sonu yasak düşünülmemekte” açıklaması yapılmış (<<https://www.haberler.com/son-dakika-saglik-bakani-fahrettin-koca-bilim-13288191-haberi/>>, Erişim Tarihi: 03.06.2020), bir gün sonra gece saatlerinde İçişleri Bakanlığı tarafından sokağa çıkma yasağı ilan edilmiş (<<https://www.haberler.com/15-ilde-hafta-sonu-sokaga-cikma-yasaqi-ilan-edildi-13292249-haberi/>>, Erişim tarihi: 05.06.2020), fakat sonraki günün öğlen vakitlerinde ise Cumhurbaşkanı kararıyla bu yasak iptal edilmiştir. (<<https://www.haberler.com/son-dakika-dun-gece-hafta-sonu-icin-15-ilde-ilan-13293245-haberi/>>, Erişim Tarihi: 05.06.2020). O arada, birçok insan hafta sonu uçak bileti almışken, sokağa çıkma yasağı kararı nedeniyle yeniden plan yapmak zorunda kalmış, biletini iptal etmiş ve diğer illere geçerek karayoluyla gitmeyi tercih etmişken ve henüz yolda iken yasak kararının ilan edildiği gecenin sabahında kararın iptal edildiğinin açıklanmasıyla mağduriyet yaşamıştır. Dolayısıyla bu tip kararlar da söz konusu ilkelere açıkça ters uygulamalar olmuştur. İlkelerin bu şekilde göz ardı edilmesinin sosyal bakımdan bir etkisi ise, uygulamalar bu şekilde olursa bir süre sonra ilkelerin artık muhatap kişiler tarafından da önemli görülmesine yol açacaktır. Bu da doğal olarak artık hukuka saygının kalmadığı ve hukuka güvenin de olmadığı bir ortamın oluşması tehlikesine yol açabilir. Bu tehlikeye meydan vermemek adına idarelerin planlı, ön görülme ve söz ettiğimiz ilkelere azami riayet göstererek muamelelerde bulunması daha isabetli olacaktır kanaatindeyiz.

farklı farklı ücretler çıkarması ve hatta ücret almasının kendisi sorun olmuş⁸⁶ ve Bakanlık açıklama yapmak durumunda kalmış; hatta Sağlık Uygulama Tebliği'nde değişiklik yapılarak pandemi sürecindeki testler acil hal tanımına dahil edilip ücret istenemeyeceği belirtilmiştir⁸⁷. Testten ücret alması yasaklandıktan sonra bile bazı hastaneler testten ücret almamış fakat sağlık kıyafeti ücreti adı altında ücret almaya devam etmişlerdir⁸⁸. Kanaatimizce aslında bunlar da gösteriyor ki sağlık gibi temel bir kamu hizmetinin özel sektöre gördürülemeyecek kadar önemli bir hizmet olduğu ortaya çıkmaktadır. Özel hastaneler de sağlık kamu hizmetini gören kuruluşlar olsa da uygulamada tamamen ticari faaliyet ve adeta yoğun kolluk denetiminin olduğu bir özel faaliyete büründüğü aşıkardığından tamamen idare kontrolünde olması ve buna göre yeniden bir organizasyon ve düzenleme yapılması gerekir kanaatindeyiz. Nitekim, Sağlık Bakanlığı'nın da 20.03.2020'de yayınladığı genelge⁸⁹ ile sağlık kurumlarına müracaat eden hastaların, COVID-19 tanısı kesinleşinceye kadar Sağlık Bakanlığı hastaneleri, Devlet ve Vakıf Üniversitesi hastaneleri ile tüm özel sağlık kuruluşlarınca kabul ve tedavi süreçlerinin yapılmasının zorunlu olduğu bildirilmiş; bünyesinde Enfeksiyon Hastalıkları ve Klinik Mikrobiyoloji, Göğüs hastalıkları, İç Hastalıkları uzmanı hekimlerden en az ikisinin bulunduğu ve 3. seviye erişkin yoğun bakım yatağı bulunan hastanelerin Pandemi Hastanesi⁹⁰ olarak kabul edileceği kararlaştırılmıştır. Bu da aslında fikrimizi destekleyen bir yaklaşım olmuştur. Ayrıca uygulamada birliği sağlamaya ve hukuka aykırılıklar ile olası mağduriyetleri engellemek için tesis edilmiş bir karardır.

Uygulamada birlik problemi; aynı statüde olan kişilere aynı mevzuatın idari işlemlerin uygulanması gerektiği anlamına gelmesinin yanında, söz konusu uygulamalar yapılırken tesis edilen işlemlerin de elbette aynı dayanağa ve usule göre tesis edilmesi gerekir ki hukuka aykırılık iddiası ileri sürülmesin. Örneğin, bu salgın sürecinde, İstanbul Beyoğlu'nda yer alan İstiklal Caddesi'ne çıkış yasaklanmamış olmasına rağmen caddeye çıkanların maskeyle gezmeleri ve kendi aralarında 3 metre mesafe olmasının gerekliliğine dair Kaymakamlık kararının⁹¹ duyurulmadan uygulanmaya başlanması, 3 metre mesafeye uyulmadı diye kişilere belli miktarlarda para cezaları kesilmesi, para cezası uygulananların ise maske satışı olmadığından

⁸⁶ <<https://www.hurriyet.com.tr/gundem/tum-uyarilara-ragmen-ozellerde-parali-test-41479024>>, Erişim Tarihi: 01.04.2020.

⁸⁷ <<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2020/04/20200409-7.htm>>, Erişim Tarihi: 10.04.2020, RG. 09.04.2020/31094, sf. 28. "Acil hal; ani gelişen hastalık, kaza, yaralanma ve benzeri durumlarda olayın meydana gelmesini takip eden ilk 24 saat içinde tıbbi müdahale gerektiren durumlar ile ivedilikle tıbbi müdahale yapılmadığı veya başka bir sağlık kuruluşuna nakli halinde hayatın ve/veya sağlık bütünlüğünün kaybedilme riskinin doğacağı kabul edilen durumlar ile pandemi süresince pandemi olgularına yönelik tanı ve tedavileri kapsamaktadır. Bu nedenle sağlanan sağlık hizmetleri acil sağlık hizmeti olarak kabul edilir". Tebliğin tam metni için bkz <<https://mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=17229&MevzuatTur=9&MevzuatTertip=5>>, Erişim Tarihi: 15.04.2020.

⁸⁸ <<https://www.haberler.com/ozel-hastanelerin-koronavirus-testi-oyunu-test-13152862-haberi/>>, Erişim Tarihi: 25.04.2020.

⁸⁹ <<https://dosyamerkez.saglik.gov.tr/Eklenti/36907,pandemi-hastaneleripdf.pdf?0>>, Erişim Tarihi: 10.05.2020.

⁹⁰ Aynı genelgede Pandemi Hastanesi; COVID-19 tanısı almış (test pozitif) vakaların tedavi sürecinin yapılmış olduğu hastane olarak tanımlanmıştır.

⁹¹ <<http://www.beyoglu.gov.tr/taksim-meydani-ve-istiklal-caddesinde-maske-takilmesi-ve-kisiler-arasinda-uc-metre-sosyal-mesafenin-korunmasına-yonelik-ilce-hifzissiha-kurul-karari>>, Erişim Tarihi: 08.05.2020.

maske alamadıklarını ve kendisine maskenin de belirtildiği gibi PTT aracılığıyla gelmediğini⁹², kaldı ki sokakta maskesiz yürümenin hukuka aykırı olmadığını, kesilen para cezasının da yüksek olduğunu ifade etmesi⁹³ karşısında belirtmek gerekir ki ilan edilmeyen düzenleyici işlemler yürürlüğe girmeyeceğinden ötürü kesilen cezaların hukuka aykırı olduğunu ifade etmek gerekir. Kaldı ki maske satışının yasaklandığı dönemde kendisine eczaneye gidip devletin sağlamış olduğu ücretsiz maskeyi alabilmesi için gerekli olan kod da gelmemiş kişilere; üstelik duyurulmamış bir karara dayanarak, arkasından yaklaşan kişilerden kaynaklı 3 metrelik sosyal mesafe kuralını ihlal etti diye asgari ücretin yarısı oranında bir para cezası kesilmesi kanaatimizce hukuka uygun değildir, ilan edilmiş olup yürürlüğe girmesi durumu gerçekleşseydi bile kesilen cezanın ölçülülük ilkesine çok uygun olduğunu düşünmediğimizi ifade etmek gerekir⁹⁴. Zira, yapılan işlemdeki para cezası miktarı söz konusu hukuka aykırılığı ortadan kaldırmak bakımından elverişli ve orantılı bir miktar değildir. Kanaatimizce bir yasağa ilgililerin uymasını sağlamak için caydırıcılık unsurunu sağlamak adına çok yüksek miktarda para cezalarının ön görülmesi yasaklara uyulmaması noktasında herhangi bir azalma meydana getirmez, aksine zaten asgari ücretin yarısı ve hatta bazı ihlaller açısından onun 1,5 katı oranındaki bir cezayla muhatap olan kişi, bu derecede bir cezayı ödemesi üzerine sonraki zamanda tedbirleri daha az riayet edebilir. Oysa cezanın amacı, hem kişinin ihlalinin cezasız kalmaması için uyarı mahiyetinde makul⁹⁵ bir para cezasını kararlaştırmak hem de bu vesileyle kişiye ilgili düzenlemeleri ve uygulamayı hatırlatmaktır. İdarenin mümkün olan en hafif şiddetteki⁹⁶ önleme başvurusu makul olan yaklaşımdır.

Yine idarenin yukarıda ifade ettiğimiz üzere kanunilik ilkesinden ötürü koyduğu kurallara önce kendisinin uyması da bir zorunluluk arz etmektedir. Aksi takdirde kural koyanın tedbire uymadığı durumda, muhatap kişilerin buna uymasını beklemesi doğru olmaz. Nitekim, yukarıda söz ettiğimiz örnekte, maske takmıyor diye uyarılan bir öğretmeni uyarın polislin kendisinin de maske takmıyor olması⁹⁷,

⁹² <<https://www.haberler.com/son-dakika-cumhurbaskani-erdogan-kabine-13094374-haberi/>>, Erişim Tarihi: 06.04.2020.

⁹³ Bkz. <<http://www.haber7.com/guncel/haber/2972794-disarida-maske-takmak-zorunlu-mu-maske-takmamanin-cezasi/?detay=2>>, Erişim Tarihi: 08.05.2020; <<https://www.sabah.com.tr/video/yasam/maskesiz-dolasma-cezasi-ne-kadar-maske-takmama-cezasi-kac-tl>>, Erişim Tarihi: 08.05.2020.

⁹⁴ Bunların yanında özellikle Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'na dayanılarak kesilen para cezaları bakımından, makalemizde verdiğimiz örneklerde, uygulamada para cezalarını polislerin kestiğini görmekteyiz. Oysa, Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nun 294. maddesinin 2. fıkrasında "*Bu Kanunda yazılı olan idari para cezaları mahallî mülki amir tarafından verilir.*" hükmü bulunmaktadır. Dolayısıyla; aslında para cezası işlemlerinin yetki bakımından hukuka aykırı olduğunun belirtmek gerekir. Polisin yapması gereken, denetim esnasında yasaklara aykırı davranan kişilere ilişkin tutanak tutması ve bunu delillendirmesi ve mülki amirliğe teslim etmesidir. Aksi takdirde bu şekilde doğrudan denetim ve tespitle görevli olan kolluk personelinin kendini yetkili makam yerine koyarak kestiği cezalar hukuka aykırı olacaktır.

⁹⁵ Ölçülülük ilkesinin varlığından söz edebilmek için amaç ile araç arasında makul bir dengenin sağlanmış olması zaruridir. Bkz. Nur Kaman, "Türk Hukukunda Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hakkı", (2014) 17(1) İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, 89, 99.

⁹⁶ Yücel Oğurlu, "AIHM Kararları ve Türk İdare Hukukunda Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanmasında Bir Yargısal Denetim Ölçütü Olarak 'Ölçülülük İlkesi'", (2001), Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi (Turhan Tufan Yüce Armağanı), 485, 486.

⁹⁷ <<https://www.haberler.com/maske-takmayan-ogretmen-ve-polis-birbirinden-13251717-haberi/>>, Erişim Tarihi: 23.05.2020.

kuralın uygulanma gücünü de zayıflatır. Her halükarda, polislin maskeyi takmaması, kişilerin maske takmamasına hukuki bir gerekçe olmaz, elbette maske takılması zorunluluğu öngörülmüş ise herkes buna uymakla yükümlüdür; fakat idare de buna uymakla zorunludur, aksi durum uygulamada birliğin idarenin bizzat kendi personeli tarafından sağlanmamış olduğunu ortaya koymakta ve örnekte görüldüğü üzere problem çıkmaktadır⁹⁸.

Sayılan nedenlerden ve örneklerden dolayı; uygulamada birlik sağlandığı sürece kanaatimizce kişilerin de tedbirlere ve idarenin muamelelerine olan hem güveni, hem uyma oranı hem de saygısı artacaktır. Fakat idare; salgına yönelik tedbirler ve yaptırımlar bakımından kurumdan kuruma, kişiden kişiye, bölgeden bölgeye, sınavdan sınava değişen şekilde farklı tipte tedbirler ön görüyorsa uygulamada birlik problemi baş gösterir ve bu da yapılan muameleler bakımından hem eşitlik ilkesine hem de hukuka aykırılık neticesi doğurabilir. Bunlara yol açılmaması adına idarenin uygulamada birliği sağlamaya azami dikkat göstermesi faydalı olacaktır.

IV. İdarenin Sorumluluğu Meselesi

A. Genel Olarak

Salgın süresince idarenin aldığı tedbirlerden kaynaklı söz etmemiz gereken bir diğer konu da idarenin sorumluluğu meselesidir. Bu başlık altında gündeme gelebilecek birkaç sorumluluk problemi bulunmaktadır. Bunlar da tedbirler kapsamında alınan kararlar gereği kapatılan yahut faaliyetleri belli süreyle (gün ve saatle) sınırlandırılan işletmelerin uğradığı zararlar; sokağa çıkma yasağı kapsamında olan belli yaş

⁹⁸ Buna benzer bir problem, yakın tarihte yine İstanbul'da, bir meydanda maske takmayan kişiye karşı polislin ceza kesmesi olayında da yaşanmıştır. Bkz. <<https://www.ensonhaber.com/ic-haber/esenyurta-polisle-maske-ve-sosyal-mesafetartismasi>>, Erişim Tarihi: 02.07.2020. Olayda, sigara içtiği için maskesini çıkartan kişiye polis para cezası uygulamak istemiş, kişi buna itiraz etmiş, ceza yazılırken yan tarafta oturan bir diğer kişinin polise “*Koca meydana şu an kimse takmıyor, niye sadece bu kişiye ceza kesiyorsunuz*” demesi üzerine polis “*Beyefendi, siz de sosyal mesafe kuralına uymadan oturuyorsunuz, siz de kimliğinizi verin*” diyerek kendisini uyarar ve “uygulamada birliği sağlaması gerektiği” hususunu kendisine hatırlatan kişiye de para cezası kesmiş fakat sosyal mesafeyi ihlal ettiği ileri sürdüğü kişinin yanındaki diğer iki kişiye ise ceza kesmemiştir. Ayrıca ceza yazan polislerden biri de maskeyi burnunu kapatmadan sadece ağzını kapatacak şekilde takarak kurallara aykırı davranmış; dolayısıyla kendileri de hem yan yana bulunarak ceza kesmek suretiyle sosyal mesafeyi ihlal etmiş hem de maskeyi yanlış takarak solunum yoluyla virüsü bulaştırma riskine neden olmuşlardır. Bu örnekten de görüleceği üzere kuralı koyan mercilerin ve kamu gücünü kullananların evleviyetle bu kurallara uyması ve uygulamada birliği sağlamaları gerektiği hususları ziyadesiyle önemlidir, aksi takdirde idari faaliyetlerin ilgili *n, ne şekilde kullanılacağını* zamani düzeyde uymalıdırlar kıyata ve karakter yapısına sahip kişilerin kamu gücü kullanımlere eşit olarak uygulanması gerektiği prensibi ihlal edilmiş olmaktadır. Polislin, kendisini uyarar kişiye ceza yazması ve yanındakilere yazmaması, uyarılmaktan kaynaklı bir refleks olmuştur. Oysa idari faaliyetleri yürütenler (özellikle de kamu gücünü kullanan ve idari yaptırımları uygulayan kolluk personeli), bu görevlerini o anki hissiyatlarına, sinir duyularına yenik düşerek değil adaletli ve eşit şekilde uygulamak zorundadır ve en başta da kendileri bu kurallara azami düzeyde uymalıdır ki yukarıda ifade ettiğimiz üzere hukuk güvenliği, idareye güven, belirlilik vs. ilkelerin uygulanabilirliği de artsın. Dolayısıyla bu örnekten de anlaşılacağı üzere, ilgililerin kendilerine bir söz söylemesi, uyarı yapması veya başka bir nedenden dolayı görevlerinin gereğini yerine getirmeden adeta “sahsi bir hesaplaşma”ya olayı dönüştürüp sadece bu kişilere ceza kesmeye neden olan hissiyata ve karakter yapısına sahip kişilerin kamu gücü kullanımları ve her türlü problemleri insanla karşılaşma riski yüksek olan bir görevde bulunmamaları en isabetli yol olacaktır. Zira yasağa bilerek uymayan, sorumlu bir yapıya sahip, kuralları umursamadığı gibi yaptırım uygulandığında haklıymış gibi davranan, “ceza bana işlemez” mantığıyla hareket eden birçok kişi çıkabildiği için kolluk personelinin bu tavırlara karşı sabrını muhafaza etmesi ve hukuk kurallarını eşit olarak uygulama görevini yerine getirmesi gerekir. Aksi takdirde yukarıdaki olaydaki gibi bir durum ortaya çıkmakta ve eşit olmayan uygulamalar yapılmaktadır ki bu da hukuken ve sosyal olarak problemlidir.

üstündeki ve altındaki vatandaşların uğrayabileceği zararlar ve salgının hem kişiler hem de idare için mücbir sebep sayılıp sayılmayacağı ve bunun neticesine göre sorumluluğun olup olmayacağı gibi meselelerdir. Belirtmemiz gerekir ki bu başlık altında söz edeceğimiz meselelerin, yukarıda izah ettiğimiz idarenin, kanunilik ilkesine riayet edip etmediği, uygulamada birliğin sağlanıp sağlanmadığı gibi hususlarla doğrudan ilgisi bulunmaktadır, zira idarenin kanuna aykırı davranışı veya aynı tedbiri gerektiren bir durumda bir yer için o tedbiri alıp diğer yer için almaması sorumluluğuna neden olabilecek uygulamalar olacaktır.

Şimdiye kadar alınan –alınmaya da devam edilecek gibi görünen ve vaka artışının yükseliyor olması neticesinde alınması da gereken- kararlar gereği iş yerleri, alışveriş merkezleri, restoranlar, kuaförler vs. gibi birçok işletme kapatılmış yahut faaliyetleri sınırlandırılmıştır. Daha sonraki süreçte ise aşama aşama açılmalarına karar verilmiş fakat bazıları diğerlerinden önce açılmış, bazı iş yerlerinin örneğin gece saat 12'ye kadar açık olmasına karar verilmişken bazılarının ise saat akşam 9'da kapatılması yönünde kararlar alınmıştır⁹⁹. Dolayısıyla kapatılan iş yerlerinin uğramış oldukları zararları talep edip edemeyeceği, hukuka aykırı işlemde kaynaklı zarar talebinde bulunup bulunamayacağı, kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesinin uygulama alanı bulup bulamayacağı irdelenmelidir.

İdarenin sorumluluğu kapsamında gündeme gelebilecek ikinci mesele; sokağa çıkma kısıtlaması işlemine dayanarak 65 yaş üstü ve 20 yaş altı (daha sonra 18 yaş altı) vatandaşlarımızın (ve aslında bundan yola çıkarak genel olarak sokağa çıkma yasağından kaynaklı diğer tüm ilgililerin) uğrayabilme ihtimali bulunan zarar iddiası olabilir. Zira alınan kararın hem hukukiliği, hem kusur hem de takdir yetkisinin hukuka uygun olarak kullanılıp kullanılmadığı yönünden değerlendirilmesi ve buna göre bir karar verilmesi gerektiğini düşünmekteyiz.

Son olarak da salgın hastalığın mücbir sebep değerlendirilmesinin yapılması gerekmektedir. İdare, gelişmeler karşısında özellikle maliki olduğu taşınmazlarda kiracı olanlara yönelik bu salgın hastalığı bir mücbir sebep saymış ve kira ödemelerini 3 ay süreyle ertelemiştir; fakat bu mücbir sebebin aynı zamanda idare için de herhangi bir faaliyetini veya yükümlülüğünü yerine getirememesi karşısında sorumluluğunu kaldıran bir sebep sayılıp sayılmayacağı da tartışma konusu olacaktır.

⁹⁹ İçişleri Bakanlığı genelgelerinde fırınlar gibi zaruri ihtiyaç olarak görülen ekmek üretiminin devam etmesi için gerekli görülen yerlerin sokağa çıkma yasağının olduğu günlerde dahi faaliyette bulunmalarına izin verilmişken; marketlerin yine yasak kapsamında belli saat aralıklarında açık olması, restoranların paket-servis şeklinde hizmet görebilmesi kararlaştırılmış fakat örneğin kuaförlerin ise yasağın olduğu günlerde hiç açılmamasına ve yasağın olmadığı günlerde ise sabah 9-akşam 9 saatleri arasında faaliyette bulunabileceklerine karar verilmiştir. Dolayısıyla bu tip farklılıklar, virüsün bulaşma risk seviyesinin işletmeden işletmeye değişip değişmediği sorusunu ve eğer değişmiyorsa (ki maske, mesafe ve temizlik kurallarının her yer için geçerli olduğunu belirtmemiz gerekir) o halde faaliyetleri bu şekilde diğer işletmelere göre sınırlandırılan iş yerlerinin zararlarının tazmin edilemeyeceği gündeme gelecektir.

B. İş Yerlerinin Kapatılmasından Doğan Sorumluluk

İçişleri Bakanlığı genelgeleriyle kapatılan birçok iş yeri olmuş ve bunlardan kısmi izin verilenler bu süreçte daha az ciro yapmış, faaliyetleri tamamen durdurulan esnaflar ise daha fazla ciro kaybına uğramış bulunmaktadır. Acaba bu gelir kayıplarından dolayı salgından sonra hayat normale yahut “yeni normal”e¹⁰⁰ döndüğünde ve tekrar faaliyetlere başlandığında idareye tazmin talebiyle başvurduklarında ne yapılması gerekir, bunun üzerinde durmak gerekmektedir.

Öncelikle idarenin iki tür sorumluluğu bulunduğunu; bunların da hizmet kusuru ve kusursuz sorumluluk olduğunu bilmekteyiz. Bir olayda idarenin sorumluluğu belirlenirken öncelikle o olayda idarenin kusurunun olup olmadığı irdelenir; eğer kusuru yoksa o zaman kusursuz sorumluluk ilkelerine göre bir değerlendirme yapılır. Hizmet kusuru irdelenirken de hizmetin iyi veya kötü mü işlediği; zamanında mı yoksa geç mi işlediği yahut hiç mi işlemediğine bakılır. Koronavirüs sürecinde ilk virüsün Çin’in Wuhan kentinde meydana çıktığı ve bundan dolayı ülke gündemine girdiği zamanın Aralık 2019-Ocak 2020 aylarında olduğunu ve ülkemizde ise Mart 2020’de görüldüğü ve tedbirlerin de bu aydan itibaren alınmaya başlandığı göz önünde bulundurduğumuzda akla idarenin tedbirleri almakta geç kaldığından ötürü hizmet kusuru ile sorumlu tutulabilir mi sorusu gelebilir. Zira, virüsün ilk haber alındığı andan ülkemizde de vaka görüldüğü ana kadar gerekli tedbirlerin katı bir şekilde alınmadığı ve dolayısıyla da virüsün ülkemize de geldiği, bu yayılma sonucunda da iş yerlerinin kapatılmak zorunda kaldığı ve zarara uğradığını iddia edenler hizmet kusuru iddiasında bulunabilirler. Fakat kanaatimizce bu süreçte idarenin “virüse karşı tedbir alınmaya başlanması” noktasında bir hizmet kusuru bulunmamaktadır. Zira virüsle ilgili ilk bilgi alındıktan sonra tedbirler alınmaya başlanmış ve dünyadaki tüm ülkelerde bu tedbirlere rağmen yine de virüs vakası görülmüştür. Dolayısıyla hizmet kusuru iddiasında bulunmak çok isabetli olmayabilir. Tabii “virüse karşı tedbir alınmaya başlanması” hususunda genel anlamda ileri sürülmesinin isabetli olmadığını düşündüğümüz hizmet kusuru, elbette tedbirler alınırken yapılan ayrı ayrı işlemler ve uygulamalarda mevcutsa o zaman idarenin hizmet kusurundan kaynaklı sorumluluğu söz konusu olabilecektir, onların her biri o somut olayın niteliğine göre ayrı ayrı ileri sürülebilir.

Sorumluluk meselesinde esas tartışılması gereken hususlar ise virüse karşı alınan tedbirlerin özellikle kanunilik ilkesi çerçevesinde hukuka uygunluğu ve uygulamada birliğin sağlanıp sağlanmadığına dayanarak kusursuz sorumluluk ilkelerinden biri olan kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesinin uygulama alanı bulup bulamayacağıdır. İlk başlığımızda idarenin aldığı tedbirlerin olağanüstü hal tedbirleri olduğunu ve dayanağı yasal mevzuatın yanlış olduğunu ve bunun da alınan kararları hukuka aykırı

¹⁰⁰ Yeni normal, Sağlık Bakanı tarafından “Kontrollü Sosyal Hayat” şeklinde ifade edilmiştir. <<https://www.haberler.com/son-dakika-saglik-bakani-koca-yeni-donemin-adi-13194805-haberi/>>, Erişim Tarihi: 06.05.2020.

hale getirdiğini belirtmiş idik. Bu nedenle idari işlemin hukuka aykırı olmasından kaynaklanan zarar talebiyle bir sorumluluk söz konusu olabilecektir. İkinci olarak uygulamada birliğin sağlanmaya çalışılırken takdir yetkisinin kullanımının hangi kriterlere göre olduğunun belirli olmadığı ileri sürülebilir. Zira bulaşıcılığa sahip virüsün marketlerde veya fırınlarda yahut eve paket servis yapan restoranlardan bulaşmayıp örneğin kuaförlerden bulaşacağını düşünerek berberlerin ve kuaförlerin diğer işletmelere göre daha geç açılmalarına karar vermek takdir yetkisinin hukuka uygun olmayan kullanımını netice vermiş olabilir. Kaldı ki bu süreçte paket servis yapan yerler eve doğrudan sipariş götürebiliyorken, sosyal mesafe kuralına uymak suretiyle kuaförlerin evlere gidip tıraş yapmalarına izin verilmemiş, hatta basına yansıyan bir haberde bir iş yerinin deposuna çağrılan kuaför, gittiği yerde tıraş yaparken iş yeri polis tarafından basılmış ve para cezası kesilmiştir¹⁰¹. Dolayısıyla bu hususta uygulamada birliğin sağlanmadığı ve eşitlik ilkesinin ihlal edildiği, takdir yetkisinin kamu yararı ve hizmet gereklerine uygun olarak kullanılmadığı iddiasıyla tazminat talebinde bulunulabilir. Tüm bunlar yanında, idarenin hiçbir kusuru olmasa dahi oluşan külfetin her bir işyerine ve dolayısıyla da herkese eşit olarak dağılmadığını, külfetin daha çok kendilerine kaldığını iddia ederek kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi gereği idarenin kusursuz sorumluluğu bulunduğu ve dolayısıyla da zararlarının tazmin edilmesi gerektiği de ileri sürülebilecektir. Bazı iş yerlerinin faaliyetlerine hiç yasak getirilmediği, bazılarının diğerlerinden önce açılmasına karar verildiği, açılmasına karar verilenlerin de faaliyet saatlerine ilişkin farklı kararlar alındığı bir uygulamada kanaatimizce virüsün bulaşıcılık riski aynı iken bu tip değişik kararların alınması ve hangi kriter ve gerekçeyle farklılaştırmanın yapıldığının belli olmadığı bir ahvalde birlik sağlanamadığı gibi külfetin de eşit olarak dağıldığını söylemek isabetli olmayacaktır. Tüm bunlar ileride hukuki problemler olarak karşımıza çıkacaktır ve her bir olaydaki talepte bulunan iş yeri sahibinin; iş yerinin niteliği, o süreçte diğer izin verilen iş yerleri gibi kendisine de izin verilebilmesini sağlayacak gerekli tedbirleri alabileceğine dair delilleri ve aylık cirosu vs. dikkate alınarak bir sorumluluk değerlendirmesi yapılmak suretiyle zarar tazminine karar verilmesi söz konusu olabilecektir kanaatindeyiz.

C. 65 Yaş Üstü ve 20 Yaş Altının (Daha Sonra 18 Yaş Altının) Sokağa Çıkmasının Yasaklanması Kararından Doğan Sorumluluk

Salgın başladıktan sonra idarenin özellikle insanları korumak için aldığı en dikkat çekici ve tartışılan kararlarından biri 65 yaş üstü ve belli yaş altındaki vatandaşlarımız için genel sokağa çıkma kısıtlamasından çok önce alınan sokağa çıkma yasağı getirilmesi olmuştur. Bu kararlara göre; salgının belirli bir yaş üstündekileri daha

¹⁰¹ <<https://www.ensonhaber.com/ic-haber/kacak-tiraslara-baskin-devam-ediyor>>, Erişim Tarihi: 08.04.2020.

çok etkilediği gerekçesiyle¹⁰² 65 yaş üstü vatandaşlara dışarı çıkmamaları “tavsiye” edilmiş¹⁰³; bu tavsiyeye uyulmadığı görülünce genelge ile sokağa çıkmaları yasaklanmıştır. Daha sonra 20 yaş altının ve ilerleyen süreçte salgından kaynaklı vaka sayısında düşüşün gerçekleşmesi neticesinde 18 yaş altının sokağa çıkması yasaklanmış¹⁰⁴; son zamanlarda ise belirli saat aralıklarında dışarı çıkmalarına izin verilme kararı alınmıştır. Bu kararların ve özellikle takdir yetkisinin kullanımının hukuka uygun olup olmadığı tartışma konusu olmuştur.

Hemen belirtmemiz gerekir ki salgının ilk dönemlerinde, virüs vakası görülmeye başlandıktan sonra idarenin insanlara dışarı çıkmamaları veya çıkacaklarsa dahi maske takarak çıkmaları yönünde almış olduğu “tavsiye” kararları zaten bağlayıcı, icrai kararlar olmayıp tamamen toplumu doğru olan davranışa “yönlendirme” ve bir eylemde bulunmaya “teşvik etme” yaklaşımından doğan açıklamalar idi. İcrai olmayan bu tavsiye ve yönlendirici kararlar da hukuk düzeninde bir değişikliğe yol açmadığından o süreçteki yaşananlar tartışma konumuzun dışında kalmaktadır. Eğer tabii ki kararlar “tavsiye” niteliğinde olmasına rağmen o dönemde tavsiyeye uymadı diye kendisine herhangi bir yaptırım uygulanan kişiler var ise bunlar da hukuka aykırılık iddiasında bulunabilirler. İcrai kararlar alındıktan sonraki süreçte ise artık genelge ile alınan ve ülke geneline yönelik sokağa çıkma yasakları; söz konusu tartışmaları doğurmuştur. Çalışmamızın ilk başlığında, ülke genelinde sokağa çıkma yasağı kararı alınmasının doğru yasal zeminde ve doğru mevzuata dayanarak alınmadığını ve dolayısıyla işlemin kamu yararı demek olan amaç unsuru gerçekleşmiş olsa da hem yetki hem de sebep unsurları açısından hukuka aykırı olduğunu ifade etmiştik¹⁰⁵. Bunun dışında idare, her ne kadar takdir yetkisinin kullanım gerekçesi olarak, virüsün belirli yaş aralıklarındaki insanları daha çok etkilediği için onları

¹⁰² “Ancak 65 ve üzeri yaşlardaki vatandaşlarımız ile yukarıda anılan kronik rahatsızlıkları olan vatandaşlarımız büyük risk altında olmasına rağmen toplumsal hareketliliğin içine girmekte; halka açık alanlarda, parklarda bir araya gelmekte, zorunlu olmamalarına rağmen toplu taşıma araçlarında seyahat ederek hem kendileri hem de toplum sağlığı açısından risk oluşturmaya devam ediyor. Bu durumun devam etmesi 65 yaş ve üstü vatandaşlarımız ile kronik rahatsızlıkları olan vatandaşlarımız kendi hayatlarını ve toplum sağlığı açısından ciddi risk oluşturarak salgının yayılmasını; vaka sayısı ve tedavi gereksinimi artırarak, vatandaşlarımızın hayatlarını kaybetmesi riski ile toplum sağlığı ve kamu düzeninin ciddi şekilde bozulmasına sebep olacaktır.” <<https://www.icisleri.gov.tr/65-yas-ve-ustu-ile-kronik-rahatsızligi-olanlara-sokaga-cikma-yasagi-genelgesi>>, Erişim Tarihi: 01.04.2020.

¹⁰³ <<https://www.hurriyet.com.tr/gundem/koronavirus-uyarilari-65-yas-ustu-zorunlu-degilsse-disari-cikmasin-41466819>>, Erişim Tarihi: 12.03.2020.

¹⁰⁴ <<https://www.icisleri.gov.tr/81-il-valiligine-18-yas-alti-ile-65-yas-ve-uzeri-kisilerin-sokaga-cikma-kisitlamasi-genelgesi>>, Erişim Tarihi: 02.06.2020.

¹⁰⁵ Burada hemen şunu da belirtmek gerekir ki sokağa çıkma yasağının hangi alanları kapsadığı da bizce tartışma konusu olabilecektir. Örneğin, site bahçesinde oynayan kişilere sokağa çıkma yasağını ihlal ettikleri gerekçesiyle para cezası kesilmiştir, bkz <<https://www.haberler.com/yasakta-site-bahcesinde-voleybol-oyunayan-9-kisiye-13274824-haberi/>>, Erişim Tarihi: 30.05.2020) fakat kanaatimizce burada ceza kesilmesi için geçerli olabilecek gerekçe, site bahçesinin sokaktan sayılması değil ancak aynı aileden olmayan komşu evlerdeki kişilerle kalabalık gruplar halinde oyun oynanması ve dolayısıyla temasa geçilip sosyal mesafenin ihlal edilmesi olabilir. Bu kişiler eğer aynı eve gidecek olan kişilerse site bahçesinin sokaktan sayılmaması daha makul görünmektedir. Ki İçişleri Bakanlığı da nikah merasimlerine ilişkin yayınladığı genelgede “Mesafe ve oturma düzeni kuralları, aynı evde oturan çekirdek aileden olan misafir grubu için uygulanmayacak. (...) Aynı evde oturan çekirdek aileden olan misafirler için ortak kullanım alanlarında (oturma düzeni dâhil) mesafe şartı aranmayacak” diyerek sosyal mesafe kısıtlamasını aile bireyleri açısından dışarıda da geçerli olmayacağını kabul etmiş bulunmaktadır, bkz <<https://www.icisleri.gov.tr/81-il-valiligine-nikah-merasimlerinde-uygulanacak-tedbirler-genelgesi>>, Erişim Tarihi: 13.06.2020.

korumak adına böyle bir karar aldığını ifade etmiş olsa da virüsün neden olduğu ölümlerdeki yaş aralıklarının çeşitli olduğu da bir gerçektir ki nitekim daha sonra zaten yaş ayrımı yapılmaksızın ülke genelinde sokağa çıkma yasağı kararı alınmıştır, zira yüzdesi daha düşük olsa da genç yaştakilerin ölüm oranı belli bir yüzdeye gelmiş durumdadır¹⁰⁶. Dolayısıyla; özellikle bu süreçte 20 yaş altı vatandaşlardan özellikle gündeme geldiği üzere üniversite sınavına hazırlanan öğrenciler olsun yahut yasak kapsamındaki 65 yaş üstü vatandaşlarımız olsun, bu karardan maddi/manevi herhangi bir zarara uğramışlarsa hem kanunilik hem eşitlik ilkesinin ihlali ve eşitlik ilkesi ihlali kapsamında da takdir yetkisinin kamu yararı ve hizmet gereklerine uygun kullanılmadığı gerekçesiyle zararın tazmini talebiyle idareye ve sonrasında yargı makamlarına başvurabileceklerini söylemek gerekir¹⁰⁷. Söz konusu virüs şimdiye kadarki birkaç aylık netice göz önünde bulundurulduğunda yaş ayırt etmeksizin her insana bulaşabilmekte ve öldürücü nitelik kazanabilmektedir. Genç yaşta virüs kapıp vefat eden kişilerin mevcudiyeti de bunu ortaya koymaktadır. Kaldı ki bu yaş gruplarının sokağa çıkma yasağına tabi olması ama örneğin aynı evde yaşadıkları bu yaş grupları dışındaki aile bireylerinin yasak kapsamında olmaması ve dışarıdan virüs kapıp yasak kapsamındaki vatandaşlara bulaştırabilme ihtimali göz önünde bulundurulduğunda; olması gerekenin, yani takdir yetkisinin kullanımının, herhangi bir yaş ayırt etmeksizin doğrudan virüse karşı en etkili olabilecek yol olan “-hukuki olmak şartıyla - herkesi kapsayacak bir irtibatı kesme, bir sokağa çıkma yasağı” gibi bir karar ile alınması gerektiğini düşünmekteyiz. Tüm bunlar düşünüldüğünde doğru bir hukuki zeminde olmayan, doğru yasal temele dayanmayan, hak ve özgürlükleri kısıtlayan ve hatta bir süre için tamamen durdurmuş bulunan, takdir yetkisinin sadece “söz konusu yaş gruplarını korumak” gerekçesiyle bu şekilde kullanılmış olduğu ama hukuka uygun olmayan söz konusu yasak kararlarından dolayı idarenin ileride bu hususlar dava konusu edilirse sorumlu olabileceğini ifade edebiliriz.

İdarenin sorumluluğu kapsamında son olarak mücbir sebep meselesinden de söz etmek gerekir. Bu tip uyuşmazlıklarda salgın hastalığın mücbir sebep sayılıp sayılmayacağı hususu önem arz etmektedir. Yukarıdaki ilk başlığımızda idarenin ve yasama organının 7244 sayılı Yeni Koronavirüs (COVID-19) Salgınının Ekonomik ve Sosyal Hayata Etkilerinin Azaltılması Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile koronaviürüsü zorlayıcı sebep saydığını ve bunu da 10. maddesiyle 5510 sayılı Kanun’a “mücbir sebep” hallerinden biri olarak eklediğini ifade etmiştik. Salgın hastalığın bazı alanlarda mücbir sebep olarak kabul edildiği başka düzenlemeler de halihazırda bulunmaktadır. Örneğin

¹⁰⁶ <<https://www.hurriyet.com.tr/gundem/bakan-koca-acikladi-iste-corona-virusten-olum-yas-ortalamasi-41534997>>, Erişim Tarihi: 10.06.2020.

¹⁰⁷ Bosna Hersek'te Anayasa Mahkemesi, 65 yaş üstü ve 18 yaş altına getirilen sokağa çıkma yasağı kararının hukuka aykırı olduğunu belirtmiş ve kararı iptal etmiştir. Bkz. <<https://www.dw.com/tr/65-ya%C5%9F-%C3%BCst%C3%BC-ve-18-ya%C5%9F-alt%C4%B1na-soka%C4%9Fa-%C3%A7%C4%B1kma-yasa%C4%9F%C4%B1-anayasaya-ayk%C4%B1r%C4%B1a-53211582>>, Erişim Tarihi: 28.04.2020.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 21. maddesinde pazarlık usulü ile ihale yapılabilecek öngörülemeyen durumlardan biri olarak salgın hastalığın; doğal afetler ve can/mal kaybı tehlikesi gibi hallerle beraber sayıldığını görmekteyiz. Dolayısıyla idare, koronavirüsü de özellikle muhatapları ve alacaklı olduğu kişiler açısından mücbir sebep olarak saymış ve o yüzden alacaklarını ertelemiştir. Fakat söz konusu salgın hastalığın idare için de mücbir sebep sayılıp sayılamayacağı¹⁰⁸ hususunda ise bu kadar netlik olmadığını söylemek gerekir. Belirtmemiz gerekir ki bir olayın mücbir sebep olarak sayılıp sayılmama meselesi, mücbir sebep olarak kabul edilen durumda idarenin hem kusurlu hem kusursuz sorumluluğunu kaldırma özelliğinden dolayı önem arz etmektedir. O yüzden yargı organlarının yaklaşımı da göz önünde bulundurulmalıdır. Mevcut durumda, idare hukukunda daha önce mücbir sebep olarak sayılan bazı haller artık yargı organlarıncı mücbir sebep olarak sayılmamaktadır¹⁰⁹ yani idarenin sorumluluğunu kaldıran mücbir sebep halleri artık daralmaya başlamıştır¹¹⁰. Çünkü bir olayın mücbir sebep olabilmesi için, idarenin iradesi ve faaliyetinin dışında meydana gelmesi, önceden öngörülemeyen, hayatın olağan akışında karşı konulması mümkün olmayan ve zararlı sonucun kaçınılmaz şekilde ortaya çıkması gibi koşulların bulunması gerekir¹¹¹. Fakat artık teknolojinin gelişmesi, idarenin hem araçsal hem personel olarak gelişmiş olması ve mevcut imkanların gelişmiş olması, meydana gelen olayların öngörülemez olması koşulu ortadan kaldırmakta diye kabul edilmektedir¹¹²; bu yüzden de örneğin deprem uzun süre mücbir sebep olarak kabul edilmişken, idarenin düzenleme ve denetleme yetkisini yerine getirmemiş bulunan idarenin hizmet kusuru gereği sorumlu olacağı kabul edilmeye başlanmıştır¹¹³. Dolayısıyla etkin ve katı tedbirlerle salgın hastalıkla mücadele edilmesi gerekirken daha aşamalı ve yavaş hareket edildiği gibi bir iddia ileri sürülerek idarenin hizmet kusuruna gidilmesi de gündeme gelebilecektir. Fakat yukarıda ifade ettiğimiz üzere kanaatimizce, idarenin salgın hastalıktan Aralık ayında haber aldığı fakat tedbirleri Mart 2020 ayında almaya başladığı ve dolayısıyla hizmetin ifasında geç kaldığı gibi bir iddiayla hizmet kusuruna gidilemeyecekken; tedbirler alınmaya başlandıktan sonra her bir işlem ve karar özelinde ise bunların gereği gibi yerine getirilip getirilmediği noktasında elbette idarenin hizmet kusuruna gidilebileceğini; bunun dışında bazı uyuşmazlıklar açısından ise kusursuz sorumluluk bahsinde kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesinin uygulama alanı bulabileceğini söyleyebiliriz. Mevcut durumun alınan tedbirler nedeniyle ekonomik olarak zor duruma düşen kişiler açısından mücbir sebep olarak düzenlenmesi isabetli iken

¹⁰⁸ İdare hukukunda mücbir sebep; idarenin sorumluluğunu azaltan ve kaldıran haller ile kişilerin idareye karşı yükümlülüklerini yerine getirmesini önleyen haller olarak iki şekilde irdelenmesi gereken bir kavramdır. Bkz. Yıldırım, (n 84), 1521.

¹⁰⁹ Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer ve Cemil Kaya, *Açıklamalı İçtihatlı Türk İdari Yargılama Hukuku* (1. Bası, Savaş 2019), 1288.

¹¹⁰ Yıldırım, (n 84), 1520.

¹¹¹ Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, *Açıklamalı İçtihatlı Türk İdari Yargılama Hukuku*, 1285.

¹¹² Yıldırım, (n 84), 1523.

¹¹³ Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, *Açıklamalı İçtihatlı Türk İdari Yargılama Hukuku*, 1288.

kanaatimizce hem salgının ortaya çıkış süreci ve hem de idarenin ekonomik olarak bütçeye sahip olması, idari faaliyetleri mali imkanları ölçüsünde yerine getirmekle yükümlü olması gibi nedenlerden ötürü bu sürecin idarenin sorumluluğunu kaldıran bir mücbir sebep olarak ise değerlendirilmemesini gerektirmektedir.

V. Sonuç ve Değerlendirme

Yeni tip koronavirüs salgını (COVID-19) ülkemizde de görülmeye başlar başlamaz idare; salgının yayılmasını önlemek için işlemler tesis etmeye başlamış ve bu kapsamda alınan kararların hukuka uygunluğu tartışma konusu olmuştur. Zira söz konusu tedbirler, temel hak ve özgürlükleri kısıtlayan bir boyuta sahip olmuştur. Ülke genelinde sokağa çıkma yasağı ilan edilmiş, 65 yaş üstü ve 20 (sonra da 18) yaş altının sokağa çıkması yasaklanmış, iş yerlerinin faaliyetleri sınırlandırılmış, bazı illerde maske takma zorunluluğu getirilmiş, okulların uzaktan eğitime geçmeleri kararlaştırılmıştır. Bu tedbirler, hak ve özgürlükleri kısıtladığından dolayı da olağan dönemde alınıp alınamayacakları tartışılmaktadır. Yani, bir olağanüstü hal ilanının gerekli olup olmadığı gündeme gelmiştir. İzah ettiğimiz üzere söz konusu tedbirlerden yanlış yasal temele dayanılarak alınanların olağan dönemde alınmayacağını belirttik. Çünkü, idarenin kanuniliği ilkesi gereği, idareler kendisine ancak kanunda verilen yetkileri kullanabilir ve kararları alabilir. Oysa idarenin yukarıda örneklerini saydığımız kararlarının neredeyse hepsi Olağanüstü Hal Kanunu'nda yer alan ve ancak o kanuna göre alınabilecek tedbirlerdir. Dolayısıyla şu ana kadar alınan birçok kararın yanlış yasal dayanağa göre alındığını dolayısıyla da hukuka uygun olmadıklarını belirtmek gerekir. Alınan tedbirlerin kamu yararına olduğunu düşünmekle beraber; bir tedbirin sırf kamu yararına olmasının onu hukuka uygun hale getirmediğini de söylemekteyiz. Zira yürürlükteki mevzuat ve düzenlemeler sadece bireyler için değil idare için de geçerlidir. Bu yüzden de idarenin de kanunlara uygun hareket etmesi şarttır. Şunu da belirtmek gerekir ki bazen idare, kanuna ve kararlara uygun hareket ederken; yerine getirmesi gereken diğer yükümlülüklerindeki eksikliği nedeniyle meydana gelen olaylarda kararını uygulamayabilmektedir, “kamu vicdanı” da bu yaklaşımda etkili olabilmektedir. Örneğin sokağa çıkma yasağının olduğu günlerde; sokaklarda kağıt toplayan bir çocuğa para cezası kesilmiş¹¹⁴; fakat daha sonra Vali tarafından iptal edilerek aileye yardım edileceği ifade edilmiştir¹¹⁵. Dolayısıyla idare, kamu vicdanı etkisiyle, aslında söz konusu aileye karşı sosyal yardım gibi bir faaliyetinde eksiklik olduğunu alınan bir karar göre kesilen para cezasını iptal ederek zımnen kabul etmiş olmaktadır.

¹¹⁴ <<https://www.haberler.com/copten-hurda-toplayan-kisiye-3-bin-tl-lik-13102139-haberi/>>, Erişim Tarihi: 08.04.2020.

¹¹⁵ <<https://www.trthaber.com/haber/turkiye/elazig-valisi-kaldirim-hurdaciya-kesilen-koronavirus-cezasini-iptal-etti-474497.html>>, Erişim Tarihi: 09.04.2020.

Salgın nedeniyle iş yerleri kapatılan işverenler, işsiz kalan ve diğer zor durumda kalan tüm insanlarımız için yardım toplanması işini hangi idarelerin yapabileceği meselesi de tartışma konusu olmuştur. Merkezi idare; belediyelerin yardım toplamasının hukuka aykırı olduğunu ve yardım toplayabilmeleri için 2860 sayılı Yardım Toplama Kanunu gereği Valilikten izin almaları gerektiğini ifade etmiştir. Hatta iki büyükşehir belediyesi olan Ankara ve İstanbul Büyükşehir Belediyelerinin yardım toplamak için verdikleri banka hesabındaki tutarı bloke ettirmiştir. Belediyeler ise tabi oldukları kanunların 5393 sayılı Belediye Kanunu ve 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu olduğunu belirterek yardım toplayabileceklerini savunmuştur. 5216 ve 5393 sayılı kanunlarda belediyenin bağış kabul edebileceği ve sosyal yardım yapmanın da görevleri arasında olduğu belirtilmektedir. Belediyeler bu hususta haklıdır zira ilgili kanunlarda belediyelerin bağış toplayabileceği çok açık bir şekilde yazmaktadır. Çünkü belediyeler, bir yerel idare birimidir ve o da bir “idare”dir, yani kamu hizmeti yapmakla görevlendirilmiş bir birimdir. Mahalli müşterek ihtiyaçları karşılayabilmek için kanunda kendisine verilen hak gereği bağış toplayabilecekleri de açıktır ki görevleri arasında zaten “sosyal yardım” hizmetini yapmak da bulunmaktadır. Dolayısıyla böyle zor bir dönemde hangi idarelerin yardım toplayabileceği tartışmasını yapmak yerine tüm idarelerin “idarenin bütünlüğü ilkesi”ni göz ardı etmeden koordinasyon içinde olmaları ve birbirleriyle siyaseten tartışmaya ve mücadeleye girişmek yerine, toplumun acil ihtiyaçlarını ve kamu hizmetlerini yerine getirmek için iş birliği yapmaları hem hukuken hem de ülkece tüm bireyler açısından daha faydalı olacaktır.

İdarenin tedbirleri alırken uygulamada birliği sağlayamamış olması da bir sorun teşkil etmiştir. Örneğin; bazı yerlerde sokağa çıkma yasağına uymayan insanlara ve özellikle yaşlılara para cezası kesilirken diğer yerlerde ise sadece uyarılıp evlerine gönderilmiştir. Yine tüm okullar online eğitime dönmüşken ve Sağlık Bakanlığı Bilim Kurulu bile toplantılarını online yaparken lise giriş sınavı ve üniversite giriş sınavının (YKS) yüz yüze yapılacak olması yine idari istikrar bakımından isabetli bir karar olmamıştır. Ülkede yaşayan herkese ısrarla maske takmaları, sosyal mesafeyi korumaları ve kalabalık yerlere gitmemeyi tavsiye ederken yaklaşık 2,5 milyon öğrenciyi bu sınava sokmak ve diğer bazı sınavlar riskten dolayı ertelenmişken sınavı ertelememek uygulamada birliğin olmadığını gösteren bir yaklaşımdır. Sınavın önce ertelenip daha sonra öne çekilmesi ise hem doktrinde hem de yargı kararlarında belirtildiği üzere idari istikrar, idareye güven ve hukuka güven ilkelerini zedeleyici özelliğe sahip bir karar olmuştur. Farklı sektördeki iş yerlerinin açılış kapanış saatleri ve günleri hususunda da uygulamada farklılıklar meydana gelmiş; bu da iş yerlerinin bazılarının ekonomik olarak diğer izin verilen iş yerlerine göre daha zor duruma düşmesine neden olmuştur. Oysa virüs hem markette ve fırında hem de kuaförde aynı bulaşıcılık oranına sahiptir. Kaldı ki şu günlerde (Haziran ayı ortaları) virüsün etkisi

hala devam ediyorken ve vaka sayısı ülkemizde tekrar binbeşyüz civarına gelmişken¹¹⁶ daha önce kapatılmış olan iş yerlerinin tümü şu anda yine faaliyet göstermeye devam etmektedir. Tüm bunlar uygulamada birliğin sağlanamadığını ve istikrarlı kararlar alınmadığını göstermektedir. Söz konusu problemler; tedbirlere sıkıca riayet eden kişiler nezdinde, tedbirlere artık uymama yaklaşımı ortaya çıkarabilir. Bunlara engel olmak adına da idare; bu virüse karşı hukuka uygun tedbirleri; kararlı, istikrarlı ve her insan ve iş yeri bakımından eşitliği sağlayacak şekilde almalıdır ki tedbirlere uyma hususunda da birlik sağlanabilsin.

Son olarak; açıkladığımız problemlerden kaynaklı olarak ortaya çıkabilecek “idarenin sorumluluğu” hususu da önem arz etmektedir. Belirtmek gerekir ki idari işlemi hukuka aykırı şekilde tesis eden idareler bu işlemlerden kaynaklanan bir zarar olduğunda bunları tazmin etmekle yükümlü olabilmektedir. Dolayısıyla örneğin; yanlış yasal temele dayanarak veya uygulamada birlik sağlanmadan alınan sokağa çıkma yasağı, iş yerlerinin kapatılması, 65 yaş üstü ve 20 yaş altının sokağa çıkma yasağı gibi kararlardan dolayı ilgili kişiler veya iş yerleri maddi/manevi zarar görmüş ise yukarıda saydığımız hukuka aykırılık gerekçelerine dayanarak idareden tazminat talebinde bulunabilecektir. Dolayısıyla somut olayın niteliğine göre hizmet kusuru ya da kusursuz sorumluluk ilkelerinden özellikle kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi gereği idareler; zararını ve idarenin haksızlığını ispat edenlere karşı sorumlu olabileceklerdir.

İdarenin yapması gereken; hangi hal ve şart altında olursa olsun bu durumlar ön görülerek oluşturulan kanuni düzenlemelere uymak ve hukuki zeminlere gerekirse geçiş yaparak faaliyetlerini hukuka uygun yürütmeye çalışmak olmalıdır. Kamu yararına hareket ettiğinden şüphe bulunmayan bu salgın sürecinde kamu yararının olması tek başına, idarenin yaptığı muameleleri hukuka uygun ve kanuni hale getirmemektedir. Zira alınan tedbirlerin çoğu OHAL Kanunu’nda yer alan tedbirlerdir ve olağan dönemde, hele ki genelge ile alınamayacak türde kararlardır. Bunun için ya OHAL ilan edilip o rejimde yer alan yetkilerle işlemler tesis edilmeli ya da yeniden bir kanuni düzenleme yaparak ilgili tedbirlerin daha geniş ve kapsamlı bir şekilde belirliliğe kavuşturulduğu bir zeminde hareket edilmesidir. Aksi durum, hukuken idarenin sorumluluğunu doğurabilir, sosyolojik olarak da insanların hukuka olan güvenini zedeleyebilir. Ki bunun dışında yasal dayanağı olmayan yahut dayanak olsa dahi doğru kurgulanmamış kararlar hem hukuka aykırı olur hem de amacı gerçekleştirmek için yeterli olmaz. Örneğin lise giriş sınavının yapılacağı 20 Haziran 2020 Cumartesi günü İçişleri Bakanlığı’nca¹¹⁷ “*sınav öncesi ve sonrası oluşabilecek yoğunluğu ve virüsün bulaşma riskini azaltmak, sınavın sorunsuz şekilde yapılmasını temin etmek amacıyla*” belirli saatler arasında sokağa çıkma yasağı ilan edilmiştir.

¹¹⁶ Tablo için bkz <https://COVID19.saglik.gov.tr/>, Erişim Tarihi: 16.06.2020.

¹¹⁷ <<https://www.icisleri.gov.tr/81-il-valiligine-lgs-ve-yks-tedbirleri-genelgesi>>, Erişim Tarihi: 18.06.2020.

Virüsün bulaşma riskini ve yoğunluğu azaltmak amacı hala geçerliyen çok sayıda öğrencinin gireceği sınavın neden yapılıyor olduğu sorusu bir kenara, sınav var diye böyle bir yasağın diğer insanlar için konulmasının yasal dayanak eksikliği bahsettiğimiz hukuka aykırılık örneklerinden bir diğeridir; kaldı ki fiili imkansızlık meydana getirmiş; çocuklarını sınava götüren binlerce aile fazlasıyla yoğunluğa sebep olmuş; maske ve mesafe kurallarına uyulmadığı görülmüş ve ihlal edenlerin fazlalığından dolayı da kimseye herhangi bir idari yaptırım uygulanmamıştır. Dolayısıyla ilgili yasağın temel eksikliği ve uygulamanın doğru kurgulanmamış olmasından ötürü ilan edilen yasak da genelge hükümleri de boşa düşmüştür. Oysa olması gereken idari istikrar ve uygulamada birlik sağlayabilmek için bu sınavları da diğer ertelenenler gibi virüsün tehlikesinin daha da azalmış olacağı ileri bir tarihe ertelemek olmalıydı kanaatindeyiz.

Sonuç olarak böyle bir salgın hastalık ve olağanüstü halle uzun bir aradan sonra ilk kez karşılaşılan idarenin bunu bir tecrübe olarak görmesi ve mevcut hukuka aykırı uygulamalarından vazgeçerek hemen ilgili ve doğru yasal temellere dayanması; eksik olan yasal dayanakları gözden geçirip tekrar yapması ve hem doktrin hem de yargı kararlarında kabul edilmiş, bireylerin hukuka güvenini ve saygısını sağlayan belirlilik, idari istikrar, hukuka güven, ölçülülük, kanunilik vs. gibi temel ilkelere sonuna kadar uygun davranması daha hukuki bir zemin sağlamış olacaktır. Bu da daha sağlıklı bir gidişatı sağlayacaktır.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazarlar çıkar çatışması bildirmemiştir.

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

Peer-review: Externally peer-reviewed.

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

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

Bibliyografya/Bibliography

- Akyılmaz B, Sezginer M ve Kaya C, *Türk İdare Hukuku*, (11. Bası, Savaş 2019).
- Akyılmaz B, Sezginer M ve Kaya C, *Açıklamalı İçtihatlı Türk İdari Yargılama Hukuku* (1. Bası, Savaş 2019).
- Ardıçoğlu A, “Hukuka Uygun Olmayan Sokağa Çıkma Yasağı Hukuka Aykırı Mıdır?”, <<https://www.birikimdergisi.com/guncel/7331/hukuka-uygun-olmayan-sokaga-cikma-yasagi-hukuka-aykiri-midir>>.
- Bell J, The Importance of Urgent Interim Orders in Contesting French Government Rules on COVID-19 <<https://british-association-comparative-law.org/2020/06/03/the-importance-of-urgent-interim-orders-in-contesting-french-government-rules-on-COVID-19/>>.
- Duran L, , *İdare Hukuku Ders Notları*, (Fakülteler Matbaası 1982).
- Gözgün M, *İdari İşlemin Konu Unsuru*, (1. Bası, On İki Levha 2017).
- Gözler K, *İdare Hukuku (Cilt I)*, (3. Bası, Ekin 2019).
- Günday M, *İdare Hukuku*, (10. Bası, İmaj 2013).
- Kaman N, “Türk Hukukunda Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hakkı”, (2014) 17(1) *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, 89-99.
- Kaya C, *İdarenin Takdir Yetkisi ve Yargısal Denetimi*, (1. Bası, On İki Levha 2011).
- Oğurlu Y, “AİHM Kararları ve Türk İdare Hukukunda Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanmasında Bir Yargısal Denetim Ölçütü Olarak ‘Ölçülülük İlkesi’”, (2001), *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi (Turhan Tufan Yüce Armağanı)*, 485-521.
- Sever Ç, “COVID-19 Günlerinde İdare Hukuku: Salgınla Mücadelede Kolluk Yetkileri Üzerine Bir İnceleme”, (2020) 9 (17), *Anayasa Hukuku Dergisi*, 187-238.
- Şirin T, “Tehlikeli Salgın Hastalıklarla Anayasal Mücadeleye Giriş” (2020), 9(17), *Anayasa Hukuku Dergisi*, 43-146.
- Tan T, *İdare Hukuku*, (7. Bası, Turhan 2018).
- Ulusoy A. D, “Belediyeler Devlet midir?” <<https://t24.com.tr/yazarlar/ali-d-ulusoy/belediyeler-devlet-midir,26168>>.
- Ulusoy A. D, “Virüs Hukuka da mı bulaştı?”, <<https://t24.com.tr/yazarlar/ali-d-ulusoy/virus-hukuka-da-mi-bulasti,25896>>.
- Yayla A, *Türk İdare Hukukuna Göre İstimvalin Rejimi*, (1. Bası, Yetkin 2016).
- Yayla Y, *İdare Hukuku*, (1. Bası, Beta 2009).
- Yıldırım T, “Danıştay Kararlarında Mücbir Sebep Kavramı”, (2019) 25(2) *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 1520-1538.
- Yıldırım T, Yasin M, Kaman N, Özdemir H. E, Üstün G ve Tekinsoy Ö. O; *İdare Hukuku* (7. Bası, On İki Levha 2018).

Elektronik Kaynaklar/Electronic Resources

- www.ankara.bel.tr
- www.beyoglu.gov.tr
- www.ensonhaber.com
- www.epdk.org.tr
- www.haber7.com

www.haberler.com

www.hurriyet.com.tr

www.icisleri.gov.tr

www.internethaber.com

www.ibb.istanbul

www.ntv.com.tr

www.osym.gov.tr

www.rekabet.gov.tr

www.resmigazete.gov.tr/default.aspx

www.sabah.com.tr

www.saglik.gov.tr

www.tff.org

www.trthaber.com

www.youtube.com

<https://corona.cbddo.gov.tr/>

<https://COVID19.saglik.gov.tr/>

<https://idarehukuku-hukuk.istanbul.edu.tr/>

<https://www.mevzuat.gov.tr/>

<https://t24.com.tr/>

<https://www.thelocal.fr/20200502/france-extends-COVID-19-health-emergency-until-july-24th>

<https://ticaret.gov.tr/yurtdisi-teskilati>

<https://tr.euronews.com/>



COVID-19 Salgını Sebebiyle Uygulanan Sokağa Çıkma Kısıtlamalarının 1982 Anayasası'na Uygunluğu

Volkan Aslan*

Öz

Türkiye'de COVID-19 salgınıyla mücadele kapsamında iki ayı aşkın süredir sokağa çıkma kısıtlamaları uygulanmaktadır. İçişleri Bakanlığı tarafından çıkarılan genelgelerle öngörülen bu kısıtlamaların dayanağı olarak İl İdaresi Kanunu ile Umumi Hıfzısıhha Kanunu gösterilmektedir. Ancak söz konusu kanunlarda yer alan düzenlemelerin sokağa çıkma kısıtlamalarına dayanak olması mümkün değildir.

Resmi olarak ilân edilmiş bir olağanüstü hâl söz konusu olmadığından olağan dönemde temel hak ve hürriyetleri sınırlandıran önlemlerin alınabilmesi, 1982 Anayasası'nın 13. maddesinde sayılan koşullara uyulmasını gerektirmektedir. Salgın sebebiyle uygulanan sokağa çıkma kısıtlamalarının 1982 Anayasası'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olduğu ileri sürülebilirse de 13. maddenin aradığı diğer bir koşul olan kanunilik ilkesinin gereklerine uyulmadığı görülmektedir. Nitekim temel hak ve hürriyetleri sınırlandırırken uyulması gereken kanunilik ilkesi gereğince, kanunların sınırlama ile ilgili belirli hususları açıkça düzenlemesi gerekmektedir. Sokağa çıkma kısıtlamalarına dayanak olarak gösterilen kanunlarda ise sokağa çıkma kısıtlamaları açıkça zikredilmediği gibi kısıtlamaların kapsamı, biçimi, süresi ve uygulanacak güvenceler gibi temel konulara da yer verilmediği görülmektedir.

Anahtar Kelimeler

COVID-19, Salgın hastalık, Sokağa çıkma kısıtlamaları, Olağanüstü hâl, İl İdaresi Kanunu, Umumi hıfzısıhha kanunu, Olağanüstü hal Kanunu

Constitutionality of COVID-19 Related Curfews in Turkey

Abstract

General curfews are imposed in Turkey due to the COVID-19 pandemic since early March. The Ministry of Interior grounded its competence on the Law on Provincial Administration and Law on General Protection of Public Health and issued directives for this purpose. However, imposing curfews with ministerial directions seems quite problematic based on these laws.

Restricting fundamental rights and freedom requires compliance with the conditions listed in Article 13 of the Turkish Constitution as the state of emergency is not officially declared. Basic rights and freedom could be restricted for the reasons specified in the Constitution according to this article. In addition, restrictions should be based on laws accepted by the Grand National Assembly of Turkey. These laws must specify the conditions in an obvious and predictable manner.

These restrictions do not fulfill the requirements of legality, although it can be claimed that curfews are related to the reasons stated in relevant articles of the 1982 Constitution. The laws do not refer to curfews or similar restrictions explicitly, which are cited as the basis for curfews. They also do not contain guarantees such as scope, form, duration, or

* **Sorumlu Yazar:** Volkan Aslan (Dr. Öğr. Üyesi) İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Ana Bilim Dalı, İstanbul, Türkiye. E-posta: volkan.aslan@istanbul.edu.tr, ORCID: 0000-0003-1136-7556

Atf: Aslan V, "COVID-19 Salgını Sebebiyle Uygulanan Sokağa Çıkma Kısıtlamalarının 1982 Anayasası'na Uygunluğu" (2020) 78(2) İstanbul Hukuk Mecmuası 809. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2020.78.2.0018>



safeguards to be applied during the restrictions. It could be concluded that general curfews imposed in Turkey due to the COVID-19 pandemic are unconstitutional under these conditions.

Keywords

COVID-19, Pandemic, curfew, State of emergency, Law on provincial administration in Turkey, Law on general protection of public health in Turkey, Law on state of emergency in Turkey

Extended Summary

The Turkish Government issued several acts with the intent of preventing the spread of the virus after announcing the first confirmed case of COVID-19 on March 11, 2020. Moreover, a valid ground emerged for the declaration of a state of emergency: Article 119 of the Turkish Constitution empowers the President of the Republic to declare a state of emergency in the event of the serious deterioration of public order caused by the outbreak of dangerous pandemics. However, the state of emergency was not declared and the government chose to use its ordinary powers instead. Therefore, the Interior Ministry issued directives banning people over the age of 65, people with chronic diseases, and people under the age of 20 from leaving their homes. General curfews were also imposed in big cities on weekends more than ten times with these directives. Serious questions have been raised regarding the constitutionality of the restrictions as these directives lack explicit statutory authorization and the state of emergency has not been declared.

Basic rights and freedom could be restricted for the reasons specified in Article 13 of the Turkish Constitution. Moreover, the restrictions should be based on laws accepted by the Grand National Assembly of Turkey. These laws have to be certain and accessible. Therefore, “laws accepted by the Grand National Assembly of Turkey” should be interpreted in a nuanced way: Laws have to contain content-wise qualities such as clarity, obviousness, and predictability. Only under these conditions, the requirements of legality could be met.

The recent curfews in Turkey are grounded on Article 11/C of the Law on Provincial Administration and Article 27 and 72 of the Law on General Protection of Public Health. According to Article 11/C of the Law on Provincial Administration, *Duties of the provincial governors include exercising preventive police patrols, providing and preserving peace, security, personal inviolability, freedom of action and public welfare within the cities. To ensure these duties, the governor must take necessary measures. In cases where there is a risk of deterioration of public order and safety in such a way that ordinary life is threatened, the governor may restrict entries and exits to the city for persons who are suspected of having the potential to disrupt public order or public security, regulate or restrict roaming or gathering of people and navigation of vehicles in certain places or hours, prohibit bearing or transportation*

of all types of weapons and bullets including the registered ones. These measures cannot exceed fifteen days.

Article 27 of the Law on General Protection of Public Health regulates general duties of public hygiene assemblies. Moreover, Article 72 of the law regulates measures mostly applicable to infected citizens, infected animals, and danger zones. Restriction of rights of the “noninfected cases” is not regulated in both the articles. As it is seen, neither the Law on Provincial Administration nor the Law on General Protection of Public Health empowers the government to impose general limitations on basic rights. General curfews cannot be imposed based on these laws under these circumstances.

It could be said that lawful curfews could be imposed only after declaring an official state of emergency considering the current legislation in Turkey. However, the government does not want to declare an official state of emergency and prefer to manage the crisis with ordinary legislation. Hence, laws restricting basic rights are interpreted widely, and unusual competences are justified under the cover of fighting against the COVID-19 pandemic. Therefore, there is an urgent need to adopt new and detailed laws to be applied during pandemics. Otherwise, the only way to legalize curfews could be declaring a state of emergency. It could be concluded that general curfews imposed in Turkey due to the COVID-19 pandemic are unconstitutional under these conditions (also see Volkan Aslan, “Turkey’s Struggle Against COVID-19 and the New Reign-by-Administrative-Act” [*IACL-IADC Blog* 2020] <<https://blog-iacl-aicd.org/2020-posts/2020/7/16/turkeys-struggle-against-covid-19-and-the-new-reign-by-administrative-act>>).

COVID-19 Salgını Sebebiyle Uygulanan Sokağa Çıkma Kısıtlamalarının 1982 Anayasası'na Uygunluğu

“Ünlü bir Fransız avukatı olan Toledon şunu anlatır: Genç bir avukattım. Karşı tarafın avukatı, İçişleri Bakanı'nın yeğeni idi. Mahkemeye bir genelge ibraz etti. Davasını birkaç gün evvel İçişleri Bakanlığı'nın yayınladığı bu genelge ile ispata çalışıyordu. Ben savunmamı yaparken mütemadiyen sözümü keserek genelgeyi hatırlatıyordu. Hakim kızdı. “Sizin genelgeniz ne kanun ne de içtihatır.” dedi. Biraz evvel ibraz edilen genelgeyi sepete attı ve bana dönerek “Devam ediniz.” dedi. Sonunda davayı kazandım.”¹

I. Giriş

Türkiye’de ilk COVID-19 vakasının teşhis edildiği 11 Mart 2020 tarihinden bu yana çoğunluğu İçişleri Bakanlığı tarafından çıkarılan genelgelerle olmak üzere, temel hak ve özgürlüklerle ilgili birçok sınırlama getirilmiş; getirilen sınırlamalara aykırı davrananlarla ilgili adli ve idari işlemler yapılmıştır. Bu çerçevede barların, gece kulüplerinin, tiyatroların, sinemaların, restoranların, kafelerin, hamamların, spor salonlarının vb. kapatılması; ulusal ve uluslararası düzeydeki bilimsel, kültürel, sanatsal ve benzeri toplantıların ertelenmesi; 65 yaş üzeri ve 20 yaş altı olanlar ile kronik rahatsızlığı bulunanlara sokağa çıkma kısıtlamaları getirilmesi; hafta sonları genel sokağa çıkma kısıtlamalarının uygulanması; şehirler arası yolculukların kaldırılması gibi sınırlamalar söz konusu olmuştur. Çoğunluğu İç İşleri Bakanlığının çıkardığı genelgelerle uygulanan sınırlamaların kanuni dayanağı olarak İl İdaresi Kanunu’nun 11. maddesinin C fıkrası ile Umumi Hıfzısıhha Kanunu’nun 27. ve 72. maddeleri gösterilmiştir. Çalışmada söz konusu düzenlemelere dayanılarak getirilen sokağa çıkma kısıtlamalarının 1982 Anayasası’na uygunluğu değerlendirilecektir. Bu amaçla ilk olarak temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması koşullarından bahsedilecek, ardından sokağa çıkma kısıtlamalarının bu koşullara uygunluğu incelenecektir.

II. 1982 Anayasası Uyarınca Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması

1982 Anayasası uyarınca temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılma koşulları içinde bulunulan dönemin özelliklerine göre değişmektedir. Nitekim Anayasa’nın 13. maddesinde genel olarak temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması konusu düzenlenmekte; “*temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasının durdurulması*” başlıklı 15. maddede ise savaş, seferberlik ve olağanüstü hallerde, temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasının kısmen veya tamamen durdurulabileceği veya bunlar için Anayasa’da öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabileceği belirtilmektedir. Dolayısıyla bir temel hak ve özgürlüğe müdahale edildiğinde öncelikle içinde bulunulan dönem tespit edilmeli ve hangi güvence rejiminin uygulanacağı belirlenmelidir. Ancak 15.

¹ Faruk Erem, Bir Ceza Avukatının Anıları, (14. Bası, Lykeion 2020) 44.

maddede sayılan olağanüstü durumlarda dahi müdahalenin ilk olarak 13. maddede belirtilen koşullara uygun olup olmadığı incelenmeli; 13. madde çerçevesinde müdahalenin Anayasa'ya uygun olmadığı belirlenirse 15. madde çerçevesinde bir inceleme yapılmalıdır. Anayasa Mahkemesi de hem olağanüstü hâl bağlantılı bireysel başvurular hem de kanunlaşan olağanüstü hâl kararnamelelerinin anayasallık incelemesi bakımından 15. madde çerçevesinde öncelikle 1982 Anayasası'nın 13. maddesine uygunluk incelemesi yapmakta, uygunluk olmaması halinde 15. maddedeki ölçütleri devreye sokmaktadır. Mahkemenin belirttiği üzere, "(...) *olağanüstü yönetim usullerinin uygulandığı dönemde temel hak ve özgürlüklere müdahale teşkil eden bir tedbirle ilgili olarak yapılan bireysel başvurularda Anayasa'nın 15. maddesi kapsamında yapılacak ilk inceleme, bu tedbirin olağan dönemin ölçütlerine göre Anayasa'da öngörülen güvencelere aykırı olup olmadığını tespit etmeye yönelik olacaktır. Bu durum Anayasa'nın 15. maddesinde yer alan "... Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir. "ibaresinin de bir gereğidir."*² Norm denetiminde de Mahkeme benzer şekilde hareket etmektedir.³

Şimdi sıra, COVID-19 sebebiyle getirilen sokağa çıkma kısıtlamalarının hangi güvence rejiminin ölçütleri uyarınca incelenmesi gerektiğini tespiti gelmektedir. Söz konusu virüsün ülkemizde yayılması sebebiyle Mart ayından bu yana olağanüstü koşullar altında yaşadığımız su götürmez bir gerçek olsa da 1982 Anayasası'nın öngördüğü şekilde ilân edilmiş bir olağanüstü hâl mevcut değildir. Her ne kadar 15. maddede ifade edilen, "olağanüstü hallerden birisinin" salgın hastalık sebebiyle mevcut olduğu düşünülebilirse de 15. maddenin uygulanabilmesi için Anayasa'nın 119. maddesi uyarınca resmi olarak ilân edilmiş bir olağanüstü hâlin varlığı zorunludur. Bu durumda, COVID-19 sebebiyle getirilen sokağa çıkma kısıtlamalarının 1982 Anayasası'nın 13. maddesinde belirtilen koşullara uygunluğunun incelenmesi gerekmektedir.

1982 Anayasası'nın 13. maddesi uyarınca "*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.*" Görüldüğü üzere maddede 7 koşul öngörülmektedir. Bu çerçevede sınırlama yapılırken,

² Anayasa Mahkemesi, Bireysel Başvuru, 2016/22169, 20.06.2017, § 193.

³ "*Olağanüstü yönetim usulünün uygulandığı dönemde temel hak ve özgürlüklere yönelik sınırlamayı konu edinen kurallara ilişkin olarak Anayasa'nın 15. maddesinin uygulanması gerektiği durumlarda da bu maddeye ilişkin inceleme yapılmadan önce sınırlamaya konu hakkın düzenlendiği Anayasa maddesi başta olmak üzere Anayasa'nın ilgili hükümleri ve olağan dönemde hak ve özgürlükleri sınırlama ve güvence rejimini düzenleyen Anayasa'nın 13. maddesi kapsamında bir inceleme yapılmalıdır. Zira devletin veya toplumun varlığına ya da kamu düzenine yönelik ciddi tehdit veya tehlikelerin ortaya çıktığı olağanüstü durumlarda olağanüstü yönetim usullerine başvurulması, bu dönemde yürürlüğe konulan ve temel hak ve özgürlükleri sınırlandıran her düzenlemenin olağan dönemin izin verdiği ölçütlerin ötesinde olmasını gerektirmeyebilir. Anılan şekilde inceleme yapılması Anayasa'nın 15. maddesinde yer alan "... Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir" hükmünün de bir gereğidir."* Bkz Anayasa Mahkemesi, 2016/205, 24.07.2019.

- temel hak ve hürriyetlerin özüne dokunulmamalıdır,
- temel hak ve hürriyetler Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak sınırlandırılmalıdır,
- temel hak ve hürriyetler kanunla sınırlandırılmalıdır,
- sınırlamaların Anayasanın sözüne ve ruhuna aykırı olmaması gerekmektedir,
- sınırlamaların demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmaması gerekmektedir,
- sınırlamaların laik Cumhuriyetin gereklerine aykırı olmaması gerekmektedir,
- sınırlamaların ölçülülük ilkesine aykırı olmaması gerekmektedir.

13. maddede söz konusu koşulların hangi sırayla inceleneceğine dair bir belirleme bulunmamaktadır.⁴ Anayasa Mahkemesinin norm denetimi ile ilgili kararlarına bakıldığında, anayasaya aykırılık iddiasına bağlı olarak, 13. maddede belirtilen ölçütler bakımından özel bir sıralama gözetilmeksizin inceleme yapıldığı görülmektedir.⁵ Bireysel başvurularla ilgili kararlarda ise kanunilik şartının öze dokunma, ölçülülük ve demokratik toplum düzeni ile ilgili koşullardan önce incelendiği ve kanunilik şartının sağlanmaması halinde diğer üç koşula ilişkin inceleme yapılmadığı tespit edilebilir. Mahkemenin belirttiği üzere, “(...) denetim sırasında Anayasa Mahkemesi öncelikle müdahalenin kanunilik şartına uyup uymadığını inceleyecektir. Zira kanuna dayanmayan bir müdahalenin, öze dokunmama, demokratik toplum düzeninin gereklerinden olma ve ölçülülük gibi diğer güvencelere uygun olup olmadığı incelenmeden bir Anayasal hakkı veya özgürlüğü ihlal ettiği sonucuna ulaşılabacaktır. Bu sebeple ilk olarak kanunilik unsurunun değerlendirilmesi gerekir. Kanunilik şartının sağlanması halinde müdahalenin Anayasa’da öngörülen amaçla yapıp yapılmadığı ve daha sonra da diğer koşullara uygunluk denetimi yapılmalıdır.”⁶ Çalışmada COVID-19 sebebiyle getirilen sokağa çıkma kısıtlamalarının 13. maddede belirtilen iki koşula uygunluğu ayrıntılı olarak incelenecektir. Bu çerçevede sınırlamaların Anayasa’nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olup olmadığı ilk olarak ele alınacaktır. İkinci olarak kanunla sınırlama koşulunun gereklerinin yerine getirilip getirilmediği incelenecektir. Ardından diğer koşullara uygunluğun ayrıntılı olarak ele alınmasına gerek olmadığı ortaya konulacaktır.

⁴ Abdurrahman Eren, *Anayasa Hukuku Ders Notları (Genel Esaslar-Türk Anayasa Hukuku)* (On İki Levha 2018) 354; Kemal Gözler, *İnsan Hakları Hukuku* (Ekin 2017) 339.

⁵ Eren (n 4) 355.

⁶ Anayasa Mahkemesi, Bireysel Başvuru, 2014/256, 25.06.2014, § 79.

III. Sokağa Çıkma Kısıtlamalarının Anayasa'nın İlgili Maddelerinde Belirtilen Sebeplere Bağlılığı

Yukarıda belirtildiği üzere, 1982 Anayasası temel hak ve hürriyetlerin, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak sınırlandırılmasını öngörmektedir. Bu durumda ilk olarak yapılması gereken, sokağa çıkma kısıtlamalarının hangi hak ve hürriyetleri sınırlandırdığını tespit etmek olmalıdır.

Sokağa çıkma kısıtlamaları her şeyden önce 1982 Anayasası'nın 23. maddesinde güvence altına alınan seyahat hürriyetine bir müdahale niteliğindedir.⁷ Kısıtlamaların kişileri kısıtlı bir alanda “ihmal edilemeyecek bir süre” bulunmaya zorlaması halinde kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına da bir müdahalenin olduğu söylenebilir.⁸ Bu çerçevede COVID-19 sebebiyle getirilen sokağa çıkma kısıtlamalarının, kısıtlama getirilen yerlerdeki kişilerin seyahat özgürlüğüne bir müdahale niteliği taşıdığı söylenebilir. Sokağa çıkmaları günlerce kısıtlanan 20 yaş altı ve 65 yaş üstü kişiler ile kronik hastalığı bulunanların da seyahat hürriyetinin yanı sıra kişi hürriyeti ve güvenliği hakkına müdahale edildiği sonucuna ulaşılabilir.⁹ Ayrıca eğitim gören bir öğrencinin eğitim aldığı yere gidememesi, işçinin işyerine gidememesi, alınan önlemleri protesto etmek isteyen kişilerin bir araya gelememesi, kişilerin sevdiklerini bayramda ziyaret edememesi ve diğer birçok yoksunluk; eğitim hakkını, çalışma hakkını, toplantı ve gösteri yürüyüşü yapma hakkını, özel hayatı, maddi ve manevi varlığı geliştirme hakkını ve diğer hak ve hürriyetleri etkilemektedir. Görüldüğü üzere seyahat hürriyeti ve kişi hürriyeti dışında bu hürriyetlere bağlı olarak diğer birçok hak ve özgürlük de sokağa çıkma kısıtlamalarından nasibini almaktadır.¹⁰ Ancak her bireyin müdahaleye maruz kalan hak ve hürriyetleri farklılık gösterebileceğinden sokağa çıkma kısıtlamalarının hemen herkes için etkilediği hak ve hürriyetleri ele almak çalışmanın arzu ettiği sonuca ulaşmak bakımından daha yerinde -aşağıda görüleceği üzere aynı zamanda yeterli- görünmektedir.

1982 Anayasası'nın herkesin yerleşme ve seyahat hürriyetine sahip olduğunu belirten 23. maddesinde, yerleşme hürriyetinin suç işlenmesini önlemek, sosyal ve ekonomik gelişmeyi sağlamak, sağlıklı ve düzenli kentleşmeyi gerçekleştirmek ve kamu mallarını korumak; seyahat hürriyetininse, suç soruşturma ve kovuşturması sebebiyle ve suç işlenmesini önlemek amaçlarıyla kanunla sınırlanabileceği

⁷ Venedik Komisyonuna göre sokağa çıkma yasağının temel sonucu seyahat hürriyetinin kısıtlanmasıdır. Bkz European Commission For Democracy Through Law (Venice Commission), ‘Turkey Opinion On The Legal Framework Governing Curfews’, Adopted by the Venice Commission at its 107th Plenary Session (Venice, 10-11 June 2016) § 84, <[https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2016\)010-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2016)010-e) > Erişim Tarihi 20 Mayıs 2020.

⁸ Tolga Şirin, *Özgürlük ve Güvenlik Hakkı: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-1* (2. Bası, Avrupa Konseyi 2019) 34. Bu çerçevede seyahat hürriyeti ile kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı arasındaki temel fark “derece ve yoğunluk farkı”dır. Bkz ibid 50-54. Ayrıca bkz European Commission For Democracy Through Law (Venice Commission) (n 7) § 90.

⁹ Hatta söz konusu gruplar dışında bulunan kişiler için de bu durumun belli ölçüde geçerli olduğu ileri sürülebilir.

¹⁰ Bkz Selin Esen, *Anayasa Hukuku Açısından Dolaşım Özgürlüğü* (Yetkin 2014) 71.

belirtilmektedir. Maddenin devamında vatandaşın yurt dışına çıkma hürriyetinin, ancak suç soruşturması veya kovuşturması sebebiyle hâkim kararına bağlı olarak sınırlanabileceği de ifade edilmektedir. Görüldüğü üzere, seyahat ve yerleşme hürriyetine ilişkin maddede her iki hürriyetin kısıtlama sebepleri arasında salgın hastalık veya genel sağlığın korunması bulunmamaktadır. Hatta seyahat hürriyeti ile yurt dışına çıkma hürriyetinin suç soruşturması ve kovuşturması gibi “bireysel” sebeplerle sınırlanabileceği ifade edilmektedir.

1982 Anayasası’nın kişi hürriyeti ve güvenliğini düzenleyen 19. maddesinde ise **hastalık yayabilecek bir kişinin** bir müessesede tedavi, eğitim veya ıslahı için kanunda belirtilen esaslara uygun olarak alınan tedbirin yerine getirilmesi, kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının bir istisnası olarak sayılmaktadır. Ancak bu maddenin hastalık yayabilecek kişiler için uygulanabilir nitelikte olduğu görülmektedir. Her ne kadar mevcut hastalığın özellikleri sebebiyle ülkedeki herkes “hastalık yayabilecek kişi” olarak kabul edilebilirse de maddede bir müessesede tedavi, eğitim veya ıslahtan bahsedilmektedir. Haliyle 19. maddenin öngördüğü bu istisna hasta olup olmadığı belli olmaksızın belli yaş aralığında olan veya belli şehirlerde ikamet eden kişilerin sokağa çıkmasını kısıtlamanın sebebi olamaz. Üstelik maddenin devamında **her ne sebeple olursa olsun** hürriyeti kısıtlanan kişinin, kısa sürede durumu hakkında karar verilmesini ve bu kısıtlamanın kanuna aykırılığı halinde hemen serbest bırakılmasını sağlamak amacıyla yetkili bir yargı merciine başvurma hakkına sahip olduğu belirtilmektedir. Bu düzenleme de 19. maddenin öngördüğü istisnanın daha ziyade “bireysel” özgürlükten yoksun kılmalar için tasarlandığını göstermektedir.

Görüldüğü üzere, ne yerleşme ve seyahat hürriyeti ne de kişi hürriyeti ve güvenliği bakımından salgın hastalık veya genel sağlığın korunması bir sınırlama sebebi olarak ilgili maddelerde öngörülmemiştir. Bu çerçevede kişilerin kişi hürriyeti ve güvenliği ile yerleşme ve seyahat hürriyetlerinin salgın hastalık sebebiyle sınırlandırılmayacağı savunulabilir. Nitekim 2001 anayasa değişiklikleri ile birlikte 1982 Anayasası’ndaki genel sınırlama sebepleri¹¹ kaldırılmış, yalnızca Anayasa’nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak sınırlandırma yapılabileceği öngörülmüştür.

Öğretiye bakıldığında, 2001 anayasa değişiklikleri ile birlikte ilgili maddesinde sınırlama sebebi öngörülmeyen temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılıp sınırlandırılmayacağı yahut başka bir maddede yer alan sınırlama sebebi ile sınırlandırılıp sınırlandırılmayacağına ilişkin iki temel görüş şekillenmiştir. Her iki

¹¹ 2001 değişikliklerinden önce 1982 Anayasası’nın 13. maddesi şu hükümleri içermekteydi: “*Temel hak ve hürriyetler, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünün, milli egemenliğin, Cumhuriyetin, milli güvenliğin, kamu düzeninin, genel asayişin, kamu yararının, genel ahlakın ve genel sağlığın korunması amacı ile ve ayrıca Anayasanın ilgili maddelerinde öngörülen özel sebeplerle, Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak kanunla sınırlanabilir. Temel hak ve hürriyetlerle ilgili genel ve özel sınırlamalar demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olamaz ve öngörüldükleri amaç dışında kullanılamaz. Bu maddede yer alan genel sınırlama sebepleri temel hak ve hürriyetlerin tümü için geçerlidir.*”

görüş çalışma konusunu da ilgilendiren örnekler verdiğiinden bu görüşlere alıntılar eşliğinde kısaca yer verilmesinde yarar bulunmaktadır.

Gözler'e göre, ilgili maddede sınırlama sebebi belirtilmemiş temel hak ve hürriyetlerin kanunla sınırlandırılması 1982 Anayasası'nın 13. maddesine aykırı olacaktır.¹² Sınırlama sebebi öngörülen hakların da ilgili maddede belirtilmeyen sebeplere göre sınırlandırılması mümkün değildir: “*Örneğin seyahat hürriyeti “suç işlenmesini önlemek” sebebiyle sınırlandırılabilir (m.23/3), ama “genel sağlık” sebebiyle sınırlandırılmayacaktır. Çünkü Anayasanın 23’üncü maddesinde “genel sağlık” sebebi sayılmamaktadır. Dolayısıyla artık bir yerde salgın hastalık çıkması durumunda orada “karantina” ilân edilmesi Anayasamızın 23 ve 13’üncü maddelerine aykırı olacaktır.*”¹³

Karşı görüş ise ilgili anayasa maddesinde sınırlama sebeplerine yer verilmese dahi temel hak ve özgürlükler nesnel sınırları olduğunu ve diğer hak ve özgürlüklerle çatışma halinde pratik uyum ilkesi gereğince hak ve özgürlüklerin sınırlandırılabilirliğini savunmaktadır.¹⁴ Sağlam'ın belirttiği üzere, “(…) 13. maddedeki genel sınırlama sebeplerinin kaldırılmış olması, artık bir bölgenin salgın hastalıkları önleme amacıyla karantinaya alınmayacağı anlamına gelmemektedir. Bu özgürlüklerle ilgili anayasa kuralları, salgın hastalık tehlikesi altında dahi seyahat ve yerleşme özgürlüklerine koruma sağlayacak bir nesnel içeriğe sahip değildir. Çünkü bu özgürlüklerin salgın hastalık tehlikesi altında kullanılması, seyahat ve yerleşme özgürlüğünün norm alanı ile özgül bir bağlantı içinde olmayan ve bu norm alanları ile sadece arızı ve tesadüfi bir bağlantı içinde kalan bir kullanım biçimidir.”¹⁵ Benzer şekilde Esen de dolaşım hürriyetinin “*niteliğinden kaynaklanan doğal sınırları*” olduğunu belirtmektedir.¹⁶ Bu çerçevede yazar, sınırlama öngörülme dahi hakların nesnel sınırları olduğunu

¹² Bkz Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku* (3. Bası, Ekin 2019) 318-319.

¹³ İbid 322. Ayrıca bkz Kemal Gözler, ‘Anayasa Değişikliğinin Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlanması Bakımından Getirdikleri ve Göttürdükleri (Anayasanın 13’üncü Maddesinin Yeni Şekli Hakkında Bir İnceleme)’, (2001) 4 Ankara Barosu Dergisi 53, 64-65; Kemal Gözler, ‘3 Ekim 2001 Tarihli Anayasa Değişikliği: Bir Abesle İştigal Örneği’ (2002) 19 Anayasa Yargısı Dergisi 326. Söz konusu görüşün eleştirisi için bkz Tolga Şirin, ‘Tehlikeli Salgın Hastalıklarla Hukuksal Mücadeleye Anayasal Bir Giriş’, (2020) < https://www.academia.edu/42611036/TEHL%C4%B0KEL%C4%B0_SALGIN_HASTALIKLARLA_HUKUKSAL_M%C3%9CCADELEYE_ANAYASAL_B%C4%B0R_G%C4%B0R%C4%B0%C5%9E > Erişim Tarihi 19 Mayıs 2020, 15-17.

¹⁴ Örneğin bkz Abdurrahman Eren, *Özgürlüklerin Sınırlanmasında Demokratik Toplum Düzeninin Gereklileri* (Beta 2004) 76-77; Bülent Tanör ve Necmi Yüzbaşıoğlu, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku* (19. Bası, Beta 2019) 146-147; Eren (n 4) 364; Fazıl Sağlam, ‘2001 Yılı Anayasa Değişikliğinin Yaratabileceği Bazı Sorunlar ve Bunların Çözüm Olanakları’ (2002) 19 Anayasa Yargısı Dergisi 288, 291; Fazıl Sağlam, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü* (AÜSBF 1982) 128-137; Sibel İnceoğlu, ‘Hak ve Özgürlükleri Sınırlama ve Güvence Rejimi’ iç Sibel İnceoğlu (ed), *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme* (2. Bası, Beta 2013) 24-26. Ayrıca bkz Bertil Emrah Oder, *Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri: Hukuksal Yöntembilime Dayalı Karşılaştırmalı Bir Araştırma* (Beta 2010) 64 vd.

¹⁵ Sağlam, ‘2001 Yılı Anayasa Değişikliğinin Yaratabileceği Bazı Sorunlar’ (n 14) 294.

¹⁶ Esen (n 10) 149.

ve diğer hak ve özgürlüklerle çatışma halinde sınırlanabileceğini ifade etmektedir.¹⁷ Eren ise Anayasa'nın 13. maddesinde ifade edilen, “*Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebepler*” ifadesinin tek bir maddeye değil, ilgili maddelere gönderme yaptığını belirtmekte; ilgili maddelerin ne olduğuna Anayasa'nın tamamı gözetilerek her somut olayda karar verilmesi gerektiğini ifade etmektedir.¹⁸

Anayasa Mahkemesinin konu ile ilgili kararlarına bakıldığında, istisnai nitelikteki birkaç karar¹⁹ dışında ikinci görüşün benimsendiği görülmektedir. Bu çerçevede Mahkeme ilk olarak, ele aldığı temel hak ve özgürlüğe ilişkin Anayasa maddesinde sınırlama sebebi yer alıp almadığını belirtmekte, sonrasında ise hakların “doğasından kaynaklanan bazı sınırlarının” olduğunu ve hakkı düzenleyen maddede herhangi bir sınırlama nedenine yer verilmemiş olsa da Anayasa'nın başka maddelerinde yer alan kurallara dayanılarak hakların sınırlandırılmasının mümkün olduğunu ifade etmektedir: “*Anayasa Mahkemesinin birçok kararında da belirtildiği gibi temel hak ve hürriyetlerin doğasından kaynaklanan bazı sınırları bulunduğu gibi Anayasa'nın başka maddelerinde yer alan kurallar da temel hak ve hürriyetlerin doğal sınırını oluşturur. Bir başka deyişle, temel hak ve özgürlüklerin kapsamının ve objektif uygulama alanının her bir norm yönünden bağımsız olarak değil Anayasa'nın bütünü içerisindeki anlama göre belirlenmesi gerekir. Dolayısıyla Anayasa'nın diğer hükümlerinin gerektirmesi nedeniyle düzenlendiği maddede hiçbir sınırlama nedenine yer verilmeyen hakların da sınırlanabilmesi veya maddelerinde belirtilen nedenler dışında diğer anayasal nedenlere dayalı olarak sınırlama yapılabilmesi mümkün bulunmaktadır.*”²⁰ Bu çerçevede Mahkeme hem norm denetimi

¹⁷ ibid 202. Bu hususta ayrıca bkz H. Tahsin Fendoğlu, ‘2001 Anayasa Değişikliği Bağlamında Temel Hak Ve Özgürlüklerin Sınırlanması (Ay. Md.13.)’ (2002) 19 Anayasa Yargısı Dergisi 178; Mehmet Sağlam, ‘Ekim 2001 Tarihinde Yapılan Anayasa Değişiklikleri Sonrasında, Düzenlendikleri Maddede Hiçbir Sınırlama Nedenine Yer Verilmemiş Olan Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırı Sorunu’ (2002) 19 Anayasa Yargısı Dergisi 233; Nihat Bulut, ‘4709 sayılı Kanunla Yapılan Anayasa Değişikliği Çerçevesinde Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması Rejiminin Birey Devlet İlişkisi Açısından Değerlendirilmesi’ (2001) 5(1-4) Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi 37; Zühtü Arslan, ‘Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması: Anayasa'nın 13. Maddesi Üzerine Bazı Düşünceler’ (2002) 19 Anayasa Yargısı Dergisi 216.

¹⁸ Eren (n 4) 368.

¹⁹ “*Anayasa'nın 13. maddesine göre temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması ancak ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olup, Anayasa'nın 36. maddesinde böyle bir sınırlandırma öngörülmemiştir (...)* Bu nedenlerle kural Anayasa'nın 36. maddesine aykırıdır. İptali gerekir.” Bkz Anayasa Mahkemesi, 2000/48, 20.03.2002. Benzer yönde: Anayasa Mahkemesi, 2001/5, 28.03.2002. “*Yurt dışına çıkma özgürlüğü sadece Anayasa'nın 23. maddesinde sayılan özel sınırlama nedenlerine bağlı olarak sınırlandırılabilir.* 23. maddede yurt dışına çıkma yaşağıyla ilgili sınırlama nedenleri vatandaşlık ödevi ve ceza soruşturması veya kovuşturması olarak gösterilmiştir. Anayasa'da sınırlama nedenlerinin sayılarak belirlenmiş olması, yasa koyucunun bunlar dışında kalan bir nedenle yurt dışına çıkma özgürlüğünün sınırlanması sonucunu doğuracak düzenlemeler yapamayacağını göstermektedir.” Bkz Anayasa Mahkemesi, 2007/4, 18.10.2007; Anayasa Mahkemesi, 2008/66, 22.07.2008. “*Anayasa'da sınırlama nedenlerinin sayılarak belirlenmiş olması, yasakoyucunun bunlar dışında kalan bir nedenle yerleşme özgürlüğünün sınırlanması sonucunu doğuracak düzenlemeler yapamayacağını göstermektedir.* Dava konusu kurallarda belirtilen “millî güvenlik”, yerleşme özgürlüğüyle ilgili sınırlama nedenleri arasında sayılmamıştır. Anayasa'nın ilgili maddesinde gösterilen sınırlama nedenlerine dayandırılmayan kuralla, aile veya fertlerin millî güvenlik nedeniyle zorunlu iskâna tabi tutulması, Anayasa'nın 23. maddesinin güvence altına aldığı yerleşme özgürlüğü alanına yapılan açık müdahale niteliğindedir. Bu nedenlerle, dava konusu kurallar Anayasa'nın 13. ve 23. maddelerine aykırıdır ve iptalleri gerekir.” Bkz Anayasa Mahkemesi, 2006/142, 24.09.2008. Öte yandan Anayasa Mahkemesi genel nüfus sayımlarında sokağa çıkma yaşağı konulmasına ilişkin normun anayasallığını incelediği bir kararda, sokağa çıkma yaşağının 19. ve 23. maddelerde belirtilen sınırlamalar içerisinde yer almadığını da ifade etmiştir. Bkz Anayasa Mahkemesi, 2000/82, 26.11.2002. Bu kararda Mahkeme, genel nüfus sayımlarında sokağa çıkma yaşağı konulmasına ilişkin düzenlemeyi iptal etmekle birlikte iptal gerekçesi, söz konusu düzenlemenin (eski) 91. madde gereği KHK ile yapılmasının mümkün olmaması olmuştur.

²⁰ Anayasa Mahkemesi, 2014/176, 27.05.2015.

kararlarında hem de bireysel başvurularla ilgili verdiği kararlarda benzer ifadeleri kullanmaktadır.²¹ Üstelik Mahkeme sınırlama sebebi bulunmayan temel hak ve hürriyetler sınırlandırıldığında yahut hakkın veya hürriyetin düzenlendiği maddede belirtilen sınırlama sebebi dışında bir sebeple sınırlama yapıldığında, sınırlama sebebinin temel hak ve hürriyetlere ilişkin maddelerde yer almasının zorunlu olmadığı kanaatindeyiz. Bu çerçevede Cumhuriyetin nitelikleri ya da devlete yüklenen ödevler, hak ve hürriyetleri sınırlandırma sebebi olarak kabul görebilmektedir.²²

Sonuç olarak, öğretinin çoğunluğu ve Anayasa Mahkemesi, temel hak ve hürriyetlerin kendi sınırları olduğunu, bunların düzenledikleri Anayasa maddesi dışındaki maddelerde belirtilen sebeplerle sınırlanabileceğini kabul etmektedir. Bu çerçevede müdahale edilen hak ve hürriyete ilişkin belirtilen özel sınırlama sebepleri dışında, genel sağlığın korunması, kamu düzeni, devletin temel amaç ve görevlerini düzenleyen 5. madde, herkesin yaşam hakkına sahip olduğunu belirten 17. madde ile sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına ilişkin 56. madde COVID-19 sebebiyle getirilen sokağa çıkma kısıtlamalarının sebepleri olarak gösterilebilir.²³

IV. Sokağa Çıkma Kısıtlamalarının Kanunilik İlkesine Uygunluğu

COVID-19 sebebiyle getirilen sokağa çıkma kısıtlamalarının Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak getirildiğini -tartışmalı da olsa- tespit ettikten sonra sıra, kanunilik ilkesi çerçevesinde inceleme yapmaya gelmektedir. 1982 Anayasası'nın 13. maddesi gereğince temel hak ve hürriyetler, ancak kanunla sınırlanabilir. Bu çerçevede anlaşılması gereken Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından yapılan şekli anlamda kanundur. Ancak kanunilik ilkesi kanunun şekli

²¹ Manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkı açısından bkz Anayasa Mahkemesi, Bireysel Başvuru, 2013/2187, 19.12.2013, § 33. Özel ve aile hayatına saygı hakkı bakımından bkz Anayasa Mahkemesi, Bireysel Başvuru, 2014/18849, 11.01.2017; Anayasa Mahkemesi, Bireysel Başvuru, 2016/8080, 26.12.2019, § 48; Anayasa Mahkemesi, 2014/176, 27.05.2015. Hak arama hürriyeti ile ilgili olarak bkz Anayasa Mahkemesi, Bireysel Başvuru, 2015/3324, 26.02.2020, § 42; Anayasa Mahkemesi, Bireysel Başvuru, 2017/21973, 11.12.2019, § 35; Anayasa Mahkemesi, 2016/37, 14.07.2016; Anayasa Mahkemesi, 2015/96, 10.02.2016; Anayasa Mahkemesi, 2010/83, 01.11.2012; Anayasa Mahkemesi, 2012/35, 27.12.2012; Anayasa Mahkemesi, 2017/24, 14.06.2017. Özel hayatın gizliliği ile ilgili bkz Anayasa Mahkemesi, Bireysel Başvuru, 2016/8080, 26.12.2019, § 48. Çalışma ve sözleşme hürriyeti ile ilgili olarak bkz Anayasa Mahkemesi, 2011/150, 14.02.2013; Anayasa Mahkemesi, 2014/87, 08.12.2015.

²² "(...) Anayasa'nın başka maddelerinde yer alan hak ve özgürlükler ile devlete yüklenen ödevler özel sınırlama sebebi gösterilmemiş hak ve özgürlüklere sınır teşkil edebilir." Bkz Anayasa Mahkemesi, 2018/73, 24/07/2019. "Özürü ve eski hükümlü çalıştırma yükümlülüğü, ruhsal veya fiziksel açıdan yetersizliği nedeniyle yahut işlemi olduğu bir suç dolayısıyla aldığı cezadan dolayı iş bulma imkânını önemli ölçüde yitirenleri koruma düşüncesine dayanmaktadır. Anayasa'nın 50. maddesinin ikinci fıkrasındaki "Küçükler ve kadınlar ile bedeni ve ruhi yetersizliği olanlar çalışma şartları bakımından özel olarak korunurlar." hükmü özürülilerin özel olarak himaye edilmesini güvence altına aldığından kural, özürülüler bakımından Anayasa'nın 50. maddesinin bir gereğidir (...) Anayasa'nın 61. ve 48. maddelerindeki Devlete verilen söz konusu yükümlülükler birlikte değerlendirildiğinde, özel ve kamu ayırımı yapılmaksızın özürü ve eski hükümlü çalıştırma zorunluluğu öngörülen kuralın, sosyal amaçları gözettiği ve sosyal devlet ilkesinin bir sonucu olduğu, ayrıca kuralda özel kesim açısından bir ölçüsüzlükten de söz edilemeyeceği anlaşılmaktadır." Bkz Anayasa Mahkemesi, 2006/101, 19.06.2008. Söz konusu kararın eleştirisi için bkz Gözler (n 4) 358-359; Tamer Bozkurt, 'Anayasa Mahkemesi'nin 4857 Sayılı İş Kanunu'ndaki Engelli ve Eski Hükümlü Çalıştırma Zorunluluğunun Anayasa'ya Uygun Olduğuna Dair Verdiği Karar Üzerine Düşünceler' (2009) 2 Ankara Barosu Dergisi 98.

²³ Esen de Anayasa'nın 17. ve 56. maddeleri hükümlerine dayanılarak seyahat özgürlüğünün sınırlandırılmasının mümkün olduğunu belirtmektedir. Yazar ayrıca "ölümcül salgınlar" sebebiyle tehlikeye düşülecek başkalarının yaşamlarının güvence altına alınması amacıyla da dolaşım özgürlüğünün kısıtlanmasının mümkün olduğunu ifade etmektedir. Bkz Esen (n 10)160.

anlamda varlığıyla yetinmemekte, içerik bakımından da belli özelliklere sahip olmasını gerektirmektedir. Anayasa Mahkemesi de şekli anlamda kanunun gerekli ancak yetersiz olduğunu belirtmekte, “kanunun kalitesinin” de kanunilik koşulunun sağlanıp sağlanmadığının tespitinde önem arz ettiğini kabul etmektedir. Bu bakımdan kanuni düzenleme ulaşılabilir, belirli ve öngörülebilir olmalıdır.²⁴ Bir diğer deyişle, Anayasa’nın 13. maddesinin aradığı anlamda kanun, “(...) kamu gücünü kullanan organların keyfi davranışlarının önüne geçen ve kişilerin hukuku bilmelerine yardımcı olacak, erişilebilir, öngörülebilir ve kesin nitelikte” olmalıdır.²⁵

Anayasa Mahkemesine göre ulaşılabilirlik ilgili kanunun aleni olmasını yani yayımlanmasını ifade etmektedir.²⁶ Türkiye’de tüm kanunlar Resmi Gazete’de yayımlandığından bu koşulun gerçekleşmesi bakımından bir sorunun ortaya çıkması zor gözükmemektedir.²⁷ Belirlilik bakımından, Mahkemenin 2014 yılında kabul edilen 6552 sayılı Kanun’la ilgili iptal gerekçesi yol gösterici olabilir. İptal davasına konu olan kural, internet trafik bilgisinin Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı tarafından ilgili işletmecilerden herhangi bir hukuki inceleme ya da sürece dahil olmadan alınmasını ve hâkim tarafından karar verilmesi durumunda bu bilginin ilgili mercilere verilmesini düzenlemektedir. Mahkeme söz konusu kuralla ilgili verdiği iptal kararında, “Kuralda, temin edilecek bilgiyle ilgili olarak herhangi bir konu ve amaç sınırlaması bulunmadığı gibi bilginin kapsamı, ne şekilde kullanılacağı, tutulacağı süre, temin edilme gerekçesi gibi hususlarla ilgili olarak da herhangi bir belirlilik bulunmamaktadır.”²⁸ ifadelerini kullanmıştır. O halde temel hak ve özgürlüklere müdahale durumunda müdahalenin kapsamı, ne şekilde olacağı, süresi gibi temel konuların belirlilik ilkesi gereğince kanunda yer alması gerektiği söylenebilir.

Belirlilikle sıkı sıkıya bağlantılı öngörülebilirlik²⁹ ise kanuni düzenlemenin muhatabı tarafından kavranma derecesi ile ilgilidir. Anayasa Mahkemesinin ses getiren Youtube kararında ifade ettiği gibi, “(...) İdari işleme engellenmenin URL bazlı değil de tüm siteye erişimin engellenmesi şeklinde yapılabileceğine ilişkin bir düzenlemeye Kanun’un herhangi bir hükmünde yer verilmediği, ayrıca idarece bu konudaki yetkinin hangi sınırlama araçları (alan adından erişimin engellenmesi, IP adresinden erişimin engellenmesi, içeriğe erişimin engellenmesi ve benzeri

²⁴ Güncel kararlardan örnekler için bkz Anayasa Mahkemesi, Bireysel Başvuru, 2017/4483, 13.02.2020; Anayasa Mahkemesi, Bireysel Başvuru, 2016/67737, 19.11.2019; Anayasa Mahkemesi, Bireysel Başvuru, 2016/15421, 12.11.2019.

²⁵ Bkz Anayasa Mahkemesi, Bireysel Başvuru, 2014/256, 25.06.2014, § 91.

²⁶ Anayasa Mahkemesi, Bireysel Başvuru, 2014/6193, 15.10.2015, § 49.

²⁷ Anayasa Mahkemesi de birçok kararda “(...) Kanun hükümlerinin Resmi Gazete’de yayımlandıkları dikkate alındığında yeterince ulaşılabilir olduklarında kuşku bulunmamaktadır.” ifadesini kullanmaktadır. Örneğin bkz Anayasa Mahkemesi, Bireysel Başvuru, 2017/32754, 10.03.2020, § 32.

²⁸ Anayasa Mahkemesi, 2014/149, 02.10.2014. Benzer yönde bkz Anayasa Mahkemesi, 2014/87, 08.12.2015.

²⁹ “Anayasal haklara yönelik müdahalenin bir kanuna dayanması yeterli olmayıp, bu kanunun belirlilik ve öngörülebilirlik gibi belli niteliklere sahip olması gerekir. Başka bir ifadeyle kanun, ilgili kişinin davranışlarını belirlemesi amacıyla, kolayca ulaşabileceği, gerektiğinde profesyonel yardım almak suretiyle de olsa anlayabileceği, açık, net ve yeterince belirgin nitelikte olmalıdır.” Anayasa Mahkemesi, 2014/87, 08.12.2015, § 232.

yöntemlerle erişimin engellenmesi) kullanılarak erişimin engelleneceğinin tam bir açıklıkla ortaya konulmadığı, dolayısıyla idareye verilen yetkinin kapsam ve sınırlarının öngörülemez olduğu anlaşılmaktadır. Ayrıca, Kanun'un 9. maddesinin (4) numaralı fıkrasında hâkime kademeli olarak erişimin engellenmesi konusunda verilen yetkiye benzer tarzda bir yetkinin kamu idaresi açısından da geçerli olup olmadığı belirgin değildir. Bu nedenle TİB'e erişimin engellenmesine yönelik olarak verilen yetkinin kanuni dayanağının kanunilik ilkesinin asgari şartı olan kanunun anlaşılır, açık ve net olması zorunluluğunu karşılamaması nedeniyle kapsam ve sınırlarının belirsiz olduğu görülmektedir. Yukarıda yapılan açıklamalardan, youtube.com sitesine erişimin tümüyle engellenmesine yönelik müdahalenin, yeterince açık ve belirgin bir kanuni dayanağa sahip olmadığı ve bu yönüyle başvuruçular açısından öngörülebilir nitelikte bulunmadığı anlaşılmaktadır.³⁰ Görüldüğü üzere, belirlilikle ayırtmaz bir şekilde bağlı olan öngörülebilirlik, normun uygulanmasının ardından ortaya çıkan netice ile normun muhataplarının “beklentisi” arasındaki yakınlığa bakmaktadır. Diğer bir deyişle hukuk kuralının uygulanması hâlinde doğabilecek sonuçların, önceden tahmin edilebilmesini ifade etmektedir.³¹

Kanunilik ilkesinin şekli anlamda kanunla yetinmemesinin ve yukarıda belirtilen “kalite standartlarını” aramasının belirli sonuçları bulunmaktadır. Bu çerçevede ilk olarak belirtilmesi gereken, sınırlama getiren kanunların uygulayıcıların kişisel görüşlerine göre şekillenecek şekilde açıklık ve kesinlik taşımayan düzenlemeler içermesi halinde kanunilik ilkesinin gereklerinin yerine gelmeyecek olmasıdır.³² Zira kanunların uygulanma şekli yürütme organının insafına bırakılmış, dilenildiği ölçüde inisiyatif kullanılacak bir husus değildir.³³ Hürriyet asıl, sınırlama istisna olduğundan sınırlamaların açıkça öngörülmesi gerekmekte, hürriyetlerin örtülü olarak sınırlandırılması mümkün olmamalıdır.³⁴

İkinci olarak, kanunlarda temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması öngörülmüş olsa dahi bu amaçla tanınan yetkilerin dar yorumlanması gerekmektedir. Özellikle tanınan yetkinin belli bir şeyi yapabilmeyi içerip içermediği hususunda tereddüt doğarsa, *potestas stricte interpretatur* ilkesi gereğince yetkinin söz konusu şeyi yapabilmeyi içermediği kabul edilmelidir.³⁵ Bir diğer sonuç ise kanunla getirilmeyen bir sınırlamanın idari işlemlerle getirilmesinin mümkün olmamasıdır.³⁶ Temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması söz konusu olduğunda, yürütme organının

³⁰ Anayasa Mahkemesi, Bireysel Başvuru, 2014/4705, 29.05.2014, § 63-64.

³¹ Anayasa Mahkemesi, Bireysel Başvuru, 2014/6193, 15.10.2015, § 50.

³² Eren (n 4) 359. Ayrıca bkz Eren (n 14) 70.

³³ Ömer Anayurt, *Anayasa Hukuku Genel Kısım (Temel İlkeler, Kavram ve Kurumlar)* (2. Bası, Seçkin 2019) 616.

³⁴ Kemal Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi - Cilt I* (Ekin 2011) 302. Ayrıca bkz Kemal Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi - Cilt II* (Ekin 2011) 505-506.

³⁵ Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi - Cilt I* (n 34) 300-301.

³⁶ Eren (n 4) 360.

gerçekleştireceği işlemler ancak “*kullanımla ilgili biçimsel*”³⁷ işlemler olabilir. Haliyle yürütme organı yeni bir sınırlama getirmek veya var olan sınırlamanın kapsamını genişletmekten ziyade kanunda öngörülen sınırlamanın uygulanmasını gerçekleştirebilir.³⁸ Anayasa Mahkemesinin ısrarla vurguladığı gibi, “(...) *temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına yönelik yapılacak kanuni düzenlemelerde kanun koyucunun temel esasları, ilkeleri ve çerçeveyi belirledikten sonra diğer ayrıntıların düzenleyici işlemler ile belirlenebileceği kabul edilmiştir. Aksi bir durum temel hak ve özgürlüklerin ancak kanunla sınırlanabileceğine ilişkin Anayasa'nın 13. maddesi hükmüne de aykırılık oluşturacaktır.*”³⁹

Giriş kısmında belirtildiği üzere, sokağa çıkma kısıtlamaları öngören genelgelerin dayanağı olarak İl İdaresi Kanunu'nun 11. maddesinin C fıkrası ile Umumi Hıfzısıhha Kanunu'nun 27. ve 72. maddeleri gösterilmektedir. Aşağıda her iki kanunun ilgili maddelerinin sokağa çıkma kısıtlamaları bakımından kanunilik ilkesinin gereklerini karşılayıp karşılamadığı incelenecektir.

1. İl İdaresi Kanunu

İl İdaresi Kanunu'nun 11. maddesinin C fıkrasına dayanılarak sokağa çıkma kısıtlamaları gerçekleştirilmesi, COVID-19 salgınından önce de söz konusu olmuştur. Bu çerçevede özellikle 2015 yılının Eylül - Aralık ayları arasında Güneydoğu'da uygulanan sokağa çıkma kısıtlamaları akıllara gelebilir. Üstelik söz konusu tarihlere İl İdaresi Kanunu'nun 11. maddesinin C fıkrası çok daha kısa ve genel bir düzenleme içermekteydi: “*İl sınırları içinde huzur ve güvenliğin, kişi dokunulmazlığının, tasarrufa müteallik emniyetin, kamu esenliğinin sağlanması ve önleyici kolluk yetkisi valinin ödev ve görevlerindedir. Bunları sağlamak için vali gereken karar ve tedbirleri alır. Bu hususta alınan ve ilan olunan karar ve tedbirlere uymayanlar hakkında 66 ncı madde hükmü uygulanır.*”⁴⁰

Söz konusu dönemde uygulanan sokağa çıkma kısıtlamalarının olağanüstü hâl ilanı olmaksızın İl İdaresi Kanunu'na dayanılarak gerçekleştirilmesi birçok eleştiriye sebep olmuş, getirilen kısıtlamaların Anayasa'ya aykırı olduğu ileri sürülmüştür.⁴¹ Bu

³⁷ Tanör ve Yüzbaşıoğlu (n 14) 158.

³⁸ Gözler (n 4) 227; Gözler (n 12) 311.

³⁹ Anayasa Mahkemesi, Bireysel Başvuru, 2016/7628, 27.02.2020; Anayasa Mahkemesi, Bireysel Başvuru, 2017/16005, 11.12.2019; Anayasa Mahkemesi, Bireysel Başvuru, 2013/6693, 16.04.2015. Ayrıca bkz Anayasa Mahkemesi, Bireysel Başvuru, 2014/16877, 22.03.2018; Anayasa Mahkemesi, Bireysel Başvuru, 2014/2889, 25.01.2018; Anayasa Mahkemesi, Bireysel Başvuru, 2013/7666, 10.12.2015.

⁴⁰ İl İdaresi Kanunu'nun son değişiklikler öncesi metnine TBMM Mevzuat Bilgi Sistemi üzerinden ulaşılmıştır. Bkz < https://mevzuat.tbmm.gov.tr/mevzuat/faces/kanunmaddeleri?pkunlarno=41587&pkunnumarasi=54_42 > Erişim tarihi 18 Mayıs 2020.

⁴¹ Bkz Artuk Ardıçoğlu, ‘Hukuka Uygun Olmayan Sokağa Çıkma Yasası Hukuka Aykırı mıdır?’ (*Birikim Dergisi*, 27 Kasım 2015) < <https://www.birikimdersisi.com/guncel/7331/hukuka-uygun-olmayan-sokaga-cikma-yasagi-hukuka-aykiri-midir> > Erişim Tarihi 25 Mayıs 2020. Emine Cin Karagöz, ‘Özel Güvenlik Bölgesi ve Sokağa Çıkma Yasası İlanının Hukuki Niteliği ve Uygulamadan Kaynaklı Sorunlar’ (2016) 20(2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 625; Gözler (n 12) 1004; Tolga Şirin, ‘Eine Ausgangssperre Ohne Ausnahmestand?’ (2015) 4(7) Anayasa Hukuku Dergisi 275.

çerçeve de İl İdaresi Kanunu'nun ilgili düzenlemelerinin Anayasa'nın 13. maddesinin aradığı kanunilik koşulunu sağlamadığı,⁴² kanunda sokağa çıkma kısıtlaması getirme yetkisi tanınmadığı⁴³ savunulmuştur. Hatta Güneydoğu'da “*anayasal olmayan bir olağanüstü hâl*” söz konusu olduğu dahi dile getirilmiştir.⁴⁴

İl İdaresi Kanunu'na dayanılarak uygulanan sokağa çıkma kısıtlamaları ile ilgili hazırladığı raporda Venedik Komisyonu da benzer eleştiriler getirmiştir. Komisyona göre sokağa çıkma kısıtlamalarının dayanağı olan söz konusu kanun ile kısıtlamaya ilişkin kararlar, Türkiye'nin 1982 Anayasası ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi başta olmak üzere temel hak ve hürriyetlere ilişkin uluslararası yükümlülüklerinde yer alan kanunilik ilkesinin gereklerini karşılamamaktadır.⁴⁵ Bu çerçevede Komisyon, İl İdaresi Kanunu'na dayanılarak sokağa çıkma kısıtlaması uygulamalarına son verilmesini, sokağa çıkma yasağı gibi olağanüstü önlemler alınacaksa bunların ulusal kurallar ve uluslararası yükümlülüklerle uyumlu şekilde gerçekleştirilmesi gerektiğini vurgulamıştır.⁴⁶ Komisyonun temel eleştirileri, dayanak kanunda sokağa çıkma kısıtlamaları ile ilgili hukuki çerçevenin çizilmemiş olması, kısıtlamalar esnasında hangi önlemlerin alınacağına belirsiz olması ve getirilen sınırlamaların Anayasa ve uluslararası yükümlülüklerle uyumlu olmasının ne şekilde sağlanacağına ilişkin güvencelerin yer almaması üzerine olmuştur.⁴⁷ Sonuç olarak, sokağa çıkma kısıtlamalarının dayanağı olarak gösterilen İl İdaresi Kanunu'ndaki hükümlerin kanunun kalitesi, öngörülebilirlik ve hukuki belirlilik açısından ciddi sorunlar içerdiği ve kısıtlamaların kanunla öngörülme koşulunu taşımadığı savunulmuştur.⁴⁸

Kanun koyucu yapılan eleştirileri haklı görmüş olmalı ki 2018 yılında kabul edilen 7145 sayılı Kanun'la İl İdaresi Kanunu'nun 11. maddesinin C fıkrasında eklemeler ve değişiklikler yapılarak madde çok daha ayrıntılı düzenlemeleri içerir hale getirilmiştir. Günümüzde yürürlükte olan ve COVID-19' la mücadele çerçevesinde ilan edilen sokağa çıkma kısıtlamaları genelgelerinin dayanağı olan düzenleme şu şekildedir:

⁴² Ece Göztepe, ‘Ein Paradigmenwechsel für den Sicherheitsstaat: Die Praxis des Ausnahmezustandes im Südosten der Türkei’ iç Matthias Lemke (ed), *Ausnahmezustand: Theoriegeschichte – Anwendungen – Perspektiven* (Springer VS 2017) 119. Belirtmek gerekir ki söz konusu sokağa çıkma kısıtlamalarında dayanak olarak İl İdaresi Kanunu m. 11/C'nin yanı sıra ilçe sınırları içinde huzur ve güvenliğin, kişi dokunulmazlığının, tasarrufa mütaallik emniyetin, kamu esenliğinin sağlanmasının ve önleyici kolluk yetkisinin kaymakamın ödev ve görevlerinden olduğunu ve bunları sağlamak için kaymakamın gereken karar ve tedbirleri alacağını belirten 32/Ç maddesine de dayanılmıştır.

⁴³ Şirin (n 41) 280-282. Ardıçoğlu'nun ifadesiyle, “(...) idare belirli bir işlemi yapma konusunda “*takdir yetkisine*” sahip olmakla birlikte, o işlemin ne olduğunu “*tayin etme yetkisine*” sahip değildir. Bu, Anayasa madde 123/1'de düzenlenmiş olan “*kanuni idare*” ilkesinin temel sonucudur. Maddelerde yer alan “*gerekli*” ifadesi kanunların öngörmüş olduğu sonuçlardan birini seçme konusundadır.” Bkz Ardıçoğlu (n 41).

⁴⁴ Göztepe (n 42) 123. Benzer yönde: Şirin (n 41) 282.

⁴⁵ European Commission For Democracy Through Law (Venice Commission) (n 7) § 99.

⁴⁶ ibid § 100.

⁴⁷ ibid § 92.

⁴⁸ ibid § 85-86.

“İl sınırları içinde huzur ve güvenliğin, kişi dokunulmazlığının, tasarrufa müteallik emniyetin, kamu esenliğinin sağlanması ve önleyici kolluk yetkisi valinin ödev ve görevlerindedir. Bunları sağlamak için vali gereken karar ve tedbirleri alır.

Vali, kamu düzeni veya güvenliğinin olağan hayatı durduracak veya kesintiye uğratabilecek şekilde bozulduğu ya da bozulacağına ilişkin ciddi belirtilerin bulunduğu hâllerde on beş günü geçmemek üzere ildeki belirli yerlere girişi ve çıkışı kamu düzeni ya da kamu güvenliğini bozabileceği şüphesi bulunan kişiler için sınırlayabilir; belli yerlerde veya saatlerde kişilerin dolaşmalarını, toplanmalarını, araçların seyirlerini düzenleyebilir veya kısıtlayabilir ve ruhsatlı da olsa her çeşit silah ve mermimin taşınması ve naklini yasaklayabilir.

*Bu fıkra kapsamında alınan ve ilan olunan karar ve tedbirlere uymayanlar hakkında 66 ncı madde hükmü uygulanır.*⁴⁹

Görüldüğü üzere 2018 yılında yapılan değişikliklerle İl İdaresi Kanunu'nun 11. maddesinin C fıkrası daha ayrıntılı hale getirilmiş ve özellikle eklenen ikinci paragraf ile valilere oldukça geniş yetkiler verilmiştir. Ancak söz konusu düzenlemenin sokağa çıkma kısıtlamalarına dayanak olması bu haliyle de mümkün gözükmemektedir.

Fıkranın ilk bendinde valilerin görev ve yetkileri genel olarak belirtilmektedir. Bu bakımdan ilk bent ile karar ve tedbirlere uymayanlar hakkında 66. maddenin uygulanacağını belirten üçüncü bent, 2018 değişikliklerinden önce 11. maddenin C fıkrasının tamamını oluşturmaktaydı. Venedik Komisyonu ve öğretinin eleştirileri ile kanun koyucunun fıkrayı genişletmesi göz önüne alındığında sokağa çıkma kısıtlamalarının birinci ve üçüncü bentlere dayandırılmayacağı anlaşılmaktadır. Bu durumda COVID-19 sebebiyle uygulanan sokağa çıkma kısıtlamalarının dayanağı fıkranın ikinci bendi olabilir. İkinci bentte ilk olarak, **kamu düzeni ya da kamu güvenliğini bozabileceği şüphesi bulunan kişiler** için ildeki belirli yerlere giriş ve çıkışın sınırlandırılabilirliğinden bahsedilmektedir. Sokağa çıkma kısıtlaması getirilen şehirlerdeki herkesin hastalık taşıma ya da yayma bakımından kamu düzeni ya da kamu güvenliğini bozabileceği şüphesi olsa dahi belirli yerlere giriş ve çıkışın sınırlandırılmasından bahsedildiğinden genel sokağa çıkma kısıtlamalarının dayanağı ikinci bentteki bu düzenleme olamaz. O halde bentte (araçlara, silah ve mermilere ilişkin ifade bir tarafa bırakılırsa) sokağa çıkma kısıtlamasına dayanak olabilecek tek yetki kalmaktadır: Vali, kamu düzeni veya güvenliğinin olağan hayatı durduracak veya kesintiye uğratabilecek şekilde bozulduğu ya da bozulacağına ilişkin

⁴⁹ İl İdaresi Kanunu'nun 66. maddesi uyarınca, “İl genel kurulu veya idare kurulları yahut en büyük mülkiye amirleri tarafından kanunların verdiği yetkiye istinaden ittihaz ve usulen tebliğ veya ilan olunan karar ve tedbirlerin tatbik ve icrasına muhalefet eden veya müşkülât gösterenler veya riayet etmeyenler, mahalli mülki amir tarafından Kabahatler Kanununun 32 nci maddesi hükmü uyarınca cezalandırılır. Ancak, kamu düzenini ve güvenliğini veya kişilerin can ve mal emniyetini tehlikeye düşürecek toplumsal olayların baş göstermesi hâlinde vali tarafından kamu düzenini sağlamak amacıyla alınan ve usulüne göre ilan olunan karar ve tedbirlere aykırı davranışlar, üç aydan bir yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır.”

ciddi belirtilerin bulunduğu hâllerde on beş günü geçmemek üzere belli yerlerde veya saatlerde kişilerin dolaşmalarını, toplanmalarını (...) düzenleyebilir veya kısıtlayabilir. Ancak “*Belli yerlerde veya saatlerde*” ifadesi ilin tamamını kapsayacak şekilde yorumlanamaz. Zira “belli” ifadesi “tüm” veya “her” ifadesinden farklı olup bütün içinde sınırlı bir payı ifade etmektedir. Ayrıca düzenlenecek ya da kısıtlanacak olanın kişilerin dolaşması ve/veya toplanması olduğu belirtilmektedir. Dolaşma veya toplanma COVID-19 sebebiyle getirilen sokağa çıkma kısıtlamalarının yoksun kıldığı hareket tarzlarından yalnızca ikisini ifade etmektedir. Ayrıca “toplama” ifadesi biraz daha net olmakla birlikte “dolaşma” ifadesine yüklenmesi gereken anlam da belirli değildir. Sonuç olarak İl İdaresi Kanunu’nun 11. maddesinin C fıkrasında sokağa çıkma kısıtlamaları açıkça düzenlenmediği gibi, düzenlenen yetkilerin genel sokağa çıkma yasağı getirecek genişlikte yorumlanması da mümkün değildir.⁵⁰ Bu sonuç yukarıda ifade edilen; hürriyetlerin geniş, sınırlamaların ve yetkilerin dar yorumlanması, sınırlamaların örtülü olarak öngörülememesi ve kanunla getirilmeyen sınırlamaların idari işlemlerle getirilememesinin sonucudur.⁵¹

2. Umumi Hıfzısıhha Kanunu

İl İdaresi Kanunu dışında sokağa çıkma kısıtlamalarında dayanak gösterilen diğer düzenlemeler Umumi Hıfzısıhha Kanunu’nda bulunmaktadır. Bu çerçevede Kanun’un 27. ve 72. maddelerine dayanılmaktadır.

Umumi Hıfzısıhha Kanunu’nun 27. maddesi uyarınca, “*Umumi hıfzısıhha meclisleri mahallin sıhhi ahvalini daima nazarı dikkat önünde bulundurarak şehir ve kasaba ve köyler sıhhi vaziyetinin islahına ve mevcut mahzurların izalesine yarayan tedbirleri alırlar. Sari ve salgın hastalıklar hakkında istihbaratı tanzim, sari ve içtimai hastalıklardan korunmak çareleri ve sıhhi hayatın faideleri hakkında halkı tenvir ve bir sari hastalık zuhurunda hastalığın izalesi için alınan tedbirlerin ifasına muavenet eylerler.*”

⁵⁰ Gemalmaz ve Şirin de İl İdaresi Kanunu’nun 11. maddesinin C fıkrasının bu haliyle genelgelere dayanak olmasının mümkün olmadığını belirtmektedir. Bkz Burak Gemalmaz, ‘COVID-19 Döneminde Hak ve Özgürlükler’ (MÜHF Talks #6: Burak Gemalmaz & Tolga Şirin, 15 Mayıs 2020) < <https://www.youtube.com/watch?v=YnckRrr3eNY> > Erişim Tarihi 20 Mayıs 2020; Tolga Şirin, ‘COVID-19 Döneminde Hak ve Özgürlükler’ (MÜHF Talks #6: Burak Gemalmaz & Tolga Şirin, 15 Mayıs 2020) < <https://www.youtube.com/watch?v=YnckRrr3eNY> > Erişim Tarihi 20 Mayıs 2020. Ayrıca bkz Şirin (n 13) 37.

⁵¹ Ceza Muhakemesi Kanunu’nun gözetiyi düzenleyen 91. maddesinde, “*10/6/1949 tarihli ve 5442 sayılı İl İdaresi Kanununa dayanılarak ilan edilen sokağa çıkma yasağını ihlal etme*”, mülki amirlerce belirlenecek kolluk amirleri tarafından yirmi dört saate kadar gözaltı kararı verilebilecek hallerden birisi olarak sayılmaktadır. İl İdaresi Kanunu’nda sokağa çıkma yasağının getirilmesine ilişkin açık bir hüküm yoktur. Söz konusu düzenlemenin “İl İdaresi Kanunu’nun 11. maddesinin C fıkrası uyarınca alınan karar ve tedbirlere aykırı hareket etme”yi farklı bir kategori altına alması beklenirdi. Tüm eleştirilere rağmen sokağa çıkma kısıtlamasını İl İdaresi Kanunu’nda açıkça düzenlemeyen kanun koyucunun Ceza Muhakemesi Kanunu’nda sokağa çıkma yasağından açıkça bahsetmesi de ilginçtir. İl İdaresi Kanunu’nun, mevcut haliyle sokağa çıkma yasağına dayanak olamayacağı savunulduğundan Ceza Muhakemesi Kanunu’ndaki hükmün de uygulama alanı bulmaması gerekir.

Umumi Hıfzısıhha Kanunu'nun 72. maddesi uyarınca, "57 nci maddede zikredilen hastalıklardan biri zuhur ettiği veya zuhurundan şüphelenildiği takdirde aşağıda gösterilen tedbirler tatbik olunur:

- 1- Hasta olanların veya hasta olduğundan şüphe edilenlerin ve hastalığı neşrii tamim eylediği tetkikatı fenniye ile tebeyyün edenlerin fennen icap eden müddet zarfında ve sıhhat memurlarınca hanelerinde veya sıhhi ve fenni şartları haiz mahallerde tecrit ve müşahede altına vaz'ı.
- 2- Hastalara veya hastalığa maruz bulunanlara serum veya aşı tatbiki.
- 3- Eşhas, eşya, elbise, çamaşır ve binaların ve fennen intana maruz olduğu tebeyyün eden sair bilcümle mevaddın fenni tathiri.
- 4- Hastalık neşreden haşarat ve hayvanatın itlafi.
- 5- Memleket dahilinde seyahat eden eşhasın icap eden mahallerde muayenesi ve eşyalarının tathiri.
- 6- Hastalığın sirayet ve intişarına sebebiyet veren gıda maddelerinin sarf ve istihlakinin men'i.
- 7- Dahilinde sari ve salgın hastalıklardan biri zuhur eden umumi mahallerin tehlike zail oluncaya kadar set ve tahliyesi."

Umumi Hıfzısıhha Kanunu'nun 57. maddesi uyarınca, "Kolera, veba (Bübon veya zatürree şekli), lekeli humma, karahumma (hummayı tiroidi) daimi surette basil çıkaran mikrop hamilleri dahi - paratifoit humması veya her nevi gıda maddeleri tesemmümatı, çiçek, difteri (Kuşpalazı) - bütün tevkiatı dahi sari beyin humması (İltihabı sahayai dimağii şevkii müstevli), uyku hastalığı (İltihabı dimağii sari), dizanteri (Basilli ve amipli), lohusa humması (Hummai nıfası) ruam, kızıl, şarbon, felci tıfli (İltihabı nuhai kuddamii sincabii haddı tıfli), kızamık, cüzam (Miskin), hummai racia ve malta humması hastalıklarından biri zuhur eder veya bunların birinden şüphe edilir veyahut bu hastalıklardan vefiyat vuku bulur veya mevtin bu hastalıklardan biri sebebiyle husule geldiğinden şüphe olunursa aşağıdaki maddelerde zikredilen kimseler vak'ayı haber vermeğe mecburdurlar. Kudurmuş veya kuduz şüpheli bir hayvan tarafından ısırılmaları, kuduza müptela hastaların veya kuduzdan ölenlerin ihbarı da mecburidir."

Görüldüğü üzere, 57. maddede COVID-19 sayılmamaktadır. Üstelik maddede, sayılan hastalıklar dışında "ve diğer salgın hastalıklar" gibi bir ifade bulunmamaktadır. Anayasa Mahkemesi de Umumi Hıfzısıhha Kanunu m. 57'de yer verilen hastalıkların sınırlı olarak sayıldığını kabul etmektedir. Nitekim zorunlu aşı uygulamasının anayasallığının sorgulandığı kararlarda Mahkeme, Umumi Hıfzısıhha Kanunu'nun

57. maddesinde hastalıkların “tahdidi”, bir diğer deyişle sınırlı olarak sayıldığını ifade etmektedir.⁵² Ancak belirtmek gerekir ki Kanun’un 64. maddesi,⁵³ 57. maddede sayılanlar dışındaki hastalıklar bakımından da kanunda belirtilen tüm tedbirlerin uygulanabileceğini belirtmektedir.

64. madde hükmüne dayanılarak COVID-19’un 57. madde kapsamında görülebileceği kabul edilse dahi 27. ve 72. maddelere dayanılarak sokağa çıkma kısıtlamaları getirilmesi yine mümkün gözükmemektedir. Gerçekten de 72. maddede hastalar, hasta olduğundan şüphe edilenler ile hastalığı yayanların tecrit edilmesi, bunlara serum ve aşı uygulanması, hastalığı yayan hayvanların itlafi, hastalığa yol açan yahut hastalığı bulaştıran gıdalara ilişkin sınırlamalar getirilmesi, memleket dahilinde seyahat edenlerin muayenesi ve hastalık sebebiyle belirli yerlerin boşaltılmasından bahsedilmektedir. Maddede hastalık taşıyanların tecrit edilmesi ve bunlara tedavi uygulanmasının dışında kişilerin özgürlüğünden alıkonulması veya genel bir sokağa çıkma kısıtlaması öngörülmemektedir.⁵⁴

Kanun’un 27. maddesinde ise Umumi Hıfzısıhha Meclislerinin genel görevlerinden bahsedilmektedir. Bu bakımdan söz konusu madde görünüm açısından İl İdaresi Kanunu’nun 2018 değişiklikleri öncesindeki 11. maddesinin C fıkrasına, değişiklikler sonrasındaki 11. maddesinin C fıkrasının birinci bendine benzemektedir. Her iki hüküm de görev ve yetkilerden “genel olarak” bahsetmektedir.⁵⁵ İl İdaresi Kanunu’nun söz konusu hükmüne dayanılarak getirilen sokağa çıkma kısıtlamaları ile ilgili öğretici ve Venedik Komisyonunun eleştirilerinin tamamının Umumi Hıfzısıhha Kanunu’nun 27. maddesine dayanılarak sokağa çıkma kısıtlaması getirilmesi bakımından da geçerli olduğu söylenebilir. Zira bu maddede de sokağa çıkma kısıtlamaları açıkça düzenlenmemiş, kısıtlamalar esnasında alınacak tedbirlerle ilgili hukuki çerçeve çizilmemiş, sınırlamalara ilişkin güvencelere yer verilmemiştir. Hatta bu kanunun salt dili sebebiyle belirlilik ve öngörülebilirlik kriterlerini karşılamadığı

⁵² “Genelge kapsamında yer verilen aşı türlerine bakıldığında 1593 sayılı Kanun’un 57. maddesinde tahdidi olarak sayılan hastalıklar için tatbiki öngörülenlerle sınırlı bir düzenleme olmadığı anlaşılmakta, başvurucuya tatbikine hükmedilen HepB, DaBT, İPA, Hib ve KPA türündeki aşılardan da 1593 sayılı Kanun’un 57. maddesinde tahdidi olarak sayılan hastalıkları tam olarak karşılamadığı, bu kapsamda 57. maddede zikredilen hastalıklardan birinin ortaya çıkması veya ortaya çıkmasından şüphe edilmesi durumunda hastalara veya hastalığa maruz bulunanlara serum veya aşı uygulanması hususunu düzenleyen 72. madde hükmünün, başvuruya konu uygulamanın kanuni dayanağı olarak kabul edilmesini mümkün olmadığı anlaşılmaktadır.” Bkz Anayasa Mahkemesi, Bireysel Başvuru, 2013/1789, 11.11.2015, § 71. Aynı yönde: Anayasa Mahkemesi, Bireysel Başvuru, 2013/7246, 23/03/2016; Anayasa Mahkemesi, Bireysel Başvuru, 2014/4077, 29.06.2016; Anayasa Mahkemesi, Bireysel Başvuru, 2014/5629, 21.11.2017. Söz konusu kararlarla ilgili değerlendirme için bkz Korkut Kanadoğlu, ‘Zorunlu Aşının Anayasallığı’ (Lexpera Blog, 20 Şubat 2020) < <https://blog.lexpera.com.tr/zorunlu-asinin-anayasalligi/> > Erişim Tarihi 20 Mayıs 2020.

⁵³ Kanun’un 64. maddesi şu şekildedir: “57 nci maddede zikredilenlerden başka her hangi bir hastalık istilai şekil aldığı veya böyle bir tehlike baş gösterdiği takdirde o hastalığın veya her hangi bir hastalık şeklinin memleketin her tarafında veya bir kısmında ihbarı mecburi olduğunu neşri ilâna ve o hastalığa karşı bu kanunda mezkûr tedabirin kaffesini veya bir kısmını tatbika Sıhhat ve İçtimai Muavenet Vekaleti salahiyyettardır.”

⁵⁴ Aynı yönde: Gemalmaz (n 50); Şirin (n 13) 38.

⁵⁵ Şirin de Umumi Hıfzısıhha Kanunu’nun 27. maddesinin oldukça genel nitelikte olduğunu ve kullanılacak yetkiler bakımından hukuki belirlilik içermediğini ifade etmektedir. Bkz Şirin (n 13) 38.

dahi söylenebilir.⁵⁶ Sonuç olarak kanunun kalitesi, yetkilerin dar yorumlanması ve sınırlamaların açık şekilde öngörülmesi zorunluluğu başta olmak üzere yukarıda ele alınan hususlar ışığında Umumi Hıfzısıhha Kanunu'nun ilgili hükümlerinin de 1982 Anayasası'nın 13. maddesinde öngörülen kanunilik ilkesinin gereklerini karşılamadığı söylenebilir.

V. Sokağa Çıkma Kısıtlamasının Öngörüldüğü Kanunlar

Görüldüğü üzere, mevcut anayasal ve kanuni düzenlemeler karşısında geniş çaplı sokağa çıkma kısıtlamalarının olağan dönemde getirilmesi mümkün değildir. Sokağa çıkma kısıtlamalarının açıkça düzenlendiği kanun ise 2935 sayılı Olağanüstü Hal Kanunu'dur.⁵⁷ Bu Kanun'da sokağa çıkma kısıtlamaları, şiddet hareketlerinde alınacak tedbirleri düzenleyen 11. maddede düzenlenmektedir. Söz konusu madde uyarınca,

“Bu Kanunun 3 üncü maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi gereğince olağanüstü hal ilanında; genel güvenlik, asayiş ve kamu düzenini korumak, şiddet olaylarının yaygınlaşmasını önlemek amacıyla 9 uncu maddede öngörülen tedbirlere ek olarak aşağıdaki tedbirler de alınabilir: a) Sokağa çıkmayı sınırlamak veya yasaklamak, b) Belli yerlerde veya belli saatlerde kişilerin dolaşmalarını ve toplanmalarını, araçların seyirlerini yasaklamak...” Maddenin devamında alınacak diğer tedbirler bentler halinde sayılmaktadır. Burada dikkat çekici olan, kanun koyucunun sokağa çıkma kısıtlamalarını; Kanun'un 3. maddesinin b bendi gereğince, yani Anayasa ile kurulan hür demokrasi düzenini veya temel hak ve hürriyetleri ortadan kaldırmaya yönelik yaygın şiddet hareketlerine ait ciddi belirtilerin ortaya çıkması veya şiddet olayları sebebiyle kamu düzeninin ciddi şekilde bozulması hallerinde ilan edilen olağanüstü hallerde uygulanacak bir tedbir olarak öngörmüş olmasıdır. Nitekim 11. maddede sokağa çıkma kısıtlamaları, 9. madde uyarınca alınabilecek tedbirlerin dışında, ek tedbirler arasında sayılmaktadır. 9. madde ise tabii afet ve tehlikeli salgın hastalıklar sebebiyle olağanüstü hâl ilan edilmesi durumunda alınacak tedbirleri düzenlemektedir. Özetle söylemek gerekirse, kanunda sokağa çıkma kısıtlamaları tabii afet ve tehlikeli salgın hastalıklar sebebiyle olağanüstü hâl ilan edilmesi halinde dahi uygulanacak bir tedbir olarak sayılmamış, bu hallerde alınması mümkün tedbirlere ek bir tedbir olarak, şiddet hareketleri sebebiyle ilan edilen olağanüstü

⁵⁶ Eren'e göre COVID-19 sebebiyle uygulanan tedbirlerin dayanağı Umumi Hıfzısıhha Kanunu'nda bulunmakla birlikte Kanun'un dili sebebiyle ulaşılabilirlik ve anlaşılabilirlik sorunu bulunmaktadır. Bkz. Abdurrahman Eren, 'Korona Virüs Yasalarının Anayasaya Uygunluğu' (2020) < http://www.kanuniesasi.com/2020/04/16/korona_virus-yasaklarinin-anayasaya-uygunlugu/ > Erişim Tarihi 15 Mayıs 2020.

⁵⁷ Yürürlükten kaldırılmadan önce 1402 sayılı Sıkıyönetim Kanunu'nun 3. maddesinde de sıkıyönetim komutanının sokağa çıkma kısıtlamaları getirebileceği düzenlenmekteydi.

hâllere özgülendiğiştir.⁵⁸ Bu durumda ortaya çıkan sonuç şudur: **Salgın hastalıklar sebebiyle olağanüstü hâl ilan edilse dahi yürütme organına genel bir sokağa çıkma kısıtlaması getirme yetkisi tanımayan ve bu tedbiri şiddet hareketleri sebebiyle ilan edilen olağanüstü hallerle sınırlayan bir hukuk düzeninde İl İdaresi Kanunu ve Umumi Hıfzısıhha Kanunu'nda yer alan, görev ve yetkilere ilişkin genel düzenlemelere dayanılarak sokağa çıkma kısıtlamaları getirilmesi mümkün değildir.**⁵⁹ Olağanüstü Hal Kanunu'ndaki bu düzenleme olmasaydı dahi üst başlıklarda yapılan açıklamalarla aynı sonuca varılması gerekirdi. Ancak Olağanüstü Hâl Kanunu'ndaki bu düzenleme, ulaşılan sonucu daha da desteklemektedir.

Tüm bu söylenenlere ek olarak bir hususa daha dikkat çekilmesinde yarar bulunmaktadır. Görüldüğü üzere Olağanüstü Hal Kanunu sokağa çıkmayı sınırlamak veya yasaklamak ile belli yerlerde veya belli saatlerde kişilerin dolaşmalarını ve toplanmalarını, yasaklamayı ayrı tedbirler olarak saymaktadır. Yukarıda belirtildiği üzere, COVID-19 sebebiyle getirilen sokağa çıkma kısıtlamalarının dayanağı olarak gösterilen İl İdaresi Kanunu'nun 11. maddesinin C fıkrasında belli yerlerde veya saatlerde kişilerin dolaşmalarının, toplanmalarının düzenlenebileceği veya kısıtlanabileceği belirtilmektedir. Belli yerlerde kişilerin dolaşmaları veya toplanmalarının kısıtlanabilmesinin sokağa çıkma kısıtlamasını içerecek şekilde yorumlanması mümkün olsaydı, Olağanüstü Hal Kanunu'nda sokağa çıkma kısıtlamaları ile belli yerlerde veya belli saatlerde kişilerin dolaşmaları ve toplanmalarının ayrı ayrı düzenlenmesi gerekmezdi. **Olağanüstü hâlde dahi sokağa çıkma kısıtlamalarını belli yerlerde veya belli saatlerde kişilerin dolaşmalarını ve toplanmalarını yasaklama içinde saymayıp ayrıca düzenleme gereği duyan bir hukuk düzeninde olağan dönemde uygulanan bir mevzuatta yer alan hemen hemen aynı düzenlemenin sokağa çıkma kısıtlamalarını içerdiğini savunmak mümkün değildir.**⁶⁰ Yukarıda ulaşılan sonuca benzer şekilde, Olağanüstü Hal Kanunu'ndaki bu düzenleme olmasaydı dahi üst başlıklarda yapılan açıklamalarla aynı sonuca varılması gerekirdi. Ancak Olağanüstü Hâl Kanunu'ndaki bu düzenleme, ulaşılan sonucu daha da desteklemektedir.

⁵⁸ Kanun'un 2. maddesi uyarınca, "Bu Kanun; olağanüstü hal ilanına tabii afet, tehlikeli salgın hastalıklar veya ağır ekonomik bunalm hallerinde ilan edilen olağanüstü hallerde vatandaşlar için getirilecek para, mal ve çalışma yükümlülükleri ile olağanüstü hallerin her türü için ayrı ayrı geçerli olmak üzere, temel hak ve hürriyetlerin nasıl sınırlandıracağı veya nasıl durdurulacağına, halin gerektirdiği tedbirlerin nasıl ve ne suretle alınacağına, kamu hizmeti görevlilerine ne gibi yetkiler verileceğine, görevlilerin durumlarında ne gibi değişiklikler yapılacağına ve olağanüstü yönetim usullerine ilişkin hükümleri kapsar."

⁵⁹ Benzer sorunun COVID-19 sebebiyle getirilen diğer kısıtlamalar bakımından da geçerli olduğu söylenebilir. Nitekim belirli yerleşim yerlerine giriş ve çıkışların sınırlandırılması, resmi ve özel eğitim ve öğretim kurumlarında öğrenime ara verilmesi, lokanta, sinema, tiyatro gibi yerlerin kapatılması gibi tedbirler tabii afet ve tehlikeli salgın hastalıklar sebebiyle olağanüstü hâl ilanında alınabilecek tedbirler olarak Kanun'un 9. maddesinde sayılmaktadır. Dolayısıyla kanunilik ilkesi bakımından çalışmada tespit edilen sorunların, COVID-19'la mücadele çerçevesinde alınan birçok tedbirle ilgili var olduğu söylenebilir. Olağanüstü Hal Kanunu'nun tanıdığı yetkilerle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz Selin Esen, *Karşılaştırmalı Hukukta ve Türkiye'de Olağanüstü Hal Rejimi* (Adalet 2008) 187-207.

⁶⁰ Benzer yönde: Eren (n 56).

VI. Sonuç

Olağan dönemde temel hak ve özgürlüklere müdahale edildiğinde 1982 Anayasası'nın 13. maddesinde belirtilen 7 koşula uyulması gerekmektedir. Ancak COVID-19 sebebiyle getirilen sokağa çıkma kısıtlamaları Anayasa'da belirtilen sebeplerle getirilmiş olsa dahi kanunilik ilkesinin gereklerine uymamaktadır. Kanunilik ilkesine aykırı olan müdahalelerin de 13. maddede belirtilen diğer koşullara uygunluğunu incelemeye gerek yoktur. Kanunilik ilkesine uyulmamış olması söz konusu müdahaleleri başlı başına anayasaya aykırı hale getirmektedir. Ancak kanunilik ilkesine uyulmuş olsaydı dahi COVID-19 sebebiyle uygulanan sokağa çıkma kısıtlamaların tamamının Anayasa'ya uygun hale geleceğini söylemek pek de gerçekçi gözükmemektedir. Özellikle belli yaş gruplarında bulunan kişilerle kronik hastalığı bulunanların sokağa çıkmasının günlerce yasaklanmasının hakkın özü ve ölçülülük ilkesine uygunluğu oldukça şüphelidir.⁶¹

Olağanüstü hâl ilanının ardından uygulanacak sokağa çıkma kısıtlaması ile ilgili kuralların, başvuru yollarının ve güvencelerin daha belirgin olmasına karşılık, İl İdaresi Kanunu ile Umumi Hıfzısıhha Kanunu'na dayanılarak olağan dönemde uygulanan sokağa çıkma kısıtlamalarına ilişkin kuralların, başvuru yollarının ve kısıtlama koşullarının belirli ve açık olmaması oldukça ilginçtir.⁶² İki ayı aşkın zamandır uygulanan kısıtlamaların artık öngörülebilir olması ve sonraki süreçte de uygulanacağını varsayılması da kanunilik ilkesinin gereklerini yerine getirmemektedir. Anayasa Mahkemesinin isabetle belirttiği üzere, “(...) temel bir hak ve özgürlüğe yapılan müdahalenin süreklilik kazanarak ulaşılabılır ve öngörülebilir hale gelmesi, müdahalenin dayanağı olan kamu gücü işlemi bir “kanun” haline getirmez. Aksi bir düşüncenin kabulü, ulaşılabılır ve öngörülebilir bir kamu gücü işleminden veya eyleminden kaynaklanan hak ihlallerinin “kanuni” dayanaklarının olduğunun kabul edilmesi anlamına gelecektir.”⁶³ Dolayısıyla sokağa çıkma kısıtlamaları öngören genelgeler, çalışmanın başında alıntılanan anıdaki genelgeden pek de farklı durumda değildir.

Sokağa çıkma kısıtlamaları ve genelgelerle getirilen diğer kısıtlamalara uymayanlara idari para cezaları başta olmak üzere çeşitli yaptırımlar uygulanmaktadır. Bu çerçevede bazı idari para cezaları İl İdaresi Kanunu'nun yollamasıyla Kabahatler Kanunu'na dayanılarak, bazıları ise doğrudan Umumi Hıfzısıhha Kanunu'ndaki hükümlere dayanılarak kesilmektedir. Ancak kolluğun hangi kritere göre ayırım yaptığı anlaşılammaktadır. Kişilerin hak ve hürriyetleri kanuni olmayan müdahalelerle sınırlandırıldığı gibi, sınırlamaları ihlal etmeleri halinde kişiler hangi kanuna göre yaptırıma uğrayacaklarını da kestirememektedir. Söz konusu idari para cezaları ile diğer işlemler yargı önüne getirildiğinde bu işlemlerin iptal edilmesi işten bile

⁶¹ Aynı yönde: Şirin (n 50).

⁶² Benzer yönde: European Commission For Democracy Through Law (Venice Commission) (n 7) § 78-83.

⁶³ Anayasa Mahkemesi, Bireysel Başvuru, 2014/256, 25.06.2014, § 96.

değildir. Uyuşmazlıkların bireysel başvuru yoluyla Anayasa Mahkemesinin önüne gelmesi halinde de Mahkeme muhtemelen kanunilik ilkesine aykırılık sebebiyle ihlal kararları verecektir. Söz konusu sorunların ve çalışmanın tamamında değinilen hukuka aykırılıkların giderilebilmesi için kapsamlı kanunların yapılması gerekmektedir. Bu çerçevede ilk olarak, salgın hastalıklarda -sokağa çıkma kısıtlamaları dahil- temel hak ve özgürlüklerin hangi önlemlerle, hangi sürelerle sınırlanabileceğine ilişkin düzenlemelerin getirilmesi kaçınılmaz gözükmektedir.⁶⁴ Aksi takdirde mevcut, “olağan” mevzuat sokağa çıkma kısıtlamaları getirilmesi için yeterli olmadığından olağanüstü hâl ilan edilmesi gerekmektedir.⁶⁵ Ancak olağanüstü hâl ilan edilse dahi Olağanüstü Hal Kanunu sokağa çıkma kısıtlamalarını şiddet sebebiyle ilan edilen olağanüstü haller için öngörmektedir. Bu durumda sokağa çıkma kısıtlamalarının salgın hastalıklar sebebiyle de getirilebileceğine ilişkin Olağanüstü Hal Kanunu’nda değişiklik yapılması veya olağanüstü hâl ilanının ardından çıkarılacak olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile sokağa çıkma kısıtlamalarının getirilmesi gerekmektedir.⁶⁶ Ancak bu önerilerin gerçekleştirilmesi tedbirlerin yalnızca kanuniliğini sağlayabilir. Tüm kanuni düzenlemeler yapılsa dahi getirilecek sınırlamaların ölçülülüğü ayrı bir tartışma konusudur.

Valilerin ve Umumi Hıfzıssıhha Meclislerinin genel olarak görevlerini belirten maddelere dayanılarak, sınırlama tipinin adı dahi anılmaksızın temel hak ve özgürlüklerin durumun gereklerine göre sınırlandırılabilceğini savunmak hukukumuzdaki birçok kanunun da gereksiz olduğunu kabul etmek anlamına gelmektedir. Örneğin polis ve savcılarının emniyeti, kamu düzenini ve yargılamaların adil olmasını sağlayacaklarına ilişkin kanuni bir düzenleme olsun. Bu durumda polisin zor ve silah kullanmasına ilişkin Polis Vazife ve Salâhiyet Kanunu, m. 16 hükümlerinin veya gözaltı koşullarını düzenleyen Ceza Muhakemesi Kanunu, m. 91 hükümlerinin gereksiz olduğu ve bu konuların genelgelerle düzenlenebileceği söylenebilir mi? Bir hukuk devletinde bu soruya olumlu cevap vermek mümkün gözükmemektedir. Hâkim kararı olmaksızın bir kişinin en fazla 48 saat hürriyetinden yoksun bırakılabileceğini belirten bir Anayasa’nın (m. 19) yürütme organının kanunlarda koşulları belirtilmemiş şekilde kişileri günlerce evde tutabileceğine cevaz verdiğini kabul etmek ne kadar doğrudur? Okuyucunun düşünmesi gerekir: 50 gün ev hapsi mi hürriyete daha çok dokunur, 48 saat gözaltında kalmak mı?

⁶⁴ Şirin, olağan dönem içinde kapsamlı bir kanunla sürecin yürütülmesinin yerinde olacağını belirtmektedir. Bkz Şirin (n 50).

⁶⁵ Aynı yönde: Ardıçoğlu (n 41); Karagöz (n 41) 632. Ayrıca bkz Kemal Gözler, ‘Korona Virüs Salgınıyla Mücadele İçin Alınan Tedbirler Hukuka Uygun mu? (2)’ (2020) < www.anayasa.gen.tr/korona-2.htm > Erişim Tarihi 20 Temmuz 2020; Volkan Aslan, ‘COVID-19 Sebebiyle Uygulanan Sokağa Çıkma Kısıtlamaları Hukuka Uygun mu?’ (*Liberal Perspektif Yorum*, Ağustos 2020) < https://oad.org.tr/Content/BlogResimleri/pdf/20208131_41544247%C3%96AD%20%20Yorum%2016%20%20COVID19%20Sebebiyle%20Uygulanan%20Soka%C4%9Fa%20%C3%87%C4%B1kma%20K%C4%B1s%C4%B1tlamalar%C4%B1%20Hukuka%20Uygun%20mu_%20-%20Volkan%20Aslan%20(08-20).pdf > Erişim Tarihi 14 Ağustos 2020.

⁶⁶ Olağanüstü hâllerde dahi temel hak ve özgürlüklerle ilgili sınırlamaların Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile yapılmaması gerektiği yolunda bir görüş de bulunmaktadır. Olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz Volkan Aslan, *Karşılaştırmalı Anayasa Hukukunda ve Türkiye’de Devlet Başkanının Kararname Yetkisi* (On İki Levha 2020) 309-320.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

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

Teşekkür: Çalışmanın yayımlanması sürecinde göstermiş olduğu ilgi ve verdiği emek için İÜHF İdare Hukuku Ana Bilim Dalı'ndan Arş. Gör. Mustafa Ahioglu'na teşekkür ederim. Yayımlanmadan önce metni gözden geçiren ve değerli görüşlerini paylaştan İzmir Demokrasi Üniversitesi Hukuk Fakültesinden Arş. Gör. Gülçin Demircan'a ayrıca teşekkür ederim

Peer-review: Externally peer-reviewed.

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

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

Acknowledgement: I would like to thank Res. Asst. Mustafa Ahioglu from the IUHF Administrative Law Department for his interest and effort in the publication of the study. I would also like to thank Gülçin Demircan, from Izmir Democracy University Faculty of Law, who reviewed the text before it was published and shared her valuable opinions.

Bibliyografya/Bibliography

- Anayurt Ö, *Anayasa Hukuku Genel Kısım (Temel İlkeler, Kavram ve Kurumlar)* (2. Bası, Seçkin 2019).
- Ardıçoğlu A, 'Hukuka Uygun Olmayan Sokağa Çıkma Yasağı Hukuka Aykırı Midir?' (*Birikim Dergisi*, 27 Kasım 2015) < <https://www.birikimdergisi.com/guncel/7331/hukuka-uygun-olmayan-sokaga-cikma-yasagi-hukuka-aykiri-midir> > Erişim Tarihi 25 Mayıs 2020.
- Aslan Z, 'Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması: Anayasa'nın 13. Maddesi Üzerine Bazı Düşünceler' (2002) 19 *Anayasa Yargısı Dergisi* 216-231.
- Aslan, V, 'COVID-19 Sebebiyle Uygulanan Sokağa Çıkma Kısıtlamaları Hukuka Uygun mu?' (*Liberal Perspektif Yorum*, Ağustos 2020) < [https://oad.org.tr/Content/BlogResimleri/pdf/2020813141544247%C3%96AD%20%20Yorum%2016%20%20COVID19%20Sebebiyle%20Uygulanan%20Soka%C4%9Fa%20%C3%87%C4%B1kma%20K%C4%B1s%20C4%B1tlamalar%C4%B1%20Hukuka%20Uygun%20mu_%20-%20Volkan%20Aslan%20\(08-20\).pdf](https://oad.org.tr/Content/BlogResimleri/pdf/2020813141544247%C3%96AD%20%20Yorum%2016%20%20COVID19%20Sebebiyle%20Uygulanan%20Soka%C4%9Fa%20%C3%87%C4%B1kma%20K%C4%B1s%20C4%B1tlamalar%C4%B1%20Hukuka%20Uygun%20mu_%20-%20Volkan%20Aslan%20(08-20).pdf) > Erişim Tarihi 14 Ağustos 2020.
- Aslan V, *Karşılaştırmalı Anayasa Hukukunda ve Türkiye'de Devlet Başkanının Kararname Yetkisi* (On İki Levha 2020).
- Aslan V, 'Turkey's Struggle Against COVID-19 and the New Reign-by-Administrative-Act' (*IACL-IADC Blog* 2020) < <https://blog-iacl-aide.org/2020-posts/2020/7/16/turkeys-struggle-against-covid-19-and-the-new-reign-by-administrative-act> > Erişim Tarihi 17 Temmuz 2020.
- Bozkurt T, 'Anayasa Mahkemesi'nin 4857 Sayılı İş Kanunu'ndaki Engelli ve Eski Hükümlü Çalıştırma Zorunluluğunun Anayasa'ya Uygun Olduğuna Dair Verdiği Karar Üzerine Düşünceler' (2009) 2 *Ankara Barosu Dergisi* 98-105.
- Bulut N, '4709 sayılı Kanunla Yapılan Anayasa Değişikliği Çerçevesinde Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması Rejiminin Birey Devlet İlişkisi Açısından Değerlendirilmesi' (2001) 5(1-4) *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi* 37-64.
- Cin Karagöz E, 'Özel Güvenlik Bölgesi ve Sokağa Çıkma Yasağı İlanının Hukuki Niteliği ve Uygulamadan Kaynaklı Sorunlar' (2016) 20(2) *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 625-645.
- Erem F, *Bir Ceza Avukatının Anıları*, (14. Bası, Lykeion 2020).
- Eren A, *Anayasa Hukuku Ders Notları (Genel Esaslar-Türk Anayasa Hukuku)* (On İki Levha 2018).
- Eren A, 'Korona Virüs Yasaklarının Anayasaya Uygunluğu' (2020) < <http://www.kanuniesasi.com/2020/04/16/korona-virus-yasaklarinin-anayasaya-uygunlugu/> > Erişim Tarihi 15 Mayıs 2020.
- Eren A, *Özgürlüklerin Sınırlandırılmasında Demokratik Toplum Düzeninin Gereklere* (Beta 2004).
- Esen S, *Anayasa Hukuku Açısından Dolaşım Özgürlüğü* (Yetkin 2014).
- Esen S, *Karşılaştırmalı Hukukta ve Türkiye'de Olağanüstü Hal Rejimi* (Adalet 2008).
- European Commission For Democracy Through Law (Venice Commission), 'Turkey Opinion On The Legal Framework Governing Curfews', Adopted by the Venice Commission at its 107th Plenary Session (Venice, 10-11 June 2016) < [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2016\)010-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2016)010-e) > Erişim Tarihi 20 Mayıs 2020.
- Fendoğlu HT, '2001 Anayasa Değişikliği Bağlamında Temel Hak Ve Özgürlüklerin Sınırlanması (Ay. Md.13.)' (2002) 19 *Anayasa Yargısı Dergisi* 178-214.
- Gemalmaz B, 'COVID-19 Döneminde Hak ve Özgürlükler' (*MÜHF Talks #6: Burak Gemalmaz & Tolga Şirin*, 15 Mayıs 2020) < <https://www.youtube.com/watch?v=YnckRrr3e> NY > Erişim Tarihi 20 Mayıs 2020.

- Gözler K, 'Anayasa Değişikliğinin Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması Bakımından Getirdikleri ve Götürdükleri (Anayasanın 13'üncü Maddesinin Yeni Şekli Hakkında Bir İnceleme)', (2001) 4 Ankara Barosu Dergisi 53-67.
- Gözler K, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi - Cilt I/Cilt II* (Ekin 2011).
- Gözler K, 'Korona Virüs Salgınıyla Mücadele İçin Alınan Tedbirler Hukuka Uygun mu? (2)' (2020) <www.anayasa.gen.tr/korona-2.htm>, Erişim Tarihi 20 Temmuz 2020.
- Gözler K, '3 Ekim 2001 Tarihli Anayasa Değişikliği: Bir Abesle İştigal Örneği' (2002) 19 Anayasa Yargısı Dergisi 326-354.
- Gözler K, *İnsan Hakları Hukuku* (Ekin 2017).
- Gözler K, *Türk Anayasa Hukuku* (3. Bası, Ekin 2019).
- Göztepe E, 'Ein Paradigmenwechsel für den Sicherheitsstaat: Die Praxis des Ausnahmezustandes im Südosten der Türkei' iç Matthias Lemke (ed), *Ausnahmezustand: Theoriesgeschichte – Anwendungen - Perspektiven* (Springer VS 2017). <<https://mevzuat.tbmm.gov.tr/mevzuat/faces/kanunmaddeleri?pkanunlarno=41587&pkanun numarasi=5442>> Erişim tarihi 18 Mayıs 2020.
- İnceoğlu S, 'Hak ve Özgürlükleri Sınırlama ve Güvence Rejimi' iç Sibel İnceoğlu (ed), *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme* (2. Bası, Beta 2013).
- Kanadoğlu K, 'Zorunlu Aşının Anayasallığı' (*Lexpera Blog*, 20 Şubat 2020) <<https://blog.lexpera.com.tr/zorunlu-asinin-anayasalligi/>> Erişim Tarihi 20 Mayıs 2020.
- Oder BE, *Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri: Hukuksal Yöntembilime Dayalı Karşılaştırmalı Bir Araştırma* (Beta 2010).
- Sağlam F, '2001 Yılı Anayasa Değişikliğinin Yaratabileceği Bazı Sorunlar ve Bunların Çözüm Olanakları' (2002) 19 Anayasa Yargısı Dergisi 288-310.
- Sağlam F, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü* (AÜSBF 1982).
- Sağlam M, 'Ekim 2001 Tarihinde Yapılan Anayasa Değişiklikleri Sonrasında, Düzenlendikleri Maddede Hiçbir Sınırlama Nedenine Yer Verilmemiş Olan Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlı Sorunu' (2002) 19 Anayasa Yargısı Dergisi 233-266.
- Şirin T, 'COVID-19 Döneminde Hak ve Özgürlükler' (*MÜHF Talks #6: Burak Gemalmaz & Tolga Şirin*, 15 Mayıs 2020) <<https://www.youtube.com/watch?v=YnckRrr3eNY>> Erişim Tarihi 20 Mayıs 2020.
- Şirin T, 'Eine Ausgangssperre Ohne Ausnahmezustand?' (2015) 4(7) Anayasa Hukuku Dergisi 275-288.
- Şirin T, *Özgürlük ve Güvenlik Hakkı: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-1* (2. Bası, Avrupa Konseyi 2019).
- Şirin T, 'Tehlikeli Salgın Hastalıklarla Hukuksal Mücadeleye Anayasal Bir Giriş', (2020) <https://www.academia.edu/42611036/TEHL%C4%B0KEL%C4%B0_SALGIN_HASTALIKLARLA_HUKUKSAL_M%C3%9CCADELEYE_ANAYASAL_B%C4%B0R_G%C4%B0R%C4%B0C5%9E> Erişim Tarihi 19 Mayıs 2020.
- Tanör B ve Yüzbaşıoğlu N, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku* (19. Bası, Beta 2019).

Kararlar

- Anayasa Mahkemesi, 2016/205, 24.07.2019.
- Anayasa Mahkemesi, 2017/24, 14.06.2017.
- Anayasa Mahkemesi, 2016/37, 14.07.2016.
- Anayasa Mahkemesi, 2015/96, 10.02.2016.

- Anayasa Mahkemesi, 2014/87, 08.12.2015.
Anayasa Mahkemesi, 2014/176, 27.05.2015.
Anayasa Mahkemesi, 2014/149, 02.10.2014.
Anayasa Mahkemesi, 2011/150, 14.02.2013.
Anayasa Mahkemesi, 2012/35, 27.12.2012.
Anayasa Mahkemesi, 2010/83, 01.11.2012.
Anayasa Mahkemesi, 2006/142, 24.09.2008.
Anayasa Mahkemesi, 2008/66, 22.07.2008.
Anayasa Mahkemesi, 2006/101, 19.06.2008.
Anayasa Mahkemesi, 2007/4, 18.10.2007.
Anayasa Mahkemesi, 2000/82, 26.11.2002.
Anayasa Mahkemesi, 2001/5, 28.03.2002.
Anayasa Mahkemesi, 2000/48, 20.03.2002.
Anayasa Mahkemesi, Bireysel Başvuru, 2017/32754, 10.03.2020.
Anayasa Mahkemesi, Bireysel Başvuru, 2016/7628, 27.02.2020.
Anayasa Mahkemesi, Bireysel Başvuru, 2015/3324, 26.02.2020.
Anayasa Mahkemesi, Bireysel Başvuru, 2017/4483, 13.02.2020.
Anayasa Mahkemesi, Bireysel Başvuru, 2016/8080, 26.12.2019.
Anayasa Mahkemesi, Bireysel Başvuru, 2017/21973, 11.12.2019.
Anayasa Mahkemesi, Bireysel Başvuru, 2017/16005, 11.12.2019.
Anayasa Mahkemesi, Bireysel Başvuru, 2016/67737, 19.11.2019.
Anayasa Mahkemesi, Bireysel Başvuru, 2016/15421, 12.11.2019.
Anayasa Mahkemesi, Bireysel Başvuru, 2014/16877, 22.03.2018.
Anayasa Mahkemesi, Bireysel Başvuru, 2014/2889, 25.01.2018.
Anayasa Mahkemesi, Bireysel Başvuru, 2014/5629, 21.11.2017.
Anayasa Mahkemesi, Bireysel Başvuru, 2016/22169, 20.06.2017.
Anayasa Mahkemesi, Bireysel Başvuru, 2014/18849, 11.01.2017.
Anayasa Mahkemesi, Bireysel Başvuru, 2014/4077, 29.06.2016.
Anayasa Mahkemesi, Bireysel Başvuru, 2013/7246, 23/03/2016.
Anayasa Mahkemesi, Bireysel Başvuru, 2013/7666, 10.12.2015.
Anayasa Mahkemesi, Bireysel Başvuru, 2013/1789, 11.11.2015.
Anayasa Mahkemesi, Bireysel Başvuru, 2014/6193, 15.10.2015.
Anayasa Mahkemesi, Bireysel Başvuru, 2013/6693, 16.04.2015.
Anayasa Mahkemesi, Bireysel Başvuru, 2014/256, 25.06.2014.
Anayasa Mahkemesi, Bireysel Başvuru, 2014/4705, 29.05.2014.
Anayasa Mahkemesi, Bireysel Başvuru, 2013/2187, 19.12.2013.



İstanbul Hukuk Mecmuası

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Başvuru: 19.05.2020
Revizyon Talebi: 12.08.2020
Son Revizyon Tarihi: 25.08.2020
Kabul: 20.09.2020

COVID-19 Salgını Süresince Eğitim Hakkı, Fırsat Eşitliği ve Sınavlara İlişkin Temel Problemler

Bilge Bingöl Schrijer^{ID}

Öz

Çalışmanın amacı COVID-19 nedeniyle okulların kapatılıp, zorunlu uzaktan eğitime geçilmesi ile birlikte ortaya çıkması muhtemel eğitim hakkı taleplerini irdeleyerek, çeşitli çözüm önerilerini tartışmaya sunmaktır. Bunun için öncelikle Birleşmiş Milletler (BM) sistemi içinde eğitim hakkının norm alanı açıklanmış ve BM'nin çeşitli insan hakları sözleşmelerinin denetim organı olan komitelerin ortaya koyduğu, COVID-19 salgınından kaynaklanan eğitim hakkı sorunlarına değinilmiştir. Çalışmanın ikinci bölümü Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin eğitime erişim kısıtlamaları ve eğitime erişimde ayrımcılık konularındaki içtihatları ile COVID-19 salgını nedeniyle ortaya çıkması olası güncel eğitim hakkı taleplerini karşılamaktadır. Burada dikkati çeken hususlar eğitime erişim engelleri, eğitime erişimde fırsat eşitsizliği, üniversite sınavları ve fırsat eşitsizliği ve okul sağlığı hizmetleri ile okullarda sağlığa ilişkin bilginin gizliliğidir. İleride COVID-19 salgını süresince alınan önlemler nedeniyle, bu alanlarda uyumsuzluklar ortaya çıkabilecektir. Bir diğer husus ise uluslararası hukukta eğitim hakkından değil, nitelikli eğitim hakkından söz ediliyor olmasıdır. Çalışmanın son bölümü Türk idare hukuku açısından hak ve özgürlük temelli kamu düzeni yaklaşımının önemini vurgulamaktadır. Bununla birlikte bir kamu hizmeti olarak eğitim alanında idarenin kusursuz sorumluluğu ile kusur sorumluluğuna ilişkin tartışmalar da ileride ortaya çıkacaktır. Bu hususlar çeşitli örnekler üzerinden irdelenmiştir.

Anahtar Kelimeler

Eğitim hakkı, COVID-19, Fırsat eşitliği, İdarenin sorumluluğu, Sınavlar

The Main Problems Regarding the Right to Education, Equality of Opportunity, and Exam Law During the Ongoing COVID-19 Pandemic

Abstract

This article focuses on the possible effects of government measures against the Covid-19 pandemic on the right to education. Special emphasis is given to the principle of equality of opportunity. The first part is a discussion of the problems presented by the CESCR, CEDAW, CRC, OHCHR, and OECD concerning the right to education due to Covid-19. The second part of the article focuses on the case-law of the European Court of Human Rights on the right to education and compares previous cases to potential claims due to the pandemic. Potential claims might concern restricted access to education due to illness; unequal access to education due to disabilities or financial disadvantage; the lack of equality of opportunity in university entrance exams; and also concerns about school health services and their obligation of confidentiality. Complaints about these issues may concern government measures taken against Covid-19. Additionally, the right to education must be understood as the right to quality education. The final part of the study discusses the Turkish administrative jurisdiction and emphasizes the importance of a human rights-based approach to public order, and reviews various discussions concerning the eventual liability of the administration for losses resulting from Covid-19 measures. Finally, these claims are examined through a review of different examples, concluding with suggested solutions to the identified problems.

Keywords

Right to education, COVID-19, Equality of opportunity, Liability of administration, Exams

* **Sorumlu Yazar:** Bilge Bingöl Schrijer (Dr. Öğr. Üyesi), Akdeniz Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Genel Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, Antalya, Türkiye. E-posta: bilgebingol@akdeniz.edu.tr ORCID: 0000-0003-2338-6199

Atf: Bingöl-Schrijer B, "COVID-19 Salgını Süresince Eğitim Hakkı, Fırsat Eşitliği ve Sınavlara İlişkin Temel Problemler" (2020) 78(2) İstanbul Hukuk Mecmuası 837. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2020.78.2.0019>



Extended Summary

This article focuses on the possible effects of legal measures that have been taken during the Covid-19 pandemic on the right to education. Special emphasis is given to the principle of equality of opportunity. The first part of the article emphasizes the scope and meaning of the right to education in the context of contemporary developments. According to General Comment No. 13 of the UN CESCR, state parties guarantee an education which in all forms and at all levels demonstrates the four interrelated features of the right to education: availability, accessibility, acceptability, and adaptability. The most recent General Comment No. 25 of CESCR stresses the effect of new technologies and scientific developments on economic, social, and cultural rights. Therefore, it highlights potential inequalities between different social groups in terms of their access to the benefits of scientific inventions and technology. CEDAW, OHCHR, and OECD have published reports on gender-based inequalities during the pandemic and have called for immediate remedies to gender-based violence, girls' disadvantaged educational access, and working parents with children. Turkey should consider arranging all the regulations based on appointments and re-appointments in all performance-based work systems and prolong the periods of re-appointments up to six months or one year. Immediate solutions should focus on the most disadvantaged groups in Turkish society.

The second part compares previous ECHR precedents and the possible breaching of the right to education during the Covid-19 pandemic. For this purpose, four potential claims to the right to education will be classified. First, the restriction of access to education is due to a highly contagious disease. In the case of Covid-19, a person might be positive but show no symptoms. Therefore, the ECHR has acknowledged legitimate reasons for restricting the right to education including protecting public health and the rights of others. Although the ECHR also emphasizes the negative obligation of state parties according to Article 2 of Protocol No.1, unpredictable restrictions in access to education (such as undefined periods or a lack of certain processes) might cause the right to education to be breached (*Memlika vs. Greece Case*). Students must have sufficient opportunities for distance education and attending exams. The second potential claim is discrimination based on disabilities or financial status that limits access to distance education. The third potential claim is inequality of opportunity during university entrance exams. This claim was made recently in a case in Berlin, Germany. A school student who needed to attend the Abitur claimed that equality of opportunity was not upheld since she was unable to focus on her studies due to her home circumstances. Although the federal administrative court rejected this claim, it fundamentally agreed that Covid-19 measures did create inequalities of opportunity. At the same time, the court stated that the examinations administrators would not be obliged to provide absolute equality; rather, its emergency regulations were in

place to ensure the healthiest possible conditions for exams. States are expected to take appropriate measures based on the latest scientific developments to secure equality of opportunity during exams. Therefore, special and separate rooms for the candidates from at-risk groups should be provided during the exams, so that they are not obliged to wear masks. In Turkey specifically, universities should provide more flexible solutions for grading students. There have been several claims that the availability of the internet and the related technology required was limited. The fourth potential claim addresses school health services and the school health service provider's obligation to protect confidentiality. Students' personal health data should only be disclosed to those individuals who need it to inform appropriate measures for the sake of the individual and others in the school. Turkish schools are not obliged to provide medicals; however, this might be necessary during the next semester to fight the pandemic and should be introduced in educational codes. An additional claim that might occur is the right to quality education.

Finally, this article focuses on discussions of Turkish administrative law. Health is one element of public order. In practice, maintaining public order often goes along with limiting human and civil rights. However, a human rights-based approach must be applied when maintaining public order. The Turkish administrative jurisdiction acknowledges the liability of the administration, yet it might also consider Covid-19 a force majeure and dismiss claims for compensation. In any case, the obligations of the administration to take preventive measures against risks and establish an organization for reducing risks endure.

COVID-19 Salgını Süresince Eğitim Hakkı, Fırsat Eşitliği ve Sınavlara İlişkin Temel Problemler

Giriş

Dünya 2020 senesinin kış aylarından beri I. ve II. Dünya Savaşları zamanından bu yana görülen en geniş kapsamlı krizlerden birisiyle karşı karşıyadır. Bu salgın hastalığın etkilediği en önemli alanlardan bir tanesi de kuşkusuz eğitim-öğretim alanıdır. Eğitim hakkına ilişkin tartışmalar ve eğitime erişim engelleri aslında savaş ve çatışma ortamına maruz kalan çocuklar ve gençler açısından sürekli dünya gündeminde olmaktadır¹. Ancak COVID-19 salgını nedeniyle eğitim hakkına yönelik zorunlu kısıtlamalar güncel olarak dünyanın her ülkesinde gündemdedir. Üstelik söz konusu salgının ülkelerin eğitim-öğretim sistemleri üzerinde kurduğu güncel maddi baskı bir yana, salgın sonlandığında dahi geleceğe yönelik birçok hukuki ve sosyal sorun zincirleme olarak ortaya çıkacaktır. Öte yandan Avrupa Konseyi üye devletlerinden bazıları salgın nedeniyle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) olağanüstü hallerde yükümlülükleri askıya almayı düzenleyen 15. maddesindeki hakkını kullanarak, Avrupa Konseyi Genel Sekreterliğine bilgi vermiştir². Çalışmanın amacı, COVID-19 salgını nedeniyle eğitim ve öğretim alanında ortaya çıkan ya da çıkma olasılığı olan hukuki sorunlara ilişkin bir inceleme yaparak çözüm önerilerini tartışmaya açmaktır. Bu kapsamda dünya genelinde, COVID-19 salgını kaynaklı (ya da salgın hastalıklar ile doğal afetler) eğitim hakkının ihlali olarak değerlendirilen çeşitli uygulamalara ve Birleşmiş Milletler (BM) ile Birleşmiş Milletler Eğitim, Bilim ve Kültür Teşkilatının (BMEBKT/UNESCO) konuya yaklaşımına kısaca yer verildikten sonra, Türkiye'de ortaya çıkması muhtemel hukuki sorunlar üzerinde durulacaktır.

Eğitim hakkı gerek BM temel insan hakları sözleşmelerinde, gerek bölgesel insan hakları sözleşme ve bildirilerinde ve dünya anayasalarında kapsamlı bir biçimde düzenlenmiştir³. Çalışmanın kapsamını aşmaması için aşağıda yalnızca Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası hukuki düzenlemelerden *eğitim hakkını bütüncül bir bakışla ele alan* sözleşmelere atıf yapılmıştır. Bu doğrultuda eğitim hakkını daha çok saygı gösterme yükümlülüğü çerçevesinde ele alan sözleşmeler ile göçmenler, mülteciler,

¹ Birleşmiş Milletler Çocuklara Yardım Fonu (UNICEF) verilerine göre, eğitim kurumları ve okullara saldırıldığı için yalnızca 2014 ile 2018 yılları arasında 87 ayrı ülkede eğitime ara verilmek zorunda kalmıştır. 'Education Under Attack', (UNICEF, 2020) <<https://www.unicef.org/education-under-attack>> erişim tarihi 18 Mayıs 2020. 29 Mayıs 2015 tarihinde Oslo'da gerçekleşen hükümetler arası girişimde "Güvenli Okul Bildirgesi" kabul edilmiş ve devletlerin onayına sunulmuştur; şu ana kadar 103 devlet bildiri kabul etmiştir. Türkiye söz konusu bildiri henüz onaylamamıştır. Türkçe metin için bkz <http://www.protectingeducation.org/sites/default/files/documents/safe_schools_declaration_turkish.pdf> erişim tarihi 15 Ağustos 2020.

² Kanstantsin Dzehtsiarou , 'COVID-19 and the European Convention on Human Rights' *Strasbourg Observers* (27 Mart 2020) <<https://strasbourgobservers.com/2020/03/27/covid-19-and-the-european-convention-on-human-rights/>> erişim tarihi 11 Mayıs 2020. Patricia Zghibarta, 'The Whos, the Whats, and the Whys of the Derogations from the ECHR amid COVID-19' *Ejiltalk* <<https://www.ejiltalk.org/the-whos-the-whats-and-the-whys-of-the-derogations-from-the-echr-amid-covid-19/>> erişim tarih 11 Mayıs 2020.

³ BM belgelerinde eğitim hakkına ilişkin detaylı bilgi için bkz Recep Kaplan, 'Birleşmiş Milletler Belgelerinde Eğitim Hakkı' (2015) 6 (20) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 329.

kadınlar gibi belli bir gruba yönelik ayrımcı müdahale ve uygulamaların ortadan kaldırılmasını içeren sözleşmelere, ilgili oldukları sorunlar temelinde atıf yapılmıştır⁴. Söz konusu hukuki düzenlemeler temel hak ve hürriyetlere ilişkin olduğundan Anayasanın 90/5 hükmü gereği ulusal hukuk uygulayıcıları bakımından bağlayıcıdır⁵. Bu nedenle Türkiye'nin ilgili sözleşmelere taraf olup olmadığı ve çekincelerine de yer verilmiş ancak bu çekincelerin hukuki tahliline gidilmemiştir. Hemen başta belirtelim ki, uluslararası insan haklarına ilişkin sözleşmelere konulan çekinceler konusu oldukça tartışmalı bir husustur. Bu tartışmalar içinde Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 31. maddesinde düzenlenen genel çekince kurallarının yorumu ile ilgili tartışmalar olduğu gibi, tüm insan hakları sözleşmelerinde ayrıca yer alan "sözleşmenin hedef ve amacına aykırı çekince konulamayacağı" ilkelerinin nasıl ve hangi organ tarafından değerlendirileceğine ilişkin tartışmalar da bulunmaktadır⁶. Öte yandan genel olarak uluslararası hukukun iradeci temellerinin insan hakları hukuku ile yumuşadığı da tartışmalar arasındadır⁷.

I. Birleşmiş Milletler Sistemi Kapsamında ve Salgın Nedeniyle Tartışılması Gereken Eğitim Hakkı Meseleleri

Bu başlıkta ileride ortaya çıkması muhtemel taleplerin içeriğine ilişkin genel bir kanı oluşabilmesi için uluslararası hukuktaki tartışmalar ele alınmıştır. Devletlerin eğitim hakkını düzenleyen sözleşmelerden kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirip getirmediği, BM insan hakları sözleşmelerinin koruma sistemleri kapsamında belli ölçüde denetlenmektedir. BM sistemi içerisinde eğitim hakkının norm alanının belirlenmesine ilişkin önemli bilgi kaynakları BM İnsan Hakları Evrensel

⁴ Eğitim hakkı ve özgürlüğünü içeren uluslararası düzenlemeler listesi için bkz ibid.

⁵ İç hukuk normlarının iç geçerliliği uluslararası hukuk normundan etkilenmemektedir. Ancak çalışmanın kapsamı nedeniyle anayasa genel teorisi kapsamında bu tartışmaya yer verilmemiştir. Tartışma için bkz Kemal Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları* (9. Bası, Ekin Kitabevi Yayınları 2017) 77, 78.

⁶ Bu hususlara çalışmanın kapsamı nedeniyle yer vermek mümkün değildir. Ancak insan haklarına ilişkin sözleşmelere çekince konulması hususu, eğitim hakkına ilişkin meselelerde bir ön sorun olarak varlığını korumaktadır. İnsan hakları sözleşmelerine çekince konulup konulamayacağı, bu çekincelerin Uluslararası Hukuk Komisyonunun güncel uygulama ilkeleri kapsamındaki hukuki niteliği hakkında bkz Ineta Ziemele/Lasma Liede, 'Reservations to Human Rights Treaties: From Draft Guideline 3.1.12 to Guideline 3.1.5.6' (2013) 24 *The European Journal of International Law* 1135. Çekinceler bakımından bir sınır teşkil eden "sözleşmenin hedef ve amacına aykırılık" sorunu ve Türkiye uygulaması hakkında bkz Zeynep Elibol Brönneke, 'Uluslararası İnsan Hakları Sözleşmelerine Koyulan Çekinceler Çerçevesinde Hedef ve Amaçla Bağdaşma Ölçütü ve Türkiye Uygulaması' (Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi 2017).

⁷ Mahmut Göçer, *Uluslararası Hukuk ve İnsan Haklarının Uluslararası Korunması, Uluslararası Hukukun İnsan Haklarına Alanına Uygulanmasından Kaynaklanan Kimi Sorunlar Üzerine Karşılaştırmalı Bir İnceleme* (Seçkin Yayınları, 2002) 157, 159.

Beyannamesi⁸ (BMİHEB), BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi⁹ (BMESKHS), BM Çocuk Hakları Sözleşmesi¹⁰ (BMÇHS), ve BM İnsan Hakları Konseyinin oluşturduğu özel usullerden eğitim hakkı özel raportörünün¹¹ konuya ilişkin raporlarıdır. BMİHEB'nin 26. maddesinde eğitim hakkı düzenlenmektedir.¹² BMESKHS'nin eğitim hakkını düzenleyen 13. maddesinin¹³ de bu düzenlemeye paralel olduğunu görmekteyiz. BMESKHS'nin eğitim hakkını düzenleme biçiminde dikkati çeken ilköğretimin zorunlu ve parasız olması gerektiği; ortaöğretimin çeşitlendirilmesi, mesleki ve teknik eğitime yer verilmesi ve bunların açık ve erişilebilir olması gerektiği; yükseköğretimin herkese açık, erişilebilir, kişisel yetenekler temelinde düzenlenmiş ve tedricen parasız olarak yaygınlaştırılması gerektiği; yeterli bir burs sisteminin kurulması gerekliliği; eğitim personelinin maddi koşullarının sürekli olarak iyileştirilmesi gerektiği hususlarıdır. Bununla birlikte maddede dikkati çeken diğer bir husus da eğitimin diğer bütün hakların gerçekleşmesi ve barışçıl bir dünya düzeni için öncelikle sağlanması gereken bir hak olduğudur. Türkiye, eğitim hakkını düzenleyen 13. maddenin 4. ve 5. paragraflarına çekince koyarak, bunların Anayasanın 3., 14. ve 42. maddeleri çerçevesinde yorumlama hakkının saklı olduğunu beyan etmiştir. Bu paragraflar ailelerin çocuklarına kendi inançlarına uygun dini ve ahlaki eğitim verme hakkı ile birey ve kuruluşların eğitim

⁸ UN General Assembly, Universal Declaration of Human Rights, 10 December 1948, General Assembly Resolution 217 A (III). Beyanname'nin aslında Resmi Gazete'de yayımlanması olağan olan hukuki metinlerden olmamasına rağmen- önemine istinaden Resmi Gazete'de yayımlanmasına 6 Nisan 1949 tarih ve 9119 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile karar verilmiştir. Ardından Beyanname'nin resmi Türkçe çevirisi 27 Mayıs 1949 tarih ve 7217 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. Rona Aybay, *Açıklamalı İnsan Hakları Evrensel Bildirisi*, (Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2006), 8. RG 27.05.1949 – 7217.

⁹ UN General Assembly, International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, 16 December 1966, General Assembly Resolution 2200A (XXI), United Nations, Treaty Series, vol. 993, p. 3. 19 Aralık 1966 tarihinde imzaya açılan Sözleşme, 3 Ocak 1976 tarihinde yürürlüğe girmiştir. <<https://www.refworld.org/docid/3ae6b36c0.html>> erişim tarihi 12 Ağustos 2020. Türkiye ise Sözleşme'yi 15 Ağustos 2000 tarihinde imzalamış, 4 Haziran 2003 tarih ve 4867 sayılı Kanunla uygun bulunmuş ve Bakanlar Kurulunun 10 Temmuz 2003 tarih ve 2003/5923 sayılı kararıyla onaylamıştır. Sözleşme, Türkiye bakımından BM Genel Sekreterliğine tevdi edildikten sonra, 23 Aralık 2003 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Sözleşme'nin resmi Türkçe çevirisi için bkz RG 11.08.2003 – 25196.

¹⁰ UN General Assembly, Convention on the Rights of the Child, 20 November 1989, General Assembly Resolution 44/25, United Nations, Treaty Series, vol. 1577, p. 3. Kabul edildiği tarihte imzaya açılan Sözleşme, 2 Eylül 1990 tarihinde yürürlüğe girmiştir. <<https://www.refworld.org/docid/3ae6b38f0.html>> erişim tarihi 12 Ağustos 2020. Türkiye ise Sözleşme'yi, 14 Eylül 1990 tarihinde imzalamıştır. Sözleşme'nin 9 Aralık 1994 tarih ve 4058 sayılı Kanunla onaylanması uygun bulunmuştur. RG 11.12.1994 – 22138. Sözleşme, Türkiye bakımından BM Genel Sekreterliğine tevdi edildikten sonra, 23 Aralık 2003 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Sözleşme'nin resmi Türkçe çevirisi için bkz RG 27.01.1995 – 22184. 11 Aralık 1994 tarih ve 22138 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. Sözleşme'nin onaylanmasına ilişkin 23 Aralık 1994 tarih ve 94/6423 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ve Sözleşme'nin resmi Türkçe çevirisi, 27 Ocak 1995 tarih ve 22184 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. Onay belgeleri 4 Nisan 1995 tarihinde Birleşmiş Milletler Genel Sekreterliğine tevdi edilmiş ve Sözleşme, Türkiye bakımından 4 Mayıs 1995 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

¹¹ BM İnsan Hakları Konseyi eğitim hakkı özel raportörünün bugüne kadarki bütün raporlarının listesi için bkz <https://ap.ohchr.org/documents/dpage_e.aspx?m=999> erişim tarihi 08 Mayıs 2020.

¹² Madde metni için bkz Ek 1.

¹³ Madde metni için bkz Ek-2.

kurumu kurma ve yönetme özgürlüklerine ilişkindir¹⁴. Öte yandan Türkiye, -aslında çok sayıda devlet gibi- BMESKHS'nin, bireysel şikâyet ve soruşturma usulünü¹⁵ öngören ek protokolü de imzalamamıştır.

Birleşmiş Milletler'in Çocuk Hakları Sözleşmesi (BMÇHS) ise, çocuklarla ilgili her alanda, günümüzde ulusal yargı yerlerinin de güncel kararlarında sıklıkla atıf yaptığı “*çocuğun en yüksek yararı*” ilkesini düzenlemekte ve çocuğun eğitimi konusuna bu açıdan yaklaşmaktadır. Hukukta çocuk 18 yaşını doldurmamış kişilerdir. Bu açıdan ilke olarak yükseköğretim sistemi öncesindeki ilk, orta ve lise öğretimine ilişkin düzenlemeler çocuk haklarını da yakından ilgilendirmektedir. BMÇHS'nin 24. maddesi çocuğun sağlık hakkına ilişkindir¹⁶; 28. ve 29. maddeleri de çocuğun eğitim hakkına¹⁷ ilişkindir. Özellikle 28. ve 29. maddelerde dikkati çeken husus ise, eğitimin fırsat eşitliği temelinde ve çocuğun en yüksek yararı gözetilerek düzenleneceğidir. Türkiye BMÇHS'nin 17., 29 ve 30. maddelerini Anayasa ile 24 Temmuz 1923 tarihli Lozan Anlaşması hükümlerine ve ruhuna uygun olarak yorumlama hakkını saklı tuttuğunu beyan etmiştir. Türkiye öte yandan BMÇHS'nin denetim organı olan Çocuk Hakları Komitesine bireysel şikâyet usulünü düzenleyen 2014 tarihli ihtiyari protokolü de imzalamış ve onaylamıştır; ancak Türkiye hakkında herhangi bir başvuru henüz söz konusu değildir¹⁸.

A. Ekonomik, Sosyal, Kültürel Haklar Komitesi ile Çocuk Hakları Komitesinin Önemli Genel Yorumları

Birleşmiş Milletler Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi'nin denetim organı olan Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakları Komitesinin, eğitim hakkını düzenleyen 13. maddeye ilişkin 13 No.lu Genel Yorumunda¹⁹ eğitim hakkının *norm*

¹⁴ Çalışmada eğitim hakkına ilişkin söz konusu hususlar ve tartışmalar, doğrudan salgın hastalık nedeniyle ortaya çıkabilecek eğitim hakkı ihlallerine yönelik olmadığı için kapsam dışı bırakılmıştır. Ancak elbette eğitim hakkına ilişkin aile-çocuk-devlet ilişkisindeki tartışmalar da esaslı meselelerdir ve hakkın kapsamı açısından belirleyicidir. Bu açıdan eğitim özgürlüğü, bedensel cezalandırma yasağı, eğitimde her türlü (etnik, kültürel, sosyal sınıf ya da statü, cinsel, engele dayalı, yaş vb.) ayrımcılığın önlenmesi, toplumsal cinsiyet eşitliği ve eğitimde çalışanların hakları gibi eğitim hakkının norm alanını oluşturan hususlar çok yönlü irdelenmemiş; yalnızca salgın hastalık nedeniyle eğitim-öğretim alanında ortaya çıkabilecek güncel somut sorunların eğitim hakkı bakımından bir tahlili yapılmıştır.

¹⁵ Özellikle ağır veya sistematik insan hakları ihlalleri açısından önemli bir anlamı olan soruşturma usulünün, ana hatları ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ndeki bireysel başvuru usulüne benzeyen bireysel şikâyet usulüne nazaran, insan haklarının korunması bakımından daha etkin yönleri bulunmaktadır. Bu yönler için bkz Gülay Arslan Öncü, 'Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda Soruşturma Usulü' (2011) 31 Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni 85, 87.

¹⁶ Madde metni için bkz Ek-3.

¹⁷ Madde metni için bkz Ek-4.

¹⁸ UN Human Rights Council, Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on a Communications Procedure: resolution / adopted by the Human Rights Council, 14 July 2011, A/HRC/RES/17/18, <<https://www.refworld.org/docid/4e72fbb12.html>> erişim tarihi 14 Ağustos 2020.

Çocuk Haklarına Dair Sözleşmenin Başvuru Usulüne İlişkin İhtiyari Protokol, 14 Nisan 2014 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye, 24 Eylül 2012 tarihinde ilgili Protokol'ü imzalamış ve 9 Mart 2017 tarih ve 6976 sayılı Kanun'la onaylamayı uygun bulmuştur. RG 30027/3 Nisan 2017. Ardından 11 Eylül 2017 tarih ve 2017/10836 sayılı Bakanlar Kurulu kararıyla Protokol'ün onaylanması kabul edilmiştir. Bu karar ve Protokol'ün resmi Türkçe çevirisi için bkz RG 7.12.2017-30263. Protokol, 26 Mart 2018 tarihinde Türkiye bakımından yürürlüğe girmiştir.

¹⁹ CESCR 'General Comment No. 13: The Right to Education (Art. 13 of the Covenant)', 8 December 1999, E/C.12/1999/10.

alanı Sözleşme açısından belirlenmiştir. Buna göre eğitim hakkı, hem kendisi bir haktır, hem de diğer tüm hakların gerçekleşebilmesi için vazgeçilmez bir araçtır. Komitenin Genel Yorumunda eğitim, özellikle sosyal ve ekonomik açıdan elverişsiz durumda olan yetişkin ve çocukların kendilerine hayatta bir fırsat yaratabilmelerinin ve yoksulluktan kurtulabilmelerinin yegâne aracı olarak tanımlanmaktadır. Bununla birlikte eğitim, demokratik bir düzenin hayata geçirilmesinde, kadınların ve çocukların istismara uğramasının önlenmesinde de hayati bir öneme sahiptir. Devletler açısından en iyi ekonomik yatırım olan eğitim aynı zamanda birey açısından da insansal olanaklarını geliştirebildiği bir etkinliktir²⁰. Sözleşme'nin 13. maddesine göre eğitim, BM'nin temel ilkeleri ile uyumlu olarak, bireylerin, özgür bir topluma etkili katılımlarına olanak sağlamalı ve insanların onur ve haklar bakımından eşit oldukları anlayışı ile biçimlenmelidir; bu husus ilgili maddede eğitimin amacı olarak belirlenmiştir. Bir başka ifade ile eğitim hakkı her şeyden önce böylesine bir içeriğe sahip eğitime yönelik bir talep etme yetkisi ortaya çıkartmaktadır ve güncel uluslararası hukukta eğitim hakkından değil nitelikli eğitim hakkından söz edilmektedir. Ardından 13. madde, bir eğitim alma hakkını (13/2), ilköğretim alma hakkını (13/2-a), orta öğretim alma hakkını (13/2-b), teknik ve mesleki eğitim alma hakkını (13/2-b), yükseköğretim hakkını (13/2-c), ilköğretimini tamamlayamamış herkes için bir temel eğitim hakkını (13/2-d) ve etkili bir okul sistemi, yeterli bir burs sistemi ile eğitim-öğretim personelinin iyi maddi koşullara sahip olma hakkını (13/2-e) düzenlemekte ve tüm bu hususlar eğitim hakkı kapsamında değerlendirilmektedir. Devletlerin ekonomik ve sosyal koşullarının çeşitli olabileceği göz önünde bulundurulmakla birlikte, tüm bu hakların ve devlet sorumluluklarının kapsamını belirlemek açısından ise dört ölçüt ortaya konulmuştur. Bu ölçütler *mevcudiyet, erişilebilirlik, kabul edilebilirlik ve uyum sağlayabilmedir*²¹. Genel Yorumu göre; **mevcudiyet**, taraf devletteki eğitim kurumlarının ve eğitim programlarının yeterli sayıda ve etkin olması anlamına gelmektedir. Bu açıdan bir eğitim kurumunun yalnızca binasının olması yeterli olmamakta; binaların eğitime elverişli, işlevsel, iki cinsiyet için de eşit sıhhi tesisatı ve temiz içme suyu olan, kütüphane, çeşitli araç-gereçler, eğitim materyali, bilgisayar ve diğer ihtiyaç duyulan teknolojik alete sahip yapıda olmaları gerekmektedir. Elbette mevcudiyet koşulu kapsamında yalnızca binalar değil, eğitim personelinin de makul ücretten çalışıyor olmaları hakkın kapsamında değerlendirilmektedir. Bu doğrultuda öğretmenlerin çalışma koşulları ve ücretleri ile ilgili olumsuz durumlar, öğrenciler açısından bir eğitim hakkı ihlali gündeme getirecektir. **Erişilebilirlik**, eğitim kurumunun ve programlarının taraf devletin yargı yetkisi içinde olan herkes için erişilebilir olması anlamına gelmektedir. Erişilebilirliğin üç alanı bulunmaktadır. Bunlardan ilki, eğitim kurumunun makul bir coğrafi konumda bulunması gibi güvenli **fiziksel erişilebilirliktir**. Uzaktan

²⁰ ibid para 1.

²¹ ibid para 6.

eğitim verilmesi söz konusu ise, uzaktan eğitime modern teknoloji yoluyla erişim de fiziksel erişilebilirliğin kapsamında değerlendirilmektedir. Örneğin bu açıdan COVID-19 salgını nedeniyle uzaktan eğitime erişim engeli olan öğrenciler açısından eğitim hakkının ihlalini ortaya çıkartacak durumlar söz konusu olabilir. İkincisi **ekonomik erişilebilirliktir**. Eğitimin herkes için maddi açıdan karşılanabilir olması gerekmektedir. Bu açıdan yüksek okul ücretleri yine eğitim hakkının ihlalini ortaya çıkartacaktır. Üçüncüsü ise eğitimin **ayrımıcılık gözetmeden**, hem yasal olarak hem de fiilen herkes ve özellikle savunmasız gruplar için erişilebilir olmasıdır. **Kabul edilebilirlik**, eğitimin biçiminin ve içeriğinin, müfredatın ve öğretim metotlarının ebeveynler tarafından (nitelikli, kaliteli ve kültürel açıdan uygun nitelikte olması) kabul edilebilir olmasıdır. Bu açıdan eğitim, 13. maddenin ilk paragrafında belirlenen temel amaçlara yönelmiş olmalıdır. **Uyarlanırlık** ise, eğitimin değişen toplumsal ihtiyaçlara ve öğrencilerin ihtiyaçlarına yanıt verebilmek için esnek olması anlamına gelmektedir. Bütün bu ölçütler ise, “*öğrencilerin en yüksek yararı*” ilkesi temelinde uygulanmalıdır²². Devletlerin eğitim hakkı ihlalleri ise icrai (fiiller ile) olabileceği gibi ihmali de (alması gereken tedbirleri almamasından kaynaklı) olabilir. Elbette Genel Yorumda devletlerin mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde eğitime ilişkin belli hususların hayata geçirilmesinin dikkate alındığı yer almakla birlikte, devletlerin derhal yapabileceği, örneğin *eğitimde her türlü ayrımcılığı önlemeye yönelik* tedbirler de bulunmaktadır. Eğitim hakkının korunabilmesi için alınacak her türlü tedbirin ise, “kesin, somut ve hedef odaklı” olması gerekmektedir²³. Eğitim hakkının geleceğe yönelik ya da giderek artan biçimde gerçekleştirilmesi (progressive realization), devletlerin 13. maddenin hayata geçirilmesi için, “mümkün olduğunca hızlı ve etkili bir şekilde ilerleme” biçiminde belirli ve sürekli bir sorumluluklarının olduğu anlamına gelmektedir²⁴.

Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesinin en güncel 30 Nisan 2020 tarihli ve 25 No.lu Genel Yorumu da konumuz açısından önemlidir²⁵. Bilimsel ilerleme ile ekonomik, sosyal, kültürel haklar arasındaki ilişkiye değinen Genel Yorum, özellikle bilimsel ve teknolojik gelişmelerin, sağlık, eğitim ve gıda haklarına olan etkisinden söz etmekte ve devletlerin bilimsel ve teknolojik gelişmelerden toplumun eşit yararlanmasına özen göstermesi gerektiğini belirtmektedir. Devletler, fikri mülkiyet ve patent düzenlemelerini, insanların eğitim, sağlık ve gıda hakkı ile denge kurarak gerçekleştirmelidir²⁶. Örneğin bu açıdan, eğitim hakkı kapsamında, eğitim materyali ve gerekli teknolojiye erişimin herkes için eşit olarak sağlanması, makul bir ücretten sunulması, kişilerin fikri mülkiyet ve patent haklarının korunması kadar, toplumun

²² ibid para 6.

²³ ibid para 43.

²⁴ ibid para 44.

²⁵ CESCR ‘General Comment No. 25 on science and economic, social and cultural rights (article 15 (1) (b), (2), (3) and (4) of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights’ 30 April 2020, E/C.12/GC/25.

²⁶ ibid para 62.

bu bilimsel buluş, eser ve teknolojik gelişmelerden adil bir biçimde yararlanmasının sağlanması da önem arz etmektedir. Devletler bu hususlara dikkat ederek, fikri mülkiyet ve patent hukuku ile eğitim hakkı arasında bir denge gözetmelidir²⁷. Bu açıdan Türkiye’de COVID-19 salgını süresince çeşitli ulusal ve uluslararası veri tabanlarının, çevirim içi kitap ve ders materyalinin öğrencilere ücretsiz olarak erişime açılmış olması önemli bir uygulamadır²⁸.

Çocuk Hakları Komitesi, COVID-19 salgını nedeniyle Çocuk Hakları Sözleşmesi’ne taraf devletlerin göz önünde bulundurması gereken önemli hususlara dikkati çekmiştir. Komitenin 8 Nisan 2020 tarihli açıklamasında devletlerin özellikle, uzaktan ya da çevirim içi eğitimin, var olan eşitsizliklerin daha da derinleşmesine yol açmamasını ve öğrenci-öğretmen etkileşiminin yerini almamasını garanti etmeleri gerektiği belirtilmiştir. Özellikle, ebeveyn desteği görmeyen ya da göremeyen ve internet ile teknolojiye erişimi olmayan çocuklar için, öğretmen desteğinden yararlanabilecekleri alternatif çözümler üretilmelidir²⁹. Yine aynı belgede, hijyen standartları ve sosyal mesafe kurallarına uymak kaydı ile çocukların günde hiç olmazsa bir defa açık havada kontrollü bir biçimde aktivite yapabilmelerine olanak tanınması ve televizyon vb. basın yayın araçlarında çocuk-dostu kültürel-sanatsal aktivitelere yer verilmesinden söz edilmektedir³⁰. Çocuklar ile ilgili alınacak tedbirlerde onların da seslerinin duyulmasını ve ne olup bittiğini anlamalarını sağlayacak biçimde, karar alma süreçlerine katılımlarının ve çeşitli iletişim kanallarının sağlanması gerekmektedir³¹. Almanya’da kimi eyaletlerde, çeşitli acil hizmetler ve sağlık alanında çalışanların çocuklarının bakımı için, çocuğun en yüksek yararı ilkesine atıfla çeşitli önlemler alınmıştır. Bunlar arasında gündüz bakım evlerinin ve kreşlerin çekirdek elemanları ile ve adı geçen alanlarda çalışan ebeveynlerin çocukları ile sınırlı olmak kaydıyla, az sayıda (en fazla 10’a kadar değişebilen) çocuğa hizmet vermesi düzenlenmiştir³².

²⁷ ibid para 62. Özellikle yeni teknolojilerin ortaya çıkardığı tehlikelere ilişkin açıklamalar için bkz ibid paras 72-76. Bu açıdan örneğin üniversite kitaplarının pahalı olması sorunu sıklıkla dile getirilmektedir. Üniversiteler ders kitabı olarak okutulacak kitaplar listesini öğretim üyelerinden sene başında talep ederek, aynı kitaptan çok sayıda üniversite ya da ilgili fakülte / bölüm kütüphanesine satın alabilir ve bunları herkes için erişilebilir kılabılır.

²⁸ Örnek olarak “YÖK Dersleri Platformu” incelenebilir. <<https://yokdersleri.yok.gov.tr/>> erişim tarihi 8 Mayıs 2020.

²⁹ CRC ‘The Committee on the Rights of the Child warns of the grave physical, emotional and psychological effect of the COVID-19 pandemic on children and calls on States to protect the rights of children’ 8 April 2020, para 3 <https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CRC/Shared%20Documents/1_Global/INT_CRC_STA_9095_E.pdf> erişim tarihi 08 Mayıs 2020.

³⁰ ibid para 2.

³¹ ibid para 11.

³² Tina Groll, ‘Wer darf sein Kind in die Kita schicken?’ (*Zeit Online*, 17 April 2020) <<https://www.zeit.de/politik/deutschland/2020-04/corona-notbetreuung-franziska-giffey-kita-faq>> erişim tarihi 18 Mayıs 2020. Çeşitli eyaletlerde “Yuva ve Kreşlerde Acil Bakım Gerekliği-Ebeveynlerin Açıklaması” isimli belgelerle başvuru yapan ve belli alanlarda çalışan ebeveynler için kreş hizmeti sunulmaktadır.

B. COVID-19 Salgını Süresince Kadınlar ve Çalışan Ebeveynler

17 Nisan 2020 tarihinde BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi eğitim hakkı açısından dikkat edilmesi gereken hususlara yer veren bir açıklama yayımlamıştır³³. Buna göre, salgın nedeniyle eğitime uzaktan devam edilmesi, eğitim kurumlarının kapanmasının, eğitim hakkına yönelik oluşturduğu müdahalenin etkilerini azaltmaya yönelik bir önlemdir. Ancak uzaktan eğitim, internet servislerine, bilgisayarlara, tablet vb. diğer gerekli donanıma erişim açısından yoksul ve zenginler arasındaki eşitsizlikleri derinleştirme tehlikesi barındırmaktadır³⁴. Bunun yanı sıra Komite, COVID-19 salgınının, kadın-erkek eşitsizliğini derinleştirdiğini ve çocuk bakımı konusunda halen birçok toplumda geçerli olan yaygın anlayışın, salgın süresince kadınlar aleyhine sonuç doğurduğunu ve ev içi şiddet tehlikesinin ve vakalarının arttığını belirtmektedir³⁵. Bu açıdan devletlerin internet ve teknolojiye erişim ile cinsiyet temelli eşitsizlikten kaynaklanacak hak ihlallerinin önüne geçecek tedbirleri alması gerekmektedir³⁶. Ayrıca BM Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi'nin³⁷ (BMKKAÖKS) *eğitim hakkı* başlıklı 10. maddesi de kadınların eğitim alanında erkeklerle eşit haklara ve koşullara sahip olması gerektiğini ve özellikle kariyer rehberliği verilmesini düzenlemektedir. Sözleşme'nin 11. maddesi de çalışma hakkına ilişkin ayrımcılık yasağını düzenler. Bununla birlikte Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Komitesi de (CEDAW) COVID-19 salgını nedeniyle alınacak tedbirlerde, kadınlara özel durumların dikkate alınmasının ve *karar verici aşamalarda ve salgınla mücadele politikalarında* kadınların eşit katılımının garanti altına alınmasının önemini vurgulamaktadır³⁸. CEDAW aynı zamanda bu süreçte ev içi şiddet olaylarının arttığını ve devletlerin buna karşı önlem alması gerektiğini belirtmektedir³⁹. BM İnsan Hakları Yüksek Komiserliğinin “COVID-19 ve Kadınların İnsan Hakları” başlıklı raporunda çeşitli

³³ CESCR ‘Statement on the coronavirus disease (COVID-19) pandemic and economic, social and cultural rights Statement by the Committee on Economic, Social and Cultural Rights’ 17 April 2020 E/C.12/2020/1.

³⁴ ibid para 7.

³⁵ ibid para 8.

³⁶ Avrupa Cinsiyet Eşitliği Enstitüsü'nün “COVID-19 ve Cinsiyet Eşitliği” başlıklı çalışması da incelenebilir. ‘Covid-19 and Gender Equality’ *European Institute on Gender Equality* <<https://eige.europa.eu/topics/health/covid-19-and-gender-equality>> erişim tarihi 9 Mayıs 2020. Benzer şekilde Inside HigherED araştırmasına göre COVID-19 özellikle kadın akademisyenlerin yayın, araştırma ve üretkenliğini ciddi biçimde olumsuz etkilemektedir. Colleen Flaherty, ‘No Room of One’s Own’, (*Inside HigherED*, 21 April 2020) <<https://www.insidehighered.com/news/2020/04/21/early-journal-submission-data-suggest-covid-19-tanking-womens-research-productivity>> erişim tarih 9 Mayıs 2020. Aynı şekilde bkz Colleen Flaherty, ‘Faculty Home Work’, (*Inside HigherED*, 24 March 2020) <<https://www.insidehighered.com/news/2020/03/24/working-home-during-covid-19-proves-challenging-faculty-members>> erişim tarihi 9 Mayıs 2020.

³⁷ UN General Assembly, Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women, 18 December 1979, United Nations, Treaty Series, vol. 1249, p. 13, General Assembly Resolution 34/180 of 18 December 1979 <<https://www.refworld.org/docid/3ae6b3970.html>> erişim tarihi 14 Ağustos 2020.

Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi 3 Eylül 1981 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye’de, 11 Haziran 1985 tarih ve 3232 sayılı Kanun ile Sözleşme’nin onaylanması uygun bulunmuştur. RG 25.06.1985-18792. Ardından 24 Temmuz 1985 tarih ve 85/9722 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile onaylanmış ve resmi çevirisi Resmi Gazete’de yayımlanmıştır. RG 14.10.1985-18898. Sözleşme Türkiye bakımından 19 Ocak 1986 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

³⁸ CEDAW, ‘Guidance Note on CEDAW and COVID-19’ 2 <<https://www.ohchr.org/en/hrbodies/cedaw/pages/cedawindex.aspx>> erişim tarihi 19 Mayıs 2020.

³⁹ ibid.

ülkelerin özellikle şiddet vakalarının artması karşısında verdikleri sosyal hizmetleri arttırdığı ve ek önlemler aldığı belirtilmektedir. Çeşitli ülkeler bu süreçte kadınların sağlığı ile ilgili telefonla uzaktan hizmet ve bilgilendirme sunmaktadır. Söz konusu raporda bunlara ek olarak CEDAW raporuna benzer endişelere de yer verilmektedir⁴⁰. UNESCO'ya göre dünya genelinde okulların kapanması en çok kız çocuklarını olumsuz yönde etkileyecektir. Buna göre hâlihazırda dünyadaki okula giden nüfusun %89'u şu anda okul dışındadır. Bu oranın yaklaşık yarısı (743 milyonu) kız öğrencilerden oluşmaktadır ve bunların da 111 milyonu eğitime erişimin önceden de problemlili olduğu az gelişmiş ülkelerde yaşamaktadır⁴¹. Önceki yıllarda meydana gelen ebola ve zika salgınlarında en elverişsiz olanlar kadınlar ve kız çocukları olduğu, salgın nedeniyle okulların kapatıldığı sürede ergen hamileliklerinin, çocuk evliliklerinin ve şiddet vakalarının ciddi oranda artış gösterdiği belirtilmektedir⁴².

OECD, COVID-19 salgınının etkileri üzerine gerçekleştirdiği araştırmasında kadınların en elverişsiz grup olduğunu ve devletlerin salgın karşısında aldıkları tedbirlerin ani ve acele olarak (immediate) kadınların sorunlarına yönelik olması gerekliliğini vurgulamaktadır⁴³.

Neler Yapılabilir? Devlet, eğitime ara verilen salgın döneminde, kız çocuklarının okul ve eğitimden uzaklaş(tırıl)maması için gerekli önlemleri öncelikle almaya dikkat etmelidir. Bununla birlikte özellikle çocuklu ailelere yönelik, iş ve çocuk bakımı

⁴⁰ OHCHR, 'Covid-19 and Women's Human Rights: Guidance' (OHCHR, 15 April 2020) <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Women/COVID-19_and_Womens_Human_Rights.pdf> erişim tarihi 19 Mayıs 2020.

⁴¹ Stefania Giannini, 'Covid-19 school closures around the world will hit girls hardest' (UNESCO, 31 March 2020) <<https://en.unesco.org/news/covid-19-school-closures-around-world-will-hit-girls-hardest>> erişim tarihi 19.05.2020.

⁴² Sara E. Davies/Belinda Bennett, 'A gendered human rights analysis of Ebola and Zika: locating gender in global health emergencies' (2016) 92(5) International Affairs 1045, 1048.
Yazarlar ebola, zika gibi hastalıkların " karmaşık tehlikeli durum (complex emergencies)" olduğunu ve karmaşık tehlikeli durumlardan en olumsuz etkilenen grubun daima kadınlar ve kız çocukları olduğunu belirtmektedirler.

⁴³ OECD 'Women at the core of the fight against COVID-19 crisis' <<https://www.oecd.org/coronavirus/policy-responses/women-at-the-core-of-the-fight-against-covid-19-crisis/>> erişim tarihi tarih 9 Mayıs 2020. OECD'nin önerileri arasında, özellikle sağlık alanında, kamusal kurumlarda ve acil hizmetlerde çalışan ebeveynlere yönelik çocuk bakım hizmeti sağlanması; işten ayrılmak zorunda kalan çalışanlara mali destek sağlanması, çalışanlarına ücretli izin veren işletmelere mali destek sağlanması, çalışanların ailevi sorumluluklarını yerine getirebilmeleri için esnek çalışma düzenlemeleri yapılması bulunmaktadır. OECD araştırmasına göre, "...ebeveynlerin okul kapanma durumunda izin almalarına ilişkin ek hakları genellikle belirsizdir. Hemen hemen tüm OECD ülkeleri, çalışanlara bakmakla yükümlü oldukları kişilere bakmak için işten ayrılmaya olanağı tanımaktadır. Bazı ülkelerde, "öngörülemez acil durumlar" (örneğin Avustralya, Birleşik Krallık, Polonya ve Slovak Cumhuriyeti) okulların beklenmeyen şekilde kapanması da içermektedir ve çalışan ebeveynlerin işten ayrılmaya hakları bulunmaktadır. Bazı ülkelerde, (örneğin Avusturya ve Almanya) okul veya çocuk bakım tesislerinin kapatılması durumunda "acil izin haklarının" uygulanacağını açıklamıştır. Ancak kimi durumlarda da süresiz ücretsiz hakkı söz konusu olmaktadır. Birçok ebeveynin, ücretsiz izin almaya gücü yetmeyebilir. Ayrıca, bazı ülkelerde (örneğin Avusturya, Almanya ve Slovak Cumhuriyeti), bu ücretli izinler açısından süre sınırı bulunmaktadır; bazılarında da süre sınırı belirsizdir. Bazı ülkeler okulların veya çocuk bakım merkezlerinin kapatılması durumunda çalışan ebeveynlere yardımcı olmak için acil durum önlemleri uygulamaya başlamışlardır. Çocuk bakım tesislerinin ve okullarının kapatıldığı birçok ülkede (örneğin Avusturya, Fransa, Almanya ve Hollanda), özellikle sağlık ve sosyal bakım ve öğretimde temel hizmet çalışanlarının çocuklarına bakmak için çekirdek personel ile bazı tesisler açık kalmaktadır. Örneğin, Fransa'da, bu tür aileler için çocuk bakım tesisleri en fazla 10 çocuk barındırabilir ve evlerinden çalışan çocuk bakıcıları istisnai olarak 3 çocuk yerine 6 çocuk alabilirler. Kamu sektöründe, bazı ülkeler ebeveynlerin iş ve bakımı dengelemelerine yardımcı olmak için esnek çalışma seçeneklerini de genişletmektedir. Örneğin İrlanda, kamu işleri çalışanları için uzaktan çalışma, esnek vardiyalar, kademeli vardiyalar, daha uzun çalışma saatleri ve hafta sonu çalışmaları dahil olmak üzere bir dizi esnek çalışma fırsatı sunmuştur. Yenilikçi bir uygulama, kritik hizmetlerin sunulmasına izin verirken esnek çalışma seçeneklerini etkili bir şekilde kolaylaştırmak için çalışanların geçici olarak farklı rollerde veya kuruluşlarda çalışmasını gerektirmektedir."

arasındaki dengeyi gözetecek düzenlemelerin yapılması gerekmektedir. Bu açıdan önümüzdeki yıllarda çocuklu akademik aileler ya da ebeveynlerin (ya da performansa dayalı ücret elde edilen işlerde çalışanların) çocuksuz olanlara oranla daha düşük bir performans sergilemiş⁴⁴ olması olası görünmektedir. Dolayısıyla, COVID-19 salgını nedeniyle yaşanan 6 aylık, 1 yıllık ya da salgının seyrine göre uygun bir sürenin, atama ve yükseltme ölçütleri değerlendirilirken – özellikle de kadınların konumu dikkate alınarak- düşülmesi gerekebilecektir⁴⁵.

C. Uluslararası Hukukta Eğitim Hakkından “Nitelikli Eğitim” Hakkına Doğru Gelişim

Eğitim hakkı ile ilgili uluslararası hukukta bir diğer güncel mesele eğitim hakkının yalnızca eğitime erişim ve okullarla ilgili düzenlemeleri değil, aynı zamanda eğitimin içeriğine ilişkin de bir talep hakkı ortaya çıkarttığı yönündedir. Bu husus yukarıda söz edilen Ekonomik, Sosyal, Kültürel Haklar Komitesinin 13 No.lu Genel Yorumunda belirlenen “kabul edilebilir olma ve uyarlanabilirlik” ölçütleri ile ifade edilmektedir. COVID-19 salgını süresince okuldan uzak kalan öğrencilerin nitelikli eğitim alabilmeleri için dünya genelinde çeşitli projeler ve çözüm önerileri sunulmuştur⁴⁶.

Nitelikli eğitim hakkı açısından, COVID-19 salgını nedeniyle okulların 2019-2020 eğitim-öğretim yıllarının bahar yarıyılı başarı değerlendirme ölçütleri ve okullardaki derslerin devamına ilişkin konular tartışılabilir. Ülkemizde salgın nedeniyle Millî Eğitim Bakanlığı Okul Öncesi Eğitim ve İlköğretim Kurumları Yönetmeliği-OÖİEKY⁴⁷ ve Millî Eğitim Bakanlığı Ortaöğretim Kurumları Yönetmeliği-OKY⁴⁸ bazı hükümleri değiştirilerek, zorunlu tedbir olan uzaktan eğitimde ve bunlara ilişkin

⁴⁴ Arianne Cohen, ‘Women’s academic journal submissions plummet amid coronavirus’ (*Fast Company*, 1 May 2020) <<https://www.fastcompany.com/90499954/womens-academic-journal-submissions-plummet-amid-coronavirus>> erişim tarihi 9 Mayıs 2020.

⁴⁵ Bu olguya dikkat çeken bir tartışma ve öneriler için bkz Titan Alon/Matthias Doepke/Jan Olmstead-Rumsey/Michèle Tertilt, ‘The Impact of COVID-19 on Gender Equality’ (2020) 4 *Covid Economics: Vetted and Real-Time Papers* 81. Çalışmada Çalışmada 14 yaşından küçük çocukları olan ebeveynlerin atama ve yükseltme sürecindeki süre hesaplamalarının, COVID-19 salgını süresinin hesaba katılarak yapılması ve özellikle kadınların çocuk bakımında daha fazla zaman geçirmelerinin dikkate alınması önerilmektedir.

Öte yandan bir başka çalışmada da, cinsiyet ayrımı gözetmeksizin yapılan süre uzatımlarından yine erkeklerin kadınlarla oranla daha avantajlı olduğu ve kadınların kadro elde etme, akademik atama ve yükseltmelerde süreler uzatılsa da, cinsiyetler arası farklılık dikkate alınmadığı için elverişsiz bir konumda bulunduğu belirtilmektedir. Bkz. Heather Antecol/Kelly Bedard/Jenna Stearns, ‘Equal but inequitable: Who benefits from gender-neutral tenure clock stopping policies?’ (2018) 108 *American Economic Review*, 2420-2441. Benzer şekilde, Amerikan Üniversite Profesörleri Derneği, ‘COVID-19 Karşısında Yükseköğretim İlkeleri’ yayımlayarak üniversitelerin, COVID-19 kaynaklı bütün gecikme, vb. hususlarda çocuklu araştırmacılara uygun düzenlemeler yapmaları ve akademisyenlerin yeniden atamaları için işleyen kadro sürelerini durdurabilmeleri gerektiğine değinmektedir. ‘Principles for Higher Education Response to COVID-19’ (American Association of University Professors, 13 March 2020) <https://www.aft.org/sites/default/files/covid19_aft-aaup_guidanceprinciples_031320.pdf> erişim tarihi 15 Mayıs 2020. Aynı derneğin “aile sorumlulukları ve akademik çalışma” raporu hakkında bkz <<https://www.aaup.org/report/statement-principles-family-responsibilities-and-academic-work>> erişim tarihi 9 Mayıs 2020. ABD’de birçok üniversite bu hususta kararlar almaktadır.

⁴⁶ OECD’nin desteği ile hazırlanan rapor: ‘Spotlight: Quality education for all during Covid-19 crisis’ (*Hundred and OECD* April 2020).

⁴⁷ RG 26.07.2014-29072.

⁴⁸ RG 07.09.2013-28758.

telafi eğitiminde puanla değerlendirme yapılamayacağı (OÖEİKY, md. 33/4 ve 5; OKY ek md. 2/5) düzenlenmektedir. Yine OÖEİKY'ye 8 Mayıs 2020 tarihinde eklenen ek madde 1'de: "...eğitim ve öğretime ara verilmesi ve sadece bir dönem puanının bulunması durumunda; bu puanın sınıf geçme puanının altında kalıp kalmamasına bakılmaksızın 4 üncü, 5 inci, 6 ncı, 7 nci ve 8 inci sınıflardaki tüm öğrenciler bir üst sınıfa geçmiş sayılır. Bu durumda derslerin bir döneme ait dönem puanları yılsonu puanı olarak sayılır. Oluşan bu yılsonu puanı, ağırlıklı puan, yılsonu başarı puanı ve ortaokul başarı puanı (OBP) hesaplanmasında da kullanılır. İlkokul 1 inci, 2 nci ve 3 üncü sınıflarda eğitim ve öğretim faaliyetlerinin yapıldığı dönemde başarı durumu değerlendirilen öğrenciler bir üst sınıfa geçmiş sayılır. Ancak ilkokullarda velinin yazılı talebi doğrultusunda sınıf tekrarı yaptırılabilir." hükmü yer almaktadır. Bu hususta incelenen Almanya'da eyaletler arasında bir yeknesaklık bulunmadığı görülmektedir. Kimi eyaletler bu dönemin sonunda Türkiye'dekine oldukça benzer biçimde sınıf tekrarının bu yıl ile sınırlı olmak kaydıyla hiçbir biçimde söz konusu olmayacağını ve puanlandırma yapılmayacağını düzenlerken; kimi eyaletler de uzaktan verilmiş olsa da bu dönemin sonunda elde edilen başarının yalnızca son sınıflar için söz konusu olabileceğini ya da okul açıldığında yapılacak sınıf ödevlerinin puanlanabileceği ve öğretmenler heyeti aracılığıyla sınıf tekrarının söz konusu olabileceğini öngörmüştür⁴⁹. Federal Devlet eyaletlerin okullarını 7 Mayıs 2020 tarihinden itibaren açabileceğini öngörmüş, kimi eyaletler sağlık ve hijyen kuralları doğrultusunda çeşitli düzenlemeler yaparak okulları açmıştır⁵⁰. Bu gibi uygulamaların eğitimin niteliğine ilişkin tartışmaları beraberinde getireceği unutulmamalıdır. Bununla birlikte ilk dönem başarı notunun, ikinci dönem puanlandırılmayacağı için, bütün yıl notu olarak değerlendirmeye alınması hususu idari yargı önüne gelebilir. Bu husus başarı değerlendirmesinin ölçütlerine karar verme yetkisinin hukuki niteliği ile ilgilidir. Başarı değerlendirmesi ölçütlerinin idare tarafından belirlenirken sahip olduğu takdir yetkisine yönelik hukuki tartışmalar, ilgili eğitim kurumunun niteliğine, başarı değerlendirmesi ölçütüne karar veren kişiye ve başarı değerlendirmesi araçlarına karar veren kişilere göre değişiklik göstermektedir⁵¹.

II. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Mahkeme İctihatlarında Eğitim Hakkı Meseleleri

Türkiye'yi ilgilendiren bir diğer uluslararası sistem Avrupa bölgesinin insan hakları koruma sistemidir. Eğitim hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Ek 1 No.lu

⁴⁹ Eyaletlere ilişkin durum ve istatistik için bkz Miriam Olbrich, 'So bewerten die Bundesländer das "Corona-Halbjahr"' (Spiegel Panorama, 12 Mayıs 2020) <<https://www.spiegel.de/panorama/bildung/schulnoten-in-der-corona-krise-so-gehendie-bundeslaender-vor-a-8a3717a6-5f0f-469b-b50c-fa50186fd466>> erişim tarihi 15 Mayıs 2020.

⁵⁰ Örneğin NRW Eyaletinde okul sınıflarının haftanın her günü bir sınıf okula geçecek biçimde düzenlenmesini, öğrencilerin uzaktan eğitime devam ederken, hiç olmazsa haftanın bir günü okula gelerek öğretmenleri ile ders yapabilmelerini öngörmüştür. Bkz. NRW Eyaleti Eğitim Bakanlığı sayfası <<https://www.schulministerium.nrw.de/docs/Recht/Schulgesundheitsrecht/Infektionsschutz/300-Coronavirus/index.html>> erişim tarihi 15 Mayıs 2020.

⁵¹ Turgut Tan, 'Sınav ve Jüri Değerlendirmelerinin Yargısal Denetimi' (1996) 51 *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi* 410, 421. Başarı değerlendirmesi ve idarenin takdiri konusu Türk hukukundaki en tartışmalı alanlardan birisidir.

Protokol'ün (EP-1) 2. maddesinde düzenlenmiştir⁵². Protokolde düzenlenen eğitim hakkının kapsamına ilişkin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin yargı pratiği, daha çok negatif bir içerikte, eğitime erişimin kısıtlanması, ayrımcılık ve ebeveynlerin çocuk üzerindeki haklarına yönelik tartışmalara ilişkindir. Elbette Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), Sözleşme ve Ek Protokollerinde düzenlenen haklarla ilgili devletin pozitif yükümlülüklerini belli açılardan – özellikle ayrımcılık ile ilgili konularda- kabul etmekte ve bunu kararlarına da yansıtılmaktadır⁵³. Ancak eğitim hakkını düzenleyen EP-1'in hazırlık çalışmaları ve tartışmalar incelendiğinde pozitif yükümlülük doğuracak dilden kasıtlı olarak kaçınıldığı görülmektedir⁵⁴. Hazırlık çalışmalarında eğitim hakkı üzerinde yürütülen temel tartışma, -EP-1'in hazırlık tarihi de göz önünde bulundurulduğunda- eğitim sistemlerinde yer alabilen yoğun propaganda karşısında çocukları korumanın ebeveynlerin mi, yoksa devletin mi görevi olduğudur⁵⁵. Bununla birlikte hazırlık çalışmaları sonunda nihai madde metni⁵⁶ kaleme alınırken, devletin, herkesin kendi tercihleri doğrultusunda eğitim alabilmesi için etkili düzenlemeler yapma ya da özel eğitim kurumlarına gidebilmesi için finansal destek sağlama yükümlülüğünün olmadığı belirtilmektedir⁵⁷. AİHM de, tüm bunlara ek olarak, Folgerø ve Diğerleri - Norveç davasında eğitim hakkını düzenleyen maddenin ikinci cümlesinin, AİHS'nin 9. maddesi (din ve vicdan

⁵² Council of Europe, Protocol 1 to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 20 March 1952, ETS 9, <<https://www.refworld.org/docid/3ae6b38317.html>> ve <<https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=basictexts&c=>>> erişim tarihi 13 Ağustos 2020.

Söz konusu Protokol 18 Mayıs 1954 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye Ek 1 No.lu Protokolü 20 Mart 1952 tarihinde imzalamış ve 10 Mart 1954 tarihinde 6366 sayılı Kanun ile onaylamıştır. RG 19.03.1954 – 8662. Protokol Türkiye açısından 18 Mayıs 1954 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Ancak Türkiye Protokol'ün eğitim hakkını düzenleyen 2. maddesine çekince koyarak, bu düzenlemenin Tevhid-i Tedrisat Kanunu'na aykırı olarak uygulanmayacağını belirtmiştir.

⁵³ Abdullah Çelik, 'Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Eğitim Hakkı' (2015) 6 Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 322.

⁵⁴ 'Preparatory Work on Article 2 of the Protocol to the Convention, Information Document prepared by the Registry of the Court' (Council of Europe, European Court of Human Rights, Strasbourg, 9 May 1967) CDH (67) 2.

<[https://www.echr.coe.int/LibraryDocs/Travaux/ECHRTTravaux-P1-2-CDH\(67\)2-BIL2292567.pdf](https://www.echr.coe.int/LibraryDocs/Travaux/ECHRTTravaux-P1-2-CDH(67)2-BIL2292567.pdf)> erişim tarihi 12 Ağustos 2020. Özellikle "negatif yükümlülük" vurgusu için bkz ibid 198.

AİHS ve ek protokollerine ilişkin tüm hazırlık çalışmalarına (Travaux préparatoires) erişim için <https://www.echr.coe.int/Documents/Library_TravPrep_Table_ENG.pdf> erişim tarihi 14 Ağustos 2020.

⁵⁵ ibid 11- 44, 47, 171-172.

⁵⁶ Yaklaşık bir buçuk yıl süren Protokol'ün hazırlık çalışmalarında eğitim hakkına ilişkin madde dört farklı biçimde kaleme alınmıştır. Bunlar, Ağustos 1950-Danışma (Parlamenteler) Meclisi Taslağı, Ağustos 1951-Bakanlar Komitesi Taslağı, Kasım 1951-Bakanlar Komitesi Taslağı ve Aralık 1951-Danışma (Parlamenteler) Meclisi Taslağıdır. 2. maddenin dört farklı taslağında da devletin ebeveynlerin çocuklarını kendi dini ve felsefi inançları doğrultusunda eğitebilme haklarından söz edilmektedir. Hatta Kasım 1951-Bakanlar Komitesi taslağında, felsefi inanç sözcüğü kullanılmamış, yalnızca dini inanç ibaresi kullanılmıştır. Bununla birlikte ebeveynlerin çocuklarını kendi inançları doğrultusunda devlet okulları dışındaki okullara gönderebilme hakkından da söz edilmektedir. Ancak bu öneri kabul edilmemiştir. Aralık 1951-Danışma Meclisi taslağı nihai madde metni olarak kabul edilmiş ve Ek-1 No.lu Protokol'de yerini almıştır. ibid 201.

⁵⁷ ibid 206-208. Her ne kadar kimi delegeler ebeveynlerin çocuklarını diledikleri biçimde eğitebilmeleri için devletin belli bir finansal destek sağlamasının gerekliliği yönünde görüş bildirmişlerse de, maddenin nihai metninde devletler açısından pozitif yükümlülük doğuracak bir dilden kaçınıldığı görülmektedir. Örneğin İngiliz delegesi, devletin ebeveynlerin çocuğun eğitimini sağlama hakkına saygı gösterme yükümlülüğünün, devlete makul olmayan düzeyde finansal yük oluşturmayacak biçimde kaleme alınması gerektiğini belirterek, Hollanda delegesi devletin, ebeveynlere belli bir finansal destek sağlaması gerekliliği üzerinde durmuştur. ibid 206, 208.

özgürlüğü) yönünden *lex specialis* olduğunu belirtmektedir⁵⁸. AİHM bu davaya, ebeveynlerin çocuklarının kendi dini ve felsefi inançları doğrultusunda eğitim alması yönündeki talepleri ile devletin resmi eğitim müfredatının çatıştığı durumların konu olduğu daha sonraki davalarda da atf yapmaktadır⁵⁹. Bu tarz davalarda AİHM'nin, çoğulcu bir toplum yapısını muhafaza edecek nitelikte bir eğitimin sunulmasına ve öğrencilere belli bir ideolojinin aşılmasının önüne geçilmesine önem verdiği görülmektedir. Mahkeme, hazırlık çalışmalarında üzerinde durulan, herkesin kendi tercihleri doğrultusunda eğitim alabilmesi için devletin etkili düzenlemeler yapma yükümlülüğünün olmadığını da çeşitli kararlarında vurgulamıştır⁶⁰.

⁵⁸ *Folgero and Others v. Norway*, Başvuru No. 15472/02 (ECtHR, 29 June 2007) para 54.

AİHM, Norveç'te Hristiyan olmayan ebeveynlerin çocuklarının, ilk ve orta öğretim düzeyinde zorunlu olarak okutulan "Hristiyanlık, Din ve Felsefe" dersinden kendi talepleri doğrultusunda tamamen muaf tutulmaları yönündeki uygulamanın, AİHS'nin 9., 14. ve EP-1'in 2. maddesine aykırı olduğu gerekçesi ile yapılan başvuruda, eğitim hakkının, din ve vicdan özgürlüğü bakımından *lex specialis* olduğunu belirtmiş ve din ve vicdan hürriyeti bakımından ayrıca inceleme yapmamıştır. Bu uyumsuzlukta AİHM, Norveç'in "Hristiyanlık, Din ve Felsefe" dersinin müfredatını eleştirel ve çoğulcu bir içerikte düzenlememesi ve Hristiyan olmayan ailelerin çocuklarına dersten ve dersin kimi ibadet uygulamalarından tamamen muaf tutulma dışında başka bir seçenek sunmaması nedeniyle, çocukların eğitim hakkının ihlal edildiği yönünde karar vermiştir. Bir başka ifade ile asıl tartışma devletin eğitim alanındaki pozitif yükümlülüklerinin derecesi ile ilgilidir. AİHM, hem devletin, devlet okullarında çoğulcu bir eğitim müfredatı uygulama yükümlülüğünden, özel okullarda alternatif bir eğitim müfredatının bulunması gerekçe göstererek kurtulamayacağını açıkça belirtmekte ve eğitim hakkına belli açıdan pozitif bir anlam kazandırmış olmaktadır; hem de eğitim alanında uyguladığı takdir marjı doktrinine çoğulcu bir din ve ahlak eğitimi sunulması yönünden sınır getirmiş olmaktadır (para 101). AİHM, eğitim hakkını düzenleyen maddenin ikinci cümlesinin *ratio legis*inin çoğulcu bir din ve ahlak eğitimi sağlanması olduğunu belirtmektedir. Ancak AİHM'nin bu kararı oldukça tartışmalı ve 9 kabul oyuna karşılık, 8 ret oyuyla verilmiş "bıçak sırtı" bir karardır.

⁵⁹ Dini inancı gereği çocuğunun okuldaki zorunlu yüzme dersine katılmasını istemeyen İsviçre vatandaşı ve Müslüman olan başvurucuya, İsviçre eğitim mevzuatına göre idari para cezası kesilmesinin konu edildiği uyumsuzluk için bkz *Osmanoğlu and Kocabaş v. Switzerland*, Başvuru No. 29086/12 (ECtHR, 10 January 2017) paras 30, 90. Bu davada AİHM, 9. maddenin ihlal edilmediğine hükmetmiştir. İsviçre EP-1'e taraf olmadığı için AİHM eğitim hakkının AİHS'nin 9. maddesi açısından *lex specialis* olduğunu ve EP-1'in AİHS ile bir bütün olarak ele alınması gerekliliğini belirtmiştir. AİHM, bu kararda her ne kadar eğitim hakkı yönünden bir inceleme yapmıyorsa da, kararda eğitim hakkına ilişkin ilkelere yer verilmiştir (paras 90, 91, 92). Diğer bir başvuru olan, İtalya'da eğitim yasası uyarınca okul sınıf duvarlarında haç bulunmasının eğitim hakkı ile din ve vicdan özgürlüğünü ihlal ettiği iddiası ile yapılan başvuru için bkz *Lautsi and Others v. Italy*, Başvuru No. 30814/06 (ECtHR, 18 March 2011). Bu davada da eğitim hakkının, AİHS'nin 9. maddesi bakımından *lex specialis* olduğu belirtilmektedir (para 59). Başvurucu, okul duvarındaki haçın kaldırılması yönünde önce okul idaresine, oradan olumlu bir yanıt alamayınca idare mahkemesi, ardından da yüksek idare mahkemesine başvurmuştur. Yüksek idare mahkemesi haçın İtalyan medeniyetinde sahip olduğu hoşgörü, karşılıklı saygı, insanlar arasında ayrımcılık yapılmaması gibi anlamlara atf yaparak, onun dini bir ifade olmadığını belirtmiş ve davacının talebini reddetmiştir. AİHM'de dava ilk olarak Dairede görülmüştür ve Daire sınıflarda haç bulunmasını hem din ve vicdan hürriyetinin hem de eğitim hakkının ihlali olarak değerlendirmiştir. Daireye göre haçın farklı anlamları olsa da dini anlamı ön plana çıkmaktadır (paras 30, 31, 32). Büyük Daire ise, sınıf duvarlarında haç bulunmasının –her ne kadar haç açıkça Hristiyanlığın sembolü olsa da– öğrencilere endoktrinasyon uygulanması biçiminde anlaşılacak, İtalya'nın eğitim hakkını ihlal ettiği sonucuna ulaşamayacağına hükmetmiştir. Duvarda asılı duran haç, pasif bir semboldür ve aktif dini ritüellerin aksine öğrenciler üzerinde bir etkisi olmamaktadır (paras 71, 72). AİHM eğitim hakkının ihlal edilmediğine hükmederken, önemli bir gerekçe olarak İtalya'nın sınıf duvarlarında haç bulundurmasına rağmen, okul ortamını diğer dinlere de eşit biçimde açtığına ve bu sayede çoğulcu bir eğitim ortamı oluşturduğuna atf yapmaktadır. Örneğin Müslüman öğrencilerin başörtüsü takması ve okullarda Ramazan ayının kutlanması gibi uygulamalar bulunmaktadır (para 74).

⁶⁰ *Osmanoğlu and Kocabaş v. Switzerland* (n 59) başvurusunda ailenin, belli biçimdeki bir öğretimin sağlanması ya da derslerin belli biçimde organize edilmesi talepleri için AİHS'e dayanamayacağını belirtmiştir (para 95). *Lautsi and Others v. Italy* (n 59) başvurusunda eğitim hakkını düzenleyen 2. maddede geçen devletin "saygı gösterme (respect)" yükümlülüğünün yalnızca negatif yükümlülükleri kastetmediği, devletlerin eğitim hakkına yönelik pozitif yükümlülüklerinin de olduğu belirtilmektedir. Öte yandan devletler, bireylerin ve toplumun ihtiyaçları ve kaynaklar doğrultusunda gerekli tedbirler alırken geniş bir takdir marjında da yararlanırlar. Eğitim hakkı özellikle ise ebeveynlerin, çocuklarının kendi tercihleri doğrultusunda eğitim alabilmesi için devletten belli bir tür öğretim sunulmasını talep etme hakkı bulunmaktadır (para 61). Aynı açıklamalar Bulski-Polonya başvurusunda da yer almaktadır. *Bulski v. Poland*, Başvuru No. 46254/99 ve 31888/02 (ECtHR, 30 November 2004) paragraf numaraları belirtilmiştir. Hatta AİHM, bir kararında kas distrofisi olan bir öğrencinin, kendi özel durumuna yönelik gereklilikleri (bir asansör) eğitim kurumlarından talep ettiği başvuruda dahi, söz konusu talebin devlet tarafından yerine getirilmesini eğitim hakkının ihlali olarak değerlendirmemiştir. Burada Mahkeme, eğitim hakkının doğası gereği devlet tarafından düzenlenen bir hak olduğunu belirtmekte ve bireyler ile toplumun ihtiyaçlarına ve mevcut kaynaklara göre uyarlanabileceğinden söz etmektedir. Bkz. *McIntyre v. The United Kingdom*, Başvuru no 29046/95 (ECtHR, 21 October 1998) paragraf numaraları belirtilmiştir. Benzer bir başka davada Komisyon (şimdi AİHM), devletin, mevcut kaynakların engelli öğrencilerin yararına kullanım biçimi konusunda geniş bir takdir yetkisi olduğunu belirtmiştir. AİHM'e göre EP-1'de düzenlenen eğitim hakkı, dislektik bir çocuğun, devlet okullarında özel sınıflar bulunmasına rağmen, tüm masrafları devlet tarafından karşılanarak özel bir öğretim kurumunda okutulması yönünde bir talep yetkisi vermemektedir. Bkz. *Simpson v. The United Kingdom*, Başvuru No. 14688/89 (ECtHR, 4 December 1989) paragraf numaraları belirtilmiştir.

AİHM çeşitli kararlarında eğitimin mutlak bir hak olmadığını, doğası gereği devletlerin düzenlemesine ihtiyaç duyulan bir alan olduğunu ve Sözleşme'nin ilkelerine uygun olmak kaydıyla devletlerin bu hususta takdir marjından yararlandığını belirtmektedir⁶¹. Devletlerin takdir marjı hususu elbette AİHS ile uyumlu olarak ele alınmaktadır. Bu açıdan, hakkın özüne dokunulmasına yol açmaması ve hakkın etkililiğini ortadan kaldırmaması için, eğitim hakkına yapılan müdahalelerin **öngörülebilir** olması ve **meşru bir amaç** gütmesi gerekmektedir. Bununla birlikte AİHM, eğitim hakkını sınırlandırma gerekçelerinin, Sözleşme'nin 8. (Özel ve Aile Hayatına Saygı Hakkı), 9. (Din ve Vicdan Özgürlüğü), 10. (İfade Özgürlüğü) ve 11. (Toplantı ve Dernek Kurma Özgürlüğü) maddelerinde yer alan ve tüketici bir biçimde yazılmış **meşru sınırlama nedenleri ile sınırlı olmadığını da** ifade etmektedir. O halde, ulaşılmak istenilen amaç ile, kullanılan araçların (tedbir/sınırlama/kısıtlama vb.) arasında makul bir **ölçülülük** ilişkisi varsa, eğitim hakkına yapılan müdahaleler EP-1 ile uyumlu olacaktır⁶². Bununla birlikte **hukuk devleti** ilkesinin gerekleri ile **demokratik toplumun** gerekleri her daim göz önünde bulundurulacak ölçütlerdir. Mahkeme'nin eğitim hakkı ile ilgili kararlarında yinelenen “çoğulcu toplum yapısı” vurgusu dikkat çekmektedir.

Eğitim hakkını daha çok negatif bir içerikte yorumlayan AİHM, bazı kararlarında eğitim hakkının diğer uluslararası sözleşmelerle uyumlu olarak yorumlanması gerektiğini de belirtmektedir. Örneğin AİHM, ileri derecede hipermetrop olan başvurunun müzik akademisi yetenek sınavını kazanmasına rağmen görme duyusundaki aksaklık nedeniyle akademiye kaydının yapılmamasının eğitim hakkının ve ayrımcılık yasağının ihlali iddiası ile ilgili olan davada, uygun olan ve AİHS'nin de bir parçası olduğu her türlü uluslararası hukuk kuralının ve ilkesinin dikkate alınması gerektiğini belirtmiştir⁶³. AİHM, eğitim kurumuna erişimde ayrımcılık ile ilgili olan bu davada, eğitim hakkının, Avrupa Sosyal Şartı'nda ve BM Engelli Kişilerin Hakları

⁶¹ Zorunlu yüzme dersinden muafiyet talebi reddedilen başvurunun din ve vicdan hürriyetinin, eğitim hakkının devletlerin düzenlemesine ihtiyaç duyan bir hak olması gerekçesiyle ihlal edilmediği hakkında bkz (n 59) *Osmanoğlu and Kocabaş v. Switzerland*, Başvuru No. 29086/12 (ECtHR, 10 January 2017) para 92. Aynı kararda Mahkeme, özellikle eğitim ve öğretim alanına girdiği ölçüde devlet ve din ilişkisinin takdir marjı kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir (para 95). Burada Mahkeme ayrıca, yüzme dersinin tüm çocuklarla birlikte bir grup içinde yapılmasının, çocuğun yerel örf ve âdete uyum sağlaması açısından oldukça önemli olduğunu, çocuğun en yüksek yararı ilkesi gereği çocuğun yüzme dersine katılmasının, ailenin çocuğun yüzme dersinden muaf tutulması talebine üstün geldiğini ve İsviçre'nin hali hazırda öğrencinin istediği takdirde kapalı mayo giyebilmesine ve erkek öğrencilerin olmadığı soyunma odalarını ve duşları kullanılabilmesine olanak tanıdığını belirtmiştir (paras 97, 98, 100, 101).

Benzer yönde ve aynı gerekçe ile zorunlu etik dersinden muafiyet talebi reddedilen başvurunun eğitim hakkının ihlal edilmediği hakkında bkz *Appel-Irgang and Others v. Germany*, Başvuru No. 45216/07 (ECtHR, 6 October 2009) paragraf numaraları belirtilmemiştir. Aynı kararda Mahkeme, devletin isteyen herkese farklı türde ahlak ve din dersi sunmasının da finansal bir mesele olduğunu ve bu nedenle Mahkeme'nin yetki alanına girmediğini belirtmiştir.

⁶² Özellikle Leyla Şahin-Türkiye Davası'nda bu ölçütü kabul ederek, ilgili açıklamaları yapmıştır. *Leyla Şahin v. Turkey*, Başvuru No. 44774/98 (ECtHR, 10 November 2005) para 154.

⁶³ *Çam v. Turkey*, Başvuru No. 51500/08 (ECtHR, 23 February 2016), para 53. AİHM, adayın sınavı kazanmasına rağmen görme kusuru nedeniyle müzik akademisine kaydının yapılmamasını hem eğitim hakkının hem de ayrımcılık yasağının bir ihlali olarak değerlendirmiştir. Bununla birlikte Mahkeme hükmünü kurarken, AİHS'nin 14. maddesinin, BM Engelli Kişilerin Hakları Sözleşmesi'nin 2.maddesinde düzenlenen engelli kişilerin “bütün insan hakları ve özgürlüklerinden diğer bireylerle eşit biçimde yararlanma” hakkı ile birlikte ele alınması gerektiğini belirtmiştir (para 65). Böylelikle Mahkeme, AİHS'den başka bir uluslararası hukuk metnine doğrudan atıf yapmış olmaktadır.

Sözleşmesi’nde öngörüldüğü biçimi ile dikkate alınması gerektiğini belirtmektedir. Birey olarak insanların korumanın bir aracı olan AİHS’nin amacı, bireylere sağladığı garantilerin etkili bir koruma sağlayacak biçimde yorumlanıp uygulanmasını gerektirmektedir⁶⁴. AİHM, eğitim kurumuna kayıt başvurusunun reddedildiği bir başka davada, demokratik bir toplumda eğitim hakkının insan haklarının geliştirilmesi için vazgeçilmez bir hak olduğunu ve EP-1’in 2. maddesinin ilk cümlesinin (“*Hiç kimse eğitim hakkından yoksun bırakılamaz.*”) dar yorumlanmasının, maddenin hedef ve amacı ile bağdaşmayacağını belirtmektedir⁶⁵. Mahkeme bununla birlikte bu yöndeki yaklaşımın aynı zamanda BMİHEB (m. 26), BMESKHS (m. 13), BMÇHS’de⁶⁶ de (m. 28) yer aldığı ifade etmiş ve ilgili hükümlere karar metni içinde yer vermiştir⁶⁷. AİHM’nin eğitim hakkı özelinde diğer BM insan hakları belgelerine atıf yapması ve bu sayede eğitim hakkının kapsamını genişletmesi eğilimi oldukça önemlidir⁶⁸.

Mahkeme eğitim hakkını, eğitime erişim kısıtlamaları ve eğitime erişimde ayrımcılık (özellikle AİHS’nin 14. maddesine de atıf yaparak) çerçevesinde ele almaktadır⁶⁹.

A. Hastalık Nedeniyle Eğitime Erişim Engeli

Konumuz açısından AİHM kararları çerçevesinde önem arz edecek hususlar *sağlık nedeniyle eğitime erişimin kısıtlanması* ve özellikle *engellilik nedeniyle eğitime erişimde ayrımcılık* olabilir. İlerleyen zamanlarda eğitim-öğretim kurumları tekrar yüz yüze eğitime geçtiğinde, hastalık belirtisi göstermeyen ve tamamen “sağlıklı”

⁶⁴ ibid para 53.

⁶⁵ *Timishev v. Russia*, Başvuru No. 55762/00 ve 55974/00, (ECtHR, 13 December 2005) para 64.

⁶⁶ AİHM, bir davada da doğrudan BM Çocuk Hakları Sözleşmesi’ne atıf yapmıştır. Bkz. *Ponomaryovi v. Bulgaria*, Başvuru No. 5335/05, (ECtHR, 21 June 2011) para 57.

⁶⁷ *Ponomaryovi v. Bulgaria*, para 64.

⁶⁸ 2016 senesinde Macaristan’da yaşayan bir grup Roman çocuğunun, daha önce okudukları ve kendilerine okula ulaşım imkânı sağlayan bir okuldan, Yunan Katolik Kilisesi’nin kurmuş olduğu ve okula ulaşım imkânı sağlamayan bir okula nakledilmesi nedeniyle, Roman yerleşim yerlerinden yeni okula ulaşım sağlayamamaları ve bu nedenle derslere katılamamaları, eğitim hakkının ihlali iddiası ile AİHM’nin önüne gelmiştir. Söz konusu dava AİHM’nin eğitim hakkını BM Ekonomik, Sosyal, Kültürel Haklar Komitesinin 13 No.lu Genel Yorumunda belirtilen kapsamıyla ele alması için bir fırsat olarak değerlendirilmiştir. James Rooney, ‘European Court of Human Rights to Consider Right to Education’ (Oxford Human Rights Hub, 21 Ekim 2016) < <http://ohrh.law.ox.ac.uk/european-court-of-human-rights-to-consider-right-to-education/> > erişim tarihi: 14 Ağustos 2020.

Hatırlanacak olursa 13 No.lu Genel Yorumda eğitim hakkının okula fiziki erişim de kapsadığı belirtilmekteydi. Ancak AİHM, davayı iç hukuk yollarının tüketilmemiş olması gerekçesi ile reddetmiştir. Bkz. *Amanda Kosa v. Hungary*, Başvuru No. 53461/15 (ECtHR, 21 November 2017).

⁶⁹ Çalışmanın kapsamını açacağından eğitim hakkına yönelik tartışmaların tümüne yer verilmesi mümkün olmamıştır. Eğitime erişim kısıtlamaları eğitim hakkını düzenleyen 2.maddenin 1. cümlesi kapsamında ele alınmaktadır. Buna göre, dil, okullara kabul ölçütleri ve çeşitli kısıtlamalar öngören giriş sınavları, okul ücretleri, uyruk, belli eğitim yeterlilik belgeleri alınabilmesi için asgari yaş sınırları öngörülmesi, hapisanedekilerin eğitime erişimi konusu, ceza soruşturması nedeniyle eğitime erişememe, sınır dışı edilme nedeniyle eğitime erişememe, eğitimde çeşitli disiplin cezalarının uygulanmasının eğitime erişim engeli oluşturup oluşturmadığı, hastalık sebebiyle diğerlerini korumak için hasta kişinin eğitime erişiminin engellenmesi gibi çok sayıda olabilmektedir. Eğitime erişimde ayrımcılık ise, engelli kişilerin eğitime erişimine yönelik kısıtlamalar, örneğin görme engeli olan kişinin sınavı kazanmasına rağmen kaydını yapmayan müzik akademisi, uyruk ve ülkede bulunma statüsü nedeniyle eğitime erişimde ayrımcılık, etnik köken nedeniyle erişimde ayrımcılık konularında da birçok kararı bulunmaktadır. 2. maddenin 2. cümlesi de ebeveynlerin çocuğu eğitime hakkına saygıyı düzenlemektedir. Tüm bu konular hakkındaki çok sayıda karar özeti için bkz Council of Europe/European Court of Human Rights, ‘Guide on Article 2 of Protocol No. 1 to the European Convention on Human Rights, Right to Education’ (2019).

olarak görülen, ancak genel bir tarama yapılması halinde COVID-19 pozitif çıkan öğrencilerin, yüksek bulaşıcılık riski taşıması nedeniyle eğitim kurumuna alınmaması ile ilgili uyuşmazlıkların ortaya çıkması muhtemeldir. AİHM Yunanistan'a ilişkin 2016 tarihli güncel bir kararında⁷⁰, bulaşıcı olan cüzzam hastalığı teşhisi konulan ve daha sonradan ikinci bir hastane nezdinde bunun yanlış olduğu anlaşılan, 7 ve 11 yaşlarındaki Arnavutluk vatandaşı iki çocuğun, 4 aylık bir süre ile okula gidememelerini *eğitim hakkının ihlali* olarak değerlendirmiştir. Mahkeme burada, idarenin, *hastalığın yayılma riskini önlemek için uygun bütün tedbirleri alabileceğinde* hemfikirdir. Bu açıdan öğrencilerin bulaşıcı olan cüzzam hastalığını taşıdıkları yönündeki ilk hekim raporuna dayanan okul idaresinin kararı, eğitim hakkına bir müdahale teşkil etmekle birlikte, bu müdahale *meşru bir amaca –okuldaki diğer öğrencilerin ve öğretmenlerin sağlığını korumak-* hizmet etmektedir. Ancak, bir topluluğun sağlık hakkı ile bireyin eğitim hakkının yarıştığı böylesine bir durumda, idare ölçülülük ilkesini gözeterek, *özenli ve hızlı davranma* yükümlülüğü altındadır. Kısıtlayıcı ve külfetli önlemler, ancak arzulanan amaca ulaşabilmek için gerekli olduğu ölçüde uygulanmalıdır ve uygulanmalarını gerektirecek nedenler ortadan kalktığı anda sonlandırılmalıdır. Somut olayda, cüzzam teşhisi konan çocukların *sonradan hastalığı yayma riski taşımadığı anlaşılmamasına* rağmen, çocukların cüzzam olmadığını söyleyen ikinci hastanenin çocukların okula dönebilmeleri kararını ilgili kurula bırakması ve idarenin okuldan uzaklaştırma tedbirini kurul kararı gelene kadar uygulamaya devam etmesi durumu söz konusudur. İlgili kurul ise Eylül ayında okullar açılmasına rağmen ancak Aralık ayında toplanarak çocukların okula dönebilmelerini onaylamıştır. AİHM'ye göre, bu türden bir *gecikme*, ulaşılmak istenen meşru amaç doğrultusunda ölçülü olmamıştır. Bu gerekçeyle çocukların okula erişimlerinin engellenmesi eğitim hakkının ihhalidir. Yargılama sonunda Yunanistan, her iki çocuğa da 5000'er Avro tazminat ve ayrıca 2000 Avro tutarında yargılama masraflarını ödemekle yükümlü kılınmıştır⁷¹.

Neler Yapılabilir? Bu somut olaydan çıkartılabilecek temel ilke kanımızca eğitim-öğretime ilişkin talepler ve uyuşmazlıklar söz konusu olduğunda *süre unsurunun* oldukça önemli olduğudur⁷². Bu nedenle gerek idari yargılama hukukunda, gerekse okul ve yükseköğretim kurumlarının idarelerinin yapacakları işlem ve eylemlerde sürelerin hak kayıplarına yol açmayacak biçimde düzenlenmesi ya da uygulanması söz konusu olacaktır. Örneğin çok kısa süreler nedeniyle COVID-19 salgını süresince belli başvuruları kaçıran öğrenciler açısından ek süreler tanınmalıdır. Yine öğrencileri ilgilendiren konularda belli kararlar alınacağı zaman –hem idari süreçte hem de yargı sürecinde- meselenin ivedilikle çözülmesi gerekecektir. Bu hususlara

⁷⁰ *Memlika v. Greece*, Başvuru No. 37991/12 (ECtHR, 6 October 2015).

⁷¹ *Memlika v. Greece*, Başvuru No. 37991/12 (ECtHR, 6 October 2015) para 55.

⁷² Millî Eğitim Bakanlığı Okul Öncesi Eğitim ve İlköğretim Kurumları Yönetmeliği, madde 18/(4): “*Bulaşıcı bir hastalık nedeniyle okula devam edemeyen çocuklar, sakınca olmadığına ilişkin sağlık kuruluşlarından alınacak rapor ile kuruma devam edebilirler.*” RG 26.07.2014-29072.

dikkat edilmediği takdirde Türkiye’de de eğitimde süreler nedeniyle yaşanan hak kayıpları ve dolayısıyla eğitim hakkı ihlal iddiaları yargının önüne gelebilir. Öte yandan tehlikeli salgın hastalık (pandemi) olan COVID-19 taşıyan ancak hiçbir belirti göstermeyen bir öğrencinin, bunu okuldaki diğer kişilere de bulaştırması tıbbi açıklamalar doğrultusunda söz konusu olduğu için, okula alınmaması, eğitim hakkına meşru bir müdahale teşkil edecektir. Elbette idarelerin çocuğun sınavlara girebilmesi ya da süreç içinde uzaktan eğitime devam edebilmesi ile ilgili asgari önlemleri alması gerekecektir. Özellikle COVID-19 nedeniyle kronik rahatsızlığı olan ve diğer çocuklar ile aynı anda okula başlayamayan çocuklarla ilgili önlemler mutlaka alınmalıdır⁷³. Okulların müfredatı eğitim-öğretim dönemi başında belirlenmiş olduğu için, COVID-19 pozitif olan ancak herhangi bir hastalık belirtisi göstermeyen ve okula gidemeyen öğrencilere, kronik rahatsızlığı olan öğrencilere ve evde kronik rahatsızlığı olan ebeveynlerle yaşayan öğrencilere, ilgili sağlık uzmanlarının raporu doğrultusunda, evde buldukları süre boyunca uzaktan eğitim olanağı sağlanabilir. Bu gibi öğrencilerin sınavları, okulda onlara özel olarak ayrılmış bir odada ya da okulun boş olduğu bir günde / saatte yapılabilir⁷⁴.

B. Eğitime Erişimde Ayrımcılık

Yukarıda BM’nin ilgili komite raporlarında da belirtildiği gibi eğitime erişimde elverişsiz konumda bulunan öğrenciler olabilir. Özellikle uzaktan eğitim, önceden var olan sosyal eşitsizlikleri pekiştirme potansiyeli taşımaktadır. Bu konu *ayrımcılık yasağı* kapsamında ele alınmaktadır. Ayrımcılık çok çeşitli biçimlerde ortaya çıkabileceği için, AİHM ayrımcılığın ortaya çıkıp çıkmadığını somut olaya göre değerlendirmekte ve ayrımcılıkla ilgili kesin bir ölçüt uygulamamaktadır. AİHM,

⁷³ Milli Eğitim Bakanlığı Okul Öncesi Eğitim ve İlköğretim Kurumları Yönetmeliği, madde 32/3: “Sağlık durumu nedeniyle okula devam etmesinin uygun olmadığına ilişkin sağlık kurulu raporu alanlar, raporları süresince izinli sayılırlar. Bu sürenin bitiminde öğrencilerin okula devamları sağlanır. Bu öğrenciler okula döndüklerinde, devam edemedikleri eğitim ve öğretim yılına ait derslerden okul müdürünün sorumluluğu ve koordinesinde, alan öğretmenlerinden oluşturulacak komisyonca *sınava alınır*. Başarılı olanlar bir üst sınıfa devam ettirilir.” Kanımızca okul öncesi, ilköğretim kurumları ve orta öğretim kurumları yönetmeliklerine sınav hakkının yanında, okula gelemedikleri zaman boyunca uzaktan eğitim olanağının da sağlanması düşünülebilir. İlgili maddeye bu hususta bir hüküm eklenmelidir.

Benzer önlemler Almanya’nın kimi eyaletlerinde de alınmaktadır. Örneğin Nordrhein-Westfalen Eyaleti’nde okulların kademeli olarak 7 Mayıs 2020’den itibaren açılması öngörülmüştür. Burada, kronik rahatsızlığı olan çocuklar ile, kronik rahatsızlığı olan ebeveynlerle aynı evde yaşayan çocukların, ilgili doktor raporu ile okula gelmesi söz konusu olabilir. Bu durumda da okul, çocuğa uzaktan eğitim sunmalı ve çocuğun sınavlara ayrı bir gün ve odada girmesini sağlamalıdır. Bkz. Ministerium für Schule und Bildung des Landes Nordrhein-Westfalen [NRW Eyaleti Eğitim Bakanlığı] <<https://www.schulministerium.nrw.de/docs/Recht/Schulgesundheitsrecht/Infektionsschutz/300-Coronavirus/index.html>> erişim tarihi 15 Mayıs 2020.

Benzer bir önlem ABD Hükümeti Eğitim Departmanı’nın okullarda ayrımcılığın önlenmesine yönelik yayımladığı bilgilendirme notunda da yer almaktadır. Bir sağlık uzmanı tarafından COVID-19 nedeniyle, herhangi bir engeli veya kronik rahatsızlık gibi özel durumları olan çocukların, okula diğer çocuklardan daha geç başlamasının öngörülmesi halinde, okullar bu çocukların eğitim-öğretimi kaçırmaması için gerekli tedbir almalıdır. Bkz. ‘Fact Sheet: Addressing the Risk of COVID-19 in Schools While Protecting the Civil Rights of Students’ (United States Department of Education Office for Civil Rights, 16 March 2020) 2.

⁷⁴ 12 Ağustos 2020 tarihinde Milli Eğitim Bakanlığı 2020-2021 eğitim-öğretim yılının Bilim Kurulu tavsiyeleri doğrultusunda “aşamalı ve seyreltilmiş” olarak yapılacağını açıklamıştır. Eğitim hem interaktif ve teknoloji destekli, hem de seyreltilmiş biçimde yüz yüze yapılacaktır. Okullarda bulunan tüm personelin ve öğrencilerin sağlık durumları HES kodları ile takip edilecektir. Okullarda teneffüslere ilişkin standartlar yayınlanacak rehberde yer alacaktır. Basın açıklaması için bkz. ‘Okulları Birlikte Açacağız’ (Milli Eğitim Bakanlığı, 12 Ağustos 2020) <<http://www.meb.gov.tr/okullari-birlikte-acacagiz/haber/21424/tr>> erişim tarihi 15 Ağustos 2020.

önüne gelen olayda kamu otoritelerinin eşit davranmama gerekçesinin makul ve objektif olmadığına kanaat getirirse, ya da farklı davranma ölçülü değilse, ya da farklı muamele ile ulaşılmak istenen hedef meşru bir sonuç olarak nitelendirilemiyorsa, söz konusu olayda ayrımcılık olduğuna hükmedebilir⁷⁵.

Uzaktan ya da açık eğitim-öğretim aslında tam da eğitime erişimi olmayan elverişsiz sosyal gruplardan gelen, savaş ve çatışma bölgelerinde bulunan, elverişsiz kırsal bölgelerde yaşayan ya da salgın hastalıklar söz konusu olup okullar kapandığında⁷⁶, öğrencilerin eğitim hakkını kullanabilmeleri için düşünülmüş bir eğitim metodudur. Yani aslında ilk olarak eğitime erişimi olmayanların eğitimden dışlanmaması için düşünülmüştür⁷⁷. Ancak uzaktan eğitime ilişkin eleştirel yaklaşımlar, bu türden eğitimin zaten toplumdan dışlanan insanların, bu şekilde daha da dışlandığını⁷⁸ ya da teknik olanaklar açısından eşit olmayan öğrenciler açısından da fırsat eşitsizliği ortaya çıkartma tehlikesi barındırdığını belirtmektedir⁷⁹.

Salgın hastalık süresince eğitime erişimde ayrımcılık iki biçimde ortaya çıkabilir. İlki uzaktan eğitim materyalinin, eğitim biçiminin ve sınavların engelli kişilere uygun hazırlanamaması; ikincisi de yoksulluk veya teknik imkânsızlık nedeniyle zorunlu olarak geçilen uzaktan eğitime hiç veya gereği gibi erişememedir. Okullar ve üniversiteler zorunlu uzaktan eğitim süresince hak ihlal iddiaları ile karşılaşmamak için eğitim müfredatını alternatifli hazırlamalıdır. Örneğin yazılı bir metnin, görme engelli olanlar için sesli okuma yapan programlara uygun formatta da hazırlanması gibi⁸⁰.

AİHM'nin engellilik nedeniyle eğitime erişimin engellendiği uyuşmazlıklara ilişkin farklı kararları bulunmaktadır. AİHM'nin genel yaklaşımı, devletlerin bu konuda takdir yetkilerinin oldukça geniş olduğu ve eğitime ilişkin pozitif edimlerin devletlerin

⁷⁵ İlyas Doğan, *İnsan Hakları Hukuku* (3. Bası Astana Yayınları, 2019) 837.

⁷⁶ Örneğin 1922 tarihinde Yeni Zelanda'daki influenza salgını nedeniyle okullara erişim bir süre söz konusu olmamıştır. 1939 yılında Kanada'nın New Brunswick bölgesinde çocuk felci (polio) salgını zamanında okullara erişim mümkün olmamıştır. Bu yıllarda ülkelerin çeşitli bölgelerinde o tarihte "yazışma eğitimi (correspondance education)" olarak adlandırılan uzaktan eğitim metodu uygulanmaya başlanmıştır. Yine benzer şekilde II. Dünya Savaşı sırasında da bölgelerinden uzaklaşmak zorunda kalan Kanadalı askerler ve Fransa'da Fransız çocuklar için uzaktan eğitim uygulaması yapılmıştır. Bu uygulamalar daha sonra Avrupa ülkelerinde de yaygınlaşarak tele-eğitim gibi biçimlerde devam etmiştir. Bkz. Margaret Haughey/Elizabeth Murphy/Bill Muirhead, 'Open Schooling' içinde Terry Evans and others (eds), *International Handbook of Distance Education* (Emerald 2008) 148.

⁷⁷ ibid 148, 149.

⁷⁸ Anthony Smith/Frank Webster, 'Changing Ideas of the Universty' içinde Anthony Smith ve Frank Webster (eds), *The Postmodern Univeristy? Contested Visions of Higher Education in Society* (Open University Press 1997) 12.

⁷⁹ Christopher Newell, 'Distance Education: Enabling and Disabling?' içinde Terry Evans and others (eds), *International Handbook of Distance Education* (Emerald 2008) 87.

⁸⁰ Dijital ortamda gerçekleştirilecek sınavlara ilişkin esaslar duyurulmuştur. Bkz. <<https://www.yok.gov.tr/Sayfalar/Haberler/2020/universitelerde-dijital-sinavlarin-temel-ilkeleri.aspx>> erişim tarihi 15 Ağustos 2020. Tez aşamasında olan lisansüstü öğrencilere ek süre tanınmıştır. Bkz. Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik, RG 10.06.2020-31151.

kaynakları ile yakından ilgili olduğu yönündedir⁸¹. Mahkeme önceleri daha çok *eğitimde sistematik ayrımcılık* konuları ile ilgili ihlal kararı vermekte⁸² ve engellilere yönelik tekil durumları eğitim hakkının ihlali olarak değerlendirmemekteydi⁸³. Ancak sonradan, eğitim hakkına ilişkin uluslararası gelişmeler doğrultusunda, engelli kişilerin herkes gibi bütün insan hak ve özgürlüklerinden eşit olarak yararlanabilmeleri için, devlet tarafından “*somut olaya özgü ve ilgili kişiye orantısız ya da aşırı külfet yüklemeyen düzenlemeler ve tedbirler alınması*” gerekliliğine dikkat çekmiştir. Alınacak önlemleri, ulusal otoriteler somut olaya özgü koşullar temelinde değerlendirecektir; bu önlemler fiili eşitsizlikleri ortadan kaldıracak her biçimde olabilir⁸⁴.

⁸¹ AİHM, Martin Klerks-Hollanda başvurusunda, işitme kaybı olan bir çocuğun normal okula devam etmesini ve çocuk için fazladan bir öğretmen bulundurulmasını talep eden ailenin bu yöndeki talebinin okul tarafından reddedilmesini eğitim hakkının ihlali olarak değerlendirmemiştir. *Martin Klerks v. Netherlands*, Başvuru No. 25212/94 (ECtHR, 4 July 1995) paragraf numaraları belirtilmemiştir. Bu davada 2. maddenin 2. cümlesine (ebeveynlerin çocuklarını kendi dini ve felsefi görüşleri doğrultusunda eğitime hakkına) dayanılmasının nedeni, ailenin işitme kaybı olan çocuğun normal okulda eğitim görmesinin istemelerinin kendi felsefi inanışları olduğunu savunmalarıdır. Komisyon (AİHM), engelli çocukların kendilerine özgü okullarda değil de kendi yaşlıları olan diğer çocuklarla aynı okulda okumalarının onların yararına olduğu yönündeki pedagojik görüşleri kabul ettiğini belirtmiştir. Ancak bunun yanında böylesine bir politikanın bütün engelli çocuklara uygulanması mümkün olmadığı gibi, ilgili kamu otoriteleri mevcut kaynaklar doğrultusunda bütün engelli çocukların yararına politikalar belirleme konusunda geniş takdir yetkisine sahiptir. *ibid* (paragraf numaraları belirtilmemiştir). AİHM aynı görüşünü kas distrofisi olan öğrenci için okulun asansör yaptırmamasının eğitim hakkının ihlali olmadığı hakkındaki *McIntyre-Birleşik Krallık davasında* da tekrarlamıştır. *McIntyre v. United Kingdom* (n 60).

⁸² Özellikle Hırvatistan, Yunanistan, Macaristan ve Çek Cumhuriyeti’nde yaşayan Roman çocukların eğitim alanında sistematik olarak ayrımcı muamelelere maruz kaldıkları çeşitli olaylar AİHM tarafından değerlendirilmiş ve eğitim hakkının ihlaline hükmedilmiştir. Roman çocukların Çek Cumhuriyeti’nde sistematik olarak ayrı ve özel eğitim ihtiyacı olan öğrencilerin gittiği okullara devam etmesinin eğitim hakkı ve ayrımcılık yasağının ihlali olduğu hakkındaki dava için bkz *D.H. and Others v. The Czech Republic*, Başvuru No. 57325/00 (ECtHR, 13 November 2007). Macaristan’da 1970’li yıllardan bu yana Roman çocukların zekâ testine tabi tutularak hatalı olarak zihinsel engelli olarak değerlendirilmesi ve ayrı okullarda okutulmasının sistematik bir ayrımcılık teşkil ettiği ve eğitim hakkının ihlali olduğu hakkındaki dava için bkz *Horváth And Kiss v. Hungary*, Başvuru No. 11146/11 (ECtHR, 29 January 2013). Hırvatistan’a ilişkin bir davada Mahkeme Çek Cumhuriyeti, Yunanistan ve Macaristan’daki gibi sistematik bir ayrımcılık söz konusu olmadığını belirtmiştir. Ancak Roman çocukların okullarda okuma güçlüğü çektikleri gerekçesiyle devamlı olarak ayrı sınıflara alınması uygulamasını ve yalnızca Roman çocukların bu şekilde bir muameleye maruz kalmasını “dolaylı bir ayrımcılık” olarak değerlendirmiştir. Bu davada da eğitim hakkı ile birlikte ayrımcılık yasağının ihlaline hükmetmiştir. *Oršuš and Others v. Croatia*, Başvuru No. 15766/03 (ECtHR, 16 March 2020) paras 152, 153.

⁸³ Kalkanlı-Türkiye kararında AİHM, görme engeli olan bir öğrencinin normal bir vakıf okuluna devam etmek istemesine rağmen, okulun öğrencinin kaydını yapmamasını eğitim hakkının ihlali olarak değerlendirmemiştir. Burada AİHM özellikle yalnızca bir okulun bu şekilde bir kayıt yapmamasının kendi içinde devlet otoriteleri tarafından öğrencinin eğitim hakkını ihlal ettiği anlamının çıkartılmayacağı vurgulanmıştır. Bu kararında AİHM Türk hukukunda eğitim hakkının AİHS ile uyumlu olarak düzenlenip düzenlenmediğini tartışmış ve Türkiye’nin özel gereksinimi olan öğrencilerin eğitim hakkını etkin bir şekilde sağladığı sonucuna varmıştır. Mahkeme Türkiye’de engelli öğrencilere yönelik sistematik bir ayrımcılık ya da eğitime erişim engeli olmadığı sonucuna vararak, tek bir okulun bir engelli öğrencinin kaydını imkân yetersizliği nedeniyle yapmamasını, devletin eğitim hakkına ilişkin yükümlülüklerinin ihlali olarak değerlendirmemiştir. *Kalkanlı v. Turkey*, Başvuru No. 2600/04 (ECtHR, 13 January 2009) paragraf numaraları belirtilmemiştir.

⁸⁴ Bu yorum, AİHM’nin, Enver Şahin-Türkiye ve Çam-Türkiye (n 63) davalarında kullandığı yorumdur. Enver Şahin başvurusunda, sonradan belden aşağısı felçli olan bir öğrenci üniversite yönetiminden, eğitim-öğretime devam edebilmek için gerekli düzenlemelerin yapılmasını istemiştir. Üniversite, talebi açıkça reddetmemiş ancak, kaynak yetersizliğini gerekçe göstererek, öğrencinin talebinin kısa sürede yerine getirilemeyeceğini söylemiş ve öğrenciyi kampüs içinde sürekli yardımcı olacak birisini görevlendirmeyi önermiştir. AİHM, üniversitenin bir kişi görevlendirmesi önerisinin, Sözleşme’nin 8. maddesinde garanti altına alınan özel hayata saygı hakkı çerçevesinde *makul bir tedbir olmadığını*, üniversite yönetiminin öğrencinin mümkün olduğu ölçüde bağımsız ve özerk bir biçimde hayatını devam ettirebilmesi gerekliliğini dikkate almadığını belirterek, hem 14. maddenin hem de 14. madde ile bağlantılı olarak eğitim hakkının ihlaline hükmetmiştir. *Enver Şahin v. Turkey*, Başvuru No. 23065/12 (ECtHR, 30 January 2018) paras 67, 68.

Çam v. Turkey, (n 63) para 65. AİHM, Çam-Türkiye davasında kamu otoritesinin, görme engeli olan öğrencinin kazandığı müzik akademisinde neden müzik eğitimi alamayacağını açıklamadığını, öğrencinin görme engeline yönelik ders materyali, ders ortamı vb. koşullarda bazı fiziksel uyarlama yapılmamasının mümkün olup olmadığını hiç değerlendirmediğini belirtmiştir. Mahkeme, öğrencinin müzik akademisine kaydının yapılmamasının yalnızca görme engeline dayandığını vurgulamış ve eğitim hakkı ile bağlantılı olarak ayrımcılık yasağının ihlaline hükmetmiştir (paras 68, 69).

Zorunlu uzaktan eğitime erişim için yeterli alt yapısı veya kaynağı olmayanlar açısından ayrımcılık yasağının ve eğitim hakkının ihlalinin gündeme gelip gelmeyeceği tartışmaları da önemlidir. AİHM'nin yukarıda atıf yapılan içtihadı doğrultusunda devletlerin, kişilere orantısız ya da aşırı külfetler yüklemeyen tedbirler alması gerekecektir. Bu açıdan eğitimin devam edebilmesi için alınan tedbirler nedeniyle bazı öğrenciler açısından orantısız ya da aşırı külfetler ortaya çıkıyorsa eğitim hakkının ihlali ile birlikte ayrımcılık yasağının ihlali de gündeme gelebilir.

COVID-19 salgını nedeniyle farklı bir ülkeden gelen (özellikle Çin, Uzak Doğu gibi) ya da farklı bir etnik gruba ait olan öğrenci veya kişiler de eğitim alanında ayrımcı muameleyle maruz kalabilir. Burada ayrımcılık bir kamu otoritesinin doğrudan ayrımcı bir uygulama yapması biçiminde değil de, okul ortamında diğer öğrenciler, öğrenci velileri ya da eğitim personeli tarafından dışlanma / aşağılanma biçiminde ortaya çıkabilir. AİHM, Yunanistan'ın Sofades bölgesinde yaşayan Roman ailelerin çocuklarının fiili bir uygulama olarak bölgede yer alan dört okuldan yalnızca birine kayıtlarının kabul edilmesini, hem eğitim hakkının hem de ayrımcılık yasağının ihlali olarak değerlendirmiştir. Bu davada Yunanistan Eğitim Bakanlığı bölgedeki Roman çocukların ayrımcı muameleyle maruz kaldığını kabul edip bir dizi önlem alacağını belirtmekle beraber, bölgedeki Roman olmayan velilerin yoğun tepkisi ve baskısı nedeniyle Roman çocukları diğer Yunan okullarına yerleştirememiştir. AİHM, olayda devletin ayrımcılık yapma kastının bulunmamasını yeterli görmemiş; Roman olmayan velilerin yoğun muhalefeti gerekçesini de ayrımcı muamele açısından meşru bir amaç olarak değerlendirmemiştir⁸⁵. Benzer endişelerle ABD Hükümeti Eğitim Departmanı, COVID-19 süresince öğrencilerin medeni haklarının korunması için tüm eğitim kurumu idarecilerine yönelik bir bilgilendirme yayımlamıştır⁸⁶. Burada hem okullar açıldığına belli ırk, ülke, köken vb. temelli ayrımcılığın ve akran zorbalığının önlenmesi (özellikle Çin ve Uzak Doğu kökenlilere) hem de öğrencilerin hiçbir şekilde eğitime erişimde ayrımcı muameleyle maruz kalmaması gerektiği belirtilmektedir. Ülkemizde de YÖK, üniversitelerde benzer tedbirler alınması gerektiğini belirtmektedir⁸⁷.

Neler Yapılabilir? Kanımızca Türkiye'deki kayıt dondurma uygulaması, eğitime erişimde ayrımcılığın önlenmesi ve fırsat eşitliğinin sağlanması bakımından mevcut yasal olanaklar çerçevesinde makul bir tedbir olarak değerlendirilebilir. Uluslararası

⁸⁵ *Lavida And Others v. Greece*, Başvuru No. 7973/10 (ECtHR, 30 May 2013) paras 72, 73.

⁸⁶ 'Fact Sheet: Addressing the Risk of COVID-19 in Schools While Protecting the Civil Rights of Students' (United States Department of Education Office for Civil Rights, 16 March 2020) 2.

⁸⁷ Nitekim Türkiye'de YÖK bu konu hakkında bir dizi önlem alınması hakkında üniversitelere çağrı yapmıştır. YÖK 20 Nisan 2020 tarihli açıklama: "6 Mart'ta, yani ülkemizde henüz herhangi bir vaka tespit edilmeden önce, yükseköğretim kurumlarında COVID-19 hastalığına ilişkin alınması gereken tedbirler; "Seyahat ve Yurtdışı Toplantılar", "Uluslararası Katılımlı Toplantılar", ve "Ayrımcılığa Karşı Alınacak Tedbirler" halinde üç başlıkta toplanmış ve ülkemizdeki yabancı uyruklu öğrenciler de dikkate alınarak üç dilde yükseköğretim kurumlarımıza gönderilmiştir." 'Pandemi Günlerinde Türk Yükseköğretimi' (YÖK, 20 Nisan 2020) <<https://covid19.yok.gov.tr/Sayfalar/HaberDuyuru/pandemi-gunlerinde-turk-yuksekogetimi.aspx>> erişim tarihi 15 Ağustos 2020.

çeşitli örnekler incelendiğinde COVID-19 döneminin, üniversitelerde *nötr-dönem*⁸⁸ olarak adlandırıldığı görülmektedir. Bunun anlamı, kayıt dondurma uygulamasından biraz daha farklıdır. Öğrenciler istedikleri takdirde üniversitelerinin aldığı önlemlere göre döneme devam edebilmekte, ancak dönem sonunda sınavlara girmiş olsun ya da olmasın, istedikleri dersleri ya da tüm dönemi *transkriptlerine yazdırmama hakkına* ve okul açıldığında ilgili dersleri yeniden alma hakkına sahiptir⁸⁹. Bu da elbette öğrencilerin uzaktan eğitim süresince başarısız oldukları ya da düşük not aldıkları derslerin *dönem ortalamalarına (GANO)* etki etmemesini sağlayacaktır. Öğrenci ilgili dersi yüz yüze eğitim başladığında ilk defa almış gibi alabilecektir. Bu yöntem Türkiye’de öğretim programları daha katı düzenlenmiş olduğu için bir sonraki yıl ve dönemde çok sayıda dersin çakışmasına yol açabilir; bu açıdan ülkemizde uygulanmaya pek uygun değildir. Ancak yine de, COVID-19 süresince yapılan ve teknik donanım yetersizliği nedeniyle **sınavına girilemeyen derslerin**, yüz yüze sınav yapma imkânı doğana ve öğrenciye sınavı yapılan kadar, **ANO ve GANO hesaplamalarına katılmaması** veya üniversite yönetmeliklerindeki **mazeret sınavı hakkının esnekleştirilmesi** hususları düşünülebilir. **Türkiye’de GANO** -burs, yurtlardan faydalanma, üstten ders alabilme, belirli dersleri seçebilme, yan dal yapabilme gibi- **birçok husus için belirleyicidir**. Kanımızca gelecek dönemlerde bu hususlarda uyumsuzluklar ortaya çıkabilir. Bunun önüne geçmek için, COVID-19 süresince yalnızca teknik imkânları olmadığından ötürü sınavına girilemeyen derslerin değil; **sınavına girilen ve (koşullu başarılı olan DC, DD ve başarısız olan FD ve FF) başarısız olunan** derslerin de öğrencinin talebi doğrultusunda GANO hesaplamasında bir defaya mahsus dikkate alınmaması sağlanabilir. Yani COVID-19 süresince hem sınavına girilemediği için öğrencinin dersten başarısız sayılması hallerinde; hem de kaynak yetersizliği, çalışma ortamının uygun olmaması (aile fertlerinin hastalığı, kalabalık aile vb.) gibi sebeplerle sınava girilip de başarısız olunması hallerinde, ilgili dersin GANO hesaplamasına katılmaması sağlanabilir. Salgının ortaya çıkarttığı tek engel uzaktan eğitime teknik erişimde eşitsizlikler değildir. COVID-19 döneminin ortaya çıkarttığı psikolojik durumun başarı üzerindeki olumsuzlukları, sınavlara çalışmak için herkesin eşit olanaklara ve kaynaklara sahip olmaması gibi hususlar da eğitim hakkının temel ilkelerinden biri olan fırsat eşitliğini bu süre boyunca bozmaktadır. Bu olanaklarla, salgın sürecine ve uzaktan eğitime daha bütüncül, *hak merkezli ve öğrencinin en yüksek menfaati* çerçevesinde bir yaklaşım sergilenerek, sokağa çıkma yasakları, ücretsiz

⁸⁸ Örneğin Avusturya Eğitim, Bilim ve Araştırma Bakanlığı 2020 bahar dönemini “neutrales Semester” olarak ilan etmiştir. Bkz. Österreich Bundesministerium für Bildung, Wissenschaft und Forschung, ‘Studienförderung: Sommersemester 2020 als „neutrales Semester“’ (31 Mart 2020) <https://www.brg14.at/wpcontent/uploads/Erlass_Neutrales_Semester.pdf> erişim tarih 13 Mayıs 2020.

⁸⁹ Örneğin Avusturya için bkz Österreich Bundesministerium für Bildung, Wissenschaft und Forschung Avusturya Eğitim, Bilim ve Araştırma Bakanlığı’nın sık sorulan hukuki sorular sayfası: ‘Coronavirus (COVID-19): FAQ zu rechtlichen Fragestellungen (Beihilfen, Studienrecht) - Stand: 13. Mai 2020’ <https://www.bmbwf.gv.at/Themen/Hochschule-und-Universit%C3%A4t/Aktuelles/corona/corona_faqs.html> erişim tarihi 13 Mayıs 2020. Almanya’dan incelenen çeşitli üniversiteler, Erlangen Üniversitesi, Humboldt Üniversitesi, Köln Üniversitesi’dir.

izinler, zorunlu işten ayrılmalar, zorunlu ve ani olarak eğitim-öğretim metodunun uzaktan yapılması gibi ağır tedbirlerin alındığı bir dönemde, “sınavlarda başarısızlık gerekçesi” öğrencinin üzerinden alınmış olacaktır. Tüm bunlar, üniversitelerin eğitim öğretim yönetmeliklerinde değişikliğe gidilerek ya da “*COVID-19 Eğitim, Öğretim, Sınav Yönetmelikleri*” çıkartılarak ayrıca düzenlenebilir.

İncelenen uluslararası örneklerde tüm öğrencilerin COVID-19 salgını nedeniyle okul bitirme süreleri otomatik olarak bir dönem uzatılmıştır. Aşağıda ele alınacağı gibi, sınav uyuşmazlıkları ve mezuniyet koşullarına ilişkin birçok mesele gelecek aylarda Türk idari yargısının önüne fazlaca gelebilir. **Bunun için Türkiye, zorunlu uzaktan eğitim dönemine ilişkin yaşanan aksaklıkları ortaya çıkartmak ve elverişsiz grupları tespit edebilmek için geniş çaplı bir anket çalışması yaparak gerekli hukuki ve idari tedbirleri geç olmadan alabilir**⁹⁰. 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu’nun⁹¹ “*Diploma alma, ders kredilerinin hesaplanması, öğrencilik haklarından yararlanma ve sınavlar*” başlıklı 44. maddesine COVID-19 salgını ile ilgili istisnalar eklenebilir. Örneğin 44/(c) bendindeki azami okul uzatma süreleri kayıt dondur(a)mayan, ancak *dönemin koşulları gereği* başarısız olan öğrenciler açısından sıkıntılı olabilir. Yine 46/(ç) bendi uyarınca katkı payı ve öğrenim ücreti alınabilmesi için geçmesi öngörülen süreler uzatılabilir⁹². Ülkede yeknesaklık sağlanması açısından YÖK’ün COVID-19 salgını sürecine ilişkin ilke ve hedefleri doğrultusunda üniversiteler *COVID-19 Yönetmelikleri* hazırlayarak eğitim-öğretim ve sınavlara ilişkin daha esnek düzenlemeler öngörebilirler. Bunlara ilaveten, üniversitelerin eğitim-öğretim yönetmeliklerinde yer alan “kayıt dondurma” hükümlerinde de sürelerle ilişkin şartlar yeniden ele alınabilir. Özellikle kayıt dondurma başvurusunda süre sınırları kaldırılıp, COVID-19 salgını süresince daha esnek kayıt dondurma başvurusu imkânı tanınabilir. Tüm bunlara ek olarak görme, işitme engeli olan, 65 yaşın üstünde olan, kronik rahatsızlığı olan, hamile, vb. gibi kişilerin uzaktan eğitime erişimi konusunda da ek tedbirler alınmalıdır.

C. Üniversiteye Giriş Sınavları ve Fırsat Eşitliği

Eğitime erişimde ayrımcılık ve fırsat eşitliği konusu ülkemizde büyük öneme sahip üniversiteye giriş sınavları –ya da merkezi ve ortak sınavlar- için de tartışılabilir. AİHM’nin Türkiye ile ilgili hem ayrımcılık yasağını hem de eğitim hakkını tartıştığı Altınay-Türkiye davası⁹³, üniversiteye girişte kat sayı hesaplaması farkı, meslek liseleri ile düz lise mezunlarının üniversiteye girişte eşit olmamaları ve meslek

⁹⁰ Bu yönde ülkemizdeki çeşitli disiplinlerden akademisyenler tarafından Ağustos 2020 tarihinde kadar çeşitli saha araştırmaları yapılmaya başlanmıştır.

⁹¹ Kabul Tarihi: 4.11.1981, RG 6.11.1981-17506.

⁹² 2547 sayılı kanuna bir geçici madde eklenerek 2019-2020 eğitim-öğretim yılı bahar dönemi ile duruma göre 2020-2021 eğitim öğretim yılı güz dönemi boyunca kanunda yer alan sınav hakkı, katkı payı yükümlülüğü, mezuniyet koşulları, ilişik kesme ile ilgili tüm süreler 6 ay ya da 1 yıl uzatılabilir.

⁹³ *Altınay v. Turkey*, Başvuru No. 37222/04 (ECtHR, 9 July 2013).

liselilerin dezavantajlı konumu ile ilgilidir⁹⁴. AİHM, eğitim konusunda devletlerin takdir marjını geniş yorumladığı için olaydaki kat sayısı değişikliğinin, eğitim seviyesini iyileştirmeye dayalı amaçla makul bir orantı içinde olduğunu belirtmiştir. Yani kat sayısı değişiklikleri nedeniyle bir ihlal kararı vermemiştir. Ancak Mahkeme, başvurunun yönelmek istediği mesleğe göre birkaç yıl önce tercih yaptığını göz önünde bulundurmıştır. Mahkeme, sınavdan bir yıl önce, idare tarafından hiçbir geçiş önlemi alınmadan kuralların değiştirilmesini, başvuru açısından *öngörülemez bir kural değişimi* olarak değerlendirmiş ve bu gerekçeyle eğitim hakkı ile bağlantılı olarak ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine ve tedbirlerin amaçlanan sonuç ile makul bir ölçülülük ilişkisi içinde olmadığına karar vermiştir⁹⁵. Burada fark edilecektir ki, AİHM, üniversite giriş sınavında yapılan değişiklikleri içerik bakımından değil, bireyler açısından *öngörülemez olduğu için* eğitim hakkına aykırı bulmuştur⁹⁶.

Söz konusu yaklaşımla bağlantılı olarak tartışılabilecek hukuki sorun, üniversiteye giriş sınavlarında son dakika yapılan kapsam, süre ve değerlendirme ölçütü gibi esaslı değişikliklerin ve sınavın ertelenmemesinin, sınavlarda fırsat eşitliği ya da sağlık hakkı bakımından bir ihlal ortaya çıkartıp çıkartmayacağıdır. Bu sorun belli bir ölçüde aşağıda ele alınmış ve Almanya’da meydana gelmiş üç somut davada güncel olarak tartışılmıştır⁹⁷.

Üniversite giriş sınavları ve fırsat eşitliği ile ilgili Almanya’da hâlihazırda açılmış oldukça güncel (Nisan 2020) ve ilk derece mahkemesi kararları verilmiş üç uyuşmazlık bulunmaktadır. Bunlardan ilki Hessen’de Abitur olarak adlandırılan üniversiteye geçiş

⁹⁴ Altınay v. Türkiye davası Türkiye’deki katsayı düzenlemeleri nedeniyle üniversiteye girişte mağdur olan bir öğrenci ile ilgilidir. 1998 yılında kadar iletişim fakültesinde okumak üzere iletişim meslek lisesine gidenler üniversiteye giriş sınavında kendileri ile ilgili bir bölüm tercih ettiklerinde avantajlı konumdaydılar. Ancak 1998 yılında YÖK, başvurunun katıldığı üniversiteye giriş sınavından (1999) bir yıl önce bir genelgeyle katsayı değişikliğine giderek, düz liseye gidenlerin katsayısını 0,5 olarak belirlemiş; iletişim meslek lisesine gidenlerin katsayısını da 0,2 olarak belirlemiştir. YÖK söz konusu katsayısı oranlarında değişikliğe giderken, toplumun sosyo-ekonomik koşullarındaki değişikliği göz önünde bulundurduğunu belirtmiş ve katsayı değişikliğindeki amacını, daha nitelikli gazeteciler yetiştirmek ve yükseköğretimde gazetecilerin eğitim düzeyini iyileştirmek olarak açıklamıştır. Bu arada başvurunun Milli Eğitim Bakanlığı’na yaptığı düz liseye geçiş talebi de o dönemdeki mevzuat gereği reddedilmiştir.

⁹⁵ *Altınay v. Turkey* (n 94) para 60.

⁹⁶ Benzer şekilde belli bölümlere girilmesi için sınırlı sayı öngören düzenlemelerde de AİHM, devletlerin takdir marjını oldukça geniş yorumlamaktadır. Bkz. Jane Kotzmann, *The Human Rights-Based Approach to Higher Education* (Oxford University Press, 2018) 40-43.

⁹⁷ Türkiye’de Danıştay 8. Dairesi de YKS tarihinin öne çekilmesine ilişkin karara karşı açılan yürütmenin durdurulması istemini reddetmiş ve YKS sınavı YÖK’ün aldığı önlemler ile 27-28 Haziran 2020 tarihinde gerçekleştirilmiştir. Makalenin yazıldığı tarihte henüz gerekçeli karar yayınlanmadığı için burada yer verilememiştir.

sınavlarına bir öğrencinin yaptığı itirazdır⁹⁸. Bu itiraz, öğrencinin Abitur sınavına girecek olmasının sağlığını riske atması anlamına geleceği konusundadır. Hessen Eğitim Bakanlığı, öğrencilerin yalnızca üç defa ve beşer saatlik olmak üzere sınırlı sayıda sınav için okula gelmelerini sağlık açısından tehlikeli görmemiştir ve Robert Koch Enstitüsü tarafından alınan kararlar doğrultusunda hijyen ile sosyal mesafe kurallarına uyulduğunda riskin az olduğunu belirtmiştir. Bu arada sınava yalnızca lise son sınıf öğrencileri gireceği için, herkes kendi okulunda olacaktır. Bakanlığa göre, eğitim-öğretime ara da verildiğinden okullarda yalnızca sınava girecek son sınıf öğrencileri bulunacaktır ve mesafe kuralları rahatlıkla uygulanabilecektir. Öte yandan idare mahkemesine göre, başvuru yapan öğrencinin, sağlığın mutlak olarak korunması yönünde bir talep hakkı bulunmamaktadır. Salgın nedeniyle idarenin almış olduğu tedbirler, *salgın dalgasının uzun vadede ilerlemesini yavaşlatmak ve risk gruplarına giren insanları korumak* içindir; hastalığın tamamen ortadan kaldırılması ya da insanları mutlak olarak hastalıktan korumak için değildir; zira bu husus mümkün de değildir⁹⁹. Karar henüz ilk derece mahkemesi aşamasındadır.

İkinci ve üçüncü davalar ise Berlin'dendir. Berlin'deki ikinci dava yine benzer biçimde bir öğrencinin hastalık riski ortadan kalkmadan Abitur sınavına girmeme yönündeki talebiyle ve bu hususta geçici tedbir kararı verilmesi için açılmıştır. İdare mahkemesi bu talebi reddetmiştir. Mahkeme'ye göre, Korona-Virüs Tedbirleri Yönetmeliği'ne uygun olarak ve güncel bilimsel veriler doğrultusunda, öğrenciler en fazla 8 ila 10 kişilik sınıflarda ve aralarında iki metre olacak şekilde sınava gireceklerdir; kronik hastalığı olan ya da risk grubunda bulunan öğrencilerin ise ayrı bir tarihte sınava girmeleri sağlanacaktır. Öte yandan davacının kendisi de sınav günü gerekli kurallara uyarak hastalığın bulaşma riskini en aza indirebilir¹⁰⁰. Üst derece mahkemesi de bu kararı onamıştır.

Berlin'de açılan üçüncü dava ise sınava hazırlık konusunda fırsat eşitliğinin bozulmuş olmasına ilişkindir. Davacı, Berlin Okul Kanunu'nda yer alan "*her okulun*

⁹⁸ Abitur sınavları üniversiteye girişte dikkate alınan üç kısımdan oluşmaktadır. İlki öğrencilerin uzmanlık dersleri, ikincisi temel dersler, üçüncüsü de lise bitirken girilen yazılı ve sözlü sınavdır. Tüm bunlar öğrencinin okul hayatı boyunca gösterdiği çabasının sonunda elde ettiği başarısının bir göstergesidir. Eyaletler arasında Abitur açısından zorluk kolaylık farkı olsa da üniversiteler bunları bildiği için, ona göre davranabilirler. Almanya'nın önündeki en önemli sorun eyaletlerin salgın nedeniyle Abitur sınavları açısından aynı takvimi ve kapsamı izleyememeleri olmuştur. Şöyle ki bazı eyaletler henüz daha Almanya'da virüs vakası görülmeden Abitur sınavının hem yazılı, hem sözlü aşamasını tamamlamıştır; bazı eyaletler yalnızca yazılı aşamasını tamamlamış ve sözlü aşamasını iptal etmiştir; bazı eyaletler de takvim gereği henüz bu sınavları yapamamış ve iptal etmiştir. Bu durumda Anayasaya uygun olan her eyaletin Abitur sınavını yapmasıdır; aksi halde fırsat eşitliği açısından Anayasaya aykırı durumların ortaya çıkması muhtemel görünmektedir. Bu hukuki yorumlar ve detaylı bilgi için bkz Sibylle Schwarz, 'Abschlussprüfungen während Covid-19 Pandemie – hier Abitur in Hessen' (Beck-Community, 31 Mart 2020) <<https://community.beck.de/2020/03/31/abschlusspruefungen-waehrend-covid-19-pandemie-hier-abitur-in-hessen>> erişim tarihi 14 Mayıs 2020.

⁹⁹ Verwaltungsgericht Wiesbaden, 'Corona-Krise begründet keinen Anspruch auf Freistellung von den Abiturprüfungen' <<https://verwaltungsgerichtsbarkeit.hessen.de/pressemitteilungen/corona-krise-begr%C3%BCndet-keinen-anspruch-auf-freistellung-von-den-abiturpr%C3%BCfungen>> erişim tarih 14 Mayıs 2020.

¹⁰⁰ Verwaltungsgericht Berlin, 'Kein Fernbleiben von schriftlicher Abiturprüfung wegen Coronagefahren (Nr. 21/2020)' <<https://www.berlin.de/gerichte/verwaltungsgericht/presse/pressemitteilungen/2020/pressemitteilung.922000.php>> erişim tarihi 14 Mayıs 2020.

öğrencisini, öğrenme şartlarından bağımsız olarak mümkün olan en iyi şekilde mezun etme sorumluluğu” olduğunu öngören hükme dayanarak, okul ve kütüphaneler kapalı olduğu için kalabalık ve gürültülü bir evde sınava çalışmak zorunda kaldığını ve bu nedenle sınavın ertelenmesini talep etmiştir. Mahkeme ise bu hükmün, öğrenciye kişisel bir talep yetkisi vermediğini belirterek talebi reddetmiştir. Virüs nedeniyle alınan önlemler ve öğrencilerin evlerde çalışmak zorunda kalması herkesin katlandığı bir durumdur. Öte yandan yaşamın diğer alanlarında olduğu gibi, sınavlara hazırlık açısından da kişiler için *tamamen aynı şartların varlığının sağlanması mümkün değildir*. Bununla birlikte Berlin’de Abitur sınavlarının yapılması, objektif olarak Almanya genelinde Abitur sınavlarının yapılmasında bir ayırım ortaya çıkmaması için, Federal Eğitim Bakanlığı tarafından eyaletlerle birlikte alınmış ortak bir karara dayanmaktadır¹⁰¹. Davacı temyize gitmiş ve yüksek mahkeme bu kararı onamıştır. Yüksek mahkeme yine de salgının, öğrenciler arasında daha önceden var olan sosyal ve maddi eşitsizlikleri daha da pekiştirdiğinde hem fikirdir. Ancak, var olan eşitsizlikler nedeniyle davacının içinde bulunduğu koşullar, sınavı yapacak idareye isnat edilebilir olmadığından hukuki dayanaktan yoksundur. Yüksek mahkemeye göre, uyuşmazlığın konusu olan sosyal eşitsizlikler nedeniyle ortaya çıkan eğitimde fırsat eşitsizliği, *sınav hukuku kapsamında alınacak acil hukuki tedbirlerle* giderilebilecek nitelikte değildir. Eğitimde fırsat eşitliği gibi tedbirler yasa koyucunun kendi yetki alanı içinde düzenleyeceği hususlardır. Yine yüksek mahkemeye göre, öğrencinin somut yaşam koşullarını dikkate alan bireysel bir sınava hazırlık süreci, sınav otoriteleri tarafından belirlenebilecek ve garanti altına alınabilecek bir husus değildir¹⁰².

Tüm bu kararlarda dikkati çeken özellik, Almanya’nın federal bir devlet olması ve üniversiteye girişin ülke genelinde eşitlik içinde yürütülebilmesi için Abitur sınavlarının her eyalette yapılmasının sağlanmasıdır. Kanımızca Alman idare mahkemeleri, önlerine gelen bu uyuşmazlıkların emsal teşkil edip, benzer konuda daha çok dava açılmasını önlemek için de bu yönde karar vermiş olabilirler. Alman Federal Anayasa Mahkemesi’nin Abitur sınavı ile ilgili 2017 tarihli kararında, Abitur sınavının bir öğrencinin başarı potansiyelini ölçen ve gelecekteki üniversite başarısı açısından ampirik veri ile desteklenmiş en elverişli sınav olduğu belirtilmektedir¹⁰³. Almanya açısından, 2020-2021 yılı üniversite yerleştirmelerinin eşitlik içinde sağlanabilmesi için, Abitur sınavlarının tüm ülkede yapılmış olması oldukça önemlidir¹⁰⁴. Bu husus yukarıdaki mahkeme kararlarında da dikkati çekmektedir.

¹⁰¹ Verwaltungsgericht Berlin, ‘Keine Verschiebung der Abiturprüfung wegen erschwelter Vorbereitung (Nr. 22/2020’ <<https://www.berlin.de/gerichte/verwaltungsgericht/presse/pressemitteilungen/pressemitteilung.922898.php>> erişim tarihi 14 Mayıs 2020; detaylı gerekçe de buradan okunabilir.

¹⁰² Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg, ‘Berliner Abiturprüfungen können fortgesetzt werden – 17/20’ <<https://www.berlin.de/gerichte/oberverwaltungsgericht/presse/pressemitteilungen/2020/pressemitteilung.923794.php>> erişim tarihi 14 Mayıs 2020.

¹⁰³ Bundesverfassungsgericht, 1 BvL3/14, 19. Dezember 2017 <https://www.bundesverfassungsgericht.de/e/ls20171219_1bvl000314.html> erişim tarihi 14 Mayıs 2020.

¹⁰⁴ Bu hukuki yorum için bkz Schwarz (n 98).

Neler Yapılabilir? Türkiye’de de benzer talepler söz konusu olabilir. Bu açıdan ülkemizde yapılması planlanan üniversiteye ve liseye giriş gibi toplu ve merkezi sınavların çok ciddi önlemler alınarak organize bir biçimde yürütülmesi gerekecektir. Öte yandan özellikle risk grubunda olan kişiler ve sağlık durumu özellik arz eden kişiler durumlarını önceden idareye bildirecektir. Bu hususlar zaten sınav kılavuzlarında detaylı bir biçimde yer almaktadır. Ortaya çıkması muhtemel uyuşmazlık, sınav esnasında hastalık taşıyanların tek başına ayrı bir odada değil de, maske takarak diğer adaylarla birlikte aynı sınıfta sınava girmesi durumudur. Burada diğer adaylar sınav süresince maske takmadığından, maske takanlar açısından sınav koşullarında eşitsizlik ortaya çıkacaktır; bu nedenle bu kişilerin de maskesiz olabilecekleri ayrı bir odanın önceden hazırlanması gerekecektir. Yine, sınav sınıflarında bulunacak azami öğrenci sayısı, aralarındaki sosyal mesafe gibi hususların hastalıkla ilgili güncel bilimsel veriler doğrultusunda düzenlenmiş olması gerekmektedir. Sınav esnasında, sınavın sağlıklı ve her aday için eşitlik içinde geçmesinden sınav idaresi sorumludur. Türkiye’de yapılacak olan üniversiteye giriş sınavlarının tarih, süre ve kapsam değişiklikleri, içinde bulunulan öngörülemez durum nedeniyle, ulaşılmak istenen amaçla orantılı tedbirlerdir ve haklı görülebilir¹⁰⁵. Fırsat eşitliği talepleri ise içinde bulunduğumuz koşullar göz önünde bulundurularak, idare açısından sınava hazırlık süreci bakımından değil, *sınav süresince yapılan uygulamalar kapsamında* önem arz ettiğinden, sınavın uygulanması, sınav salonlarının koşulları, sınav oturumları arasındaki koşullar gibi hususlarda özenli olunması gerekmektedir. Bu gibi hususlarda idare güncel bilimsel veriler doğrultusunda hastalığın sınav nedeniyle yayılma riskini en aza indirecek tedbirleri almazsa, ya da önceden kronik rahatsızlıkları olan ve bunu idareye sınavdan makul bir süre önce bildiren kişiler için onlara uygun sınav odası hazırlamazsa, kusur sorumluluğu gündeme gelebilecektir. Sınav hukukuna hâkim olan fırsat eşitliği, *“birbiriyle kıyaslanabilir adayların, mümkün olduğunca kıyaslanabilir sınav koşullarına ve ölçme-değerlendirme koşullarına tabi olması”* anlamına gelmektedir¹⁰⁶.

D. Okul Sağlığı Hizmetleri ve Sağlığa İlişkin Bilginin Gizliliği

Doğrudan güncel salgın olgusuyla ilgili olmamakla birlikte, tehlikeli olan ve bulaşma riski taşıyan hastalıklar –ve ileride de COVID-19 hastalığı-, genel olarak okulların ya da yükseköğretim kurumlarının kendi bünyesinde yer alan sağlık görevlilerinin sorumlulukları ile ilgili hukuki meseleleri ortaya çıkartabilir. Sağlık ve eğitim-öğretimin birleştiği bu konular daha çok öğrencilerin sağlık durumları ile *bilgi sahibi olan* okul doktorunun ya da hemşiresinin¹⁰⁷, okulda rehberlik veya psikolojik

¹⁰⁵ Ancak ülkemizde üniversite sınavının önce 25-26 Temmuz 2020 tarihinde yapılacağı açıklanmıştır; ardından sınav 27-28 Haziran 2020’ye alınmıştır. Bu durum, öngörülemezlik nedeniyle eğitim hakkının ihlalini gündeme getirebilir.

¹⁰⁶ Bu ifade Alman Federal İdare Mahkemesi’nin sınavlarda fırsat eşitliği tanımıdır. Bundesverwaltungsgericht, BVerwG, Beschluss vom 13.05.2004 - 6 B 25.04 <<https://www.bverwg.de/130504B6B25.04.0>> erişim tarihi 14 Mayıs 2020.

¹⁰⁷ Okul doktorunun bulunması ülkemiz mevzuatına göre zorunlu değildir. Bu hususa aşağıda değinilmiştir.

danışmanlık yapan uzmanların, sahip olduğu bilgileri açıklamaları sonucu öğrencinin okuldan uzaklaştırılması ve eğitime erişiminin engellenmesi ile ilgili hukuki sorunlardır. Örneğin ABD’de psikolojik sorunları olan ve bunları yükseköğretim kurumunun psikoloğuyla paylaşan bir öğrencinin, sonradan diğer bir öğrenciyi öldürmesi olayında, maktulün ailesi, üniversite psikoloğunun, hasta-doktor ilişkisi gizliliğini ileri sürerek, öğrencinin durumu ile ilgili olarak kendilerini uyarmaması nedeniyle okul idaresine karşı dava açmış; Eyalet Yüksek Mahkemesi, okul sağlık personelinin “uyarma yükümlülüğüne” atıf yaparak davacıyı haklı bulmuştur¹⁰⁸. Buna ek olarak, HIV veya Hepatit B/C gibi tehlikeli ve bulaşma riski taşıyan hastalıklara yakalanan öğrencilerin tıbbi bilgilerinin okul sağlık personeli tarafından ilgili kişilerle paylaşılmasının, hasta olan öğrenciler açısından eğitim hakkına bir müdahale teşkil edip etmeyeceği konuları da tartışılmaktadır. Bu husustaki genel yaklaşım okul sağlık personelinin, merkezi idaredeki –sağlık bakanlığı vb.- yetkili uzman kişilerle *güncel tıbbi gelişmeler doğrultusunda* yapılacak istişareye göre hareket etmesidir. Öte yandan herhangi bir belirti göstermeyen ancak HIV virüsü taşıyan çocukların okula devam etmesi gerekliliği ABD’de çok sayıda yargı kararıyla açıklığa kavuşmuştur. Bu konudaki genel kural, öğrencinin HIV virüsü taşıdığı bilgisinin yalnızca, öğrenciye yardım edecek ve öğrenciye fayda sağlayacak kişilerle ve bu amaçla paylaşılabiliridir¹⁰⁹.

Sağlığa ilişkin bilgilerin gizliliği hususu AİHM nezdinde de AİHS’nin özel ve aile hayatına saygı hakkını düzenleyen 8. maddesi kapsamında değerlendirilmektedir¹¹⁰. Kişinin sağlığı ile ilgili bilgileri Sözleşme kapsamında “özel hayat” alanına girmektedir. AİHM’ye göre, gizliliğin korunması yönünde yasal bir garanti söz konusu olmadığı zaman, kişiler sağlıkları ile ilgili önemli bilgileri vermekten ya da tamamen sağlık hizmeti almaktan kaçınılabirler ki, bu durumda yalnızca kişinin kendisi değil toplum sağlığı da tehlike altında olacaktır. Bu açıdan kişilerin sağlık bilgisinin gizliliği Mahkeme’ye

¹⁰⁸ Olay Kaliforniya Eyaleti’nde ve Kaliforniya Üniversitesi’nde 1976 yılında yaşanmıştır. Supreme Court of California, *Tarasoff v. Regents of University of California*, 17 Cal. 3d 425 (Cal. 1976). Olayda psikolog okul idaresine ve kampüs polisine haber vermiş ancak öldürülme tehlikesi olan öğrenci ve ailesine haber vermemiştir. Okul idaresi de kampüs polisine, psikolojik sorunları olan öğrenciyi bir kliniğe gitmesi konusunda yardımcı olmasını söylemiştir. Kampüs polisi öğrenci ile görüşerek, öğrencinin makul davrandığını görmüş ve öğrenciyi yalnızca kurbandan uzak durması yönünde uyarmıştır. Ardından öğrenci diğer kişiyi öldürmüştür. Yargılama Eyalet Yüksek Mahkemesi’ne kadar gitmiş ve nihayetinde ilgili yargı yeri, söz konusu olay açısından “uyarma yükümlülüğünün (duty to warn)” hasta-hekim ilişkisi gizliliğinin istisnası olduğuna hükmetmiştir. Bu yargılama sonucu “uyarma yükümlülüğü” ABD’nin birçok eyaletinde yasalara alınmıştır. Ancak yargı yerleri bu hususları somut olay nezdinde ayrı ayrı tartışmaktadır. Burada elbette gizliliğin konusu da önemlidir. ABD yargı yerleri, gizlilik konusu olan bilginin başkaları için tehlike oluşturup oluşturmadığını her somut olaylar nezdinde ayrıca değerlendirmektedir. Ayrıntılı bilgiler için bkz Nadine C. Schwab, Mary H. B. Gelfman (eds) *Legal Issues in School Health Services* (Sunrise River Press, 2005) 276-277.

¹⁰⁹ ibid 275. ABD’deki ilgili dava listeleri ve HIV bilgisinin gizliliği ile ilgili eyalet yasaları örnekleri için bkz ibid.

¹¹⁰ AİHM’nin 8. maddesi ile ilgili olarak ele aldığı konular ve kararlar listesi için bkz Council of Europe/European Court of Human Rights, ‘Guide on Article 8 of the European Convention on Human Rights Right to respect for private and family life, home and correspondence’ (2020).

göre hayati önem taşıyan bir haktır¹¹¹. AİHM, sağlık bilgisinin korunması ve bu hakka yapılan müdahalelerin hukukiliğini *üçlü teste* tabi tutmaktadır. Bunlar, sınırlamanın yasa ya da düzenleyici bir işleme dayanması ya da yasallık şartı, sınırlamanın meşru bir amaca dayanması ve sınırlamanın demokratik toplum gereklerine uygun olmasıdır. Mahkeme burada meşru amaçla sınırlama arasında da ölçülülük aramaktadır; ölçülülük de demokratik toplum gereklerine göre belirlenecektir¹¹². Bir başka ifade ile bir kişinin sağlık bilgisinin gizliliğinin korunması hakkına yapılan müdahale, kamu sağlığı, kişinin kendi sağlığı ya da hastane personelinin sağlığı ve güvenliği gibi daha ağır basan bir gerekçe ile haklılaştırılabilir ve müdahale ölçülü ise, 8. madde ile uyumlu bir müdahale olacaktır¹¹³.

Neler Yapılabilir? COVID-19 salgını hızlı bulaşan küresel bir salgındır. Bu hususta bir öğrencinin COVID-19 taşıdığı bilgisine ulaşan okul hekiminin bunu bildirme yükümlülüğü ülkemizde bulunmaktadır¹¹⁴. Ancak okul idarecilerinin, öğrencilerin, var ise okul doktoru / hemşiresi gibi kişilerin sağlık bilgisinin paylaşılması hususunda dikkat etmesi gereken hususlar bulunmaktadır. Sağlık verisi 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu¹¹⁵ uyarınca özel nitelikli veridir (md. 6). Dolayısıyla veri sorumluları, sağlık bilgisinin güvenliğini sağlayacak önlemleri almalı; öğrencilerin sağlık verileri açık ve zorunlu bir gerekçe olmaksızın üçünü kişilere açıklanmamalıdır. Bu yönde doğacak hukuki uyumsuzluklarda gizlilik hakkına yapılan müdahaleler, olaya özgü koşullar içinde değerlendirilmek kaydıyla COVID-19'un niteliği gereği, meşru bir amaca hizmet edecektir. Öğrencinin tıbbi bilgileri ise hak ihlali ortaya çıkmaması için, kişinin menfaatini koruyacak biçimde *yalnızca bilmesi gereken kişilere açıklanmalıdır*. COVID-19 nedeniyle okula girişine izin verilmeyen öğrenci için, yukarıda belirtildiği gibi, okul idaresi çeşitli önlemler alarak uzaktan sınav ve eğitim uygulamalarını gerçekleştirebilir. Benzer biçimde ABD'de öğrencilerin COVID-19 taşıdıklarına ilişkin sağlık bilgisinin gizliliği hususunda çeşitli öneriler yapılmıştır. Örneğin COVID-19 taşıyan öğrencinin isminin açıklanmaması ve gereğinden fazla bilginin verilmemesi gerekmektedir¹¹⁶.

¹¹¹ *Z v. Finland*, Başvuru No. 22009/93 (ECtHR, 25 February 1997) para 95. AİHM sağlık bilgisinin gizliliğinin önemini Z-Finlandiya davasında vurgulamış; bu yorumuna diğer kararlarında da atıf yapmıştır. Finlandiya'da doktorlara ve psikiyatriklere, hastanın onayını almadan sağlık bilgilerini yürütülmekte olan bir ceza soruşturması dosyasına sunma yetkisi veren mevzuat gereğince, sağlık bilgisi soruşturma dosyasına sunulan HIV pozitif olan bir mahkûmun yaptığı başvuruda AİHM, 8. maddenin ihlal edilmediğine hükmetmiştir. Ancak Mahkeme, sağlık bilgisinin gizliliğinin ilke olarak önemini bu davada vurgulamıştır. AİHM benzer biçimde Y-Türkiye kararında, sağlık bilgisi nedeniyle insanların dışlanabileceğini, onur kırıcı muameleye maruz kalabileceğini ve hem kendilerinin hem de ailelerinin sosyal hayatları ile iş yaşantılarının devam edemez hale gelebileceğini belirterek sağlık bilgisinin gizliliğinin önemini vurgulamıştır. *Y v. Turkey*, Başvuru No. 648/10, (ECtHR, 17 February 2015) para 68.

¹¹² Doğan (n 75) 805, 806.

¹¹³ *Y v. Turkey* (n 111) para 78. AİHM, Y-Türkiye davasında, HIV pozitif olan hastanın sağlık bilgisinin hastane personeli ile gerekli tedbirleri alabilmeleri için paylaşılabilmesini, ancak böylesine hassas ve hasta açısından ciddi sosyal sorunlara yol açabilecek nitelikte bilginin amacı dışında kullanılmaması ve yayılmaması için gerekli tüm önlemlerin de alınması gerektiğini belirtmiştir. *ibid* para 79.

¹¹⁴ Bulaşıcı Hastalıkların İhbarı ve Bildirim Sistemi Hakkında Tebliğ, RG 06.11.2004-25635.

¹¹⁵ Kabul Tarihi: 24.3.2016, RG 7.4.2016-29677.

¹¹⁶ The School Superintendence Association, 'Student Privacy During the COVID-19 Pandemic' (20 March 2020) 3 <https://iapp.org/media/pdf/resource_center/fpf_student_privacy_during_covid_19_pandemic.pdf> erişim tarihi 15 Ağustos 2020.

Ülkemizde okul sağlık hizmetleri zorunlu değildir ve ilgili mevzuattan anlaşıldığı üzere bu husus okul idarelerinin takdirindedir. Oysa öğrencilerin sağlığı okulda geçirdikleri süre içinde de korunmalıdır; sağlıklı öğrenciler yetiştirmek eğitimin amaçları kapsamında değerlendirilmektedir¹¹⁷. Bu açıdan okulun temiz ve öğrenime elverişli (sıcaklık, nem, hijyen vb.) olmasının yanı sıra okullarda öğrenciler için koruyucu hekimliğin de yaygınlaştırılması gerekmektedir¹¹⁸. Okul öncesi ve ilköğretim için okulda doktor bulunması ile ilgili herhangi bir hüküm mevzuatta yer almamaktadır. Yalnızca revir hizmetlerini yürütmek üzere hemşire çalıştırılabileceğinden söz edilmektedir (Millî Eğitim Bakanlığı Okul Öncesi Eğitim ve İlköğretim Kurumları Yönetmeliği-OÖİEKY¹¹⁹, md. 50/1-ğ; Millî Eğitim Bakanlığı Ortaöğretim Kurumları Yönetmeliği-OKY¹²⁰, md. 94/1-ğ). Öte yandan OKY’de öğrenci okul ve disiplin kuruluna “varsa okul doktoru”nun da katılacağı düzenlenmektedir (OKY, md. 185/6).

2016 yılında Millî Eğitim Bakanlığı ile Sağlık Bakanlığı arasında “Okul Sağlığı Hizmetleri İşbirliği Protokolü” düzenlenmiştir. Buna ek olarak henüz TBMM’nin komisyon aşamasında olan, Millî Eğitim Temel Kanunu’nda değişiklik yapılmasını ve okullarda en az bir sağlık personeli çalıştırılması zorunluluğunu öngören bir yasa teklifi bulunmaktadır¹²¹. Her okulda en az bir sağlık görevlisi bulundurulması oldukça önemlidir. Bu hususta mevzuat eksikleri mutlaka giderilmelidir. Yükseköğretim kurumlarındaki sağlık konusu ise Yükseköğretim Kurumları Mediko-Sosyal Sağlık, Kültür ve Spor İşleri Dairesi Uygulama Yönetmeliği’nin 11. maddesinde yer almaktadır¹²². Sağlığa ilişkin bilginin gizliliği burada görev yapan sağlık uzmanları açısından da geçerlidir.

III. Ulusal Hukuk Doktrini Kapsamında ve Salgın Nedeniyle Tartışılması Gereken Eğitim Hakkı Meseleleri

Ulusal hukuk kapsamında tartışılması gereken hukuki problemler “kamu düzeni” kavramının içeriği, eğitim-öğretim kurumlarında bulunan kişiler açısından tehlikeli salgın hastalık kapsamında idarenin sorumluluğu ve sınav hukuku problemleridir. Her şeyden önce Türkiye’de eğitim-öğretim mevzuatı idareye oldukça geniş takdir yetkisi

¹¹⁷ Pelin Taşkın, ‘Okul Yönetiminde Öğrenci İşleri’ içinde Uğur Akın (ed) *Türk Eğitim Sistemi ve Okul Yönetimi* (2. Bası Pegem Akademi, 2016) 292.

¹¹⁸ ibid. Aynı zamanda bkz Millî Eğitim Bakanlığı Okul Öncesi Eğitim ve İlköğretim Kurumları Yönetmeliği, md. 78/1-a ve b. RG 26.07.2014-29072.

¹¹⁹ (n 47).

¹²⁰ (n 48).

¹²¹ 24.12.2019, Millî Eğitim Temel Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi; Dönem/Y. Yıl: 27/3; Esas No:2/2119; “Teklif ile; Millî Eğitim Bakanlığı’na bağlı resmi ve özel ilköğretim ve ortaöğretim kurumlarında, sağlıklı ve güvenli eğitim ve öğretim ortamını sağlamak, okul içinde meydana gelen kaza ve yaralanmalara acil müdahale etmek, ilkyardım ile önleyici ve koruyucu sağlık hizmetleri vermek üzere en az bir sağlık personelinin çalıştırılması öngörülmektedir.”

¹²² Okul sağlığı ve rehberlik hizmetleri konusunda bkz Taşkın (n 117) 290, 293.

tanıyan ve kimi zaman öngörülebilirliği ortadan kaldıracak düzeye varan bir yapıya sahiptir ve eleştirilmektedir¹²³. Olağanüstü durumlarda eğitim-öğretime ara verilmesi kararı, 5 Mayıs 2020 tarihli OÖEİKY'nin 7. maddesinde yapılan değişiklikten önce verilmiştir. Eğitime ara verme ilk olarak hukuki dayanaktan yoksun kalmıştır¹²⁴.

A. Hak ve Özgürlük Temelli Kamu Düzeni Yaklaşımı

Salgın hastalıkların önlenmesi ve bu alanda alınacak tedbirlerin tümü idarenin kamu düzenini korumaya ilişkin sorumluluklarından birisidir. Kamu düzeni ise, liberal demokratik devletlerde kendi başına bir amaç olarak ele alınmamakta, “özgürlüklerin bir arada var olabilmesinin bir aracı” anlamına gelmektedir¹²⁵. “Düzen” kavramı, toplumun soyut olarak istenilen biçime dönüştürülmesini ifade etmez; aksine özgür insanların biçimlendirdiği bir dünyanın ahenk içindeki işleyişini ifade etmektedir¹²⁶. Bu açıdan özgürlükler, kamu düzeninin bir unsurudur ve kamu düzeninin amaçlarından bir tanesi de özgürlüklerin korunmasıdır¹²⁷. Bununla birlikte insan onurunun korunması da kamu düzeninin kapsamındadır¹²⁸. Demokratik ve insan haklarına saygılı devletlerde idareye tanınan takdir yetkisinin amacı, idarenin tekil ve önceden öngörülemeyen durumlar karşısında hakkaniyeti sağlayarak insan haklarını daha etkin koruması ile açıklanmaktadır¹²⁹. Bu açıdan kamu düzeni kavramına hak ve özgürlükler temelli yaklaşmak gerekmektedir.

İnsan haklarının gerçekleştirilmesi ve korunması için günümüzde artık gerek kuşaklara dayalı anlayış, gerekse hakların statülere göre farklılaşan koruma rejimlerine sahip olması etkilerini yitirmektedir. İnsan hak ve özgürlükleri açısından asıl önemli olan, haklara veya yükümlülüklerle ilişkin herhangi bir sınıflandırma sisteminin, hakların gerçekleştirilme ve koruma düzeylerinde herhangi bir farklılığı meşrulaştırmak için kullanılmamasıdır¹³⁰. Bir başka ifade ile devletin mali kaynaklarının yeterliliği ölçütüne bağlanan ekonomik, sosyal ve kültürel haklar ile medeni ve siyasi haklar arasında devletin üstlendiği yükümlülüklerin niteliği bakımından kesin ayrımlar artık yapılamamaktadır¹³¹. Bu nedenle COVID-19 salgınının ortaya çıkarttığı eğitim hukuku meselelerinde, kaynakların yeterliliği bir sınır olarak ileri sürüldüğünde, eğitim hakkının sınırlandırılmasında ölçülülük ilkesine

¹²³ Tolga Şirin, ‘Thelikeli Salgın Hastalıklarla Hukuksal Mücadeleye Anayasal Bir Giriş’ (2020) 9 (17) *Anayasa Hukuku Dergisi* 129.

¹²⁴ ibid 128-129.

¹²⁵ Özge Okay Tekinsoy, *İdare Hukukunun Kavramı Olarak Kamu Düzeni* (On İki Levha Yayıncılık, 2011) 37.

¹²⁶ ibid 37.

¹²⁷ ibid.

¹²⁸ Aslı Şimşek, *Genel Kamu Hukukunun Temel Kavramı Olarak Kamu Düzeni* (Turhan kitabevi yayınları, 2012) 61.

¹²⁹ Dilşat Yılmaz, ‘Alman İdare Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisi ve Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi’ (2011) 69 *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 1020.

¹³⁰ Bülent Algan, *Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması* (Seçkin Yayınları, 2007) 91.

¹³¹ ibid 92.

aykırı sonuçlar ortaya çıkabilir¹³². Nitekim, ani gelişen olaylar, önemli kazalar, doğal afetler ya da terör eylemleri gibi olaylar karşısında, idarenin hem risklerin önlenmesi için gerekli tedbirlerin alınması sorumluluğu, hem de meydana gelecek zararın azaltılması için gerekli örgütü kurma yönünde bir sorumluluğu bulunmaktadır¹³³.

Türk hukuk sisteminde eğitim ve yükseköğretime ilişkin meseleler ve uyuşmazlıklar temelde idare hukukunun, vakıf üniversiteleri ya da özel okullar söz konusu olduğunda da, iş hukuku, borçlar hukuku ya da ticaret hukukunun bakış açısı ile ele alınmaktadır¹³⁴. Ancak özellikle hak ve özgürlük söz konusu olduğu için eğitim alanındaki eylem ve işlemleri teknik birer idari eylem ve işlem olarak görmek, ya da eğitimsel ilişkileri sözleşmelere dayalı ilişkiler çerçevesinde değerlendirmek, kimi durumlarda etkin bir koruma sağlanamamasına yol açmaktadır¹³⁵. Bu nedenle eğitim-öğretim alanındaki her uyuşmazlıkta temel hareket noktası eğitimin birey ve toplum için anlamı ve önemi olmalıdır. Buna ek olarak, eğitim olgusu, okulların kurulup düzenlenmesi ve iç işleyişi, müfredatın belirlenmesi ve uygulanma biçimleri, eğitim-öğretim kurumunda çalışan eğitimciler ve öğretmenlerin hak ve yükümlülükleri, çalışma koşulları, okul-aile-öğrenci ilişkileri, sınavlarla ilgili her türlü husus ve beslenme dahil birçok eylem ve işlemi kapsamaktadır.

B. İdarenin Eğitim-Öğretim Kurumlarındaki Faaliyetler Kapsamında COVID-19 Salgını Nedeniyle Oluşacak Zararlardan Sorumluluğu

Eğitim-öğretim alanında COVID-19 ile bağlantılı hukuki meseleler, ulusal hukuk doktrininde idarenin sorumluluğu açısından idari yargı yerlerinin önüne gelebilir. Bu açıdan, idarenin sınava katılanların sağlığını korumak üzere sınavların iptal edilmesi gibi bir yükümlülüğün olup olmaması ya da merkezi sınavlarda bulunması zorunlu sınav görevlilerinin görevleri nedeniyle ve görevin ifası sırasında COVID-19 hastalığına yakalanmış olmalarından (ve hatta ardından evdeki yaşlı ya da hastalara da bulaştırmış ve onların da bir zarara uğramış olmasından) doğan zararların tazmini talepleri ortaya çıkabilir. Bilindiği gibi idarenin kusur sorumluluğunun yanında kusursuz sorumluluğu da bulunmaktadır ve özellikle kusursuz sorumluluk konusunda sosyal risk ilkesinin kapsamının salgın hastalıkları da içine alacak biçimde giderek genişlediği savunulmaktadır¹³⁶. 1968 tarihli Fransız Danıştayının,

¹³² Şirin (n 123) 77: "... [Anayasanın 65. maddesinde yer alan] 'bu görevlerin amaçlarına uygun öncelikleri gözeterek' ibaresi aslında mali kaynaklar ile öncelikler arasında özel bir ölçülülük biçimini vurgulamaktadır." Bkz. Dilşad Çiğdem Sever, 'Sağlık Kamu Hizmetinin Örgütlenmesi ve Özelleştirme Biçimleri', içinde Özge Yücel ve Gürkan Sert (eds), *Sağlık ve Tıp Hukukunda Sorumluluk ve İnsan Hakları* (Seçkin Yayınları 2018) 95 vd.

¹³³ Okay Tekinsoy (n 125) 68.

¹³⁴ Dilşad Çiğdem Sever, 'Bir Kamu Kurumu Olarak Vakıf Üniversiteleri ve Bu Üniversitelerde Çalışan Akademisyenlerin Hukuki Statüsü' (2016) Mart *Legal Hukuk Dergisi* 1181.

¹³⁵ Bunun en dikkat çekici örnekleri özel okul, kreş, gündüz bakımevi ile devlet okulları, anaokulu gibi aynı nitelikte eğitim sunan ancak farklı yasalara tabi olan kurumlardır.

¹³⁶ Hasan Nuri Yaşar, 'İdarenin Sorumluluğu Üzerine Düşünceler' (2008) 66 *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 218.

eğitim kurumlarında salgın hastalık konusunda sıklıkla atıf yapılan, kızamık salgını sırasında okulda hastalık kapamış bir öğretmenin uğradığı zarardan idarenin sorumlu olup olmadığına ilişkin bir kararı bulunmaktadır. Olayda, anne öğretmen okulda icra ettiği mesleği sırasında kızamık kapmış ve anne karnındaki bebekte de bu nedenle bir takım sağlık problemleri meydana gelmiştir. Fransız Danıştay, burada bebeği üçüncü kişi olarak değerlendirip, onun uğradığı zarar bakımından idarenin kusursuz sorumluluğuna hükmetmiş; ancak annenin ise görevi gereği okulda bulunduğunu ve bu nedenle karşı karşıya kaldığı risk nedeniyle kızamık hastalığına yakalandığını ve bunun sosyal güvenlik sistemiyle karşılandığını; bu nedenle kusursuz sorumluluğun anne öğretmenin hastalanması bakımından söz konusu olmayacağını belirtmiştir. Öte yandan anne ve babanın bebeğin sağlık problemleri ile birlikte doğmasından kaynaklanan kayıplarını ise idarenin kusursuz sorumluluğu kapsamında değerlendirmiştir¹³⁷. Türk hukukunda Danıştay, mesleki riskler bakımından ortaya çıkan zararlarda kusursuz sorumluluk esasını uygulamaktadır¹³⁸.

İdarenin sorumluluğunu ortadan kaldıran nedenler arasında konumuz açısından, zarar görenin davranışı, üçüncü kişinin davranışı ve mücbir sebep tartışmaları ortaya çıkabilir. Örneğin idare sınavların yapılması için güncel bilimsel veriler doğrultusunda alması gereken bütün önlemleri almasına rağmen, zarar gören bu tedbirlere uygun davranmadığı için zarar görmüşse, idari eylem ile zarar arasındaki illiyet bağı kopabilir ve idarenin sorumluluğuna hükmedilmeyebilir¹³⁹. Bu açıdan özellikle önceden risk grubunda bulunan ve kronik bir rahatsızlığı olan öğrenciler ile eğitim-öğretim personelinin, sınav mekânında bulunmaktan ötürü zarar göreceğini açıklayarak, durumlarını ilgili deliller ile birlikte mutlaka sınavdan makul bir süre önce idareye bildirmeleri gerekecektir¹⁴⁰. Bu durumda idare onlara yönelik tedbirler alabilir. Benzer şekilde okullar açıldığında ve COVID-19 salgını devam ettiğinde, risk grubunda olanların eğitim kurumunda bulunmaması yönünde doktor raporu alarak okula gelmemesi söz konusu olabilecektir. Ancak eğitim-öğretim ve okul söz konusu olduğunda, zarar görenin kişisel kusuru konusunda mutlaka somut olaya özgü koşullar bakımından titizlikle bir değerlendirme yapılması gerekecektir. Örneğin Danıştay, ilkökul öncesi eğitim kurumunda meydana gelen bir öğrencinin diğerinin gözünü yaralaması olayında, “...idarenin okul saatlerinde bu gözetim ve denetimi aksatmadan sürdürmek zorunda olduğu, bu sorumluluk yalnız ders saatleri ile sınırlı olmayıp, okulda bulunan sürenin tamamını, bu arada teneffüs, yemek ve dinlenme aralarını da kapsadığı, bu bakımdan **Milli Eğitim Kamu hizmetlerinin sadece eğitim ve öğretim yönü ile ilgili bir hizmet olmadığı, öğrencilerin gözetim ve**

¹³⁷ Kemal Gözler, *İdare Hukuku-Cilt II* (Ekin Kitabevi Yayınları, 2003) 1097.

¹³⁸ İbid 1099; Ramazan Çağlayan, ‘Risk İlkesi Gereğince İdarenin Kusursuz Sorumluluğu Bağlamında Sosyal Risk İlkesi’ içinde *Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu-2009*, 467.

¹³⁹ Ender Ethem Atay, *İdare Hukuku* (2. Bası Seçkin Yayınları, 2019) 336.

¹⁴⁰ Bu konuda Almanya’daki çeşitli üniversitelerin eğitim-öğretim ve sınav yönetmeliklerine ekleme yaptığı görülmektedir veya matbu dilekçeler oluşturmuşlardır.

denetimini de içeren bir kamu hizmeti olduğunu kabul etmek gerektiği, olayda bu hizmetin kötü işlediği, tazminat konusu zararın oluşum biçiminden anlaşıldığı, okul bahçesinde idarenin sorumluluğu altında kaldığı...”yönünde bir değerlendirmede bulunmuştur¹⁴¹. Bu açıdan okullardaki sosyal mesafe kurallarına uyulmasından, somut olaya özgü koşullar değerlendirilmek kaydıyla, okul idarelerinin sorumlu olabilmesi gündeme gelebilir. Ancak yine de somut olaya özgü koşullar belirleyici olacaktır.

Yukarıda –önemli kazalar, doğal afetler, vb.- ani gelişen olayların, idarenin, hem *risklerin önlenmesi için gerekli tedbirlerin alınması sorumluluğunu*, hem de *meydana gelecek zararın azaltılması için gerekli örgütü kurmak* biçimindeki sorumluluğunu doğuracağı belirtilmişti¹⁴². Ancak kimi durumlarda mücbir sebep nedeniyle illiyet bağı kopabilir ve idarenin sorumluluğu ortadan kalkabilir. Mücbir sebep nedeniyle idarenin sorumluluğunun ortadan kalkmasında ise, ilgili olayın veya sonuçlarının öngörülemez ve önlenemez olması önemlidir¹⁴³. COVID-19 özelinde bir değerlendirme yapılırsa, hastalığın havadan damlacık yoluyla kolaylıkla bulaşabiliyor olması nedeniyle, idarenin insanların hepsinin birden hasta olmamasını sağlaması mümkün değildir. Bunun için bütün ülkenin evden çıkmaması ve her türlü hizmetin durması gerekecektir ki böylesine bir durum gerçekçi değildir. Kanımızca idarenin sorumluluğu *COVID-19 hastalığının yayılmasını mümkün olduğu ölçüde yavaşlatmak, kontrol altına almak ve özellikle risk grubuna giren kişileri hastalıktan korumak ve bu yönde tedbirler almaktır*. Bu nedenle idare, eğitim-öğretim kurumlarında hastalığın yayılma hızını yavaşlatmak için gerekli her türlü tedbiri öncelikle almalıdır. Bu hususları tam olarak yerine getirmede kuşkusuz idarenin hizmet kusuru söz konusu olacaktır.

Eğitim-öğretim alanında idarenin kusursuz sorumluluğu kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi kapsamında da tartışılabilir¹⁴⁴. Kamu külfetleri önünde eşitlik ilkesi, idarenin hukuka uygun eylemleri neticesinde, kamuya sağlanacak bir yarar nedeniyle, birey aşırı bir külfet altında kaldığında, bu külfetin denkleştirilerek, kişinin uğradığı zararın idare tarafından karşılanmasını gerektirmektedir¹⁴⁵. Bir başka ifade ile, idarenin hukuka uygun eylemi, söz konusu kişiden *özel bir fedakârlık* mı gerektiriyor? İşte burada söz konusu olan, özel fedakârlıkta bulunan kişiye diğerlerine kıyasla eşit / adil davranılmamış olmasıdır. Bu eşitsizlik, kamuya bir yarar

¹⁴¹ Danıştay 8.D., E: 1987/539, K: 1988/690, KT: 13.10.1988.

¹⁴² Okay Tekinsoy (n 125) 68.

¹⁴³ Atay (n 139) 378, 379.

¹⁴⁴ Kavrama yönelik tartışmalar için bkz Yaşar (n 136) 209, 2010.

¹⁴⁵ Atay (n 139) 415, 416. “[Kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi] Genel, soyut, objektif düzenlemeler yapan kanunların bireyleri zarara uğratması halinde devletin sorumluluğu kabul edilmemektedir.”
Kusursuz sorumluluk ile ilgili Türk idare hukukunda belli bir sistemin kabul edilmediğine ilişkin değerlendirme ve kusursuz sorumluluk ile ilgili güncel kararlar için bkz Celal Işıklar, ‘Danıştay Kararlarında İdarenin Kusursuz Sorumluluğunu Kaldıran ve Azaltan Haller’ (2019) 1 *Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 121.

sağlamak için ve hukuka uygun olarak ortaya çıkmıştır; bu nedenle tüm kamunun bu külfete ortak olması gerekir¹⁴⁶. Bu doğrultuda, merkezi ve ortak bir sınavda idarece alınan tüm tedbirlere rağmen yine de COVID-19 hastalığı kapan bir öğrenci ya da sınav görevlisinin zararının tazmini için, kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesine dayanılıp dayanılmayacağı, *idari yargı yerlerinin COVID-19 salgınına atfettiği hukuki anlama* göre değişebilir. COVID-19 salgını küresel bir salgın (küresel felaket) olduğu için şu anda hastalıkla mücadelede toplumun bütün kesimleri ve meslek grupları ortak fedakârlıklarda bulunmaktadır; bu nedenle zararların idarece tazmin edilmesi yönünde –olayda hizmet kusuru yok ise- yargı kararları pek olası görülmemektedir¹⁴⁷; ancak bu konuda genelleme yapmak da mümkün değildir. Sonuç olarak tekil durumlar önceden tahmin edilemez. Somut uyuşmazlık iddiaları söz konusu olduğunda, idari yargı yerleri tüm bu hususları ve olaya özgü koşulları değerlendirerek karar verecektir.

Sonuç

COVID-19 salgını nedeniyle eğitim-öğretim alanında ve eğitim hakkı kapsamında tartışılacak hukuki sorunlar çeşitlidir. Çalışmada uluslararası örnekler incelenerek, Türkiye’de de ortaya çıkması muhtemel sorunlara ana hatlarıyla yer verilmiştir. Şu bir gerçektir ki, önümüzdeki aylarda küresel bir salgın olan böylesine bir olay neticesinde hukuk sistemlerini ve özellikle de yargı yerlerini ciddi bir sınav bekliyor olacak. Öte yandan böylesine büyük çaplı bir salgın hukuk sistemimizi de gözden geçirmemiz ve eksiklikleri tamamlayıp, sorunlu kısımları düzeltmemiz için vesile olacaktır. Eğitim-öğretim alanındaki uyuşmazlıkların çözümünde eğitim hakkı ve insan hakları bakış açısının gerekliliği önemlidir. Eğitim hakkı ile ilgili olarak ortaya çıkması muhtemel problemler aşağıdaki gibi özetlenebilir:

1. Salgın hastalık da söz konusu olsa devletlerin eğitim hakkına ilişkin yükümlülükleri devam etmektedir. Eğitimde fırsat eşitliği, eğitime erişim, internet, teknik altyapı vb. hususlarda hukuka aykırılıklar, ayrımcılık, ciddi eşitsizlikler söz konusu olabilir.

¹⁴⁶ Yaşar (n 136) 210: “*Kamu külfetleri önünde eşitlik ilkesi, idari faaliyetlerle kamuya sağlanacak bir yarar dolayısıyla ortaya çıkan zarara, bireyin kendi aleyhine, katlanmak zorunda kalmasının yarattığı adaletsizliği ortadan kaldırmayı amaçlamaktadır. Kavramı çekici kılan öncelikle “adalet” düşüncesine dayanmasıdır. Yine kamu sorumluluğunun ağırlığının da kavrama için olduğunda şüphe yok. ... Yurttaşlar tarafından finanse edilen idarenin toplum yararına faaliyeti gösterirken bir gerçek veya tüzel kişiye zarar vermesi onu, diğer yurttaşlardan daha fazla mali külfete maruz bırakması demek olur. İşte bu durumlarda, idare ortaya çıkan külfeti kamudan elde ettiği gelirden karşılamakla yurttaşları dolaylı biçimde külfete ortak eder. Böylece, herkes bir kamu hizmetinin ya da kamusal bir faaliyetin ortaya çıkardığı yarar ve zarardan eşit biçimde etkilenmiş olur.*”

¹⁴⁷ Bu yaklaşım özellikle Almanya’da COVID-19 salgını nedeniyle katlanılmak zorunda olunan külfetlerin ya da firmaların uğradığı zararların idarece tazmin edilip edilmeyeceğine ilişkin tartışmalarda dikkati çekmektedir. Bkz. Matthias Cornils, ‘Corona, entschädigungsrechtlich betrachtet’ (*Verfassungsblog*, 13 Marz 2020) <<https://verfassungsblog.de/corona-entschaedigungsrechtlich-betrachtet/>> erişim tarihi 18 Mayıs 2020. Benzer şekilde bkz. ‘Entschädigungen für Betriebsschließungen nach aktueller Rechtslage unwahrscheinlich’ (Noerr, 9 April 2020) <<https://www.noerr.com/de/newsroom/news/entschaedigungen-fur-betriebsschliessungen-nach-aktueller-rechtslage-unwahrscheinlich>> erişim tarihi 18 Mayıs 2020.

2. Sınav hukuku problemleri ortaya çıkabilir. Bunlar hem merkezi ve ortak sınavlara ilişkin olabilir; hem de okullarda ve üniversitelerde yapılan sınavların her aşamasında ilişkin olabilir. Bu nedenle kanımızca Türkiye’de en büyük eksiklerden birisi sınavların hukukuna ilişkin temel yaklaşımdır. Hukukta sınav olgusuna bütünsel yaklaşacak temel bir kanuna ihtiyaç vardır.
3. Sosyal açıdan en elverişsiz grup, salgın sonucunda da daha kötü bir duruma gelmiştir. Devletlerin aldıkları önlemler ilk olarak elverişsiz ve zayıf gruplara (yoksullar, özel eğitim ihtiyacı olanlar, kronik rahatsızlığı olanlar, yaşlılar, vb.) yönelik olmalıdır. Nitekim BM Ekonomik, Sosyal, Kültürel Haklar Komitesi, günlük beslenme ihtiyacını yalnızca devlet okulundan sağlayan en yoksulların, okullara erişimin mümkün olmadığı güncel durumda en dezavantajlı konumda olduğunu belirtmektedir¹⁴⁸.
4. UNESCO, eğitime erişim engeli ortaya çıkmaması için yalnızca ileri-teknolojik çözümler değil, basit-teknoloji ya da hiçbir teknolojiye bağlı olmayan çözüm önerileri geliştirilmesinin, fırsat eşitliği açısından önemini vurgulamaktadır¹⁴⁹.
5. Geleceğe yönelik olarak okullar açıldığında, eğitime erişim konusunda sıkıntı yaşayanlara odaklanılması gerekmekte, eksiklerin telafisi sağlanmalıdır. Bu süreçte fazladan çalışacak olan eğitim-öğretim personelinin hakları da göz önünde bulundurulmalıdır.
6. Salgın süresince daha silik görünen bir grup, çocuklu olup (diğer sektörlerde de olduğu gibi) eğitim-öğretim alanında çalışan ebeveynlerdir. Özellikle performansa dayalı ücret alınan mesleklerde ya da atama-yükselmenin belli bir performansa dayandığı durumlarda, salgın süresince çocukla evden çalışmak zorunda kalanlar açısından çeşitli düzenlemeler yapılmalı; süreler yeniden düzenlenerek, ek süreler verilmelidir.
7. Okul sağlığı konusu kurumsallaşmalı ve TBMM’de halen komisyon aşamasında olan okul doktoru ile ilgili yasa teklifi yasaşmalıdır.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

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

Peer-review: Externally peer-reviewed.

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

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

¹⁴⁸ Statement of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights, ‘COVID-19: UN Experts call for international solidarity to alleviate financial burdens of developing countries and the most vulnerable’ <<https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=25821&LangID=E>> erişim tarihi 18 Mayıs 2020.

¹⁴⁹ UNESCO, ‘National Education Responses to COVID-19 Summary report of UNESCO’s online survey’ (April 2020) 11.

Bibliyografya/ Bibliography

- Algan B, *Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması* (Seçkin Yayınları, 2007).
- Alon T et. al. , ‘The Impact of COVID-19 on Gender Equality’ (2020) 4 Covid Economics: Vetted and Real-Time Papers.
- Antecol H et. al., ‘Equal but inequitable: Who benefits from gender-neutral tenure clock stopping policies?’ (2018) 108 American Economic Review, 2420-2441.
- Arslan Öncü G, ‘Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda Soruşturma Usulü’ (2011) 31(1) Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni 29-90.
- Atay EE, *İdare Hukuku* (2. Bası Seçkin Yayınları, 2019).
- Aybay R, *Açıklamalı İnsan Hakları Evrensel Bildirisi*, (Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2006).
- Cohen A, ‘Women’s academic journal submissions plummet amid coronavirus’ (*Fast Company*, 1 May 2020) <https://www.fastcompany.com/90499954/womens-academic-journal-submissions-plummet-amid-coronavirus> erişim tarihi 9 Mayıs 2020.
- Cornils M, ‘Corona, entschädigungsrechtlich betrachtet’ (*Verfassungsblog*, 13 Marz 2020) <<https://verfassungsblog.de/corona-entschaedigungsrechtlich-betrachtet/>> erişim tarihi 18 Mayıs 2020.
- Çağlayan R, ‘Risk İlkesi Gereğince İdarenin Kusursuz Sorumluluğu Bağlamında Sosyal Risk İlkesi’ içinde *Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu-2009* 451-495.
- Çelik A, ‘Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Eğitim Hakkı’ (2015) 6(20) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 279-328.
- Davies SE and Bennett B, ‘A gendered human rights analysis of Ebola and Zika: locating gender in global health emergencies’ (2016) 92(5) International Affairs 1041-1060.
- Doğan İ, *İnsan Hakları Hukuku* (3. Bası Astana Yayınları, 2019).
- Dzehtsiarou K, ‘COVID-19 and the European Convention on Human Rights’, <<https://strasbourgoobservers.com/2020/03/27/covid-19-and-the-european-convention-on-human-rights/>> erişim tarihi 11 Mayıs 2020.
- Elibol Brönneke Z, ‘Uluslararası İnsan Hakları Sözleşmelerine Koyulan Çekinceler Çerçevesinde Hedef ve Amaçla Bağdaşma Ölçütü ve Türkiye Uygulaması’ (Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi 2017).
- Flaherty C, ‘Faculty Home Work’, (Inside HigherED, 24 March 2020) <<https://www.insidehighered.com/news/2020/03/24/working-home-during-covid-19-proves-challenging-faculty-members>> erişim tarihi 9 Mayıs 2020.
- ‘No Room of One’s Own’, (*Inside HigherED*, 21 April 2020) <<https://www.insidehighered.com/news/2020/04/21/early-journal-submission-data-suggest-covid-19-tanking-womens-research-productivity>> erişim tarih 9 Mayıs 2020.
- Giannini S, ‘Covid-19 school closures around the world will hit girls hardest’ (UNESCO, 31 Mart 2020) <<https://en.unesco.org/news/covid-19-school-closures-around-world-will-hit-girls-hardest>> erişim tarihi 19.05.2020.
- Göçer M, *Uluslararası Hukuk ve İnsan Haklarının Uluslararası Korunması, Uluslararası Hukukun İnsan Hakları Alanına Uygulanmasından Kaynaklanan Kimi Sorunlar Üzerine Karşılaştırmalı Bir İnceleme* (Seçkin Yayınları, 2002).
- Gözler K, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları* (9. Bası, Ekin Kitabevi Yayınları 2017).
- *İdare Hukuku-Cilt II* (Ekin Kitabevi Yayınları, 2003).
- Groll T, ‘Wer darf sein Kind in die Kita schicken?’ (*Zeit Online*, 17 April 2020) <<https://www.zeit.de/politik/deutschland/2020-04/corona-notbetreuung-franziska-giffey-kita-faq>> erişim tarihi 18 Mayıs 2020.

- Haughey M et. al., ‘Open Schooling’, içinde Terry Evans and others (eds) *International Handbook of Distance Education*, (Emerald, 2008) 147-166.
- İşıklar C, ‘Danıştay Kararlarında İdarenin Kusursuz Sorumluluğunu Kaldıran ve Azaltan Haller’ (2019) 1 Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, 115-158.
- Kaplan R, ‘Birleşmiş Milletler Belgelerinde Eğitim Hakkı’ (2015) 6(20) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 329-372.
- Kotzmann J, *The Human Rights-based Approach to Higher Education* (Oxford University Press, 2018).
- Newell C, ‘Distance Education: Enabling and Disabling?’ içinde Terry Evans and others (eds), *International Handbook of Distance Education* (Emerald 2008) 87.
- Olbrisch M, ‘So bewerten die Bundesländer das “Corona-Halbjahr”’ (*Spiegel Panorama*, 12 Mayıs 2020) <<https://www.spiegel.de/panorama/bildung/schulnoten-in-der-corona-krise-so-gehen-die-bundeslaender-vor-a-8a3717a6-5f0f-469b-b50c-fa50186fd466>> erişim tarihi: 15 Mayıs 2020.
- Okay Tekinsoy Ö, *İdare Hukukunun Kavramı Olarak Kamu Düzeni* (On İki Levha Yayıncılık, 2011).
- Rooney J, ‘European Court of Human Rights to Consider Right to Education’ (Oxford Human Rights Hub, 21 Ekim 2016) < <http://ohrh.law.ox.ac.uk/european-court-of-human-rights-to-consider-right-to-education/>> erişim tarihi: 14 Ağustos 2020.
- Schwab NC and Gelfman MHB (eds), *Legal Issues in School Health Services* (Sunrise River Press, 2005).
- Schwarz S, ‘Abschlussprüfungen während Covid-19 Pandemie – hier Abitur in Hessen’ (*Beck-Community*, 31 Mart 2020) <<https://community.beck.de/2020/03/31/abschlusspruefungen-waehrend-covid-19-pandemie-hier-abitur-in-hessen>> erişim tarihi 14 Mayıs 2020.
- Spotlight: Quality education for all during Covid-19 crisis’ (*Hundred* and *OECD* April 2020).
- Sever DÇ, ‘Bir Kamu Kurumu Olarak Vakıf Üniversiteleri ve Bu Üniversitelerde Çalışan Akademisyenlerin Hukuki Statüsü’ (2016) Mart Legal Hukuk Dergisi 1175.
- Smith A and Webster F, ‘Changing Ideas of the Universty’ içinde Anthony Smith ve Frank Webster (eds), *The Postmodern Univeristy? Contested Visions of Higher Education in Society* (Open University Press 1997) 12.
- Şimşek A, *Genel Kamu Hukukunun Temel Kavramı Olarak Kamu Düzeni* (Turhan kitabevi yayımları, 2012).
- Şirin T, ‘Tehlikeli Salgın Hastalıklarla Hukuksal Mücadeleye Anayasal Bir Giriş’ (2020) 9 (17) Anayasa Hukuku Dergisi 43-146.
- Tan T, ‘Sınav ve Jüri Değerlendirmelerinin Yargısal Denetimi’ (1996) 51(1) AÜSBFD 409.
- Taşkın P, ‘Okul Yönetiminde Öğrenci İşleri’ içinde Uğur Akın (ed) *Türk Eğitim Sistemi ve Okul Yönetimi* (2. Bası Pegem Akademi, 2016) 268.
- Yaşar H N, ‘İdarenin Sorumluluğu Üzerine Düşünceler’ (2008) 66 (1) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 201-220.
- Yılmaz D, ‘Alman İdare Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisi ve Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi’ (2011) 69 İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 1019-1032.
- Zghibarta P, ‘The Whos, the Whats, and the Whys of the Derogations from the ECHR amid COVID-19’, erişim: <https://www.ejiltalk.org/the-whos-the-whats-and-the-whys-of-the-derogations-from-the-echr-amid-covid-19/>; tarih:11.05.2020.

Ziemele I and Liede L, 'Reservations to Human Rights Treaties: From Draft Guideline 3.1.12 to Guideline 3.1.5.6' (2013) 24 The European Journal of International Law 1135.

BM Belgeleri ve İnternet Kaynakları

CEDAW, 'Guidance Note on CEDAW and COVID-19' 2 <<https://www.ohchr.org/en/hrbodies/cedaw/pages/cedawindex.aspx>> erişim tarihi 19 Mayıs 2020.

Statement of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights, 'COVID-19: UN Experts call for international solidarity to alleviate financial burdens of developing countries and the most vulnerable' <<https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=25821&LangID=E>> erişim tarihi 18 Mayıs 2020.

OHCHR, 'Covid-19 and Women's Human Rights: Guidance' (OHCHR, 15 April 2020) <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Women/COVID-19_and_Womens_Human_Rights.pdf> erişim tarihi 19 Mayıs 2020.

OHCHR <https://ap.ohchr.org/documents/dpage_e.aspx?m=999> erişim tarihi 08 Mayıs 2020.

CESCR, 'General Comment No. 13: The Right to Education (Art. 13 of the Covenant)', 8 December 1999, E/C.12/1999/10.

CESCR 'General Comment No. 25 on science and economic, social and cultural rights (article 15 (1) (b), (2), (3) and (4) of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights' 30 April 2020, E/C.12/GC/25.

CESCR 'Statement on the coronavirus disease (COVID-19) pandemic and economic, social and cultural rights Statement by the Committee on Economic, Social and Cultural Rights' 17 April 2020 E/C.12/2020/1.

CRC 'The Committee on the Rights of the Child warns of the grave physical, emotional and psychological effect of the COVID-19 pandemic on children and calls on States to protect the rights of children' 8 April 2020, para 3 <https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CRC/Shared%20Documents/1_Global/INT_CRC_STA_9095_E.pdf> erişim tarihi 08 Mayıs 2020.

UNESCO, 'National Education Responses to COVID-19 Summary report of UNESCO's online survey' (April 2020) 11.

UNICEF <<https://www.unicef.org/education-under-attack>>

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kaynakları ve Kararları

Council of Europe/European Court of Human Rights, 'Guide on Article 2 of Protocol No. 1 to the European Convention on Human Rights, Right to Education' (2019).

Council of Europe/European Court of Human Rights, 'Guide on Article 8 of the European Convention on Human Rights Right to respect for private and family life, home and correspondence' (2020).

Altınay v. Turkey, Başvuru No. 37222/04 (ECtHR, 9 July 2013).

Amanda Kosa v. Hungary, Başvuru No. 53461/15 (ECtHR, 21 November 2017).

Appel-Irrgang and Others v. Germany, Başvuru No. 45216/07 (ECtHR, 6 October 2009).

Bulski v. Poland, Başvuru No. 46254/99 ve 31888/02 (ECtHR, 30 November 2004).

Çam v. Turkey, Başvuru No. 51500/08 (ECtHR, 23 February 2016).

D.H. And Others v. The Czech Republic, Başvuru No. 57325/00 (ECtHR, 13 November 2007).

Enver Şahin v. Turkey, Başvuru No. 23065/12 (ECtHR, 30 January 2018).

Følgerø and Others v. Norway, Başvuru No. 15472/02 (ECtHR, 29 June 2007).

- Horváth And Kiss v. Hungary*, Başvuru No. 11146/11 (ECtHR, 29 January 2013).
Kalkanlı v. Turkey, Başvuru No. 2600/04 (ECtHR, 13 January 2009).
Lautsi and Others v. Italy, Başvuru No. 30814/06 (ECtHR, 18 March 2011).
Lavida And Others v. Greece, Başvuru No. 7973/10 (ECtHR, 30 May 2013).
Leyla Şahin v. Turkey, Başvuru No. 44774/98 (ECtHR, 10 November 2005).
Martin Klerks v.Netherlands, Başvuru No. 25212/94 (ECtHR, 4 July 1995).
Mcintyre v. The United Kingdom, Başvuru No. 29046/95 (ECtHR, 21 October 1998).
Memlika v. Greece, Başvuru No. 37991/12 (ECtHR, 6 October 2015).
Oršuš and Others v. Croatia, Başvuru No. 15766/03 (ECtHR, 16 March 2020).
Osmanoğlu and Kocabaş v. Switzerland, Başvuru No. 29086/12 (ECtHR, 10 January 2017).
Ponomaryovi v. Bulgaria, Başvuru No. 5335/05, (ECtHR, 21 June 2011).
Simpson v. The United Kingdom, Başvuru No. 14688/89 (ECtHR, 4 December 1989).
Timishev v. Russia, Başvuru No. 55762/00 ve 55974/00, (ECtHR, 13 December 2005).
Y v. Turkey, Başvuru No. 648/10, (ECtHR, 17 February 2015).
Z v. Finland, Başvuru No. 22009/93 (ECtHR, 25 February 1997).

Federal Almanya Cumhuriyeti Mahkeme Kararları ve İnternet Kaynakları

- Bundesverfassungsgericht, 1 BvL 3/14, 19 Dezember 2017 <https://www.bundesverfassungsgericht.de/e/ls20171219_1bv1000314.html> erişim tarihi 14 Mayıs 2020.
- Bundesverwaltungsgericht, BVerwG, Beschluss vom 13.05.2004 - 6 B 25.04 <<https://www.bverwg.de/130504B6B25.04.0>> erişim tarihi 14 Mayıs 2020.
- Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg, ‘Berliner Abiturprüfungen können fortgesetzt werden – 17/20’ <<https://www.berlin.de/gerichte/oberverwaltungsgericht/presse/pressemitteilungen/2020/pressemitteilung.923794.php>> erişim tarihi 14 Mayıs 2020.
- Verwaltungsgericht Berlin, ‘Kein Fernbleiben von schriftlicher Abiturprüfung wegen Coronagefahren (Nr. 21/20020)’ <<https://www.berlin.de/gerichte/verwaltungsgericht/presse/pressemitteilungen/2020/pressemitteilung.922000.php>> erişim tarihi 14 Mayıs 2020.
- Verwaltungsgericht Berlin, ‘Keine Verschiebung der Abiturprüfung wegen erschwelter Vorbereitung (Nr. 22/2020)’ <<https://www.berlin.de/gerichte/verwaltungsgericht/presse/pressemitteilungen/pressemitteilung.922898.php>> erişim tarihi 14 Mayıs 2020;
- Verwaltungsgericht Wiesbaden, ‘Corona-Krise begründet keinen Anspruch auf Freistellung von den Abiturprüfungen’ <<https://verwaltungsgerichtsbarkeit.hessen.de/pressemitteilungen/corona-krise-begr%C3%BCndet-keinen-anspruch-auf-freistellung-von-den-abiturpr%C3%BCfungen>> erişim tarih 14 Mayıs 2020.

Diğer İnternet Kaynakları

- American Association of University Professors, ‘Principles for Higher Education Response to COVID-19’ (13 March 2020) < https://www.aft.org/sites/default/files/covid19_aft-aaup_guidanceprinciples_031320.pdf> erişim tarihi 15 Mayıs 2020.
- Council of Europe, European Court of Human Rights, Preparatory Work on Article 2 of the Protocol to the Convention, Information Document prepared by the Registry of the Court (9 May 1967) Strasbourg, CDH (67) 2 <[https://www.echr.coe.int/LibraryDocs/Travaux/ECHRTravaux-P1-2-CDH\(67\)2-BIL2292567.pdf](https://www.echr.coe.int/LibraryDocs/Travaux/ECHRTravaux-P1-2-CDH(67)2-BIL2292567.pdf)> erişim tarihi 12 Ağustos 2020.

- ‘Entschädigungen für Betriebsschließungen nach aktueller Rechtslage unwahrscheinlich’ (Noerr, 9 April 2020) <<https://www.noerr.com/de/newsroom/news/entschaedigungen-fur-betriebsschliessungen-nach-aktueller-rechtslage-unwahrscheinlich>> erişim tarihi 18 Mayıs 2020.
- European Institute on Gender Equality , ‘Covid-19 and Gender Equality’ <<https://eige.europa.eu/topics/health/covid-19-and-gender-equality>> erişim tarihi 9 Mayıs 2020.
- Güvenli Okul Bildirgesi <http://www.protectingeducation.org/sites/default/files/documents/safe_schools_declaration_turkish.pdf> .
- Ministerium für Schule und Bildung des Landes Nordrhein-Westfalen <<https://www.schulministerium.nrw.de/docs/Recht/Schulgesundheitsrecht/Infektionsschutz/300-Coronavirus/index.html>> erişim tarihi 15 Mayıs 2020.
- ‘Okulları Birlikte Açacağız’ (Milli Eğitim Bakanlığı, 12 Ağustos 2020) <<http://www.meb.gov.tr/okullari-birlikte-acagiz/haber/21424/tr>> erişim tarihi 15 Ağustos 2020.
- Österreich Bundesministerium für Bildungs, Wissenschaft und Forschung, ‘Studienförderung: Sommersemester 2020 als „neutrales Semester“’ (31 Mart 2020) <https://www.brg14.at/wpcontent/uploads/Erlass_Neutrales_Semester.pdf> erişim tarih 13 Mayıs 2020.
- Österreich Bundesministerium für Bildungs, Wissenschaft und Forschung ‘Coronavirus (COVID-19): FAQ zu rechtlichen Fragestellungen (Beihilfen, Studienrecht) - Stand: 13. Mai 2020’ <https://www.bmbwf.gv.at/Themen/Hochschule-und-Universitaet/Aktuelles/corona/corona_faq.html> erişim tarihi 13 Mayıs 2020.
- ‘Pandemi Günlerinde Türk Yükseköğretimi’ (YÖK, 20 Nisan 2020) <<https://covid19.yok.gov.tr/Sayfalar/HaberDuyuru/pandemi-gunlerinde-turk-yuksekogretimi.aspx>> erişim tarihi 15 Ağustos 2020.
- The School Superintendence Association, ‘Student Privacy During the COVID-19 Pandemic’ (20 March 2020) <https://iapp.org/media/pdf/resource_center/fpf_student_privacy_during_covid_19_pandemic.pdf>
- United States Department of Education Office for Civil Rights, ‘Fact Sheet: Addressing the Risk of COVID-19 in Schools While Protecting the Civil Rights of Students’ (16 Mart 2020).

Ekler

Ek-1: BM İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi

“Madde 26

1. Herkes eğitim hakkına sahiptir. Eğitim, en azından ilk ve temel eğitim aşamasında parasızdır. İlköğretim zorunludur. Teknik ve mesleki eğitim herkese açıktır. Yüksek öğretim, yeteneklerine göre herkese tam bir eşitlikle açık olmalıdır.
2. Eğitim insan kişiliğini tam geliştirmeye ve insan haklarıyla temel özgürlüklere saygıyı güçlendirmeye yönelik olmalıdır. Eğitim, bütün uluslar, ırklar ve dinsel topluluklar arasında anlayış, hoşgörü ve dostluğu özendirir ve Birleşmiş Milletlerin barışı koruma yolundaki çalışmalarını geliştirmelidir.
3. Çocuklara verilecek eğitimin türünü seçmek, öncelikle ana ve babanın hakkıdır¹⁵⁰.”

Ek-2 BM Ekonomik, Sosyal, Kültürel Haklar Sözleşmesi-Eğitim Hakkı

“Madde 13

Eğitim hakkı

1. Bu Sözleşmeye Taraf Devletler, herkese eğitim hakkı tanır. Sözleşmeci Devletler, eğitimin insan kişiliğinin ve onurunun tam olarak gelişmesine ve insan haklarına ve temel özgürlüklere saygıyı güçlendirmesine yönelik olarak verilmesi konusunda birleşirler. Devletler ayrıca herkesin özgürlükçü topluma etkili bir biçimde katılmasını sağlayacak, bütün uluslar ile bütün ırksal, etnik ve dinsel gruplar arasında anlayış, hoşgörü ve dostluğu geliştirecek ve Birleşmiş Milletlerin barışın korunması için yaptığı faaliyetlerini ilerletecek bir eğitim verilmesi konusunda anlaşılırlar.
2. Bu Sözleşmeye Taraf olan Devletler eğitim hakkının tam olarak gerçekleşmesini sağlamak amacıyla, şu yükümlülükleri yerine getirir:
 - a) İlköğretim zorunludur ve herkese ücretsiz ilköğretim sağlanır;
 - b) Teknik ve mesleki eğitim de dahil ikinci eğitimin farklı türleri ve özellikle başlangıçta verilecek ücretsiz geliştirme eğitimi gibi her türlü uygun vasıtalarla, kural olarak herkesin girmesine ve yararlanmasına açık duruma getirilir.

¹⁵⁰ Çeviri BM-Türkiye resmi internet sitesinden alınmıştır. <http://www.unicankara.org.tr/doc_pdf/h_rigths_turkce.pdf> erişim tarihi 15 Ağustos 2020.

- c) Yüksek öğrenim, özellikle başlangıçta verilecek ücretsiz geliştirme eğitimi gibi her türlü uygun vasıtalarla, yetenek ölçüsüne göre herkesin eşit olarak yararlanmasına açık duruma getirilir.
 - d) İlk eğitimin bütün dönemini tamamlayamamış veya bu eğitimi hiç alamamış olan kişiler, mümkün olduğu kadar temel eğitim almaya teşvik edilir veya bu eğitimi almaya mecbur tutulur.
 - e) Her düzeydeki okul sistemlerinin geliştirilmesi aktif olarak sağlanmaya çalışılır; yeterli bir burs sistemi kurulur ve öğretmenlerin maddi koşulları sürekli olarak iyileştirilir.
3. Bu Sözleşmeye Taraf Devletler, annebabaların ve uygulanması mümkünse vasilerin de, çocuklarını devlet tarafından kurulan okulların dışında varolan ama Devlet tarafından konulmuş veya onaylanmış standartların asgari şartlarına sahip bulunan okullara gönderme ve kendi inançlarına uygun bir biçimde çocuklarına dinsel ve ahlaki eğitim sağlama haklarına saygı gösterir.
4. Bu maddenin hiç bir hüküm, bu maddenin birinci fıkrasında belirtilen prensiplerin özel eğitim kurumlarında her zaman yerine getirilmesi ve özel eğitim kurumlarında verilen eğitimin Devlet tarafından gösterilen asgari standartlara uyması halleri saklı kalmak kaydıyla, kişilere ve kuruluşlara eğitim kurumları kurma ve yönetme serbestisi verecek şekilde yorumlanamaz.

Madde 14

Zorunlu ilköğretimi sağlama yükümlülüğü

Bu Sözleşmeye Taraf Devletlerden, Sözleşmeye Taraf olduğu sırada anavatanında veya kendisinin egemenliği altında bulunan diğer ülkelerde parasız ve zorunlu ilköğretimi sağlayamamış olan Devletler, iki yıl içinde herkes için parasız zorunlu eğitimin prensiplerini ortaya koyan bir plan hazırlar ve bu planın makul bir süreyi aşmayacak şekilde kaç yıl içinde uygulanacağını gösteren ayrıntılı bir uygulama planı hazırlar ve kabul eder¹⁵¹.”

Ek-3: BM Çocuk Hakları Sözleşmesi-Sağlık Hakkı

“Madde 24

Taraf Devletler, çocuğun olabilecek en iyi sağlık düzeyine kavuşma, tıbbi bakım ve rehabilitasyon hizmetlerini veren kuruluşlardan yararlanma hakkını tanırlar. Taraf

¹⁵¹ Çeviri BM-Türkiye resmi internet sitesinden alınmıştır. < http://www.unicankara.org.tr/doc_pdf/metin134.pdf> erişim tarihi 15 Ağustos 2020.

Devletler, hiçbir çocuğun bu tür tıbbi bakım hizmetlerinden yararlanma hakkından yoksun bırakılmamasını güvence altına almak için çaba gösterirler.

Taraf Devletler, bu hakkın tam olarak uygulanmasını takip ederler ve özellikle:

Bebek ve çocuk ölüm oranlarının düşürülmesi;

Bütün çocuklara gerekli tıbbi yardımın ve tıbbi bakımın; temel sağlık hizmetlerinin geliştirilmesine önem verilerek sağlanması;

Temel sağlık hizmetleri çerçevesinde ve başka olanakların yanısıra, kolayca bulunabilen tekniklerin kullanılması ve besleyici yiyecekler ve temiz içme suyu sağlanması yoluyla ve çevre kirlenmesinin tehlike ve zararlarını gözönüne alarak, hastalık ve yetersiz beslenmeye karşı mücadele edilmesi;

Anneye doğum öncesi ve sonrası uygun bakımın sağlanması;

Bütün toplum kesimlerinin özellikle ana–babalar ve çocukların, çocuk sağlığı ve beslenmesi, anne sütü ile beslenmenin yararları, toplum ve çevre sağlığı ve kazaların önlenmesi konusunda temel bilgileri elde etmeleri ve bu bilgileri kullanmalarına yardımcı olunması;

Koruyucu sağlık bakımlarının, ana–babaya rehberliğini, aile planlanması eğitimi ve hizmetlerinin geliştirilmesi; amaçlarıyla uygun önlemleri alırlar.

Taraf Devletler, çocukların sağlığı için zararlı geleneksel uygulamaların kaldırılması amacıyla uygun ve etkili her türlü önlemi alırlar.

Taraf Devletler, bu maddede tanınan hakkın tam olarak gerçekleştirilmesini tedricen sağlamak amacıyla uluslararası işbirliğinin geliştirilmesi ve teşviki konusunda karşılıklı olarak söz verirler. Bu konuda gelişmekte olan ülkelerin gereksinimleri özellikle gözönünde tutulur¹⁵².”

Ek-4: BM Çocuk Hakları Sözleşmesi-Eğitim Hakkı

“Madde 28

Taraf Devletler, çocuğun eğitim hakkını kabul ederler ve bu hakkın fırsat eşitliği temeli üzerinde tedricen gerçekleştirilmesi görüşüyle özellikle:

İlköğretimi herkes için zorunlu ve parasız hale getirirler;

Ortaöğretim sistemlerinin genel olduğu kadar mesleki nitelikte de olmak üzere çeşitli biçimlerde örgütlenmesini teşvik ederler ve bunların tüm çocuklara açık

¹⁵² Çeviri BM-Türkiye resmi internet sitesinden alınmıştır. <<https://www.unicef.org/turkey/%C3%A7ocuk-haklar%C4%B1n-dair-s%C3%B6zle%C5%9Fme>> erişim tarihi 15 Ağustos 2020.

olmasını sağlarlar ve gerekli durumlarda mali yardım yapılması ve öğretimi parasız kılmak gibi uygun önlemleri alırlar;

Uygun bütün araçları kullanarak, yüksek öğretimi yetenekleri doğrultusunda herkese açık hale getirirler;

Eğitim ve meslek seçimine ilişkin bilgi ve rehberliği bütün çocuklar için elde edilir hale getirirler;

Okullarda düzenli biçimde devamın sağlanması ve okulu terketme oranlarının düşürülmesi için önlem alırlar.

Taraf Devletler, okul disiplininin çocuğun insan olarak taşıdığı saygınlıkla bağdaşır biçimde ve bu Sözleşme'ye uygun olarak yürütülmesinin sağlanması amacıyla gerekli olan tüm önlemleri alırlar.

Taraf Devletler eğitim alanında, özellikle cehaletin ve okuma yazma bilmemenin dünyadan kaldırılmasına katkıda bulunmak ve çağdaş eğitim yöntemlerine ve bilimsel ve teknik bilgilere sahip olunmasını kolaylaştırmak amacıyla uluslararası işbirliğini güçlendirir ve teşvik ederler. Bu konuda, gelişmekte olan ülkelerin gereksinimleri özellikle gözönünde tutulur.

Madde 29

Taraf Devletler çocuk eğitiminin aşağıdaki amaçlara yönelik olmasını kabul ederler:

Çocuğun kişiliğinin, yeteneklerinin, zihinsel ve bedensel yeteneklerinin mümkün olduğunca geliştirilmesi;

İnsan haklarına ve temel özgürlüklere, Birleşmiş Milletler Andlaşmasında benimsenen ilkelere saygısının geliştirilmesi;

Çocuğun ana-babasına, kültürel kimliğine, dil ve değerlerine, çocuğun yaşadığı veya geldiği menşe ülkenin ulusal değerlerine ve kendisinininkinden farklı uygarlıklara saygısının geliştirilmesi;

Çocuğun, anlayışı, barış, hoşgörü, cinsler arası eşitlik ve ister etnik, ister ulusal, ister dini gruplardan, isterse yerli halktan olsun, tüm insanlar arasında dostluk ruhuyla, özgür bir toplumda, yaşantıyı, sorumlulukla üstlenecek şekilde hazırlanması;

Doğal çevreye saygısının geliştirilmesi.

Bu maddenin veya 28'inci maddenin hiçbir hükmü gerçek ve tüzel kişilerin öğretim kurumları kurmak ve yönetmek özgürlüğüne, bu maddenin 1 inci fıkrasında

belirtilen ilkelere saygı gösterilmesi ve bu kurumlarda yapılan eğitimin Devlet tarafından konulmuş olan asgari kurallara uygun olması koşuluyla, aykırı sayılacak biçimde yorumlanmayacaktır¹⁵³.”

¹⁵³ Çeviri BM-Türkiye resmi internet sitesinden alınmıştır. <<https://www.unicef.org/turkey/%C3%A7ocuk-haklar%C4%B1na-dair-s%C3%B6zle%C5%9Fme>> erişim tarihi 15 Ağustos 2020.



İstanbul Hukuk Mecmuası

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Başvuru: 23.06.2020
Revizyon Talebi: 12.08.2020
Son Revizyon Tarihi: 21.09.2020
Kabul: 25.09.2020

COVID-19 Salgını ve Bulaşıcı Hastalıkların Yarattığı Küresel Krizlerle Mücadelede Uluslararası Hukuk

Cüneyt Yüksel* , Deniz Baran** 

Öz

2019'un sonlarında ortaya çıkan COVID-19 salgını tüm dünyayı sarsmaya devam etmektedir. Salgın bu zamana kadar yaşanan can kayıplarının yanı sıra sağlık, ekonomi, ticaret ve seyahat gibi birçok alanda son yüzyılın belki de en sarsıcı tahribatlarından birine sebep olmuştur. Salgının büyük bir hızla yayılışı, başta Dünya Sağlık Örgütü (DSÖ) olmak üzere küresel ölçekte etkili bir işbirliği ve koordinasyon sağlaması beklenen mekanizmaların rollerini gündeme getirmiştir. Bu makalenin amacı, uluslararası hukukta COVID-19 salgını ve bulaşıcı hastalıkların yarattığı küresel krizlerle mücadele yönetimine ilişkin kurumsal mekanizmaların ve düzenlemelerin değerlendirilmesidir. İlk bölümde DSÖ'nün yapısı ve düzenlemeleri ortaya konulmakta, özellikle 2005 tarihli Uluslararası Sağlık Tüzüğü'nün hükümleri detaylı bir şekilde incelenmektedir. İkinci bölümde DSÖ sisteminin COVID-19 salgını bağlamında nasıl bir işlev gösterdiği değerlendirilmekte ve mevcut eksikliklere yönelik çözüm önerileri sunulmaktadır. Son bölümde ise uluslararası sağlık hukukunun dışında kalan fakat COVID-19 salgını ve bulaşıcı hastalıkların sebep olduğu küresel krizler ile doğrudan bağlantılı olan uluslararası insan hakları hukuku, uluslararası ticaret hukuku ve uluslararası kolektif güvenlik sistemi alanlarındaki küresel yönetim mekanizmalarının oynadığı roller incelenmektedir. Tüm bu değerlendirmelerin neticesinde salgınlar gibi küresel sorunların etkili çözümünde uluslararası hukukun sahip olduğu kritik önem vurgulanmaktadır.

Anahtar Kelimeler

COVID-19 salgını ve uluslararası hukuk, Dünya sağlık örgütü (DSÖ), 2005 tarihli uluslararası sağlık tüzüğü (UST), Uluslararası sağlık hukuku ve küresel yönetim

International Law in Combatting the Global Crises Caused By the COVID-19 Pandemic and Infectious Diseases

Abstract

The COVID-19 pandemic, which emerged in late 2019, continues to unsettle the entire world. Along with the losses of many lives, the pandemic caused maybe one of the most devastating damage in the last century on many fields such as healthcare, economy, trade, and tourism. The rapid contagion of the pandemic has brought into question the roles of the international institutions, primarily the World Health Organization (WHO), which are expected to build a ground for the global cooperation and coordination. The purpose of this article is to provide an assessment of the institutional mechanisms and instruments in international law for combatting the global crises caused by the COVID-19 pandemic and infectious diseases. In the first chapter, WHO's structure and regulations are explained, and particularly the International Health Regulations (2005) are examined in detail. In the second chapter, the functionality of the WHO system during the COVID-19 pandemic is evaluated, and some solutions for the current deficiencies of the system are proposed. In the final chapter, the direct relation between the global crises caused by the COVID-19 pandemic and infectious diseases and the roles played by global governance systems in the fields of international human rights law, international trade

* **Sorumlu Yazar:** Cüneyt Yüksel (Prof. Dr.), İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye. E-posta: cuneyt.yuksel@istanbul.edu.tr ORCID: 0000-0001-8580-6967

** Deniz Baran (Araş. Gör.), İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye. E-posta: denizbaran@istanbul.edu.tr ORCID: 0000-0002-9761-1910

Atf: Yüksel C, Baran D, "COVID-19 Salgını ve Bulaşıcı Hastalıkların Yarattığı Küresel Krizlerle Mücadelede Uluslararası Hukuk" (2020) 78(2) İstanbul Hukuk Mecmuası 885. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2020.78.2.0020>



law, and international collective security system are examined. In conclusion of this article, the significance of international law for effectively solving global problems such as pandemics is emphasized.

Keywords

COVID-19 pandemic and international law, World health organization (WHO), International health regulations (2005) (IHR), International health law and global governance

Extended Summary

The COVID-19 pandemic, which emerged in late 2019, continues to unsettle the entire world. Along with the losses of many lives, the pandemic caused maybe one of the most devastating damage in the last century on many fields such as healthcare, economy, trade, and tourism. Even though handling such a crisis requires intensive cooperation on a global scale, many states have been resorted to more isolation and solely national solutions. Therefore, the trajectory of globalisation as well as concepts such as multilateral international systems and international cooperation became questionable. Hence, the rapid contagion of the pandemic has inevitably brought into question the roles of international institutions, primarily the World Health Organization (WHO) but also the United Nations (UN), the World Trade Organization (WTO), and the European Union (EU), which are expected to build global cooperation and coordination.

The purpose of this article is to provide an assessment of the institutional mechanisms and instruments in international law for combatting the global crises caused by the COVID-19 pandemic and infectious diseases. In the first chapter, WHO's structure and regulations are explained, and the International Health Regulations (2005) (IHR) are examined in detail. The main purpose of WHO is to become a global public health authority which could develop international health norms and coordinate international cooperation on health matters. The WHO Constitution clearly states that it aims the highest attainable health level for all people. The establishment of WHO is the clear demonstration of the strong and collective will of the international community in order to improve the level of the global public health after the Second World War. This is why the member states granted significant normative authorities, which most other international organizations do not possess, to WHO. However, once it became clear in the 21st century that the IHR of WHO was not addressing the realities on the ground anymore and was insufficient for the struggles against pandemics, a new version of IHR was adopted in 2005. This new version brought about great changes in the rules of the international health law, and the system was improved. The SARS (*Severe Acute Respiratory Syndrome*) pandemic was the main accelerator of the abovementioned changes, and now the IHR (2005) regime is subject to a serious scrutiny during the COVID-19 pandemic.

In the second chapter, the functionality of the WHO system during the COVID-19 pandemic is evaluated, and some solutions for the current deficiencies of the system such as the insufficient framework for the development of the national public health surveillance capacities or the lack of a mechanism to enforce the implementation of the rules are proposed. However, the combat with the pandemic has also once again proven that current global health governance and implementation of the rules are highly dependent on the behavior of states. Therefore, it is accurate to argue that most of the deficiencies of the current system are directly related to the non-compliance of states with IHR norms, even though WHO itself has some shortcomings in general.

In the final chapter, the direct relation between the global crises caused by the COVID-19 pandemic and infectious diseases and the roles played by global governance system in the fields of international human rights law, international trade law and international collective security system are examined. In the context of international human rights law, the matters of the right to health, derogation, the confidentiality of personal information and surveillance technologies are discussed. Furthermore, in the context of international trade law, the article focuses on the exceptions stipulated by the General Agreement on Tariffs and Trade (GATT) and other WTO agreements regarding trade measures and the matter of intellectual property in the medical field. Last but not least, in the context of international collective security system, the first and foremost issue is the role of the UN Security Council in combatting against pandemics, particularly, the Security Council's previous responses to the other pandemics are examined in comparison with its response to the COVID-19 pandemic.

In conclusion of this article, the significance of international law for effectively solving global problems such as pandemics is emphasized. Unfortunately, many factors including the tendency of many states to adopt solely national solutions during crisis moments such as pandemics, the rapid politicization of the global health matters in a way to sideline human rights concerns, the lack of capacity of many states to combat the pandemics, the insufficient level of global funds, the ideological disagreements on public health policies, all restrict the possibility of the creation of a ground for international solidarity and cooperation needed by the international community. The most important core global value which should facilitate the creation of this ground shall be international law due to international law having many critical roles to play for the resolution of global problems. The virus, having caused the current pandemic, is one of the "invisible enemies of humanity" just like global problems which do not recognize national borders such as but not limited to climate change, transboundary criminal organizations or terrorism. The main feature of such global problems is that they are irresolvable by any nation state alone regardless of its national wealth or power. This is why combatting global crises requires the coordination and cooperation of international law and why international law is our most significant global value system.

COVID-19 Salgını ve Bulaşıcı Hastalıkların Yarattığı Küresel Krizlerle Mücadelede Uluslararası Hukuk

Giriş

2019'un sonlarında baş gösteren COVID-19 salgını¹ tüm dünyayı sarsmaya devam etmektedir.² İlk olarak Çin'in Wuhan şehrindeki bir hayvan pazarından insanlara bulaştığı tahmin edilen bu hayvan kaynaklı (zoonotik) virüs³ bu zamana kadar dünya çapında yüz binlerce insanın ölümüne sebep olmuştur. Yaşanan can kayıplarının yanı sıra sağlık, ekonomi, ticaret ve seyahat gibi birçok alanda son yüzyılın belki de en sarsıcı tahribatlarından birine sebep olmuştur. Örneğin, küresel ticarete üçte bire yakın bir düşüş yaşanmıştır.⁴ Öyle ki 2008 yılında yaşanan küresel ekonomik krizden daha kötü bir kriz kaçınılmaz görülmektedir.⁵ COVID-19 salgınının tarihe Birinci ve İkinci Dünya Savaşları yahut 11 Eylül saldırısı gibi küresel ölçekte genel yaklaşımların değişimine sebep olacak bir kriz olarak geçeceğini iddia edenler dahi vardır.⁶ Devletler yakın tarihte emsali görülmemiş boyutta önlemleri devreye sokmuş, birçok devlet olağanüstü hâl veya acil durum ilân etmek durumunda kalmıştır. Dünya Bankası⁷ ve Uluslararası Para Fonu (IMF)⁸ gibi uluslararası örgütler acil ekonomik yardım ve destek paketlerini ilân etmişlerdir. Böylesine büyük çaplı ve çok yönlü bir krizi beraberinde getiren COVID-19 salgınının sarsıcı etkisi sebebiyle birçok mahfilde küreselleşme çağının bitip bitmediği dahi tartışılacak seviyeye gelmiştir.⁹

¹ Dünya Sağlık Örgütü salgın durumunu nitelikleme üzere "pandemi" terimini kullanmaktadır. Biz bu terimin Türkçesi olan salgın kavramını kullanmayı tercih etmekteyiz. Dünya Sağlık Örgütü'ne göre bir durumun salgın (pandemi) olarak nitelenebilmesi için insanlar arasında kolayca bulaşabilen yeni bir hastalığın istikrarlı bir şekilde, dünyanın farklı noktalarında, kitleler üzerinde görülmeye başlaması gereklidir, bkz Dünya Sağlık Örgütü, "What is a pandemic?" (WHO, 24 Şubat 2020) <https://www.who.int/csr/disease/swineflu/frequently_asked_questions/pandemic/en/> Erişim tarihi 15 Mayıs 2020.

² Genel bilgi için bkz Dünya Sağlık Örgütü, "Coronavirus Disease (COVID-19) Outbreak" (WHO) <<https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/events-as-they-happen>> Erişim tarihi 15 Mayıs 2020.

³ Dünya Sağlık Örgütü, "Report of the WHO-China Joint Mission on Coronavirus Disease 2019 (COVID-19)" (WHO) <<https://www.who.int/docs/default-source/coronaviruse/who-china-joint-mission-on-covid-19-final-report.pdf>> Erişim Tarihi 15 Mayıs 2020.

⁴ "COVID-19 Triggers Marked Decline in Global Trade" (UNCTAD, 13 Mayıs 2020) <<https://unctad.org/en/Pages/PressRelease.aspx?OriginalVersionID=553>> Erişim Tarihi 15 Mayıs 2020.

⁵ "Much of global commerce has ground to a halt" (The Economist, 21 Mart 2020) <<https://www.economist.com/business/2020/03/21/much-of-global-commerce-has-ground-to-a-halt>> Erişim Tarihi 15 Mayıs 2020.

⁶ Ufuk Ulutaş, "Koronavirüs Sonrası Küresel Trendler" in T.C. Dışişleri Bakanlığı Stratejik Araştırmalar Merkezi (ed), COVID-19 Sonrası Küresel Sistem: Eski Sorunlar Yeni Trendler (SAM Yayınları 2020) 10.

⁷ "World Bank Group President David Malpass Remarks to G20 Leaders' Virtual Summit" (WorldBank, 26 Mart 2020) <<http://documents.worldbank.org/curated/en/964171585579938056/pdf/Remarks-by-World-Bank-Group-President-David-Malpass-to-G20-Leaders-Virtual-Summit.pdf>> Erişim Tarihi 15 Mayıs 2020.

⁸ "How the IMF Can Help Countries Address the Economic Impact of Coronavirus" <<https://www.imf.org/en/About/Factsheets/Sheets/2020/02/28/how-the-imf-can-help-countries-address-the-economic-impact-of-coronavirus>> Erişim Tarihi 15 Mayıs 2020.

⁹ "Has covid-19 killed globalisation?" (The Economist, 14 Mayıs 2020) <https://www.economist.com/leaders/2020/05/14/has-covid-19-killed-globalisation?utm_source=dailybrief&utm_medium=email&utm_campaign=DailyBrief2020May15&utm_term=DailyNewsBrief> Erişim Tarihi 15 Mayıs 2020.

Küreselleşme çağının akıbetine yönelik tartışmalarla birlikte küresel yönetim,¹⁰ uluslararası sistemde çok taraflılık ve işbirliği gibi kavramlar da sorgulanır hâle gelmiştir.¹¹ Zira küresel çapta yoğun bir işbirliği gerektiren böylesine bir krizde, panik hâlindeki çoğu devletin içine kapanmasına ve salt ulusal ölçekli çözümleri incelemelerine tanıklık edilmektedir.¹² Bilhassa COVID-19 salgınının kaynağı konumundaki Çin'e ve uluslararası sağlık yönetiminin temel mercii olan Dünya Sağlık Örgütü'ne (DSÖ) karşı sert suçlamalar da görülmektedir.¹³ Gerçekten de Çin'in ve DSÖ'nün mevcut salgına ilişkin sorumluluklarının tartışılması kaçınılmaz bir meseledir. Zira salgının ilk ortaya çıktığı dönemde Çin yetkililerinin aldıkları kararlarla COVID-19 salgınının tüm dünyayı saracak şekilde kontrolden çıkmasına sebep olduklarına ilişkin birçok bulgu vardır.¹⁴ Söz konusu hastalığın SARS (*Severe Acute Respiratory Syndrome*) benzeri tehlikeli bir koronavirüs olabileceğine dair bulguların ilk ortaya çıkışının Kasım 2019'a kadar gittiği bilinmesine rağmen¹⁵ Çin halkının o dönemde yaklaşan kameri yılbaşı bayramına yakın dönemde büyük kitleler hâlinde seyahat etmeleri engellenmemiş¹⁶ ve DSÖ'ye Çin tarafından COVID-19 virüsüne ilişkin yapılan ilk bildirim 31 Aralık 2019'da gerçekleşmiştir.¹⁷

¹⁰ Küresel yönetim kavramı aktörler için, ulusal sınırları aşan ve küresel toplumu ilgilendiren meselelerin, sadece devletler merkezli olmayıp farklı aktörlerin de katılım gösterdiği, daha az hiyerarşik ve daha az merkeziyetçi karar alma ve uygulama mekanizmaları ile yönetilmesini ifade etmektedir, Cüneyt Yüksel, *Uluslararası Hukuk ve Ekonomik Kalkınma* (Alfa 2020) 23.

¹¹ Yuval Noah Harari, 'The World After Coronavirus' (*Financial Times*, 20 Mart 2020) <<https://www.ft.com/content/19d90308-6858-11ea-a3c9-1fe6fedcca75>> Erişim Tarihi 29 Mart 2020; Henry Kissinger, 'The Coronavirus Pandemic Will Forever Alter the World Order' (*Wall Street Journal*, 3 Nisan 2020) <<https://www.wsj.com/articles/the-coronavirus-pandemic-will-forever-alter-the-world-order-11585953005>> Erişim Tarihi 29 Nisan 2020; Anne-Marie Slaughter, 'Redefining National Security for the Post-Pandemic World' (*Project Syndicate*, 3 Haziran 2020), <<https://www.project-syndicate.org/commentary/redefining-national-security-for-world-after-covid-19-by-anne-marie-slaughter-2020-06>> Erişim Tarihi 16 Haziran 2020; Ian Buruma, 'The Virus of Fear' (*Project Syndicate*, 6 Mart 2020) <<https://www.project-syndicate.org/commentary/coronavirus-fear-increases-violence-potential-by-ian-buruma-2020-03?barrier=accesspaylog>> Erişim Tarihi 16 Haziran 2020.

¹² Örneğin, Avrupa Birliği'ne üye devletler ilk defa kendi ulusal sınırlarını tamamen birbirine kapatmıştır, bkz 'European Union: are borders the antidote to the Covid-19 pandemic?' (*The Conversation*, 17 Nisan 2020) <<https://theconversation.com/european-union-are-borders-the-antidote-to-the-covid-19-pandemic-136643>> Erişim Tarihi 16 Haziran 2020.

¹³ Matthew Anderson vd, 'Coronavirus Compensation? Assessing China's Potential Culpability and Avenues of Legal Response' (*Henri Jackson Society*, 5 Nisan 2020) <<https://henryjacksonsociety.org/publications/coronaviruscompensation/>> Erişim Tarihi 16 Haziran 2020, s 7-8.

¹⁴ James Kraska, 'China is Legally Responsible for COVID-19 Damage and Claims Could Be in the Trillions' (*War on the Rocks*, 23 Mart 2020) <<https://warontherocks.com/2020/03/china-is-legally-responsible-for-covid-19-damage-and-claims-could-be-in-the-trillions/>> Erişim Tarihi 16 Mayıs 2020; ibid 7-8; Helen Davidson, 'First Covid-19 case happened in November, China government records show - report' (*The Guardian*, 13 Mart 2020) <<https://www.theguardian.com/world/2020/mar/13/first-covid-19-case-happened-in-november-china-government-records-show-report>> Erişim Tarihi 16 Mayıs 2020; 'C.D.C. and W.H.O. Offers to Help China Have Been Ignored for Weeks' (*New York Times*, 7 Şubat 2020) <<https://www.nytimes.com/2020/02/07/health/cdc-coronavirus-china.html>> Erişim Tarihi 17 Mayıs 2020.

¹⁵ Gerry Shih, Emily Rauhala ve Lena H Sun, 'Early missteps and state secrecy in China probably allowed the coronavirus to spread farther and faster' (*Washington Post*, 1 Şubat 2020) <<https://www.washingtonpost.com/world/2020/02/01/early-missteps-state-secrecy-china-likely-allowed-coronavirus-spread-farther-faster/>> Erişim Tarihi 28 Şubat 2020; Talita de Souza Dias, Antonio Coco, 'Part III: Due Diligence and COVID-19: States' Duties to Prevent and Halt the Coronavirus Outbreak' (*EJIL Talk*, 25 Mart 2020) <<https://ejiltalk.org/part-iii-due-diligence-and-covid-19-states-duties-to-prevent-and-halt-the-coronavirus-outbreak/>> Erişim Tarihi 16 Mayıs 2020; Li Yuan, 'China Silences Critics Over Deadly Virus Outbreak' (*New York Times*, 22 Ocak 2020) <<https://www.nytimes.com/2020/01/22/health/virus-corona.html>> Erişim Tarihi: 28 Şubat 2020.

¹⁶ 31 Aralık 2019'da Wuhan Yerel Halk Komisyonu, COVID-19'un insandan insana geçmediği yönünde son derece yanlış bilgilendirme yapan bir açıklamada bulunmuş, mevcut salgını mevsimsel bir grip olarak niteleyip durumun kontrol altında olduğunu belirtmişti. Muhtemelen Çin yönetiminin yayından kaldırmasından ötürü bağlantı artık çalışmıyor olsa da bkz 'Wuhan Yerel Halk Komisyonu' (*IJWW*, 31 Aralık 2019) <<http://wjw.wuhan.gov.cn/front/web/showDetail/2019123108989>> Erişim Tarihi 16 Mayıs 2020.

¹⁷ Aneak 14 Şubat 2020'ye kadar, Çinli sağlık çalışanlarının da yeni virüsün enfekte olduğunu içeren kapsamlı bir bilgilendirme yapılmamıştır, Emily Rauhala, 'World Health Organization: China not sharing data on coronavirus infections among health-care workers' (*Washington Post*, 26 Şubat 2020) <https://www.washingtonpost.com/world/asia_pacific/world-health-organization-china-not-sharing-data-on-health-care-worker-coronavirus-infections/2020/02/26/28064fda-54e4-11ea-80ce-37a8d4266c09_story.html> Erişim Tarihi 28 Şubat 2020.

Öte yandan, genelde küresel yönetime, özelde ise uluslararası sağlık hukukuyla ilgili mekanizmalara dair süren tartışmalar sadece Çin veya DSÖ ile sınırlı değildir, adeta tüm uluslararası sistem sorgulanmaktadır. COVID-19 salgınının hızla yayılışı, küresel ölçekte etkili bir işbirliği ve koordinasyon sağlaması beklenen mekanizmaların rollerini gündeme getirmiştir. Örneğin, DSÖ ve DSÖ düzenlemeleri uluslararası gündemin üst sıradaki başlıklarından biri hâline gelmiştir. Ayrıca Birleşmiş Milletler (BM), Dünya Ticaret Örgütü (DTÖ) ve Avrupa Birliği (AB) gibi uluslararası örgütlerin işlevsellikleri tartışılmaya başlanmıştır.¹⁸ Günümüzde birçok hükümetin böylesi kriz anlarında ulusal bir yaklaşımı benimsemeye yatkın olması, küresel sağlık meselelerinin insani kaygıları ikinci plâna atabilecek bir hızla siyasileşmesi, çok sayıda devletin salgınla mücadele için gerekli kaynaklardan mahrum oluşu, küresel ölçekte finansman yetersizliği, kamusal sağlık politikaları hususundaki ideolojik ayrılıklar gibi birçok unsur uluslararası toplumun ihtiyaç duyduğu seviyede küresel bir dayanışma zemini oluşturmanın imkanını oldukça kısıtlamaktadır.¹⁹ Bu zemini sağlayacak değer çok taraflı işbirliği ve uluslararası hukuk olmalıdır. Zira küresel sorunların çözümünde uluslararası hukukun oynayacağı son derece hayati roller mevcuttur. Söz konusu salgına yol açan virüs de tüm “insanlığın görünmez düşmanlarından” ve aynı iklim değişikliği, sınır aşan suç şebekeleri veya terör faaliyetleri gibi ulusal sınırları hiçbir şekilde tanımayan küresel sorunlardan biri mahiyetindedir.²⁰ Böylesi küresel sorunların temel özelliği, zenginliği ve gücü ne seviyede olursa olsun hiçbir devletin tek başına çözemeyeceği, dolayısıyla iyi bir küresel yönetimi ve uluslararası hukukun koordinasyonunu zaruri kılan nitelikte sorunlar olmalarıdır.

Kısacası, COVID-19 salgını ile birlikte uluslararası sağlık hukukuna ilişkin küresel ölçekteki düzenlemelerin ve yapıların gündeme getirilip gözden geçirilmesi için bir fırsat ortaya çıkmıştır. Uluslararası hukukun sınır aşan salgınlara ilişkin öngördüğü yükümlülükler, yetki paylaşımı ve usuller nelerdir, mevcut krizde bunlara uyulmuş mudur, uyulmadıysa bunun sebebi ve çözümü nedir, ayrıca uluslararası hukuk kurumlar aracılığıyla hangi role ve etkiye sahiptir, uluslararası hukukun mevcut rolü ve etkin düzenlemeler arttırılmalı mıdır yoksa azaltılmalı mıdır gibi sorular bu çerçevede irdelenmesi gereken önemli sorular olarak önümüzde durmaktadır. Bu makalenin amacı da yukarıda belirtilen tartışmalar ve sorgulamalar ışığında, uluslararası sağlık hukukunda küresel salgın yönetimine ilişkin kurumsal mekanizmaların ve düzenlemelerin değerlendirilmesinin yanında aynı zamanda uluslararası hukukun diğer önemli alanlarını da incelemektir. İlk bölümde temel

¹⁸ ‘Challenges of Global Governance Amid the COVID-19 Pandemic’ (CFR, Mayıs 2020) <https://cdn.cfr.org/sites/default/files/report_pdf/challenges-of-global-governance-amid-the-covid-19-pandemic.pdf> Erişim Tarihi 28 Mayıs 2020.

¹⁹ Tsung Ling Lee, ‘Global Health in a Turbulence Time: A Commentary’ (2020) 15(1) Asian Journal of WTO & International Health Law and Policy 27, 29.

²⁰ Kofi Annan, ‘Problems without Passports’ (Foreign Policy, 9 Kasım 2009) <<https://foreignpolicy.com/2009/11/09/problems-without-passports/>> Erişim Tarihi 28 Mayıs 2020.

küresel sağlık yönetimi mercii ve salgınlarla uluslararası ölçekte mücadelenin odak noktası olan DSÖ'nün yapısı ve düzenlemeleri detaylı bir şekilde ortaya konulmaktadır. Özellikle hukuki bağlayıcılığı olan 2005 tarihli Uluslararası Sağlık Tüzüğü'nün (UST) hükümleri detaylı bir şekilde incelenmektedir. İkinci bölümde DSÖ'nün kurumsal mekanizmalarının ve düzenlemelerinin COVID-19 salgını bağlamında nasıl bir işlev gösterdiği değerlendirilmekte ve mevcut eksiklikler tespit edilmektedir. Ayrıca söz konusu eksikliklere yönelik çözüm önerileri sunulmaktadır. Son bölümde ise uluslararası hukukun sağlık hukuku dışında kalan ancak COVID-19 salgını ile doğrudan bağlantılı olarak öne çıkan uluslararası insan hakları hukuku, uluslararası ticaret hukuku ve uluslararası kolektif güvenlik alanlarındaki küresel yönetim mekanizmalarının oynadığı roller incelenmekte ve COVID-19'un bu alanlardaki etkisi ele alınmaktadır.

I. Küresel Sağlık Yönetiminin ve Salgınla Mücadelenin Odağı: Dünya Sağlık Örgütü

Uluslararası sağlık hukukunun önde gelen isimlerinden olan Lawrence Gostin bu alanı, “dünya nüfusunun ulaşılabilir en yüksek fiziksel ve zihinsel sağlık standartlarına ulaşılması için var olan normları, süreçleri ve kurumları şekillendiren hem bağlayıcı hem de bağlayıcı olmayan uluslararası hukuk araçlarından” müteşekkil alan olarak tanımlamaktadır.²¹ Uluslararası hukukun bu alanı günümüzde öncelikli olarak insanların sağlık hakkının korunması amacına hizmet etmeyi hedeflemektedir. Sağlık hakkı, Evrensel İnsan Hakları Beyannamesi'nde açıkça tanınmış bir haktır.²² Ayrıca insan haklarına ilişkin en temel çok taraflı andlaşmalardan biri olan Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi bu hakkı ihtiva etmektedir.²³ Sözleşme'ye göre, taraf devletlerin bireylerin sağlıklı bir şekilde yaşamlarını sürdürebilmeleri için gerekli koşulları oluşturma yükümlülükleri vardır.²⁴ DSÖ'nün 1978 tarihli Öncelikle Sağlık Hizmetleri'ne ilişkin Alma-Ata Bildirgesi sağlık hakkının temel bir insan hakkı olduğunun altını çizmiş ve “mümkün olan en yüksek sağlık seviyesine ulaşılmasının dünya çapındaki en önemli toplumsal hedeflerden biri olduğunu” ifade etmiştir.²⁵

²¹ Lawrence Gostin, *Global Health Law* (Harvard University Press 2014) 59.

²² Evrensel İnsan Hakları Beyannamesi 10 Aralık 1948 UNGA Res 217 A(III) (UDHR) m 25.

²³ Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi (1966) Birleşmiş Milletler Anlaşma Serileri vol 993 m 12.

²⁴ Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi, 'General Comment No 14: The Right to the Highest Attainable Standard of Health (Article 12 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights)' (*Refworld*, 11 Ağustos 2000) <<https://www.refworld.org/pdfid/4538838d0.pdf>> Erişim Tarihi 16 Mayıs 2020, para 35.

²⁵ 'Declaration of Alma-Ata' (*WHO*, Eylül 1978) <https://www.who.int/publications/almaata_declaration_en.pdf> Erişim Tarihi 15 Mayıs 2020.

Uluslararası sağlık hukukunun en kritik alanlarından biri ise salgınlarla mücadeledir.²⁶ Tarih boyunca çeşitli salgın hastalıklarla mücadele eden ve birçok kez büyük kayıplar veren insanlık için 21. yüzyıla girerken de kendisine en büyük tehdidi teşkil eden küresel sorunlardan biri bulaşıcı hastalıklar kaynaklı salgınlar olmaya devam etmektedir. AIDS (*Acquired Immuno Deficiency Syndrome*), ortaya çıkan tıbbi çözümlere rağmen hâlâ farklı sebeplerden ötürü varlığını sürdüren sıtma ve tüberküloz, Ebola virüsü salgınlarının yeniden görülmesi ve yeni grip türleri gibi birçok bulaşıcı hastalık varlığını devam ettirmektedir. Bu hastalıklar zincirine ise son olarak günümüzde etkili yeni bir koronavirüs türü olan COVID-19 eklenmiştir.²⁷ Koronavirüsler, daha önce yine küresel sağlığı tehdit eden MERS (*Middle East Respiratory Syndrome*) ve SARS gibi virüsleri içeren geniş bir virüs ailesidir. COVID-19 ise kaynağı, bulaşıcılık seviyesi, ve başkaca klinik özellikleri henüz net bir şekilde belirlenememiş olması itibarıyla niteliği tam olarak bilinmeyen²⁸ ancak günümüze kadar en az 5 milyon civarı insana bulaşması ve 300.000'den fazla insanın ölümüne sebep olması sebebiyle oldukça tehlikeli bir virüs türüdür.²⁹ Henüz uluslararası toplumun bir önceki yüzyılda karşılaştığı en şiddetli salgın olarak kayıtlara geçen ve 50 milyondan fazla insanın ölümüne yol açan İspanyol Gribi ile mukayese edilebilecek bir ölçekte olmasa da kimilerine göre ufukta böyle bir ihtimal gözükmemektedir.³⁰ Esasında, COVID-19 tarzı tehlikeli bir virüs kaynaklı bir salgının ortaya çıkması uluslararası toplum için hiç beklenmeyen bir hadise olmayıp bilakis olası görülmekteydi.³¹ DSÖ, 2019 yılında yayımladığı küresel sağlığa en büyük tehdit unsuru listesinde küresel bir grip benzeri salgına yer vermiştir.³² Nitekim COVID-19 ortaya çıktıktan sonra kısa bir süre içerisinde tüm dünyayı etkileyerek bu tahminleri doğru çıkarmış ve bir kez daha kamu sağlığı meselesi sınırları aşan, küresel bir sorun hâline gelmiştir.

Küresel sağlık yönetimi mekanizmalarının ve uluslararası sağlık hukukunun temel odağı konumundaki DSÖ, doğal olarak, COVID-19 salgını ile küresel ölçekteki mücadelenin ve uluslararası işbirliğinin temel platformu olmuştur. Ancak kamu sağlığı meselesinin uluslararası işbirliğine konu olması yeni ve DSÖ ile

²⁶ Bu konuda genel çalışmalar için bkz David Fidler, 'The Globalization of Public Health: Emerging Infectious Diseases and International Relations' (1997) 5(1) *Indiana Journal of Global Legal Studies* 11; David Fidler, 'Return of the Fourth Horseman: Emerging Infectious Diseases and International Law' (1997) 81 *Minn L Rev* 771.

²⁷ 'Coronavirus (COVID-19)' (*CDC*) <<https://www.cdc.gov/coronavirus/index.html>> Erişim Tarihi 15 Mayıs 2020.

²⁸ 'About COVID-19' <<http://www.emro.who.int/health-topics/corona-virus/about-covid-19.html>> Erişim Tarihi 18 Mayıs 2020.

²⁹ 'WHO Coronavirus Disease (COVID-19) Dashboard' (*WHO*) <<https://covid19.who.int>> Erişim Tarihi 18 Mayıs 2020.

³⁰ David Morens, Jeffery Taubenberger, 'The Mother of All Pandemics Is 100 Years Old (and Going Strong)!' (2018) 108 *American Journal of Public Health* 1449, 1452.

³¹ 'Statement of the Global Health Law Committee of the International Law Association regarding the COVID-19 Pandemic' (*ILA*, 5 Nisan 2020) <<https://www.ila-americanbranch.org/news/article/statement-of-the-global-health-law-committee-of-the-international-law-association-regarding-the-covid-19-pandemic/>> Erişim Tarihi 18 Mayıs 2020.

³² 'Ten Threats to Global Health in 2019' (*WHO*) <<https://www.who.int/news-room/feature-stories/ten-threats-to-global-health-in-2019>> Erişim Tarihi 18 Mayıs 2020.

başlamış bir olgu değildir.³³ Uluslararası sağlık işbirliğinin 1851 yılında Paris'te gerçekleşen Uluslararası Sağlık Konferansı'nda başladığı kabul edilmektedir.³⁴ Bu Konferans, coğrafi kapsamı Avrupa ile sınırlı olsa da ilk uluslararası sağlık yönetimi mekanizmasının kurulması girişimi olması bakımından önemlidir. Konferans'ın amacı, Avrupa devletlerinin salgınlar karşısında devreye sokmak zorunda oldukları uluslararası seyahat ve ticarete yönelik son derece maliyetli kısıtlamaları maliyeti en düşük seviyeye indirecek şekilde uyumlu hâle getirmektir.³⁵ Zira o dönemde devletlerin salgın zamanlarında en sık ve ivedi bir şekilde başvurduğu yöntemler, ülkelerine gelen yolcuları yahut gemileri karantinaya almaktı ve bu önlemlerin uluslararası bir koordinasyon olmaksızın yapılması Avrupa'nın ekonomik sisteminde ciddi aksaklıklara yol açmaktaydı.³⁶ Bu sebeple, 1851'deki girişimin salgınla mücadelede tam teşekküllü bir uluslararası işbirliği mekanizmasını ortaya koymayı hedeflemediğini ifade etmek gerekir.³⁷ Öte yandan, Konferans'a katılan bazı devletlerin kendi karar alma yetkilerinden feragat etmeye yanaşmaması sebebiyle bu ilk Konferans hedefini yerine getirme bakımından başarısız olmuştur.³⁸ İlk Konferans'ı takiben art arda yapılan konferanslarda 8 ayrı uluslararası anlaşma müzakere edilmiş ancak hiçbiri üzerinde uzlaşmaya varılamamıştır.³⁹ Bu dönemde yalnızca, çok sınırlı sayıda devletin taraf olduğu ve bir salgın hastalığa ilişkin bilinen ilk uluslararası anlaşma olan *Phylloxera Vastatrix* Sözleşmesi gibi bazı nadir somut uluslararası işbirliği örnekleri görülebilmektedir.⁴⁰

Ancak söz konusu başarısızlık kalıcı olmamış ve ilk geniş katılımlı uluslararası sağlık anlaşması olan Uluslararası Sağlık Sözleşmesi, daha sonra seri hâlinde devam eden bu konferanslarda ortaya çıkarak 1892 yılında yürürlüğe girmiştir.⁴¹ Söz konusu anlaşmanın amacı kolera virüsü ile mücadeledir. Takip eden yıllarda yine kolerayla mücadele için ek uluslararası anlaşmalar da akdedilmiştir. 1897'de ilk defa genel olarak salgınla mücadeleyi amaçlayan bir uluslararası anlaşma akdedilmiş,⁴² 1903 yılında ise o zamana kadar yapılmış tüm anlaşmalar tek bir Uluslararası Sağlık

³³ Allyn L Taylor, Douglas W Betcher, 'International Law and Public Health' (2002) 80(12) Bull World Health Org. 923, 923.

³⁴ Detaylı bilgi için bkz Valeska Huber, 'The Unification of the Globe by Disease? The International Sanitary Conferences on Cholera, 1851-1894' (2006) 49(2) The Historical Journal 453.

³⁵ Neville M Goodman, *International Health Organizations and Their Work* (Churchill Livingstone, 1971) 38.

³⁶ Armin von Bogdandy, Pedro A Villarreal, 'International Law on Pandemic Response: A First Stocktaking In Light of the Coronavirus Crisis' (2020) 7 Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL) Research Paper 1, 3.

³⁷ Nitekim bu yaklaşım 1910'lu yıllara kadar değişmemiş ve söz konusu değişim ancak bulaşıcı hastalıkların daha iyi anlaşılmasını sağlayan bazı bilimsel gelişmelerle paralel olarak yaşanabilmiştir, David Fidler, 'The Future of the World Health Organization: What Role for International Law?' (1998) Articles by Maurer Faculty 1080, 1085.

³⁸ Goodman (n 35) 37-38.

³⁹ Lawrence Gostin, 'World Health Law: Toward a New Conception of Global Health Governance for the 21st Century' (2005) 5 Yale J Health Pol'y L & Ethics 413, 414-415.

⁴⁰ Convention between Austria-Hungary, France, Germany, Portugal and Switzerland Respecting Measures to be Taken Against *Phylloxera Vastatrix* (1878) (159 CTS 203).

⁴¹ 1892 tarihli Uluslararası Sağlık Sözleşmesi için bkz <<https://www.loc.gov/law/help/us-treaties/bevans/m-ust000001-0359.pdf>> Erişim Tarihi 19 Mayıs 2020.

⁴² Venedik Sağlık Sözleşmesi (1897).

Sözleşmesi'nde bir araya getirilmiştir. 1903 yılı, Konferans'ın sürekli bir uluslararası sağlık bürosu kurma kararı alması itibarıyla de önemlidir.

Öte taraftan, Avrupa dışında da uluslararası sağlık hukuku gelişim göstermiş ve Amerika'daki devletler 1902 yılında benzer bir işleve sahip "Pan Amerikan Sağlık Örgütü (*Pan American Health Organization-PAHO*)" adlı bir yapı kurmuşlardır.⁴³ Ayrıca 1907 yılında kıtalararası bir işbirliği zemini yaratan, bir sekreterliğe ve taraf devletlerin hükümet yetkililerinden oluşacak sürekli bir komiteyi ihtiva eden "Office International d'Hygiène Publique (OIHP)" kurulmuş ve OIHP'nin merkezi Paris olarak belirlenmiştir. Birinci Dünya Savaşı'na kadar aktif olarak faaliyete devam eden OIHP'nin Savaş sonrasında Milletler Cemiyeti'nin (MC) kurulmasıyla birlikte MC bünyesine katılması gündeme gelse de MC üyesi olmayan Amerika Birleşik Devletleri'nin (ABD) vetosu sebebiyle bu gerçekleşmemiştir. İşlevlerinden biri "hastalıkların engellenmesi ve kontrolüne ilişkin uluslararası kaygılara yönelik adımlar atmak" olan MC ayrıca kendi sağlık organizasyonunu (Sağlık Ofisi) kurmak durumunda kalmıştır.⁴⁴ MC'nin bünyesindeki Sağlık Ofisi'nin kuruluşundan 1 yıl sonra, 1924'te kurulan Epizootiklere ilişkin Uluslararası Ofisi de burada belirtmek gerekir.⁴⁵

İkinci Dünya Savaşı ile birlikte ciddi ölçüde akamete uğrayan uluslararası alanda sağlık işbirliği, Savaş sonrasında ilga olan MC'nin yerine BM'nin kurulmasıyla birlikte tekrar canlanmıştır. Şubat 1946'da BM Ekonomik ve Sosyal Konsey, BM Genel Sekreteri'nden uluslararası sağlık işbirliğini kurumsallaştıracak bir yapının müzakere edilmesi için devletlere davette bulunması kararını almıştır.⁴⁶ Aynı yılın Temmuz ayında Uluslararası Sağlık Konferansı toplanmış ve bu Konferans'ta Dünya Sağlık Örgütü'nün Anayasa'sı kabul edilerek BM üyesi 51 devlet ile BM üyesi olmayan 10 devlet tarafından imzalanmıştır.⁴⁷ DSÖ, BM'nin bir uzmanlık kuruluşu statüsüne sahip kılınmıştır.⁴⁸ OIHP ve PAHO, DSÖ'nün bünyesine dahil olmuştur.⁴⁹ DSÖ Anayasası yürürlüğe girene kadar, daha önce OIHP'nin yürütmekte olduğu belli temel faaliyetleri gerçekleştirmesi için geçici bir komisyon kurulmuştur. Bu

⁴³ Genel bilgi için bkz Elizabeth Fee, Theodore Brown, '100 Years of the Pan American Health Organization' (2002) 92(12) American Journal of Public Health 1888.

⁴⁴ Bu organizasyonun dayanak noktası için Milletler Cemiyeti Şartı (1919) m 23; Uluslararası alandaki genel kurumsallaşma eğiliminin asıl olarak 1. Dünya Savaşı sonrasında, MC döneminde güçlendiği olgusu için bkz David Kennedy, 'The Move to Institutions' 1987 8(5) Cardozo Law Review 841, 841-842.

⁴⁵ International Agreement for the Creation at Paris of an International Office for Dealing with Contagious Diseases of Animals (1924).

⁴⁶ Ekonomik ve Sosyal Konsey (UN, 1946-1948) <https://library.un.org/sites/library.un.org/files/itp/1430-201404101302204694093_0.pdf> Erişim Tarihi 17 Mayıs 2020, s 7.

⁴⁷ Dünya Sağlık Örgütü Kurucu Anayasası için bkz 'Dünya Sağlık Örgütü Anayasası' (WHO, Ekim 2006) <https://www.who.int/governance/eb/who_constitution_en.pdf> Erişim Tarihi 20 Mayıs 2020.

⁴⁸ Ibid m 69.

⁴⁹ Daha önce özerkliğini korumak noktasında ısrarcı olan Pan Amerikan Sağlık Örgütü'nün bütünleşme süreci için bkz Tine Hanrieder, *International Organization in Time* (OUP 2015) 3. Bölüm.

komisyonun işlevi, DSÖ'nün resmen kurulduğu 1948 yılına kadar devam etmiştir.⁵⁰ DSÖ'nün temel karar organı olan Dünya Sağlık Meclisi'nin (DSM) ilk oturumu 24 Haziran 1948'de, Cenevre'de gerçekleştirilmiştir.⁵¹

DSÖ'nün temel amacı, uluslararası düzeyde sağlık normlarının geliştirilmesini sağlayacak ve uluslararası sağlık işbirliğini koordine edecek bir küresel kamu sağlığı mercii olmaktadır.⁵² Bu doğrultuda, DSÖ Anayasası açıkça “tüm halkların mümkün en yüksek sağlık seviyesine ulaşması” hedefini benimsemiştir.⁵³ DSÖ'nün kuruluşu İkinci Dünya Savaşı sonrası dönemde kamu sağlığının küresel çapta geliştirilmesine ilişkin uluslararası toplum nezdindeki güçlü ve kolektif bir iradenin varlığını göstermektedir.⁵⁴ Üye devletlerin, işlevini yerine getirebilmesi için DSÖ'ye verdiği ve birçok uluslararası örgütte mevcut olmayan ölçüde geniş kural yaratma (normatif) yetkisi bunu göstermektedir.⁵⁵ Bugün DSÖ, BM'nin en büyük uzmanlık kuruluşu konumundadır.⁵⁶ DSÖ'nün temel karar organı olan DSM'nin üçte iki oy çoğunluğuyla, taraf devletler için bağlayıcı olacak “sözleşmeler veya anlaşmalar” kabul etme yetkisi,⁵⁷ ayrıca DSÖ'nün yapacağı ve DSM'de basit çoğunlukla kabul edilen bazı düzenlemelerin üye devletler için kendiliğinden bağlayıcı olma gücü vardır.⁵⁸ Meğer ki üye devletler aksi yönde bir bildirim (*opt-out*) yapmış olsun. Söz konusu aksi bildirim, sözleşmeler ve anlaşmalar için bunların kabulünü takip eden 18 ay içerisinde, düzenlemeler için önceden bildirilen sürede yapılmalıdır.⁵⁹ Bunlara ek olarak, Örgüt'ün bağlayıcı olmayan kimi rehber ilkeler, küresel stratejiler ve öneriler kabul etmesi de mümkündür.⁶⁰ Tüm bu imkânlarla sahip olan DSÖ, kuruluşundan itibaren ve günümüzde de geçerli olacak şekilde başta bulaşıcı hastalıklarla ve salgınlarla mücadele olmak üzere küresel sağlık meselelerine yönelik hukuki düzenlemelerin yapılması ve gerekli uluslararası işbirliğinin sağlanması noktasında temel merci konumundadır.⁶¹

⁵⁰ 'Origin and development of health cooperation' (WHO) <https://www.who.int/global_health_histories/background/en/> Erişim Tarihi 20 Mayıs 2020.

⁵¹ 'First World Health Assembly' (WHO) <https://www.who.int/global_health_histories/first_world_health_assembly/en/> Erişim Tarihi 20 Mayıs 2020.

⁵² Dünya Sağlık Örgütü Anayasası (n 47) m 2.

⁵³ Ibid m 1.

⁵⁴ Gostin, *Global Health Law* (n 21) 91-92.

⁵⁵ Allyn L Taylor, 'International Law and Public Health Policy' in Kris Heggenhougen vd (eds) *International Encyclopaedia of Public Health* (Academic Press 2008) 675; Lawrence Gostin, 'A Proposal for Framework Convention on Global Health' (2007) 10(4) *Journal of International Economic Law* 989, 994.

⁵⁶ Gian Luca Burci, 'The World Health Organization at 70: Challenges and Adaptation' (2019) 16(2) *International Organizations Law Review* 229, 229.

⁵⁷ Dünya Sağlık Örgütü Anayasası (n 47) m 19.

⁵⁸ Ibid m 21.

⁵⁹ Ibid m 20, 22.

⁶⁰ Lawrence Gostin, Devi Sridhar, 'Global Health and the Law' (2014) (370) *The New England Journal of Medicine* 1732, 1734.

⁶¹ DSÖ'nün günümüze kadar yaptığı hukuki düzenlemelerin önemli bir kısmının salgınların önlenmesi ve salgınlarla uluslararası ölçekte mücadele ile ilgili olduğu akılda tutulmalıdır, Fidler, 'The Globalization of Public Health: Emerging Infectious Diseases and International Relations' (n 26); Fidler, 'Return of the Fourth Horseman: Emerging Infectious Diseases and International Law' (n 26) 836-843; Burci (n 56) 231.

DSÖ daha kuruluş yıllarını takip eden on yıllarda bulaşıcı hastalıklarla etkili bir mücadele uygulaması ortaya koymuş ve özellikle çiçek hastalığının ortadan kaldırılmasında büyük bir başarı sergilemiştir.⁶² Ancak zaman içerisinde bulaşıcı olmayan bazı hastalık türlerinin bulaşıcı hastalıklardan daha büyük sorun teşkil ettiği yönünde bir kanaat ortaya çıkınca örgütün odağı bulaşıcı hastalıklardan ve salgınlardan farklı alanlara kaymıştır.⁶³ Öyle ki örgütün 1980’li yıllarda ortaya çıkan ve küresel çapta etkili olan AIDS salgını ile yeterli ve etkili bir mücadele ortaya koyamayacak kadar odağının kaymış olduğu belirtilmektedir.⁶⁴ Bunun en büyük göstergesi, DSÖ’nün varlığına rağmen ayrıca BM AIDS Programı’nın (UNAIDS) kurulmuş olmasıdır.⁶⁵ 1990’lı yıllarda ise örgütün daha özel sektör eğilimli bir perspektif benimsediği eleştirileri ortaya çıkmış ve DSÖ’nün küresel sağlık yönetimindeki rolü ve otoritesi ciddi sorgulamalara tabi tutulmuştur.⁶⁶

DSÖ’nün yukarıda belirtilen “kural koyucu (normatif) otoritesinin” bir ürünü olan Uluslararası Sağlık Tüzüğü, DSÖ’nün tarihinde özellikle üzerinde durulması gereken çok önemli bir husustur.⁶⁷ Örgüt’ün nadiren başvurduğu ve DSÖ Anayasası’nın 21. maddesinde belirtilen düzenleme yapma yetkisine dayanarak ortaya koyduğu ilk düzenleme 1951 tarihinde kabul edilen Uluslararası Sağlığa Dair Tüzük’tür (*International Sanitary Regulations*).⁶⁸ 1969 tarihinde elden geçirilen bu metin Uluslararası Sağlık Tüzüğü (*International Health Regulations-IHR*) adını almış⁶⁹ ve daha sonra 1973 ile 1981 yıllarında bazı sınırlı güncellemelere tabi tutulmuştur.⁷⁰ Ancak 21. yüzyıla gelindiğinde Uluslararası Sağlık Tüzüğü’nün hükümlerinin artık sahadaki gerçekliklere hitap etmediği, özellikle de salgınlarla mücadele noktasında yetersiz kaldığı olgusunun aşikâr hâle gelmesiyle birlikte 2005 yılında büyük bir güncelleme yapılmıştır.⁷¹ Zira tüberküloz ve sıtma gibi bazı endemik hastalıkların yanı sıra AIDS gibi yeni hastalıklar 1969 tarihli Uluslararası Sağlık Tüzüğü’nün kapsamı

⁶² DSÖ’nün çiçek hastalığı ile mücadelesine ilişkin detaylar için bkz Kelley Lee, *The World Health Organization* (Routledge 2009) 46-70.

⁶³ Simon Rushton, ‘Global Governance Capacities in Health: WHO and Infectious Diseases’ in Adrian Kay and Owain Williams (eds), *Global Health Governance: Crisis, Institutions and Political Economy* (Palgrave-MacMillan 2009) 60; Söz konusu değişim sürecinin detayları için bkz Mateja Steinbrück-Platise, ‘The Changing Structure Of Global Health Governance’ in Leonie Vierck, Pedro A Villarreal ve Katarina Weilert (eds), *The Governance of Disease Outbreaks. International Health Law: Lessons from the Ebola Crisis and Beyond* (Nomos 2017) 83-111.

⁶⁴ Bogdandy ve Villarreal, ‘International Law on Pandemic Response: A First Stocktaking In Light of the Coronavirus Crisis’ (n 36) 5; daha genel bilgi için bkz Bradly Condon and Tapen Sinha, *Global Lessons from the AIDS Pandemic. Economic, Financial, Legal and Political Implications* (Springer 2008).

⁶⁵ ‘COVID-19 and HIV’ <<https://www.unaids.org/en>> Erişim Tarihi 29 Mayıs 2020.

⁶⁶ Steinbrück-Platise (n 63) 90-92.

⁶⁷ Uluslararası Sağlık Tüzüğü hakkında kapsamlı bilgi için bkz Gostin, *Global Health Law* (n 21) 177-204.

⁶⁸ Bu Düzenlemeler’in metni için bkz ‘International Sanitary Regulations’ <https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/85636/Official_record37_eng.pdf?sequence=1&isAllowed=y> Erişim Tarihi 10 Haziran 2020.

⁶⁹ Adam Kamradt-Scott, ‘The International Health Regulations (2005) Strengthening Their Effective Implementation and Utilisation’ (2019) 16 *International Organizations Law Review* 242, 243.

⁷⁰ Gostin, ‘World Health Law: Toward a New Conception of Global Health Governance for the 21st Century’ (n 39) 415.

⁷¹ İki USD’nin hükümlerinin detaylı bir mukayesesi için bkz David Fidler, ‘From International Sanitary Conventions to Global Health Security: The New International Health Regulations’ (2005) 4 *Chinese Journal of International Law* 325.

dışında kalmaktaydı, çünkü tüzüğün kapsamındaki hastalıklar sınırlı sayıda olacak şekilde (kolera, veba, sarı humma, hemorajik ateş, tifüs, çiçek) belirtilmişti.⁷² Bu da 1969 tarihli Uluslararası Sağlık Tüzüğü'nün kapsamının aradan geçen yüzyıldan fazla zamana rağmen neredeyse 1851 tarihindeki Uluslararası Sağlık Konferansı ile aynı kaldığını göstermektedir.⁷³ Ayrıca taraf devletlerin bildirim yükümlülükleri ve bildirim mekanizmaları güncel ihtiyaçları karşılayacak kadar gelişkin değildi.⁷⁴ Taraf devletlerin hastalık gözlem ve tespit kapasitelerini geliştirmelerine yönelik basit bazı yükümlülüklerin ötesinde herhangi bir kapsamlı düzenleme yer almamaktaydı.⁷⁵

Salgınlarla mücadele ile ilgili yeni ve son derece kritik hükümler içeren 2005 tarihli Uluslararası Sağlık Tüzüğü (UST) bugün COVID-19 salgını bağlamında sıkça gündeme gelmektedir.⁷⁶ 196 devletin akdettiği 2005 tarihli yeni UST, 1995'te DSM'nin aldığı kararla başlayan 10 yıllık bir çalışmanın ürünüdür.⁷⁷ 66 maddeden ve 9 ekten oluşan kapsamlı bir düzenleme olan 2005 tarihli UST, dönemin BM Genel Sekreteri tarafından, küresel sağlık yönetimi açısından daha önce emsali olmayan derecede önemli ve cesur bir düzenleme olarak nitelenmiştir.⁷⁸ Zira 2005 tarihli UST, uluslararası toplumun kamu sağlığının korunması yolunda devletlerin egemenliğinin kısıtlandığı ve sınır aşan salgınların kontrolünde daha gelişkin kuralların geçerli olduğu bir küresel yönetim mekanizmasına kapıyı açmıştır.⁷⁹ Bu noktada önemle ifade etmek gerekir ki 2005 tarihli UST'nin ortaya çıkmasını hızlandıran, ayrıca Tüzük'te öngörülen bazı yeni mekanizmaların ve yükümlülüklerin arkasında yatan temel sebeplerden biri, Çin'in 2002 yılında patlak veren SARS krizinin yönetilmesi noktasında attığı yetersiz adımlardır.⁸⁰ Bu deneyimin de su yüzüne çıkardığı gereksinimlerle birlikte sadece tüzüğün kapsamı genişletilmekle kalınmamış, devletlere daha çok yükümlülük yükleyen, insan haklarında yaşanan gelişmelere daha çok uyum sağlayan⁸¹ ve DSÖ'nün yetkilerini arttıran bir muhtevaya sahip kılınmıştır.

⁷² 'Uluslararası Sağlık Tüzüğü' (WHO, 2005) <<https://www.who.int/ihr/publications/9789241580496/en/>> Erişim Tarihi 21 Mayıs 2020, m 1.

⁷³ Gostin, 'World Health Law: Toward a New Conception of Global Health Governance for the 21st Century' (n 39) 413, 415.

⁷⁴ David Fidler, Lawrence O Gostin, 'The New International Health Regulations: An Historic Development for International Law and Public Health' (2006) 34(1) *JL Med & Ethics* 85, 85.

⁷⁵ *Ibid* 88.

⁷⁶ 'Uluslararası Sağlık Tüzüğü' (n 72).

⁷⁷ Fidler ve Gostin (n 74) 85.

⁷⁸ BM Genel Sekreteri Kofi Annan'ın Basın Açıklaması, 'World Health Assembly's Revised Regulations "Bold and Necessary Step" to Protect Global Public Health, Says Secretary-General' (UN, 23 Mayıs 2005) <<https://www.un.org/press/en/2005/sgsm9886.doc.htm>> Erişim Tarihi 21 Mayıs 2020.

⁷⁹ Bogdandy ve Villarreal, 'International Law on Pandemic Response: A First Stocktaking In Light of the Coronavirus Crisis' (n 36).

⁸⁰ Fidler ve Gostin (n 74) 85; David Heymann ve Guénél Rodier, 'SARS: A Global Response to an International Threat' (2004) *The Brown Journal of World Affairs* (2004) 10(2) 185,185; Sara E Davies, Adam Kamradt-Scott ve Simon Rushton, *Disease Diplomacy: International Norms and Global Health Security* (Johns Hopkins University Press 2015) 43-73.

⁸¹ Fidler ve Gostin (n 74) 87.

Yapıldığı dönemde salgınlarla mücadeleye yönelik uluslararası işbirliğinin en güncel ürünü olan 2005 tarihli UST'nin, küresel sağlığın korunması için son derece kapsamlı bir hukuki araç olduğu düşünülmüştür. Öyle ki 2005 yılında getirilen temel yeniliklerden biri, 1969 tarihli UST kapsamında olmayan bazı yeni bulaşıcı hastalıkların tüzüğün kapsamına sokulmasıdır. 2005 tarihli UST'nin ilk maddelerinde ortaya konan son derece detaylı tanımlamalarla bu sağlanmıştır.⁸² Bir başka deyişle, 2005 tarihli UST hükümleri sınırlı sayıda hastalığa uygulanmayıp kaynağı ne olursa olsun uluslararası ölçekte yayılabilecek her türlü hastalığı kapsayacak bir şekilde oluşturulmuştur. Bu bakımdan, 2005 tarihli UST'yi son derece “aktüel ve devrimci” bir düzenleme olarak niteleyenler olmuştur.⁸³ Dolayısıyla, COVID-19 salgını da 2005 tarihli UST'nin kapsamına girmektedir.

Uluslararası sağlık işbirliğine kapsamlı bir hukuki çerçeve katmayı ve DSÖ'nün koordinatör olarak odağında yer aldığı işbirliği zeminini genişletmeyi hedefleyen bu düzenlemenin temel amacı, uluslararası ölçekte yayılan ve kamu sağlığını tehdit eden hastalıkların, orantılı ve uluslararası seyahat ile ticaretin gereksiz ölçüde sekteye uğramayacağı yöntemlerle engellenmesi, kontrolü ve bu hastalıklardan korunmanın sağlanmasıdır.⁸⁴ Kısacası, devletlerin kendi halklarının sağlığını koruma hakkı ile bu koruma için alınacak önlemlerin uluslararası ticareti ve seyahati ölçsüz bir biçimde kısıtlamaması arasındaki dengenin kurulması hedeflenmiştir.⁸⁵ Bu bakımdan, devletlere verilen bildirim yükümlülükleri 2005 tarihli UST'nin önemli sacayaklarından biridir.⁸⁶ Söz konusu bildirim mekanizmasının hızlı bir şekilde işleyebilmesi için 2005 tarihli UST'nin 4. maddesi taraf devletlere kendi ülkelerinde DSÖ Ulusal İletişim Merkezleri'ne yer verme yükümlülüğü getirmekte ve bu merkezlerin her zaman açık olması gerektiğini belirtmektedir. 5. madde ise 1969 tarihli UST'deki büyük bir açığı kapatarak salgınla mücadelenin adeta köküne inmekte ve her şeyden önce, 2005 tarihli UST'nin yürürlüğe girişini takiben belli bir süre içerisinde taraf devletlerin kendi sağlık sistemlerini ve gözlem kapasitelerini geliştirmelerini bir yükümlülük olarak düzenlemektedir. Benzer yükümlülüklere, kamu sağlığı müdahalesine ilişkin 13. maddede de rastlanmaktadır. 6. maddeye göre, taraf devletler kendi ülkelerinde “uluslararası düzeyde halk sağlığı acil durumu (*public health emergency of international concern-PHEIC*),” yani sadece ulusal ölçekte mücadele ile ortadan kaldırılması mümkün olmayan ve uluslararası salgına

⁸² ‘Uluslararası Sağlık Tüzüğü’ (n 72) m 1-2.

⁸³ ‘COVID-19 and International Law: What went wrong and what can we learn from it?’ (BIICL, 16 Nisan 2020) <https://www.biicl.org/documents/10303_covid19_and_international_law_16_april_2020_event_report.pdf> Erişim Tarihi 23 Mayıs 2020, s 5; Kashef Ijaz vd, ‘International Health Regulations – What Gets Measured Gets Done’ (2012) 18 Emerging Infectious Diseases 1054, 1054; USD kimilerince “salgınlarla mücadelede Vestfalyan olmayan stratejilerin ortaya konması” olarak nitelenmiştir, bkz Obifor Aginam, ‘Globalization of Health Insecurity: The World Health Organization and the New International Health Regulations’ (2006) 25 Medicine & Law 663, 672.

⁸⁴ ‘Uluslararası Sağlık Tüzüğü’ (n 72) Önsöz.

⁸⁵ Fidler ve Gostin (n 74) 86.

⁸⁶ ‘Uluslararası Sağlık Tüzüğü’ (n 72) Bölüm 2; söz konusu yükümlülüklerin nasıl uygulanacağına dair detaylı bir şema için bkz ‘Uluslararası Sağlık Tüzüğü’ (n 72) Ek-2.

yol açma riski teşkil eden durumlarda⁸⁷ DSÖ'yü Ulusal İletişim Merkezleri kanalıyla, mümkün olan en etkili yollarla ve acilen (24 saat içerisinde) bilgilendirmelidir. Bu bildirim takiben söz konusu acil duruma ilişkin tüm gelişmeleri doğru bir şekilde ve zamanında aktarmaya devam etmelidir. Eğer beklenmeyen ve “uluslararası düzeyde halk sağlığı acil durumu” teşkil edebileceğine dair delillerin olduğu durumlar ortaya çıkarsa da taraf devletler için aynı yükümlülükler geçerlidir.⁸⁸ Hatta 6. ve 7. madde uyarınca DSÖ'ye bildirim yapılması gereken bir durumun mevcudiyetine dair şüphe taşıyan taraf devletlerin DSÖ ile bir danışma ve yardım talep etme ilişkisi kurmasına olanak sağlanmıştır ki bu hükümle birlikte devletlerin özen yükümlülüğünün (*due diligence*) 2005 tarihli UST ile birlikte oldukça yüksek bir seviyeye çıkarıldığı rahatlıkla iddia edilebilir.⁸⁹ Kısacası, söz konusu bildirim yükümlülükleri, 2005 tarihli UST'nin merkezinde yer alan oldukça önemli yükümlülüklerdir. Açıktır ki 2005 tarihli UST'nin temelinde ortak bir gözetim ve tehlikeyi erkenden tespit, risk durumunda acil uyarı, ve acil duruma uluslararası işbirliği içerisinde önlem geliştirme mantığı yatmaktadır.

2005 tarihli UST'nin bir başka öne çıkan özelliği, 9. maddeye göre, olası salgın uyarı konusunda sadece taraf devletlerin resmi mercilerinden değil, devlet dışı aktörlerden gelen verileri de dikkate alma yetkisinin bulunmasıdır. 1969 tarihli UST'de böyle bir imkân söz konusu değildi. Aynı maddede, taraf devletlerin kendi toprakları dışında, yani başka devletlerin ülkelerinde DSÖ'ye bildirim gerektirecek bir durum tespit ettiklerinde doğrudan DSÖ'ye bildirimde bulunma yetkisini ve yükümlülüğünü haiz kıldıkları görülmektedir.⁹⁰ Böylelikle, DSÖ'nün olası bir tehlike durumunu gecikmeksizin tespit edebilmesi için bilgi kaynaklarının olabildiğince çeşitlendirildiği görülmekte ve bu durumun devletleri 2005 tarihli UST'nin bildirim yükümlülüklerine uyma mecburiyetinde hissettirdiği belirtilmektedir.⁹¹ 9. maddede öngörülen kanallarla bildirim alan DSÖ'nün ilgili devlete (bildirime sebep olan sağlık tehdidinin ülkesinde ortaya çıktığı iddia edilen devlete) bu bildirimlerin doğruluğunu teyit etmek üzere bilgi paylaşımı çağrısında bulunması ve işbirliğine girmesine ilişkin ve DSÖ'nün nihai bir değerlendirme yapana kadar tüm taraf devletlere -ve gerekli görülürse ilgili uluslararası örgütler ile kamuoyuna- söz konusu tehdide karşı hazırlıklı olmaları için yapacağı ilk bildirim kapsamına dair hususlara takip eden maddelerde yer verilmektedir.⁹² Bu hükümlerden anlaşılmaktadır ki 2005 tarihli UST,

⁸⁷ Lawrence Gostin vd, 'Ebola in the Democratic Republic of the Congo: Time to Sound a Global Alert?' (2019) 393 The Lancet 617, 618; detaylı bilgi için bkz David Fidler, 'To Declare or Not to Declare: the Controversy over Declaring a Public Health Emergency of International Concern for the Ebola Outbreak in the Democratic Republic of the Congo' (2019) 14(2) Asian J Wto & Int'l Health L & Pol'y 287, 287-330; Chang-Fa Lo, 'The Missing Operational Components of the IHR (2005) from the Experience of Handling the Outbreak of COVID-19: Precaution, Independence, Transparency and Universality' (2020) 15(1) Asian Journal of WTO & International Health Law and Policy 1, 1-26.

⁸⁸ 'Uluslararası Sağlık Tüzüğü' (n 72) m 7.

⁸⁹ Ibid m 8.

⁹⁰ 'Uluslararası Sağlık Tüzüğü' (n 72) m 9(2).

⁹¹ Fidler ve Gostin (n 74) 90.

⁹² 'Uluslararası Sağlık Tüzüğü' (n 72) m 10-11.

etkili bir küresel sağlık yönetimi mekanizması kurulması ile devletlerin egemenlik alanlarının fazla daraltılmaması arasında hassas bir denge kurmaya çalışmıştır.⁹³

Tüm bu kaynaklardan uyarıları ve verileri toplayan DSÖ'nün bir olay hakkında "uluslararası düzeyde halk sağlığı acil durumu" teşkil ettiğine ilişkin kararı nasıl ve hangi ölçütlere göre alacağı da 2005 tarihli UST'nin 12. maddesinde detaylı bir şekilde düzenlenmiş, çok katmanlı bir istişare mekanizması öngörülmüştür. Kararı verecek temel merci DSÖ Genel Direktörü'dür. Bir uluslararası örgüt yetkilisinin tek başına, önemli hukuki sonuçlar⁹⁴ doğurabilecek bir karar alıp ilânda bulunmasının genelde pek rastlanmayan türde, önemli bir yetki ve devletlerüstü kamu otoritesinin kullanım biçimi olduğu belirtilmektedir.⁹⁵ DSÖ'nün "uluslararası düzeyde halk sağlığı acil durumu" ilânı ve ayrıca salgın ilânı,⁹⁶ devletlerin ve bölgesel örgütlerin itibar ettikleri ve bunların yönetim mekanizmalarına yön veren ilânlardır.⁹⁷ Ayrıca bu ilân bir risk değerlendirmesinin sonucu olduğu için, tam etkisi az veya çok belirsiz olan tehlike durumlarında yapılmaktadır.⁹⁸ Dolayısıyla, Genel Direktör'ün kayda değer derecede bir takdir marjı söz konusudur. Ancak önemle ifade etmek gerekir ki 12. maddede öngörülen çok katmanlı istişare mekanizmaları, bu mekanizmaların kararları nihayetinde bağlayıcı olmasa dahi uygulamada Genel Direktör'ün bu geniş yetki alanının daraltılmasını sağlamaktadır. Özellikle, farklı alanlardan ve çeşitli bölgelerden uzmanlardan oluşan Acil Durum Komitesi'nin (*Emergency Committee*) tavsiyeleri uygulamada oldukça etkilidir.⁹⁹ Genel Direktörlerin bu zamana kadar Acil Durum Komitesi'nin tavsiyelerini her zaman takip ettiği gözlemlenmektedir.¹⁰⁰

2005 tarihli UST'den önce Genel Direktör'ün böyle bir karar alma yetkisi açıkça tanınmamış, hatta 2003'teki SARS krizinde dönemin DSÖ Genel Direktörü acil

⁹³ Öte yandan, söz konusu dengenin iyi kurulamadığı yönünde eleştiriler yöneltilenler olmuştur, bkz Eric Mack, 'The World Health Organization's New International Health Regulations: Incursion on State Sovereignty and Ill-Fated Response to Global Health Issues' (2006-2007) 7 Chinese Journal of International Law 365, 377.

⁹⁴ Uluslararası düzeyde halk sağlığı acil durumu ilânının bizzat kendisi UST'ye taraf devletlere ek bir yükümlülük getirmese dahi kimi ulusal veya bölgesel hukuki düzenlemeler bu ilâna kendi çerçevelerinde hukuki sonuçlar bağlamaktadır, Armin von Bogdandy, Pedro A Villarreal, 'Critical Features of International Authority in Pandemic Response: The WHO in the COVID-19 Crisis, Human Rights and the Changing World Order' (2020) 7(18) Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL) Research Paper 1, 4.

⁹⁵ Pedro A Villarreal, 'Pandemic Declarations of the World Health Organization as an Exercise of International Public Authority: The Possible Legal Answers to Frictions Between Legitimacies' (2016) 7(1) Göttingen Journal of International Law 95, 125-126.

⁹⁶ Salgın ilânı yetkisi ve ölçütleri doğrudan UST'de yer almayıp DSÖ'nün bir başka Rehber Belgesi'nde detaylı bir şekilde ortaya konmaktadır, bkz Dünya Sağlık Örgütü, 'Pandemic Influenza Risk Management. A WHO Guide to inform & harmonize national & international pandemic preparedness and response' (WHO, 2017) <<https://bit.ly/3bdu588>> Erişim Tarihi 2 Haziran 2020, s 25-26.

⁹⁷ Bogdandy ve Villarreal, 'Critical Features of International Authority in Pandemic Response: The WHO in the COVID-19 Crisis, Human Rights and the Changing World Order' (n 94) 10.

⁹⁸ Jacqueline Peel, *Science and Risk Regulation in International Law* (CUP 2010) 101.

⁹⁹ Komite'nin yapısına ilişkin detaylar için bkz 'Uluslararası Sağlık Tüzüğü' (n 72) m 47-48.

¹⁰⁰ Bogdandy ve Villarreal, 'International Law on Pandemic Response: A First Stocktaking In Light of the Coronavirus Crisis' (n 36) 13.

durum ilânında bulunduğu için yetki aşımı yapmakla (*ultra vires*) suçlanmıştır.¹⁰¹ Ancak 2005'teki değişikliklerden sonra, bir olayın “uluslararası düzeyde halk sağlığı acil durumu” teşkil ettiğine yönelik karar verilmesi ve bunu takiben Genel Direktör'ün bazı sağlık önlemlerini ve seyahat vb. kısıtlamaları içeren geçici ve sürekli önlemler önerme yetkisi getirilmiştir.¹⁰² Hatta kimi durumlarda “uluslararası düzeyde halk sağlığı acil durumu” kararı alınmadan da DSÖ'nün uluslararası ticaret ve seyahatlere ilişkin bazı kısıtlamalar öneren kılavuzlar yayımlaması mümkündür¹⁰³ ve bu önerilerin de hukuki niteliği hemen hemen aynıdır.¹⁰⁴ Söz konusu önerilerin her vakanın kendi koşullarına göre şekillenmesi oldukça önemlidir. 2005 tarihli UST'nin 17. ve 18. maddelerinde önerilerin hangi ölçütlerin dikkate alınarak yapılacağı ve hangi konulara ilişkin olabileceği kapsamlı bir şekilde düzenlenmiştir. Tüm bu önlemlerin önerilmesinden sonra da taraf devletlerle olan dinamik bir işbirliği ve sürekli bildirim sürecinin devam etmesi öngörüldüğü için, zaman içerisinde gelişmeler değerlendirilerek bu önerilerin değiştirilmesi veya kaldırılması elbette mümkündür.¹⁰⁵ Önemle ifade edilmelidir ki tüm bu kararlar tavsiye mahiyetinde olduğu için taraf devletler açısından bağlayıcı değildir. Öte yandan, 43. madde uyarınca, devletlerin bu tavsiyeleri kabul etmekle birlikte; 48 saat içerisinde, bilimsel verilere dayanan gerekçelerini bildirmek şartıyla tavsiyelerin ötesine geçen, daha sıkı önlemler alma hakkı da mevcuttur.

2005 tarihli UST'nin 50. maddesine göre, “uluslararası düzeyde halk sağlığı acil durumu” ilânına ve tavsiye edilecek önlemlere dair Genel Direktör'ün aldığı kararların daha sonradan gözden geçirilmesi için bir Teftiş Komitesi (*Review Committee*) kurulması mümkündür. Ancak ifade edilmelidir ki bu Komite'nin kurulması kararı ve üyelerinin seçimi Genel Direktör tarafından gerçekleştirilmektedir. Ayrıca Komite temel olarak Genel Direktör'e tavsiyelerde bulunma yetkisinin ötesine geçen bir yetkiye sahip değildir. Komite raporlarının DSM'ye sunulması dahi Genel Direktör'ün kararına tabidir.¹⁰⁶

2005 tarihli UST'nin bir diğer çok önemli özelliği, taraf devletlerin “uluslararası düzeyde halk sağlığı acil durumu” teşkil eden salgın vb. durumlarda devreye sokabilecekleri sağlık önlemlerinin hukuki çerçevesini son derece detaylı bir şekilde çizmesi ve DSÖ'ye bu noktada oldukça belirgin bir koordinasyon mercii görevi vermesidir. 2005 tarihli UST'nin 5. Bölümü, bu tip durumlarda uluslararası ticaret ve

¹⁰¹ Christian Kreuder-Sonnen, *Emergency Powers of International Organizations. Between Normalization and Containment* (OUP 2019) 155-156; daha geniş bilgi için bkz Fidler, 'From International Sanitary Conventions to Global Health Security: The New International Health Regulations' (n 71) 362-365.

¹⁰² 'Uluslararası Sağlık Tüzüğü' (n 72) m 15-16.

¹⁰³ Fidler, 'To Declare or Not to Declare: the Controversy over Declaring a Public Health Emergency of International Concern for the Ebola Outbreak in the Democratic Republic of the Congo' (n 87) 294.

¹⁰⁴ Bogdandy ve Villarreal, 'International Law on Pandemic Response: A First Stocktaking In Light of the Coronavirus Crisis' (n 36) 15.

¹⁰⁵ 'Uluslararası Sağlık Tüzüğü' (n 72) m 53.

¹⁰⁶ 'Uluslararası Sağlık Tüzüğü' (n 72) m 52-53.

seyahatin ölçsüz sınırlamalara maruz kalmamasına ilişkin düzenlemelerin yer aldığı temel kısımdır. Kısacası, 2005 tarihli UST ile bir yandan DSÖ Genel Direktörü'ne gerekli şartlar oluştuğunda uluslararası işbirliğini harekete geçirecek şekilde acil duruma karar verme ve DSÖ'ye çok katmanlı istişare mekanizmaları ile birlikte bu acil duruma rehberlik etme rolü verilmiş, öte yandan ise taraf devletlerin kendi egemen yetkilerine dayanarak alabilecekleri önlemlerin çerçevesi belirlenmiştir.¹⁰⁷ Bu bölümde yer alan 12 maddede taraf devletlerin alabilecekleri kamusal sağlık önlemlerinin şartları ve sınırları detaylı bir şekilde ortaya konmaktadır. Öyle ki taşımacılar, yolcular, mallar ve konteynırlar için ayrı ayrı hükümler yer almaktadır. Örneğin, 32. maddeye göre, yolculara yönelik alınacak önlemlerin insanlık onuru, insan hakları, ve temel hürriyetlere saygılı olması gereklidir. 34. ve 40. maddeler arasındaki kısımdan oluşan 6. Bölüm ise 5. Bölüm ile bağlantılı olarak, bir devletin ülkesine giriş yapan kişilerden istenebilecek sağlık belgelerine ilişkin olup 40. maddede ise devletlerin aldıkları sağlık önlemlerinin masraflarını ülkelerine giriş yapan yolculara yansıtamayacakları belirtilmektedir.

2005 tarihli UST'nin 8. Bölümü'nde bazı genel hükümler düzenlenirken, söz konusu bölümün ilk maddesi olan 42. maddeye özellikle dikkat çekilmelidir. Bu maddeye göre, taraf devletler bir sağlık önlemi aldıkları zaman bunu gecikmekzisin, şeffaf bir biçimde ve ayrımcılıktan kaçınarak uygulamalıdır. Ancak 2005 tarihli UST'nin dikkat çeken bir özelliği şudur ki taraf devletlerin buraya kadar yukarıda sayılan yükümlülükleri ihlal etmesi durumunda ne tür bir yaptırıma maruz kalacağına yönelik bir hükme yer verilmemiştir.¹⁰⁸ Bu sebeple, zamanında bildirim yapma gibi bağlayıcı olan yükümlülüklerin ihlali durumunda ancak uluslararası hukukun genel sorumluluk kuralları gündeme gelecektir.

Özellikle üzerinde durulması gereken bir diğer madde, 2005 tarihli UST'nin 10. ve son bölümünde yer alan 56. maddedir. 56. madde, 2005 tarihli UST çerçevesindeki uyuşmazlıkların çözümüne ilişkindir. Taraf devletlerin arasında bir uyuşmazlık çıkması durumunda, tarafların öncelikli olarak barışçıl yollarla ve müzakere ile sorunu çözmeleri beklenmektedir.¹⁰⁹ Bu şekilde çözüme ulaşılamaması hâlinde tarafların, uyuşmazlığın çözümünü DSÖ Genel Direktörü'ne havale etmesi mümkündür.¹¹⁰ Ayrıca tarafların, uyuşmazlıkların çözümünde zorunlu tahkimi veya başka uyuşmazlık çözüm mekanizmalarını kabul etmeleri de mümkündür.¹¹¹ Bizzat DSÖ ile taraf devletler arasında bir uyuşmazlık çıkması durumunda ise mesele

¹⁰⁷ Alexandra L Phelan vd, 'The Novel Coronavirus Originating in Wuhan, China: Challenges for Global Health Governance' (2020) 323(8) Journal of American Medical Association 709, 710.

¹⁰⁸ Kamradt-Scott (n 69) 251.

¹⁰⁹ Uluslararası Sağlık Tüzüğü (n 72) m 56 (1)

¹¹⁰ Ibid m 56 (2).

¹¹¹ Ibid m 56 (3)-(4).

DSM'ye iletilecektir.¹¹² Ancak tüm bu uyumsuzluk çözüm yollarının işletilmesi tamamen tarafların rızalarına bağlıdır ve söz konusu hükümler zorlayıcı değildir.

Öte yandan, DSÖ'nün sahip olduğu ve yukarıda bahsedilen geniş yetkilerini kullandığı tarihi örnekler sınırlı sayıdadır. “Uluslararası düzeyde halk sağlığı acil durumu” bu zamana dek altı kez ilân edilmiştir: Domuz gribi (2009), vahşi çocuk felci virüsü (2014), Batı Afrika'daki Ebola (2014), Zika (2016), Demokratik Kongo Cumhuriyeti'ndeki Ebola (2019) ve son olarak COVID-19 salgımında. DSÖ'nün kanun koyucu yetkilerine dayanarak yaptığı düzenleme sayısı da pek fazla değildir. DSÖ'nün yetkilerini kullanma noktasındaki bu ihtiyatlı tavrının, tarihte inisiyatif aldığı birçok dönemde kendisini uluslararası siyasi tartışmaların ve çekişmelerin odağında bulmasından kaynaklandığı söylenebilir.¹¹³ Nitekim COVID-19 salgımında da DSÖ'nün attığı ve atmadığı adımlar yine büyük tartışmalara konu olmakta, örgüt ciddi ithamlarla karşı karşıya kalmaktadır. Dolayısıyla, Genel Direktör'ün rolü, DSÖ'nün yapısı ve 2005 tarihli UST'nin yeterliliği gibi birçok mesele çeşitli açılardan sorgulamalara konu olmaktadır. Tüm bu tartışmaları detaylı bir şekilde değerlendirebilmek için COVID-19 salgını süresince DSÖ'nün faaliyetlerini ve örgüte yönelik eleştirileri ele almak gereklidir.

II. COVID-19 Salgımında Dünya Sağlık Örgütü'nün Rolü

A. Dünya Sağlık Örgütü'nün COVID-19 Salgını Süresince Attığı Adımlar

DSÖ'ye COVID-19 virüsüne ilişkin Çin tarafından yapılan ilk resmi bildirim 31 Aralık 2019'da gerçekleştiği bilinmektedir.¹¹⁴ Söz konusu bildirim, DSÖ'nün Çin'deki ulusal ofisine yapılmış ve sonrasında günlerde DSÖ, Çin'in yetkili mercilerinden yapılan bildirimler yoluyla süreci takip etmeye başlamıştır. İlk bildirimden iki hafta sonra, 14 Ocak 2020'de DSÖ'nün Çin yetkililerinin söz konusu virüsün insandan insana geçtiğine yönelik bir delilin bulunmadığı yönündeki bulgularını kabul ederek ilân etmesinin sebebi budur. Ancak bu ilândan sadece 8 gün sonra Çin aksi yönde bir bildirim yapınca, 23 Ocak'ta COVID-19'un insandan insana geçen bir virüs olduğu DSÖ tarafından kabul edilmiş ve devletlere havalimanlarında denetimlerin yapılması şeklinde geçici önlemin alınması tavsiye edilmiştir. Aynı zamanda, Acil Durum Komitesi, Genel Direktör tarafından toplantıya çağırılmıştır. Fakat bu toplantının sonucunda, Komite içerisindeki fikir ayrılıklarından ötürü “uluslararası düzeyde halk sağlığı acil durumu” ilân etme kararı çıkmamıştır. Bu yöndeki bir karar ancak Çin dışında da insandan insana bulaşma vakaları bildirilince, 30 Ocak

¹¹² Ibid m 56 (5).

¹¹³ Lee (n 19) 44.

¹¹⁴ Bu bildirim ve devamındaki tüm gelişmelerin detaylı bir zaman çizelgesi için bkz ‘WHO Timeline - COVID-19’ (WHO) <<https://www.who.int/news-room/detail/27-04-2020-who-timeline---covid-19>> Erişim Tarihi 24 Mayıs 2020.

2020 tarihinde çıkabilmiştir.¹¹⁵ Söz konusu kararlar “uluslararası düzeyde halk sağlığı acil durumu” ilân edilince, DSÖ bir acil durum eylem plânı da yayımlamış ve tüm devletlere ortaya çıkan yeni virüsün teşkil ettiği risk karşısında hazır olma çağrısı yapmıştır.¹¹⁶ Devletlerin yeni virüsün tespitine, gözetim mekanizmaları kurmasına, ve iletişim kanallarına dair bazı öneriler sunan bu acil eylem plânının ardından, 12 Şubat’ta daha detaylı bir operasyonel plân yayımlanmıştır.¹¹⁷ Bu ikinci plânda aşı ve tedavi çalışmaları için bir Ar-Ge (Araştırma ve Geliştirme) şablonu da ortaya konmuş, ayrıca DSÖ’nün doğrudan saha araştırmalarının yoğunlaştırılması yönünde adımlar atılmıştır.¹¹⁸ Bu adımlarla birlikte Çin devleti ile işbirliği hâlinde Çin’de saha araştırmaları yapmak üzere kurulan ve birçok devletten uzmanlardan oluşan DSÖ-Çin Ortak Misyonu 16 Şubat’ta göreve başlamış ve misyonun sonuç raporu 24 Şubat’a kadar süren görevinin ardından 28 Şubat’ta yayımlanmıştır.¹¹⁹ Bu raporda tüm devletlere insandan insana bulaşmayı en aza düşürmek amacıyla “tavizsiz ve katı önlemler” alma çağrısı yapılmıştır.¹²⁰ 5 Mart’ta da tüm devletlere geniş çaplı testler uygulama tavsiyesi yapılmıştır. Süreçteki en kritik tarihlerden biri ise 11 Mart’tır. Zira bu tarihte DSÖ, COVID-19’un korkutucu derecede yayılması, şiddeti ve devletlerin endişe verici seviyedeki eylemsizliği sebebiyle kaygılarını ortaya koymuş ve acil durum tepki mekanizmalarının daha yüksek seviyeye çekilmesi gerektiğini vurgulayarak COVID-19’un bir salgın statüsünde olduğunu ilân etmiştir.¹²¹ Özellikle bu noktadan sonra, art arda birçok devlet sıkı kısıtlamaları devreye sokmuş ve olağanüstü hâl önlemleri almıştır. DSÖ tarafından 13 Mart’ta “COVID-19 Dayanışma Fonu” kurulmuş,¹²² 18 Mart’ta ise uluslararası ölçekte kapsamlı ve hızlı veri paylaşımını sağlamak için klinik bir dayanışma programı başlatılmıştır.¹²³

¹¹⁵ ‘Statement on the Second Meeting of the International Health Regulations (2005) Emergency Committee Regarding the Outbreak of Novel Coronavirus (2019-nCoV)’ (*WHO*, 30 Ocak 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 24 Mayıs 2020.

¹¹⁶ ‘2019 Novel Coronavirus (2019-nCoV): Strategic Preparedness And Response Plan’ (*WHO*, 4 Şubat 2020) <<https://www.who.int/docs/default-source/coronaviruse/srp-04022020.pdf>> Erişim Tarihi 25 Mayıs 2020.

¹¹⁷ ‘COVID-19 Strategic Preparedness and Response Plan: Operational Planning Guidelines to Support Country Preparedness and Response’ (*WHO*, 12 Şubat 2020) <https://www.who.int/docs/default-source/coronaviruse/covid-19-sprp-unct-guidelines.pdf?sfvrsn=81ff43d8_4> Erişim Tarihi 25 Mayıs 2020

¹¹⁸ ‘World Experts and Funders Set Priorities for COVID-19 Research’ (*WHO*, 12 Şubat 2020) <<https://www.who.int/news-room/detail/12-02-2020-world-experts-and-funders-set-priorities-for-covid-19-research>> Erişim Tarihi 25 Mayıs 2020.

¹¹⁹ ‘Report of the WHO-China Joint Mission on Coronavirus Disease 2019 (COVID-19)’ (n 3).

¹²⁰ *Ibid* 19.

¹²¹ ‘WHO Director-General’s opening remarks at the media briefing on COVID-19’ (*WHO*, 11 Mart 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 25 Mayıs 2020.

¹²² ‘COVID-19 Solidarity Response Fund’ (*WHO*) <<https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/donate>> Erişim Tarihi 25 Mayıs 2020.

¹²³ *Ibid*.

B. Dünya Sağlık Örgütü'nün COVID-19 Salgını Süresince Attığı Adımlara Yönelik Eleştirilerin Değerlendirilmesi ve Çözüm Önerileri

COVID-19 salgınının yönetimi noktasında DSÖ'nün attığı veya atmadığı adımlar ciddi eleştirilere maruz kalmaktadır. Bir tür DSÖ şüpheciliği had safhaya erişmiş, kimi devletler DSÖ'ye verdiği finansmanı kesme tehdidinde bulunmaktan¹²⁴ ülkesindeki DSÖ yetkililerini kovmaya kadar farklı tepkiler vermişlerdir.¹²⁵ Esasında, daha önce de ortaya konduğu üzere, DSÖ'ye yönelik eleştiriler yeni değildir. Örgüt'e yönelik ilk ciddi eleştirilerin 1980'li yıllarda hızla yayılan AIDS ile mücadeledeki eksiklikler çerçevesinde yöneltildiği görülmektedir.¹²⁶ Daha sonra yaşanan başkaca gelişmelerle birlikte sadece devlet uygulamalarında değil, doktrinde de DSÖ'nün gitgide etkisiz ve işlevsiz bir kurum hâline geldiğine ilişkin eleştiriler zaman zaman ortaya konmuştur.¹²⁷ Hatta DSÖ'yü "her şeyi bilen ancak hiçbir şey yapmayan" bir kurum olarak niteleyenler olmuştur.¹²⁸

Gerçekten de COVID-19 salgını öncesindeki en yakın tarihli salgınlardan biri olan 2014'te başlayan Ebola virüsü salgınında, DSÖ'nün gerekli adımları atmakta yavaş kaldığına dair bir kanaat mevcuttur.¹²⁹ Halbuki günümüzden neredeyse 20 yıl önceki SARS salgınında Çin yönetiminin COVID-19 salgınındakine çok benzer refleksler göstermesi sebebiyle uluslararası kamu sağlığının korunması ciddi tehlikeye girmiş ve Çin'in SARS krizindeki tutumu karşısında DSÖ'nün etkisini ve manevra alanını arttıracak düzenlemeler yürürlüğe sokulmuştur.¹³⁰ DSÖ'nün yetkisini arttırdığı düşünülen bu düzenlemelere rağmen Ebola ve şimdi COVID-19 salgınında gerekli adımların atılamamış olması ister istemez DSÖ'nün yönetim performansını birçok açıdan eleştirilere açık hâle getirmiştir.

Detaylı bir değerlendirme yapılacak olursa, somut eleştirilerin başında Çin'in ilk resmi bildirimini 31 Aralık 2019'da yapmış olmasına rağmen, Acil Durum Komitesi'nin toplanmasının üç hafta almış olması gelmektedir. Bu gecikme, Çin'in ilk bildiriminden sonraki süreçte COVID-19'un insandan insana bulaşıp bulaşmadığının belirgin olmamasıyla açıklansa da ne olursa olsun üç haftalık bir sürenin ciddi bir gecikme olduğuna dair kanaat hâlâ mevcuttur.¹³¹

¹²⁴ Teo Armus, 'Trump threatens to permanently cut WHO funding, leave body if changes aren't made within 30 days' (*Washington Post*, 19 Mayıs 2020) <<https://www.washingtonpost.com/nation/2020/05/19/who-funding-trump/>> Erişim Tarihi 25 Mayıs 2020.

¹²⁵ Burundi hükümetinin bu yöndeki kararı için bkz 'UPDATE 2-Burundi kicks out WHO team amid election campaign' (*Reuters*, 14 Mayıs 2020) <<https://www.reuters.com/article/health-coronavirus-burundi/update-1-burundi-expels-national-who-head-during-election-campaign-idUSL8N2CW2LB>> Erişim Tarihi 26 Mayıs 2020.

¹²⁶ Bogdandy ve Villarreal, 'International Law on Pandemic Response: A First Stocktaking In Light of the Coronavirus Crisis' (n 36) 5.

¹²⁷ Lee (n 19) 31; Gostin, 'A Proposal for Framework Convention on Global Health' (n 55) 993.

¹²⁸ Lee, *The World Health Organization* (n 62) 82.

¹²⁹ Clare Wenham, 'Public-health Experts Question Whether the WHO Has Been Too Deferential to China in Its Handling of the New Virus' (2017) 372 *Phil Transactions Royal Soc B* 1, 1-2.

¹³⁰ Yanzhong Huang, 'The Sars Epidemic And Its Aftermath In China: A Political Perspective' (*NCBJ*) <<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/books/NBK92479/>> Erişim Tarihi 26 Mayıs 2020; Tom Christensen, Martin Painter, 'The Politics of SARS – Rational Responses or Ambiguity, Symbols and Chaos?' (2004) 23 *Politics and Society* 18, 18.

¹³¹ 'COVID-19 and International Law: What went wrong and what can we learn from it?' (n 83) s 7.

İlkiyle bağlantılı bir diğer önemli eleştiri ise DSÖ'nün 2005 tarihli UST'deki düzenlemelerle birlikte, uluslararası kamu sağlığını ilgilendiren bir mesele ortaya çıktığında sadece devletlerin resmi mercilerinden gelen bildirimlerle kendisini sınırlamak zorunda olmadığı ve devletdışı aktörlerden (özel medya organları, sivil toplum kuruluşları, meslek birlikleri vb.) izlenen bilgileri de dikkate alabileceği ve alması gerektiği hususuyla alakalıdır. Buna göre, Çin yetkilileri 2019 yılının sonunda resmi bildirim yapmış olsa da bunun öncesinde COVID-19'un niteliğine ilişkin kamuoyuna yansımış ve son derece kayda değer bilgilerin ve olayların dikkate alınması gerekirdi.¹³² DSÖ daha erken harekete geçilmesi noktasında bu son derece etkili olabilecek yetkisini kullanmamış gözükmektedir.¹³³

DSÖ'nün gerekli adımları atmakta geciktiğine ilişkin bir başka eleştiri, örgütün COVID-19'un salgın statüsünde olduğunu ilân etmek için 11 Mart'a kadar beklemiş olmasıdır. O tarihe kadar zaten 114 devletin 100.000'den fazla vaka rapor etmiş olması, durumun vahametinin DSÖ tarafından zamanında kavranamadığı eleştirilerini güçlendirmektedir.¹³⁴

En önemli eleştirilerden biri, DSÖ'nün uluslararası toplumun birçok kesimince salgına yönelik iyi bir yönetim sergilememekle ve yükümlülüklerini yerine getirmemekle itham edilen Çin'i olumlayan açıklamalarda bulunmuş olmasıdır. Çin'in aldığı ve hızla devreye soktuğu sıkı önlemler doğrudan DSÖ Genel Direktörü tarafından övgüyle karşılanmıştır.¹³⁵ DSÖ-Çin Ortak Komitesi, Çin'in tarihteki belki "en azimli, seri ve atılgan salgın önleme gayretini" ortaya koyduğunu rapor etmiştir.¹³⁶ Komite, Çin'in salgını önlemedeki "cesur yaklaşımının" gidişatı olumlu anlamda değiştirdiğini söylemiştir.¹³⁷ Böylelikle, DSÖ'nün bu tip Çin'i savundur gibi gözükten açıklamalarda bulunması, Çin'i eleştiren geniş kesimler nezdinde Çin ve DSÖ ilişkisinin gündeme gelmesine yolu açmış, örgütün bağımsızlığı, hatta DSÖ

¹³² Bu çerçevede özellikle Tayvanlı sağlık yetkililerin yaptıkları uyarılara dikkat çekilmektedir, bkz 'Fighting the Coronavirus Pandemic: China's Influence at the World Health Organization' (IM, 23 Mart 2020) <<https://www.institutmontaigne.org/en/blog/fighting-coronavirus-pandemic-chinas-influence-world-health-organization>> Erişim Tarihi 27 Mayıs 2020.

¹³³ 'COVID-19 and International Law: What went wrong and what can we learn from it?' (n 83) s 6.

¹³⁴ 'Fighting the Coronavirus Pandemic: China's Influence at the World Health Organization' (n 132).

¹³⁵ DSÖ Genel Direktörü, 'IHR Emergency Committee on Novel Coronavirus (2019-nCoV)', WHO, 30 Ocak 2020) <[https://www.who.int/dg/speeches/detail/who-director-general-s-statement-on-ih-emergency-committee-on-novel-coronavirus-\(2019-ncov\)](https://www.who.int/dg/speeches/detail/who-director-general-s-statement-on-ih-emergency-committee-on-novel-coronavirus-(2019-ncov))> Erişim Tarihi 28 Mayıs 2020; DSÖ Genel Direktörü Adhanom Ghebreyesus "China is actually setting a new standard for outbreak response"; ayrıca bkz Thomas Bollyky, Vin Gupta, 'What World Can Learn from China's Experience with Coronavirus?' (Foreign Affairs, 2 Mart 2020) <<https://www.foreignaffairs.com/articles/china/2020-03-02/what-world-can-learn-chinas-experience-coronavirus>> Erişim Tarihi 28 Mayıs 2020.

¹³⁶ 'Report of the WHO-China Joint Mission on Coronavirus Disease 2019 (COVID-19)' (n 3) 16.

¹³⁷ Ibid 17.

Genel Direktörü'nün Çin ile olan kişisel bağları sorgulanmaya başlanmıştır.¹³⁸ DSÖ'nün uluslararası toplumun geneli için güvenilir bir merci olarak görülmesinin çok önemli olduğunun ve bağımsızlığına yönelik bir şüphenin ciddi yansımalarının olacağını altı çizilmektedir.¹³⁹

Görüldüğü kadarıyla, şu an DSÖ, Çin ile olan yoğun ilişkilerini işlevselliğini sürdüreceği şekilde muhafaza etmek¹⁴⁰ ile kendi ahlaki ve hukuki otoritesini muhafaza etmek arasındaki ince bir ipte yürümek durumunda kalmıştır.¹⁴¹ Henüz yakın bir tarihte, 18 Mayıs'ta ABD Başkanı'nın DSÖ Genel Direktörü'ne gönderdiği mektup, örgüte karşı eleştirel konumda bulunanların ithamlarının ulaşabileceği seviyeyi gözler önüne sermektedir.¹⁴² Genel olarak ise DSÖ'nün 2005'ten sonra sahip olduğu daha geniş ve kural koyucu yetkilerini kullanmakta bir kez daha oldukça çekingen davranmasının, örgütü küresel sağlık yönetimine liderlik edebilecek bir konumdan ziyade salt teknik bir kuruma dönüştürdüğü eleştirileri güçlendirdiği söylenebilecektir.¹⁴³

DSÖ açısından meseleye bakıldığında öncelikle şu tespiti yapmak hakkaniyetli olacaktır: Ne kadar küresel sağlık yönetiminin odak mercii konumunda olursa olsun DSÖ bir uluslararası örgüt olarak kendisine üye devletlerin işbirliği yapma iradesine bağlı durumdadır. Bu gerçeğin salgın yönetimi ve 2005 tarihli UST özelindeki yansımaları ise devletlerden bilgi akışı olmadan işlevsel bir küresel yönetimin ve koordinasyonun neredeyse imkânsız oluşudur. Zaten 2005 tarihli UST, tarihsel olarak ekonomik kaygılardan ötürü kendi ülkelerinde ortaya çıkan salgınları bildirme konusunda pek istekli olmayan devletlerin şeffaflığı, bilgi paylaşımını ve iletişim kanallarını arttırması temelinde tasarlanmıştır. Bu bakımdan DSÖ'ye yöneltilen suçlamalar sınırlı olabilecektir, zira DSÖ'nün üye devletlerin ülkelerinde zorlayıcı bir şekilde veri ve bilgi toplayacak bir kurumsal yetkisi söz konusu değildir. Devletlerin

¹³⁸ Kathy Gilsinan, 'How China Deceived the WHO' (*The Atlantic*, 12 Nisan 2020) <<https://www.theatlantic.com/politics/archive/2020/04/world-health-organization-blame-pandemic-coronavirus/609820/>> Erişim Tarihi 28 Mayıs 2020; Chris Pleasance, 'How the man running World Health Organisation trashed by Trump as China-centric is a career politician who worked for a Communist junta and became WHO's first NON-doctor Director-General 'following intense lobbying from Beijing'' (*DailyMail*, 8 Nisan 2020) <<https://www.dailymail.co.uk/news/article-8199719/Dr-Tedros-Ghebreyesus-career-politician-running-China-centric-WHO.html>> Erişim Tarihi 28 Mayıs; Abhijit Iyer-Mitra, 'WHO and China covered Tedros' past — but what is worrying is how India fell for it' (*ThePrint*, 13 Nisan 2020) <<https://theprint.in/opinion/who-and-china-tedros-past-worrying-how-india-fell-for-it/400945/>> Erişim Tarihi 28 Mayıs 2020; Kate Kelland, Stephanie Nebhay, 'Caught in Trump-China feud, WHO leader under siege' (*The Japan Times*, 16 Mayıs 2020) <<https://www.japantimes.co.jp/news/2020/05/16/asia-pacific/us-donald-trump-china-who-tedros-adhanom-ghebreyesus/>> Erişim Tarihi 28 Mayıs 2020; Bradley A Thayer, Lianchao Han, 'China and the WHO's chief: Hold them both accountable for pandemic' (*The Hill*, 17 Mart 2020) <<https://thehill.com/opinion/international/487851-china-and-the-whos-chief-hold-them-both-accountable-for-pandemic>> Erişim Tarihi 28 Mayıs 2020.

¹³⁹ Jeremy Page, Betsy McKay, 'The World Health Organization Draws Flak for Coronavirus Response' (*Wall Street Journal*, 12 Şubat 2020) <<https://www.wsj.com/articles/the-world-health-organization-draws-flak-for-coronavirus-response-11581525207>> Erişim Tarihi 28 Mayıs 2020.

¹⁴⁰ DSÖ'nün Çin ile olan ilişkisinin bütçe odaklı düşünülmemesi gerektiği, zira Çin'in DSÖ'ye olan katkısının kayda değer miktarda olmadığını da vurgulayanlar olmuştur, bkz 'Fighting the Coronavirus Pandemic: China's Influence at the World Health Organization' (n 132).

¹⁴¹ Lee (n 19) 49.

¹⁴² *The White House*, 18 Mayıs 2020 <<https://www.whitehouse.gov/wp-content/uploads/2020/05/Tedros-Letter.pdf>> Erişim Tarihi 28 Mayıs 2020.

¹⁴³ Lawrence Gostin vd, 'The Normative Authority of the World Health Organization' (2015) 129(7) *Public Health* 854, 861.

yükümlülüklerine uymamaları ve işbirliğine yanaşmamaları ihtimallerinde DSÖ'den olabilecek en büyük beklenti, devletdışı aktörlerden gelen bilgileri iyi takip etmesi olabilecektir. Ancak hangi devletdışı aktörden gelen ve hangi nitelikteki bilgilerin dikkate alınması gerektiğine dair ikincil bir sorun da göz ardı edilmemeli ve DSÖ'nün hiçbir filtre uygulamaksızın her türlü uyarıya aynı önemi vermesi beklenmemelidir.¹⁴⁴ Kaldı ki devletdışı aktörlerden gelen bilgi akışının devletler tarafından bastırılması yahut manipüle edilmesi oldukça mümkündür. Bu bakımdan, isabetli bilgi paylaşımında bulunan ancak kendi ülkelerinde devletin baskısına maruz kalabilecek devletdışı aktörlerin korunması için de azami özen gösterilmeli ve 2005 tarihli UST'nin 9. maddesinde yer alan, DSÖ'nün devletdışı aktörlerden gelen bilgilerin gizliliğini koruyabilme yetkisi dikkatle kullanılmalıdır. Nihayetinde, yine mesele devletlerin tutumu ile çok yakından ilişkilidir. Nitekim uluslararası sağlık hukuku ve bilhassa küresel salgın yönetimi hususunda uluslararası hukukun genel bir ilkesi olan “iyi niyet ilkesinin” oldukça öne çıktığı belirtilmiştir.¹⁴⁵ Nihayetinde, COVID-19 salgınında, 2005 tarihli UST'nin 21. yüzyılın başında sağlık alanında uluslararası işbirliğine getirdiği çerçeveye rağmen Çin'in DSÖ'yü zamanında bilgilendirmemesi esas olarak DSÖ'nün değil, Çin'in sorumluluğunun tartışılmasını gerektirmektedir.¹⁴⁶ Nitekim DSÖ Acil Durum Komitesi'nin bazı üyeleri de Çin'in salgının ilk aşamasında yavaş bilgi sağlamasından yakınmıştır.¹⁴⁷

Ayrıca ifade etmek gerekir ki salgın gibi hızla etki alanı genişleyen krizlerde ilk aşamada yaşatılan bir gecikme, daha sonraki adımların gecikmesine de doğal olarak zemin hazırlamaktadır. DSÖ'nün “uluslararası düzeyde halk sağlığı acil durumu” ve salgın ilânlarında gecikmesi bu şekilde izah edilebilir.¹⁴⁸ Ancak her bir kararın gecikmeli olarak verilip verilmediği kendi müstakil koşulları bağlamında değerlendirilerek kesin bir sonuca ulaşılabilecektir. Örneğin, kanaatimize göre, “uluslararası düzeyde halk sağlığı acil durumu” ilânının gecikmesi, Çin'den gelen yavaş ve yetersiz bilgi akışıyla açıklanabilecekken, salgın ilânının gecikmesini sadece bu sebebe bağlamak güçtür.

COVID-19 salgınından çıkarılması gereken derslerden biri, her türlü gecikmenin ve yetersizliğin faturasının DSÖ'ye çıkarılmasından ziyade, devletlerin olası bir salgın durumunda iyi niyet ilkesine uygun davrandığı ve hızlı bir şekilde masanın

¹⁴⁴ Bazı devletdışı aktörlerin DSÖ ile çok yakın bir ilişki içerisinde olduğu gerçeği de göz ardı edilmemesi gereken bir husustur. DSÖ'ye ciddi bir finansman katkısında bulunan Bill&Melinda Gates Foundation bu durumun en iyi örneğidir, bkz Natalie Huet, Carmen Paun ‘Meet the world’s most powerful doctor: Bill Gates’ (Politico, 4 Mayıs 2017) <<https://www.politico.eu/article/bill-gates-who-most-powerful-doctor/>> Erişim Tarihi 19 Mayıs 2020.

¹⁴⁵ Pedro Villarreal, ‘The 2019-2020 novel coronavirus outbreak and the importance of good faith for international law’ (Voelkerrechtsblog, 28 Ocak 2020) <<https://voelkerrechtsblog.org/the-2019-2020-novel-coronavirus-outbreak-and-the-importance-of-good-faith-for-international-law/>> Erişim Tarihi 28 Nisan 2020.

¹⁴⁶ Lee (n 19) 48.

¹⁴⁷ Primrose Riordan, Sue-Lin Wong, ‘WHO Expert Says China Too Slow to Report Coronavirus Cases’ (Financial Times, 5 Şubat 2020) <<https://www.ft.com/content/8ede7e92-4749-11ea-aeb3-955839e06441>> Erişim Tarihi 28 Mayıs 2020.

¹⁴⁸ Anderson vd (n 13) 17.

etrafında buluşup çok taraflı bir istişare ve eylem mekanizmasının gerekliliği olmalıdır. Böyle bir ders çıkarıldıktan sonra, bu tip bir mekanizmaya DSÖ rahatlıkla koordinatörlük yapabileceği gibi, bu tercih edilmezse DSÖ bu mekanizmada salt bir katılımcı olarak da yer alabilir.¹⁴⁹ Kilit husus, devletlerin bu yönde bir iradeyi ortaya koymaları ve işbirliği eksikliğinin salgının sonuçlarını çok daha vahim hâle getirdiğini takdir etmeleridir.¹⁵⁰ Öte yandan, devletler yukarıda belirtilen şekilde toplu bir irade ortaya koyabilirlerse, 2005 tarihli UST'nin DSÖ'ye daha geniş izleme, değerlendirme ve düzenlemelere uyumu artırma yetkilerini verecek bir şekilde güncellenmesi de tartışılabilir.¹⁵¹ Mevcut durumda hem DSÖ'nün kendi kurumsal yetkisi ve kapasitesi bu işlevleri sağlamak için yeterli değildir hem de 2005 tarihli UST'ye taraf devletlerin birçoğu Tüzük çerçevesindeki temel bazı yükümlülüklerini yerine getirmekten kaçınılabilmektedir.¹⁵² Böylece, öngörülen sistemin işleyişinde yapısal sorunlar ortaya çıkmaktadır.¹⁵³ Mevcut uygulama oldukça ağırlıklı bir şekilde devletlerin kendi kendilerini değerlendirmelerine bağlıdır. Dolayısıyla, bu konuda devletleri zorlayıcı bir mekanizma yoktur. 2005 tarihli UST hükümlerinin ihlâl edilmesi durumunda devletlere uygulanacak belirgin bir yaptırım mekanizmasının oluşturulmaması ve öngörülen uyumsuzluk çözüm mekanizmasının ihtiyari niteliği,¹⁵⁴ tüzüğün etkinliğini azaltmaktadır.¹⁵⁵

DSÖ'nün etkinliğinin sağlanması için yapılan önerilerden biri de örgütün devlet merkezci bir yaklaşımdan biraz uzaklaşması ve DSM'nin devlet yetkililerine ek olarak sivil topluma ve genel olarak devlet dışı aktörlere sağladığı katılım imkânının artırılmasıdır.¹⁵⁶ Böylece, devletlerin üzerindeki sivil toplum denetiminin ve baskısının uluslararası bir zeminde artırılmasının olanaklı olacağı düşünülmektedir. Ayrıca DSÖ'nün uluslararası koordinasyon görevini daha etkili bir şekilde gerçekleştireceği umulmaktadır.¹⁵⁷

DSÖ'nün hâlihazırda sahip olduğu kural koyma (normatif) yetkilerini daha çok kullanma yönünde bir yaklaşım geliştirmesi de çözüm önerileri arasında yer alabilir.¹⁵⁸ DSÖ'nün bu yetkiyi kullanma konusunda çekingen olmasını tarihsel

¹⁴⁹ 'COVID-19 and International Law: What went wrong and what can we learn from it?' (n 83) 8.

¹⁵⁰ 2014-2016 yılları arasındaki Ebola salgınındaki işbirliği eksikliğinin sonuçlarına dair bkz David Fidler, 'The Ebola Outbreak and the Future of Global Health Security' (2015) 385, *The Lancet* 1888.

¹⁵¹ 'COVID-19 and International Law: What went wrong and what can we learn from it?' (n 83) 10.

¹⁵² Lee (n 19) 50; Deniz Baran, 'Covid-19 Salgını ve Çin'in Uluslararası Hukuk Açısından Sorumluluğu' (*GPoT Center*, Nisan 2020) <<http://www.gpotcenter.org/sites/default/files/opinion/Covid-19%20Salgini%20ve%20Cin'in%20Uluslararası%20Hukuk%20Acısından%20Sorumluluğu.pdf>> Erişim Tarihi 17 Mayıs 2020.

¹⁵³ *Ibid* 48.

¹⁵⁴ 'Uluslararası Sağlık Tüzüğü' (n 72) m 56.

¹⁵⁵ Steven Hoffman, 'Making The International Health Regulations Matter: Promoting Compliance Through Effective Dispute Resolution' in Simon Rushton ve Jeremy Youde (eds), *Routledge Handbook of Global Health Security* (Routledge 2015) 239.

¹⁵⁶ Fidler, 'The Future of the World Health Organization: What Role for International Law?' (n 37) 1118-1122.

¹⁵⁷ Lee (n 19) 52.

¹⁵⁸ Gostin, 'A Proposal for Framework Convention on Global Health' (n 55) 996.

olarak haklı gösteren olgular yok değildir. DSÖ'nün teknik düzenlemelerin biraz dışına taşan adımları birçok kez politik meşruiyet tartışmalarına sebep olmuş, yapılan girişimler hızla siyasallaştırılabilmektedir.¹⁵⁹ Öyle ki DSÖ birçok uluslararası örgütte olmayan nitelikteki kural koyma yetkisine rağmen günümüze kadar sadece bir genel uluslararası sözleşme (Tütün Kontrolüne ilişkin Çerçeve Sözleşme)¹⁶⁰ ve iki düzenleme (Uluslararası Sağlık Tüzüğü ve Hastalıklar ile Ölüm Sebeplerine ilişkin İsimlendirme Tüzüğü¹⁶¹) yapmıştır. Ancak COVID-19 salgınının küresel ölçekteki sarsıcılığı ile birlikte, daha etkili bir küresel sağlık yönetimi için kural koyma noktasında daha çok inisiyatif alan bir DSÖ ihtiyacı öne çıkmaktadır. Örneğin, temel bir insan hakkı olarak sağlık hakkı meselesi DSÖ'nün doğrudan faaliyet alanı dahilinde olmasına rağmen bu alanda genelgeçer normları bu zamana kadar sadece BM Ekonomik, Kültürel ve Sosyal Haklar Komitesi geliştirmiş¹⁶² ve 1977 yılındaki "Herkes için Sağlık"¹⁶³ gibi bağlayıcı kurallar üretmeyen bazı programlar dışında DSÖ'den bu meseleye anlamlı bir katkı gelmemiştir.

DSÖ'nün sıkça eleştirildiği noktalardan biri de, salgın dönemlerinde önemli bir rol oynayan Acil Durum Komitesi'nin aldığı kararların yeterince şeffaf olmayışıdır. Acil Durum Komitesi'nin yaptığı toplantıların notları yayımlanmamaktadır. Ayrıca Komite'nin kararları her zaman son derece kısa ve herhangi bir muhalif görüşe yer verilmeksizin tek bir kanaatin belirtilmesi şeklinde kamuoyuna açıklanmaktadır. Dolayısıyla, Komite içerisindeki tartışmalar ve farklı fikirler kamuoyuna yansımamaktadır. Böyle bir usul yerine, verilen kararların daha detaylı olması ve var ise farklı fikirlere de en azından muhalif görüş şeklinde yer verilmesi gerektiği belirtilmektedir.¹⁶⁴

Üzerinde durulması gereken bir başka komite de İnceleme Komitesi'dir. Mevcut hukuki çerçevede, İnceleme Komitesi'nin raporları DSÖ organlarının veya yetkililerinin görevi suiistimal ettiğine dair kesin bulgulara ulaşsa dahi, bunların herhangi bir bağlayıcılığı yoktur. Bu durum, İnceleme Komitesi'nin denetim gücünü ciddi ölçüde etkisizleştirmektedir. İnceleme Komitesi'nin oluşturulması ve Komite üyelerinin seçilmesi sürecinde DSÖ Genel Direktörü'nün geniş yetkiye sahip olması da Komite'nin bağımsızlığını ve ne denli etkili bir denetim yapabileceğini şüpheye

¹⁵⁹ Sudeepa Abeyasinghe, *Pandemics, Science and Policy. H1N1 and the World Health Organization* (Palgrave Macmillan 2015) 133-171; Marcos Cueto, 'The Origins of Primary Health Care and Selective Primary Health Care' (2004) 94 *American Journal of Public Health*, 1864, 1864-1866; Steinbrück-Platise (n 63) 90-92.

¹⁶⁰ 'Who Framework Convention On Tobacco Control' (WHO, 2003) <<https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/42811/9241591013.pdf?sequence=1>> Erişim Tarihi 29 Mayıs 2020; detaylı bir inceleme için bkz Gostin, *Global Health Law* (n 21) 205-242.

¹⁶¹ 'Regulations Regarding Nomenclature' (WHO) <<https://www.who.int/classifications/icd/docs/en/NOMREGS.pdf>> Erişim Tarihi 29 Mayıs 2020.

¹⁶² BM Ekonomik ve Sosyal Konsey, 'General Comment 14: The right to the highest attainable standard of health (2000) (E/C.12/2000/4).

¹⁶³ Dünya Sağlık Örgütü, Resolution WHA 30.43.

¹⁶⁴ Bogdandy ve Villarreal, 'Critical Features of International Authority in Pandemic Response: The WHO in the COVID-19 Crisis, Human Rights and the Changing World Order' (n 94) 11-12.

düşürmektedir. DSÖ'nün faaliyetleri üzerinde etkili bir denetim mekanizmasının tesis edilmesi için, İnceleme Komitesi'ni daha bağımsızlaştıracak ve yetkili hâle getirecek bazı değişiklikler yapılabilir. Ayrıca, hem Acil Durum hem de İnceleme Komitesi'ne seçilecek isimlerin yer aldığı DSÖ uzman listesinin¹⁶⁵ adil bir coğrafi temsil sağlamadığı yönündeki eleştiriler dikkate alınmalı¹⁶⁶ ve bu liste daha kapsayıcı hâle getirilmelidir.

DSÖ kendisinin sağlık izleme, raporlama ve veri depolama mekanizmalarını her zaman modern teknoloji ile uyumlu hâle getirmeli, böylece en etkili takip yollarına sahip olmalıdır. Ancak bir diğer önemli husus, 2005 tarihli UST'nin temelinde taraf devletlerin gözetim ve tespit kapasitelerini arttırmaları olduğu hâlde, gelişmekte olan veya az gelişmiş devletlerin bunu sağlayacak kapasiteden yoksun olabilmesi karşısında bu devletlere yardım yükümlülüğünü getiren herhangi bir bağlayıcı hükmün 2005 tarihli UST'de yer almamasıdır. COVID-19 krizi Çin gibi gelişmiş bir devlette ortaya çıktığı ve az gelişmiş devletlerin yoğun olarak yer aldığı Sahra altı Afrika gibi bölgelere geç ulaştığı için bu anlamda şimdilik çok büyük bir kriz yaşanmasa da gelecekte ortaya çıkabilecek başkaca bulaşıcı hastalıkların gözetimi ve erken tespiti için, tüm devletlerin asgari düzeyde kapasite geliştirmesinin yolları üzerinde düşünülmelidir.¹⁶⁷ Bu minvalde, kalkınmış devletlerin ve güçlü özel sektör aktörlerinin geliştirmekte olan veya en azından az gelişmiş devletlere ulusal sağlık sistemlerini geliştirmeleri için teknik ve finansal yardımda bulunması meselesi gündeme getirilmelidir.¹⁶⁸ Neredeyse hiçbir az gelişmiş devletin salgınların yıkıcı etkilerinin yükünü taşıyacak sağlık altyapısı mevcut değildir. Bu devletlere yardım edilmesi ve bunların asgari düzeyde bir sağlık altyapısına kavuşturulması sadece bir sosyal adalet meselesi olmayıp aynı zamanda son derece küreselleşmiş bir dünyada kamusal sağlığın küresel ölçekte korunması için bir ihtiyaçtır. Zira uluslararası toplumun ciddi bir kısmını oluşturan bu devletlerin kendi ülkelerinde bulaşıcı hastalıkları yeterli bir şekilde takip ve kontrol etme kapasitesinden yoksun olması tüm diğer devletleri de riske atmaktadır. Yolsuzluk, bürokratik engeller ve teknik beceri yoksunluğu gibi olası sorunları da hesaba katarak¹⁶⁹ hazırlanacak bir küresel çapta sağlık altyapısını geliştirme plânı salgınların ortaya çıkardığı tehlikelerin çok daha azaltılması yolunda muazzam bir etki sağlayacaktır.¹⁷⁰ Ancak tarihsel deneyimin bize gösterdiği üzere, uluslararası toplumun böyle bir yönelime girmesi bazı

¹⁶⁵ 'Uluslararası Sağlık Tüzüğü' (n 72) m 47.

¹⁶⁶ Dünya Sağlık Örgütü, 'Annual Report on the Implementation of the International Health Regulations, Report by the Director-General' (2019) (A72/8) para 26.

¹⁶⁷ Fidler ve Gostin (n 74) 88.

¹⁶⁸ Gostin, 'World Health Law: Toward a New Conception of Global Health Governance for the 21st Century' (n 39) 420.

¹⁶⁹ Ibid 422; David Bishop, 'Lessons from SARS: Why the WHO Must Provide Greater Economic Incentives for Countries to Comply with International Health Regulations' (2005) 36 Geo J Int'l L 1173, 1211-1212.

¹⁷⁰ Kimileri bu ihtiyacı "sağlık alanında bir Marshall Plânı'nın gerekliliği olarak nitelemektedir, Gostin, 'A Proposal for Framework Convention on Global Health' (n 55) 989- 990.

devletlerin söz konusu meseleye ilişkin küresel öncü rolünü üstlenmesiyle mümkün olmaktadır. İkinci Dünya Savaşı'nın bitişinden bu yana ABD'nin uluslararası sağlık hukuku ve salgınlarla mücadele konusunda böyle bir rol oynadığını, dolayısıyla mevcut küresel sağlık yönetiminin inşasının ve muhafazasının zeminini hazırladığını söylemek mümkündür.¹⁷¹ Ayrıca dönem dönem güçlenen sosyalist blok devletlerinin, belli uluslararası sağlık hukuku standartlarının oluşturulması için etkili bir lobi yapabildiği söz konusu olmuştur.¹⁷² Fakat günümüzde bu şekilde öncü rol üstlenecek bir güç merkezinin olmaması kaygı vericidir. Böyle öncü aktörlerin yokluğunda, az gelişmiş devletlere yardım yapılması bir yana, aşı çalışmalarının tekelleştirilmesine yönelik hamleler veya tıbbi malzemelere el koyma uygulamaları gibi durumlar sıklıkla gündeme gelmektedir.¹⁷³

Yine COVID-19 salgınında ortaya çıkmıştır ki DSÖ ve salgının birincil olarak etkilediği uluslararası ticaret ve ulaşım gibi diğer alanlardaki temel küresel yönetim örgütleri tarafından salgın sırasında atılan adımların birbirine uyumlu olması gerekmektedir.¹⁷⁴ Bu bakımdan, DSÖ'nün Uluslararası Sivil Havacılık Örgütü (ICAO) yahut Dünya Ticaret Örgütü (DTÖ) gibi örgütlerle resmi veya yarı resmi, kriz masası benzeri ortak bir istişare mekanizması kurması faydalı olacaktır. Örneğin, DTÖ'nün ortaya koyduğu uluslararası ticaret hukuku anlaşmalarının üzerinde DSÖ'nün ortaya koyduğu uluslararası sağlık hukuku rejiminin pek bir etkisi görülememekte ve bu durum ister istemez bazı kopukluklara yol açmaktadır.¹⁷⁵ 2005 tarihli UST'nin hazırlık çalışmalarının (*travaux préparatoires*)¹⁷⁶ arşivlenmemiş olması da söz konusu kopuklukları gidermek için Tüzük hükümlerinin yorumlanmasına başvurulmasını zorlaştırmaktadır, zira mevcut durum büyük yorum farklarının ortaya çıkmasına zemin hazırlamaktadır.¹⁷⁷ Söz konusu kopuklukları gidermenin en iyi yolu, farklı uluslararası hukuk rejimlerinin temel küresel yönetim mercii konumundaki örgütlerin doğrudan istişarede ve işbirliğinde bulunması olacaktır.

Son olarak ifade etmek gerekir ki DSM'nin 19 Mayıs 2020'de yaptığı toplantıda DSÖ'nün COVID-19 sürecini yönetirken attığı adımlara ilişkin bağımsız bir soruşturma kararı alması, DSÖ'ye yönelik yukarıdaki eleştirilerin detaylı bir

¹⁷¹ Lee (n 19) 41.

¹⁷² Genel olarak bkz Anne-Emanuelle Birn, Nikolai Kremetsov, 'Socialising' primary care? The Soviet Union, WHO and the 1978 Alma-Ata Conference' (2018) 3(3) BMJ Global Health 1.

¹⁷³ Rana Moustafa Fouad, 'The Legal Duty to Cooperate amid COVID-19: A Missed Opportunity?' (*EJIL Talk*, 22 Nisan 2020) <<https://www.ejiltalk.org/the-legal-duty-to-cooperate-amid-covid-19-a-missed-opportunity/>> Erişim Tarihi 28 Mayıs 2020.

¹⁷⁴ 'The Collapse of Global Cooperation under the WHO International Health Regulations at the Outset of COVID-19: Sculpting the Future of Global Health Governance' (*ASIL*, 5 Haziran 2020) <asil.org/insights/volume/24/issue/15/collapse-global-cooperation-under-who-international-health-regulations> Erişim Tarihi 28 Mayıs 2020, s 4-5.

¹⁷⁵ Gostin, 'A Proposal for Framework Convention on Global Health' (n 55) 996-997.

¹⁷⁶ 'Travaux préparatoires'ın uluslararası anlaşmalardaki rolü için bkz Herbert Briggs, 'The Travaux Préparatoires of the Vienna Convention on the Law of Treaties' (1971) 65 American Journal of International Law 705.

¹⁷⁷ Kamradt-Scott (n 69) 267.

değerlendirmesinin yapılması imkanını sunacaktır.¹⁷⁸ Bu soruşturmanın kapsamlı ve objektif bir şekilde yapılması durumunda, DSÖ'nün uluslararası salgın yönetiminde ne tür yapısal değişikliklere ihtiyaç duyduğunu daha isabetli bir şekilde tespit etmek de mümkün olacaktır.

III. Sağlık Hukukunun Ötesinde Uluslararası Hukuk ve COVID-19

Şüphesiz ki COVID-19 meselesinin uluslararası hukuku ilgilendirdiği tek alan uluslararası sağlık hukuku ve DSÖ sistemi değildir. Kamu sağlığının hayatın birçok yönünü etkileyen niteliğinden ötürü, uluslararası hukukun her biri kendi içerisinde ayrı bir teleolojiye ve mekanizmalara sahip farklı alt dalları COVID-19 tarzı salgınlardan etkilenmektedir.¹⁷⁹ Nitekim DSÖ rejiminin ve bilhassa Uluslararası Sağlık Tüzüğü'nün on yıllar içerisinde geçirdiği dönüşüm de uluslararası sağlık hukuku ile tüm temel küresel yönetim mekanizmalarının yakın bağına işaret etmektedir. Uluslararası havacılık hukukundan deniz hukukuna, insancıl hukuktan kalkınmaya ve yatırım hukukuna kadar birçok alan bu bağlamda sayılabilir.¹⁸⁰ Ancak tüm bu alanların müstakil bir şekilde değerlendirilmesi oldukça geniş bir yer tutacağı için, şu an mevcut salgın çerçevesinde sıklıkla gündeme gelmesi ve doğrudan etkilenmesi itibarıyla en çok öne çıkan üç alanı detaylı bir şekilde ele almayı isabetli bulmaktayız. Bunlar; uluslararası insan hakları hukuku, uluslararası ticaret hukuku ve uluslararası kolektif güvenlik alanlarıdır.

A. Uluslararası İnsan Hakları Hukuku ve COVID-19

COVID-19 salgınına karşı dünya çapında alınan önlemler, bu tip küresel salgınların insan haklarını ne denli kapsamlı bir şekilde sınırlayabileceğini göstermiştir. DSÖ, dünyanın dört bir tarafındaki devletlere kitlesel karantina önlemini kuvvetli bir şekilde tavsiye etmiş,¹⁸¹ en gelişkin uluslararası insan hakları hukuku araçlarına sahip olan Avrupa Konseyi'ne üye birçok devlet insan haklarına yönelik kısıtlayıcı veya askıya alıcı önlemleri meşrulaştıracak istisna hükümlere (*derogasyon-derogation*)¹⁸² başvurduklarına yönelik bildirimlerini ivedi bir şekilde Konsey'e iletmıştır.¹⁸³ Zira kamu sağlığının ve bilhassa bireylerin yaşam ve sağlık haklarının korunması da hem bir hak hem de devletlerin pozitif bir yükümlülüğüdür. Dolayısıyla, mevcut salgın bir yandan birçok siyasi, medeni, ekonomik, sosyal ve kültürel hakkın

¹⁷⁸ Dünya Sağlık Meclisi, 73. Toplantı (Sanal Ortamda).

¹⁷⁹ Pedro A Villarreal, 'Public International Law and Human Health: Bridging Conceptual Gaps Through Governance' (2018) 61 German Yearbook of International Law 45,45-50.

¹⁸⁰ Uluslararası hukukun farklı alanlarının küresel yönetim bağlamındaki etkileşimi için bkz Cüneyt Yüksel (n 10) 27-28.

¹⁸¹ DSÖ, 'Considerations for quarantine of individuals in the context of containment for coronavirus disease (COVID-19)' (19 Mart 2020) 2.

¹⁸² Derogasyon kavramına ilişkin genel bir değerlendirme için bkz Audrey Lebet, COVID-19 pandemic and derogation to human rights, Journal of Law and the Biosciences, Isaa015.

¹⁸³ Moldova'dan gelen ilk bildirim için bkz 'Notification of 18 March 2020' <<https://rm.coe.int/09000016809cf9a2>> Erişim Tarihi 2 Haziran 2020.

özgürce kullanılmasını olumsuz etkilemekte, öte yandan ise söz konusu olumsuz etkileri doğuran kısıtlamalar sağlık ve yaşam haklarının bir tezahürü olarak ortaya çıkmaktadır. Elbette devletlerin sağlık ve yaşam haklarını koruma yükümlülüğünü yerine getirmesi ile seyahat özgürlüğü, kişi hürriyeti, ibadet hakkı, çalışma hakkı vb. diğer hakları koruma yükümlülüğü arasındaki hassas dengeyi kurmak oldukça zorlu bir iştir. Zira günümüz uluslararası insan hakları hukukunda teorik olarak siyasi, medeni, ekonomik, sosyal ve kültürel haklar arasında bir hiyerarşinin var olmadığı kabul edilmektedir.¹⁸⁴ Ancak ne kadar zorlu bir iş olursa olsun, bu dengenin kurulması geniş halk kitlelerinin, bilhassa da daha kırılgan durumdaki kesimlerin, belli haklarının ciddi bir şekilde ihlâl edilmesi sonucunu doğurabilmektedir. Salgınla mücadele için önlemler alınırken hiçbir kesimin ve bireyin göz ardı edilmemesi son derece mühimdir.¹⁸⁵

Uluslararası insan hakları hukukunun temel kaynaklarından biri olan 1966 tarihli BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 4. maddesinde ulusun yaşamını tehdit eden kamusal acil durumlarda devletlerin bazı insan hakları yükümlülüklerini yerine getirmeyi durdurabilecekleri düzenlenmektedir. Ayrıca bu tip önlemleri devreye sokan devletlerin, söz konusu önlemlerin mahiyetini ve gerekçelerini açıklayan bir bildirim gecikmeksizin BM Genel Sekreterliği'ne yapması gerektiği de aynı maddenin son fıkrasında belirtilmektedir. Nitekim, BM İnsan Hakları Komitesi 24 Nisan 2020'de yayımladığı bir açıklama ile salgınla mücadele kapsamında insan haklarını kısıtlayıcı önlemler almak durumunda kalan devletlerin BM Genel Sekreterliği'ne ivedi bir şekilde bildirimde bulunması gerekliliğini hatırlatmıştır.¹⁸⁶ Yine 1966 tarihli BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi'nin 4. maddesinde bu Sözleşme'de ihdas edilen hakların ancak her bir hakkın doğasına uygun bir şekilde ve demokratik bir toplumda genel refahın sağlanması için kısıtlanabileceği (sınırlandırma-*limitation*) yönünde genel bir düzenleme mevcuttur. Görülebileceği üzere, Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nde düzenlenen, devletlerin bazı insan hakları yükümlülüklerini yerine getirmeyi durdurabileceklerine ilişkin hüküm ancak ve ancak olağanüstü şartlarda, zaman bakımından sınırlı olacak şekilde ve belli hakların kullanımının sadece kısıtlanmasını değil, gerekirse tamamen durdurulmasını da kapsayacak mahiyettedir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS)¹⁸⁷ ve Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'nde¹⁸⁸ de benzer bir hüküm yer almaktadır. Ancak Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi'nin 4. maddesi olağanüstü durumlara bağlı olmayan, dolayısıyla sürekli geçerli olan ve belli hakların kullanımının durdurulmasını

¹⁸⁴ BM İnsan Hakları Yüksek Komiserliği, 'Key concepts on ESCRs - Are economic, social and cultural rights fundamentally different from civil and political rights?' <<https://www.ohchr.org/EN/Issues/ESCR/Pages/AreESCRfundamentallydifferentfromcivilandpoliticalrights.aspx>> Erişim Tarihi 3 Haziran 2020.

¹⁸⁵ 'BM Ekonomik ve Sosyal Konsey Açıklaması' (17 Nisan 2020) (E/C.12/2020/1).

¹⁸⁶ BM İnsan Hakları Komitesi, 'Statement on derogations from the Covenant in connection with the COVID-19 pandemic' (24 Nisan 2020) (CCPR/C/128/2).

¹⁸⁷ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (1952) (AİHS) m 15, 18.

¹⁸⁸ Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi (1948) m 27.

değil, sadece kısıtlanabilmesini öngören bir içeriğe sahip olması itibariyle oldukça farklıdır. İnsan Haklarına İlişkin Arap Şartı'ndaki sınırlama hükmü,¹⁸⁹ Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi'nin 4. maddesine benzemektedir. Her ne kadar COVID-19'un bir olağanüstü durum teşkil etmesi sebebiyle, Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi, AİHS ve Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'nde yer alan istisna hükümleri öncelikli olarak gündeme gelse de yukarıda belirtilen diğer uluslararası sözleşmelerdeki istisna hükümler de göz ardı edilmemelidir.

Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin Sınırlandırma ve Derogasyon Hükümlerine İlişkin Siracusa İlkeleri (kısaca Siracusa İlkeleri), bu Sözleşme'de ihdas edilen hakların COVID-19 salgını benzeri durumlarda hangi şartlar altında kısıtlanabileceğini detaylı bir şekilde ortaya koymaktadır.¹⁹⁰ Buna göre, alınacak kısıtlayıcı önlemlerin zorunlu bir kamusal veya toplumsal gereksinime yönelik olması, meşru bir amacı gütmesi, orantılı olması ve hedeflenen amaca ulaşılması için gerekli olan kısıtlama seviyesinden daha sıkı olmaması gereklidir.¹⁹¹ Ayrıca, Siracusa İlkeleri'nin 25. ve 26. paragrafları özel olarak kamusal sağlığı ilgilendiren durumlara ayrılmış olup söz konusu durumlarda diğer belli hakların kısıtlanabileceği ancak bu kısıtlamaların DSÖ düzenlemelerine uygun olması gerektiği belirtilmiştir. Öte yandan, doğrudan Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nde öngörülen başkaca şartlar da mevcuttur. Önlemlerin hiçbir şekilde ayrımcılık yapılmadan uygulanması,¹⁹² insanlık onuruna aykırı nitelikte olmaması¹⁹³ ve işbu Sözleşme'nin 6., 7., 8. (1. ve 2. paragraflar), 11., 15., 16. ve 18. maddelerindeki hakların hiçbir şekilde derogasyona maruz kalmaması gerekliliği bunlar arasında sayılabilir. BM İnsan Hakları Komitesi'nin Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin hükümlerine ışık tutmak için ortaya koyduğu Genel Yorumlar arasından derogasyon hükmüne ilişkin olan 29 Numaralı Genel Yorum'da seyahat hakkı, toplanma hakkı gibi bazı hakların yanı sıra çok olağanüstü durumlarda kişi hürriyetinin dahi kısıtlanabileceği ancak bu hakka ilişkin kısıtlamaların hukukiliğinin bir yargı kararı ile tasdik edilmesi gerekliliği belirtilmiştir.¹⁹⁴

Derogasyon veya sınırlandırma uygulamalarında temel olarak bilimsel ve tıbbi verilerin esas alınması gerekliliği ayrıca ifade edilmelidir. Yukarıda belirtilen insan hakları sözleşmelerinden ziyade 2005 tarihli UST'de dile getirilen¹⁹⁵ bu şart şüphesiz ki insan hakları hukukuyla doğrudan ilgilidir. Esasında, 2005 tarihli

¹⁸⁹ İnsan Haklarına İlişkin Arap Şartı (1945) m 4.

¹⁹⁰ Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin Sınırlandırma ve Derogasyon Hükümlerine İlişkin Siracusa İlkeleri (UN Doc. E/CN.4/1985/4) (1985).

¹⁹¹ Ibid para 1(10).

¹⁹² Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi (1966) m 2, 26.

¹⁹³ Ibid m 10.

¹⁹⁴ BM İnsan Hakları Komitesi, 'CCPR General Comment No. 29: Article 4: Derogations during a State of Emergency' (31 Ağustos 2001) (CCPR/C/21/Rev.1/Add.11).

¹⁹⁵ 'Uluslararası Sağlık Tüzüğü' (n 72) m 43(b).

UST'nin daha 1. maddeden başlayarak¹⁹⁶ birçok hükmünün insan hakları hukuku düzenlemelerini doğrudan ihtiva ettiğini belirtmek gerekir.¹⁹⁷ Ayrıca 2005 tarihli UST ile genel uluslararası insan hakları hukuku arasındaki bir diğer bağ da genel insan hakları hukuku kaynaklarının tüzüğün bazı hükümlerinin yorumlanmasında ve uygulanmasında doğrudan etkili olmasıdır.¹⁹⁸ Örneğin, 2005 tarihli UST'nin 3. ve 32. maddelerinde yer alan “insan haklarına, insanlık onuruna ve temel hürriyetlere saygı” yükümlülüklerine ilişkin herhangi bir detay verilmemiş olup bu açık uçlu ifadelerin yorumlanmasında genel insan hakları hukuku kaynaklarının devreye girmesine açık kapı bırakılmıştır.

Türkiye'nin de tarafı olduğu AİHS, derogasyona yönelik detaylı hükümler içermektedir. Nitekim Avrupa Konseyi, Nisan 2020'de üye devletlerin COVID-19 salgınına yönelik alacağı kısıtlayıcı önlemlerde dikkate alınması gereken hukuki çerçeveyi hatırlatmak adına bir rehber yayımlayarak tüm bu hükümleri detaylı bir şekilde ortaya koymuştur.¹⁹⁹ Öncelikli olarak, savaş sırasındaki hukuka uygun eylemler haricinde yaşam hakkının, işkence ve insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele veya cezalandırma yasağının, kölelik ve zorla çalıştırma yasağının ve kanunsuz ceza olmaz ilkesinin hiçbir şekilde derogasyona tabi olmayacağı düzenlenmektedir.²⁰⁰ Derogasyonun ancak savaş veya ulusun varlığını tehdit eden başka bir genel tehlike hâlinde meşru olacağı ve derogasyon bağlamında alınan önlemlerin ve gerekçelerinin Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne bildirilmesi gerektiği belirtilmektedir.²⁰¹

AİHS kaynaklı uyumsuzluklara bakan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) de verdiği birçok kararla yukarıda anılan hükümlerin çerçevesini detaylı bir şekilde çizmiştir. Örneğin, AİHM'in içtihatları savaş dışında derogasyonu mümkün kılacak diğer kamusal acil durumlarını tanımlayarak bu ucu açık kavrama bir açıklık getirmiştir.²⁰² Derogasyonun bir ülkede sadece resmi olarak olağanüstü hâl ve benzeri bir durum ilân edilmesiyle doğrudan meşrulaşmayacağı, keyfi kullanımı ve suiistimali engelleyecek bir ulusal mevzuatın esas alınması ve devletlerin demokratik topluma yaraşan değerleri korumak için elinden gelen her türlü çabayı göstermesi gerektiği AİHM tarafından belirtilmiştir.²⁰³ Bu noktada, Avrupa Konseyi'nin danışma organı statüsündeki Venedik Komisyonu'nun altını çizdiği “olağanüstü hâllerde

¹⁹⁶ 1. maddede yer alan tanımlar izolasyon ve karantina gibi son derece kısıtlayıcı uygulamalarının hangi durumlarda yapılması gerektiğinin çerçevesini de düzenlemektedir, detaylı bir inceleme için bkz A Wilder-Smith, David Freedman, ‘Isolation, Quarantine, Social Distancing and Community Containment: Pivotal Role For Old-Style Public Health Measures in The Novel Coronavirus (2019-Ncov) Outbreak’ (2020) 27 Journal of Travel Medicine 2.

¹⁹⁷ Bkz ‘Uluslararası Sağlık Tüzüğü’ (n 72) m 23, 30, 31, 32, 42, 43, 45.

¹⁹⁸ Fidler ve Gostin (n 74) 87.

¹⁹⁹ Avrupa Konseyi, ‘Respecting democracy, rule of law and human rights in the framework of the COVID-19 sanitary crisis: A toolkit for member states’ (7 Nisan 2020) (SG/Inf(2020)11).

²⁰⁰ ‘Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ (n 187) m 15 (2).

²⁰¹ Ibid m 15 (1) ve (3).

²⁰² *Lawless v. Ireland* App no App no 332/57 (ECtHR 1961) para 28.

²⁰³ *Mehmet Hasan Altan v. Turkey* App no 2016/23672 (ECtHR 2018) para 94, 210.

dahi hukukun üstünlüğüne riayet edilmelidir” ilkesi büyük öneme sahiptir.²⁰⁴ Öte yandan, AİHM devletlere derogasyona ve sınırlandırmalara başvurulacak durumların belirlenmesinde kayda değer bir takdir marjı vermiş, bu tip durumları ve ortaya çıkan ihtiyaçları en isabetli değerlendirecek mercinin devletler olduğunu belirtmiştir.²⁰⁵ Derogasyonun ve sınırlandırmaların sağlık hakkı vb. başkaca hakların korunması amacıyla uygulanması durumunda kanunilik, gereklilik ve ölçülülük ölçütlerine sıkı sıkıya bağlı kalınması gerektiği birçok kararda vurgulanmıştır.²⁰⁶ AİHM içtihatlarının kamusal sağlık önlemlerine ilişkin ortaya koyduğu bir başka önemli husus “bireyselleştirilmiş önlem” anlayışıdır.²⁰⁷ Buna göre, devletlerin derogasyon ve sınırlandırmalara giderken peşinen topyekûn uygulamaları devreye sokmak yerine her bir birey için özel risk değerlendirmesi yapıp mümkün mertebe daha dar bir kitle için kısıtlayıcı olacak önlemleri tercih etme yükümlülüğü mevcuttur.²⁰⁸ Elbette COVID-19 salgınının mevcut yaygınlığı karşısında tamamen bireyselleştirilmiş önlem anlayışını uygulamak pek mümkün değildir. Fakat COVID-19’un etkisinin düşeceği ancak tamamen ortadan kalkmayacağı safhalarda bu ilkenin akılda bulundurulması gerekecektir.

COVID-19 salgını ile birlikte özellikle gündeme gelen meselelerden biri, devletlerin kendi vatandaşlarını izlemek üzere uygulamaya soktukları ve genelde kullanımını zorunlu kıldıkları yeni teknolojilerdir. Bu teknolojiler sayesinde devletlere son derece gelişkin takip ve kişisel verilere erişim imkânı doğmaktadır. Dolayısıyla, bu denli geniş çapta bir yetkinin denetime tabi tutulmaması ve suiistimal edilmesi durumunda özel hayatın gizliliği başta olmak üzere birçok temel hakka yönelik ciddi bir tehdit doğacaktır.²⁰⁹ Avrupa Konseyi bu tehlikeye önemle dikkat çekmiş ve üye devletleri gerekli denetim mekanizmalarını kurmaları noktasında uyarmıştır.²¹⁰ Avrupa Konseyi’nin 108 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Sözleşmesi’nin güncel versiyonu (Sözleşme 108+ olarak anılmaktadır) söz konusu denengenin ve denetim mekanizmalarının sağlanması için taraf devletler açısından, COVID-19 salgınında geçerli olacak şekilde, temel ölçütleri ortaya koymaktadır.²¹¹

²⁰⁴ Venedik Komisyonu, ‘Opinion on the protection of human rights in emergency situation’, CDL-AD(2006)015 para 13.

²⁰⁵ *Ireland v UK* App no 5310/71 (ECtHR 1978) para 207.

²⁰⁶ Yakın tarihteki bir örnek için bkz *Lashmankin and Others v Russia* App no 57818/09 (ECtHR 2017) para 434.

²⁰⁷ *Enhorn v Sweden* App no 56529/00 (ECtHR 2005) para 43-45.

²⁰⁸ Robyn Martin, ‘The Exercise of Public Health Powers in Cases of Infectious Disease: Human Rights Implications’ (2006) 14 *Medical Law Review* 132, 140-143.

²⁰⁹ Yeni teknolojilerin otoriter gözetim veya bireylerin güçlendirilmesi şeklinde iki ayrı şekilde kullanılabileceğini, dolayısıyla toplumların bir tercihle karşı karşıya olduğunu belirtenler mevcuttur, Harari (n 11).

²¹⁰ Avrupa Konseyi (n 199) 7.

²¹¹ ‘Modernised Convention for the Protection of Individuals with Regard to the Processing of Personal’ <https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016807c65b> Erişim Tarihi 13 Haziran 2020.

B. Uluslararası Ticaret Hukuku ve COVID-19

Günümüze kadar 100'e yakın devlet, DTÖ'ye COVID-19 salgını bağlantılı ticaret kısıtlamalarına gittiğine dair bildirimde bulunmuştur.²¹² Bu durum, mevcut salgının uluslararası ticaret hukuku üzerindeki doğrudan etkisini açıkça gözler önüne sermektedir. Öte yandan, DSÖ bugüne kadar herhangi bir genel ticaret kısıtlaması önermediği için DSÖ ile DTÖ kararları arasında güncel bir çatışmanın varlığı söz konusu değildir. Kaldı ki DSÖ'nün böyle bir öneri yapması durumunda dahi DTÖ'nün buna uyum sağlayacağını öngörmek mümkündür. Zira bilimsel verilere dayanılarak verilen benzer öneriler karşısında DTÖ tarafından bu yönde bir tutum sergilendiği görülmektedir.²¹³ Ancak genel bir öneriden bağımsız olarak birçok devletin çok sayıda kısıtlamaya başvurduğu göz önüne alındığında, uluslararası ticaret hukukunun temeli olan DTÖ düzenlemeleri çerçevesinde mevcut durumun analizini yapmak olası uluslararası uyuşmazlıkları tespit etmek bakımından faydalı olacaktır.

En temel düzenleme konumundaki 1994 tarihli Gümrük Tarifeleri ve Ticaret Genel Anlaşması'nın (GATT) XI. maddesi ihracat veya ithalata konu malların miktarının sınırlanması yahut bu malların ihracat veya ithalatının tamamen yasaklanması durumlarına ilişkin genel kuralı ihtiva etmektedir. XI. maddeye göre, genel olarak bu yöndeki kısıtlamalar yasaktır. Ancak GATT'ın yine aynı maddesinin 2. fıkrası ile XII., XX. ve XXI. maddeleri bu yasağa bazı istisnalar getirmektedir. Nitekim COVID-19 salgını ile bağlantılı olarak DTÖ'ye bildirim yapan devletler de genel olarak bu hükümlere dayanmaktadır. GATT m. XI:2(a), bir taraf devletin gıda ve başkaca temel ihtiyaç niteliğindeki mallara dair kritik seviyede bir eksikliğin olması durumunda geçici kısıtlamalara müsaade etmektedir. DTÖ Temyiz Organı'nın²¹⁴ içtihatlarına göre, bu madde kapsamındaki malların "kesin surette vazgeçilemez veya zarurî" olması gereklidir.²¹⁵ Öte yandan, bazı daha özel nitelikli DTÖ anlaşmalarında GATT m. XI:2'nin uygulanmayacağı düzenlenebilmektedir. Dolayısıyla, bu anlaşmaların kapsamına giren durumlarda söz konusu istisnanın geçerli olmadığı kabul edilecektir.²¹⁶ Bu sebeple, COVID-19 ile bağlantılı olarak uygulanan kısıtlamalarda m. XI:2'ye dayanılıp dayanılmayacağı mevzubahis mala göre farklılık gösterecektir.

²¹² 'COVID-19 and world trade' <https://www.wto.org/english/tratop_e/covid19_e/covid19_e.htm> Erişim Tarihi 13 Haziran 2020.

²¹³ WTO, 'India-Measures Concerning the Importation of Certain Agricultural Products (Report of the Appellate Body)' (4 Haziran 2015) (WT/DS430/AB/R); Kuş girişi olarak bilinen H5N1 virüsü salgınıyla ilişkili olan bu kararın daha detaylı incelemesi için bkz Chad Bown, Jennifer Hillman, 'Bird Flu, the OIE, and National Regulation: The WTO's India-Agricultural Products Dispute' (2016) 15 World Trade Review 235.

²¹⁴ DTÖ Temyiz Organı'na ve günümüzde karşı karşıya olduğu krize ilişkin detaylı bilgiler için bkz Geraldo Vidigal, 'Living Without the Appellate Body: Multilateral, Bilateral and Plurilateral Solutions to the WTO Dispute Settlement Crisis' (2019) 20 Journal of World Investment & Trade 862.

²¹⁵ Temyiz Organı Kararı, 'Korea — Various Measures on Beef' (11 Aralık 2000) (WT/DS161, DS169/AB/R).

²¹⁶ Bir örnek için bkz Temyiz Organı Kararı, 'Indonesia — Importation of Horticultural Products, Animals and Animal Product' (9 Kasım 2017) (WT/DS477/AB/R, WT/DS478/AB/R).

Öte yandan, GATT m. XX, “insan, hayvan ve bitki yaşamının veya sağlığının korunması için gerekli” önlemlerin normalde yasak olan kısıtlamaları meşrulaştıran bir istisna hâli olduğunu düzenlemektedir. COVID-19 ile bağlantılı kısıtlamaların çoğunu bu madde ile bağdaştırmak mümkündür. Ancak her bir kısıtlamayı gereklilik testine tabi tutarak kesin bir karara varmak daha isabetli olacaktır.²¹⁷ DTÖ Temyiz Organı, tehlike altındaki çıkarların veya değerlerin önemi fazlalaştıkça, m. XX’teki istisnaya dayanabilme olasılığının da arttığı yönünde bir içtihat ortaya koymuştur.²¹⁸ COVID-19 salgınının doğrudan geniş insan kitlelerinin hayatını tehdit etmesi karşısında, devletlerin m. XX’e başvurabilme ihtimalinin son derece yüksek olduğu şüphesiz bir gerçektir.

GATT m. XII’de, devletlerin ödemeler dengesi ve dış borçlar noktasında sıkıntı çekmesi durumunda devreye giren bir istisna düzenlenmiştir. COVID-19 salgını çerçevesindeki kısıtlamaların şu an için bu hükümlerle doğrudan ilgili olduğunu söylemek zordur. Ancak salgın sebebiyle ekonomisi ciddi ölçüde bozulan birçok devletin gelecekte uygulayabileceği ek kısıtlamalarda bu maddenin önem kazanacağı öngörülebilir. GATT m. XXI.’de düzenlenen istisna hâli ise taraf devletlerin ulusal güvenliklerini korumalarıyla ilgilidir. Genişletici bir yorumla, mevcut salgının ulusal güvenliği tehdit eden bir unsur olarak görülmesi ve uygulamaya sokulan kısıtlamaları meşrulaştırmak amacıyla m. XXI’e dayanılması düşünülebilir. Ancak m. XXI:2’de yer alan detaylara bakıldığında, işbu maddede esas olarak askeri güvenliğin kastedildiği yönünde bir izlenim doğmakta ve söz konusu izlenim salt salgının ulusal güvenlik istisnaları arasında görülemeyeceği şeklinde daraltıcı bir yorumu daha makul hâle getirmektedir. Öte yandan, GATT dışında kalan bazı özel nitelikli DTÖ anlaşmaları da COVID-19 salgını ile bağlantılı kısıtlamaları doğrudan ilgilendiren hükümlere sahiptir. Örneğin, Sağlık ve Bitki Sağlığı Anlaşması, GATT m. XX ile neredeyse aynı içeriğe sahip bir hükmü ihtiva etmektedir.²¹⁹

Salgın ve uluslararası ticaret hukuku arasındaki hukuki bağlantı, devletlerin uygulamaya koyduğu ticaret kısıtlamalarıyla sınırlı değildir. Salgına sebep olan hastalığa dair ilaç ve aşı çalışmaları ile uluslararası ticaret hukukunun bir cüzü olan fikri mülkiyet hukuku arasında çok önemli bir ilişki mevcuttur. Zira uluslararası fikri mülkiyet hukuku düzenlemeleri uyarınca, her ürün gibi ilaç ve aşılarda patent korumasına tabidir.²²⁰ Dolayısıyla, COVID-19 benzeri bulaşıcı hastalıklara dair ilaç veya aşının bulunması durumunda bunların ilk bulan tarafından patent korumasına tabi kılınması ve bulanın bu ürünlerin ticaretinde küresel tekel hâline gelmesi

²¹⁷ Siddharth S Aatreya, ‘Are COVID-19 Related Trade Restrictions WTO-Consistent?’ (*EjilTalk*, 25 Nisan 2020) <www.ejiltalk.org/are-covid-19-related-trade-restrictions-wto-consistent> Erişim Tarihi 14 Haziran 2020.

²¹⁸ Temyiz Organı Kararı, ‘European Communities - Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products’ (12 Mart 2001) (WT/DS135/AB/R).

²¹⁹ DTÖ Sağlık ve Bitki Sağlığı Anlaşması (1995) (SPS) m 2.

²²⁰ DTÖ Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Anlaşması (1995) (TRIPS) m 27.

gündeme gelmektedir.²²¹ Böyle bir durum kaçınılmaz olarak, küresel sağlık hedefleri ve uluslararası salgınlarla etkili mücadele ile fikri mülkiyet hukuku arasında bir gerilim doğurmuştur. Nitekim bu gerilim, uluslararası hukuk doktrininde kapsamlı değerlendirmelere konu olmuştur.²²² Söz konusu gerilimi çözmek amacıyla atılmış en önemli adımlardan biri 2001 tarihli, Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Anlaşması (TRIPS) ve Kamu Sağlığına ilişkin Doha Deklarasyonu'dur.²²³ Doha Deklarasyonu, “ulusal acil durum veya diğer olağanüstü zaruret durumlarında” taraf devletlerin, normalde patent korumasına sahip tıbbi ürünlerin üretilmesi için patent sahibi olan üreticiler dışındaki üreticileri yetkilendirebilmesinin önü açılmıştır.²²⁴ Doha Deklarasyonu'nun ortaya koyduğu bu istisna hiç şüphesiz ki COVID-19 salgınında birçok devlet için geçerli olacaktır.

C. Uluslararası Kolektif Güvenlik Sistemi ve COVID-19

2005 tarihli UST çerçevesinde “sağlık önlemlerinin” kapsamına herhangi bir hukuki yaptırım veya güvenlik tedbiri girmese de²²⁵ salgınlara karşı uluslararası ölçekte mücadelenin doğrudan bir güvenlik boyutu olduğu da kabul edilmelidir.²²⁶ Hatta güvenlik boyutunun göz ardı edilmesi çoğu zaman salgına karşı mücadelenin etkisini zayıflatabilecektir. Bu bakımdan, akla ilk gelmesi gereken konu, uluslararası barış ve güvenliğin korunmasından sorumlu küresel kolektif güvenlik mekanizması konumundaki²²⁷ BM Güvenlik Konseyi'nin salgınlarla mücadeledeki rolüdür.

BM Güvenlik Konseyi, bir meselenin uluslararası barış ve güvenliği tehdit edip etmediğine karar vermek noktasında büyük ölçüde serbesttir.²²⁸ Nitekim 21. yüzyılda uluslararası barış ve güvenliğe tehdit arz eden durumların sadece devletler arasındaki silahlı çatışmalar ile sınırlı olması düşünülmemelidir. Yaygın iç savaşlar, sınır aşan silahlı terör örgütleri ve başkaca örgütlü suç şebekeleri, çevresel tehditler ve kıtlık gibi birçok mesele küresel düzeni tehdit edecek etkiler yaratabilmektedir. Salgınlar da hiç şüphe yok ki uluslararası ölçekte yıkıcı sonuçlar doğurabilmeleri itibarıyla bu durumlar arasında sayılmalıdır. BM eski Genel Sekreteri Kofi Annan'ın 2005'te kamu sağlığının önemini vurgulaması ve Güvenlik Konseyi'nin “uluslararası barış

²²¹ Frederick Abbott, 'Health and Intellectual Property Rights' in Gian Luca Burci and Brigit Toebes (eds), *Research Handbook on Global Health Law* (Edward Elgar 2018) 139.

²²² Bu konuda öne çıkan bazı örnekler için bkz Ibid ; Ellen Hoen, 'TRIPS, Pharmaceutical Patents, and Access to Essential Medicines: A Long Way from Seattle to Doha' (2002) 3(1) *Chicago Journal of International Law* 27.

²²³ Doha Deklarasyonu (WT/MIN(01)/DEC/2) (2001); detaylı inceleme için bkz Gostin, *Global Health Law* (n 21) 298-301.

²²⁴ 'Doha Deklarasyonu' (n 223) para 5(b), (c).

²²⁵ 'Uluslararası Sağlık Tüzüğü' (n 72) m 1(1).

²²⁶ Bogdandy ve Villarreal, 'International Law on Pandemic Response: A First Stocktaking In Light of the Coronavirus Crisis' (n 36) 22.

²²⁷ Birleşmiş Milletler Şartı (1945) m 24.

²²⁸ Ntina Tzouvala, 'COVID-19, international law and the battle for framing the crisis' (*International Law Association Reporter*, 25 Mart 2020) <<https://bit.ly/33K5tBy>> Erişim Tarihi 14 Haziran 2020.

ve güvenliği tehdit eden bulaşıcı hastalıklara karşı eyleme geçmesi” gerekliliğini vurgulamış olması bu gerçeği göstermektedir.²²⁹

BM Güvenlik Konseyi uygulamasına bakıldığında salgınlara karşı tutumun her vakada aynı şekilde olmadığı görülmektedir. Bugüne kadarki birçok salgını uluslararası barış ve güvenliğe tehdit olarak nitelemeyen Güvenlik Konseyi’nin, 2014 ile 2016 yılları arasında Batı Afrika’da görülen Ebola²³⁰ salgınında bu vakayı uluslararası barış ve güvenliğe tehdit ilân ettiği görülmektedir. İşbu Karar, Güvenlik Konseyi’nin bir salgını uluslararası barış ve güvenliğe tehdit olarak nitelediği ilk örnektir. Hatta Güvenlik Konseyi’nin mevzubahis Ebola salgınına ilişkin oybirliğiyle aldığı 2014 tarihli ve 2177 sayılı Karar (buna ek olarak BM Genel Kurulu’nun aynı yıl aldığı 69/1 sayılı Karar), BM Şartı 7. Bölüm’deki yaptırım yetkilerine başvurmasa da BM bünyesinde sırf bu salgına özel bir misyon olan BM Ebola Acil Müdahale Misyonu’nun (UNMEER) kurulmasına yolu açması bakımından son derece dikkat çekicidir. 2177 sayılı Karar’da devletlere teknik uzmanlık ve malzeme tedariki bakımından yardımda bulunmaları çağrısı yapılmış, ayrıca DSÖ’den salgın ilanı yaparak Ebola’ya yönelik alınacak tedbirlerin hızlandırılmasını sağlaması talep edilmiştir.

Daha yakın bir dönemde, Demokratik Kongo Cumhuriyeti’nde baş gösteren 2018-2020 Ebola salgını da iki Güvenlik Konseyi Kararı’na konu olmuştur.²³¹ Ancak işbu Kararlar söz konusu salgını uluslararası barış ve güvenliğe tehdit olarak nitelememiş, daha ziyade salgın sırasında bölgedeki silahlı çatışmalarda insancıl hukuk yükümlülüklerine riayet edilmesine ve diğer devletlerin salgınla mücadeleye destek vermesine ilişkin hususlara yer verilmiştir. 2011’de alınan AIDS salgınına ilişkin Güvenlik Konseyi Kararı da benzer bir şekilde salgınla bağlantılı başka hususlara değinmek üzere alınmış, bu Karar’da bilhassa BM Barış Gücü Birlikleri’nin rolüne odaklanılmıştır.²³²

Her vakada BM Güvenlik Konseyi’nin salgını uluslararası barış ve güvenliğe tehdit olarak nitelemesi ve böylece, BM Şartı 7. Bölümü’ndeki yaptırımlara yolun açılmasının pek iyi bir tercih olmayacağına, zira böyle bir tercihin uluslararası toplumda korkuyu yayabileceğine ve vahim sosyoekonomik sonuçlar doğurabileceğine dikkat çekilmektedir.²³³ Ayrıca Güvenlik Konseyi’nin güvenliğe ilişkin geniş yetkilerini her vakada kullanması gibi bir uygulamanın gelişmesi durumunda salgınlarla mücadelede kamu sağlığına ilişkin önceliklerden ziyade güvenlikçi bir zihniyetin öne çıkması gibi

²²⁹ ‘In larger freedom: towards development, security and human rights for all’ <<https://undocs.org/A/59/2005>> Erişim Tarihi 14 Haziran 2020.

²³⁰ BM Güvenlik Konseyi Kararı 2177 (2014).

²³¹ BM Güvenlik Konseyi Kararı 2463 (2019).

²³² BM Güvenlik Konseyi Kararı 1983 (2011).

²³³ Caroline Sell, ‘Ebola and Emerging Infectious Diseases in Armed Conflict: Contemporary Challenges in Global Health Security Laws and Policies’ (2020) 29 *Minn J Int’l L* 187, 214.

bir risk de mevcuttur.²³⁴ Öte yandan, Güvenlik Konseyi'nin bu belirsiz tutumu sürdükçe hangi kamusal sağlık tehditlerinin uluslararası barış ve güvenliğe tehdit niteliğinde görüleceğine dair ölçütler belirsiz kalmaktadır. Ayrıca her bir vakada bilimsel verilerden ziyade politik hesapların ağır basması gibi bir risk ortaya çıkmaktadır. En nihayetinde, olumlu ve olumsuz yönleriyle, Güvenlik Konseyi'nin mevcut tutumunun her bir vakanın kendi koşullarına göre değişken mahiyette olduğu açıktır.²³⁵

COVID-19 salgınının uluslararası barış ve güvenliğe tehdit olarak görülüp görülemeyeceğini değerlendirmek için en isabetli yöntem Güvenlik Konseyi'nin 2177 sayılı Kararı aldığı şartlarla bir mukayese yapmaktır. O dönemde Ebola iki yıllık bir süreçte 30.000'e yakın insana bulaşırken COVID-19 salgınında bu sayıya sadece iki ayda kısa bir sürede ulaşılmıştır. Bu sayı hâlâ katlanarak artmaktadır. COVID-19'un ölümcüllük seviyesi Ebola kadar olmasa da vaka sayısının yüksekliğinden ötürü toplam ölüm sayısı yine çok yüksek bir seviyededir. Ayrıca, Ebola çok büyük ölçüde bölgesel ölçekte (Batı Afrika) bir salgın olarak kalırken, COVID-19 dünyanın neredeyse her yerine yayılmış durumdadır. Bu mukayese sonucunda, COVID-19'un Güvenlik Konseyi tarafından uluslararası barış ve güvenliğe tehdit olarak nitelenmemesi için bir sebep gözükmemektedir. Hatta salgınla etkili mücadele için Güvenlik Konseyi'nin *ivedi bir şekilde devreye girerek karar alması gerektiğini* savunanlar mevcuttur.²³⁶ Ancak Güvenlik Konseyi'nin bugüne kadar BM Genel Sekreteri'nin COVID-19 salgını süresince dünyadaki tüm silahlı çatışmalara ara verilmesi çağrısını²³⁷ destekleyici bir karar almakta dahi oldukça gecikmiştir.²³⁸ En nihayetinde, 1 Temmuz 2020 tarihinde bir karar alınabilmiş ve bu kararda COVID-19 salgınının uluslararası barış ve güvenliğin korunmasını tehdit potansiyeli taşıdığı belirtilmiştir. Ayrıca, BM Genel Sekreteri'nin yukarıda belirtilen ateşkes çağrısı benimsenmiş ve ismi zikredilen bazı terör örgütlerine yönelik operasyonlar haricinde tüm silahlı çatışmalara 90 gün süreyle insani yardıma erişim amacıyla ara verilmesine karar verilmiştir. Karar'da vurgulanan diğer noktalar ise kadınların COVID-19 krizi ile mücadeledeki kritik rolü ve mevcut krizin mülteciler ile çocuklar gibi kırılgan durumdaki kesimlerin üzerindeki orantısız etkisinin asgariye indirilmesi gerekliliğidir.²³⁹

²³⁴ Jiyong, Joe Karackattu, 'Infectious Diseases and Securitization: WHO's Dilemma' (2011) 9 Biosecurity and Bioterrorism 181, 184.

²³⁵ Bogdandy ve Villarreal, 'International Law on Pandemic Response: A First Stocktaking In Light of the Coronavirus Crisis' (n 36) 23; Ilja Pavone, 'Ebola and Securitization of Health: UN Security Council Resolution 2177/2014 and Its Limits' in Leonie Vierck, Pedro A Villarreal ve Katarina Weilert (eds), *The Governance of Disease Outbreaks International Health Law: Lessons from the Ebola Crisis and Beyond* (Nomos 2017), 308-311.

²³⁶ Marko Svicevic, 'COVID-19 as a Threat to International Peace and Security: What place for the UN Security Council?' (*Ejiltalk*, 27 Mart 2020) <ejiltalk.org/covid-19-as-a-threat-to-international-peace-and-security-what-place-for-the-un-security-council/> Erişim Tarihi 16 Haziran 2020.

²³⁷ 'COVID-19: UN chief calls for global ceasefire to focus on 'the true fight of our lives'' <<https://news.un.org/en/story/2020/03/1059972>> Erişim Tarihi 17 Haziran 2020.

²³⁸ 'UN Security Council Fails to Support Global Ceasefire, Shows No Response to COVID-19' (*Reliefweb*, 19 Mayıs 2020) <<https://reliefweb.int/report/world/un-security-council-fails-support-global-ceasefire-shows-no-response-covid-19>> Erişim Tarihi 17 Haziran 2020.

²³⁹ BM Güvenlik Konseyi Kararı 2532 (2020).

Elbette, Çin'in Güvenlik Konseyi'ndeki daimi üye statüsünün ona verdiği veto yetkisi sebebiyle, Konsey'den çıkacak olası bir kararın içeriği konusunda bir uzlaşmaya varılması kolay olmayacaktır. Ancak önemle ifade etmek gerekir ki başvurulabilecek yollardan biri, Çin'in veto yetkisinin olmadığı BM Genel Kurulu'ndan -daha önce AIDS salgınında olduğu gibi- birtakım kararlar çıkarılmasıdır. Bilhassa Genel Kurul'un Uluslararası Adalet Divanı'ndan danışma görüşü talep etme yetkisi, salgın sürecine dair hukuki yükümlülüklerin tespiti bakımından önümüzdeki süreçte kayda değer bir tercih olabilir.²⁴⁰

Sonuç

COVID-19 salgını sadece bir uluslararası sağlık krizi olmakla kalmayıp ekonomik, politik, toplumsal ve kültürel etkileri olan küresel bir krizdir. Yoğun derecede küreselleşmiş ve sınır kontrollerinin neredeyse imkansız hâle geldiği bir dünyada ortaya çıkmış, hızla dünyanın dört bir köşesine yayılmış ve tüm uluslararası sistemi felç etmiştir. Böylesine bir salgınla mücadelenin küresel ölçekte bir işbirliği ve mevcut sorundan etkilenen tüm paydaşların koordinasyonu olmadan gerçekleştirilmesi imkânsız gözükmektedir.

Böyle bir ihtiyaç karşısında, küresel sağlık yönetiminin ve uluslararası sağlık hukukunun odağı konumundaki DSÖ'nün yönetim kapasitesinin ne yönde gelişeceği büyük bir merak konusudur. DSÖ'nün COVID-19 salgını sırasındaki performansı, örgütün bağımsızlığı tartışmalarından finansmanına, örgüt organlarının yetkilerinden düzenlemelerinin yeterliliğine kadar birçok konunun tartışılmasına sebep olmaktadır. Bir tarafta DSÖ sisteminin geliştirilmesi ve güçlendirilmesi ihtiyacına vurgu yapılırken, öte tarafta başta DSÖ ve AB gibi uluslararası örgütlerin mevcut salgındaki verimsiz ve yetersiz performansı sebebiyle ulusal sağlık altyapı ve sistemlerinin güçlendirilmesi ve kendi kendine yeterli hâle gelmesi ihtiyacı da gündeme gelmektedir. Gerçekten de DSÖ'nün salgın sürecindeki performansının o veya bu sebepten ötürü yetersiz kaldığı kanaatini güçlendirecek bazı noktalar mevcuttur. Ancak bu durum, DSÖ'nün uluslararası toplum için ortaya çıkması onlarca yıl almış çok önemli bir kazanım olduğu gerçeğini değiştirmemektedir. Öncelikle, DSÖ'nün bazı eksikliklerinin ve hatalarının faturasını örgütten ziyade devletlere kesmek daha doğru olacaktır. İkincisi, tüm eksikliklerine ve gecikmelerine rağmen DSÖ'nün salgınlarla mücadelede küresel ölçekte teknik uzmanlığın harekete geçirilmesi ve koordine edilmesi noktasında başarılı işler yaptığı da görülmektedir. Bilhassa DSÖ'nün 2005 tarihli Uluslararası Sağlık Tüzüğü, günümüzde çok katmanlı bir küresel sağlık yönetimi mekanizması sunmaktadır. Bu bakımdan, uluslararası toplum için büyük bir kazanımdır. Ancak devletlerin üstlerine düşen yükümlülükleri yerine getirmemesi durumunda dahi etkili olacak sihirli bir değnek değildir. COVID-19 vaka sayılarını

²⁴⁰ Uluslararası Adalet Divanı Şartı (1945) m 96.

azaltarak günlük hayatın ve uluslararası sistemin normale dönüşünü sağlamak için devletler başta olmak üzere tüm paydaşlara önemli sorumluluklar düşmektedir. Sırf bazı bildirim yükümlülüklerinin kendi ekonomilerine ve siyasi çıkarlarına zarar vereceği endişesiyle devletlerin DSÖ düzenlemelerine riayet etmemeleri, kimi devletlerin bu düzenlemeleri hayata geçirecek sağlık altyapısına sahip olmaması veya DSÖ'nün diğer ilgili küresel yönetim mekanizmalarıyla yeterli koordinasyonu kuramaması durumunda, sağlık sisteminin küresel ölçekte gelişmemesi, salgınlar sırasında uluslararası ticaret ve seyahate yönelik önlemlerin eşgüdümlü olmaması ve küresel çapta bilimsel işbirliğinin gerçekleştirilememesi gibi olumsuz sonuçlar ortaya çıkmaktadır. Bu sebeple, DSÖ'ye yönelik sorgulamalar ve tartışmalar eğer mevcut küresel sağlık yönetim sistemini ve 2005 tarihli UST'nin öngördüğü hukuki rejimi zayıflatmak yerine daha etkili kılacak; sistemin daha sürdürülebilir, şeffaf ve kapsayıcı olmasını sağlayacak şekilde sonuçlanırsa uluslararası toplumun geneli için faydalı olacaktır. Yani DSÖ'nün ve küresel yönetim mekanizmalarının zayıflatılması değil, daha da güçlendirilecek şekilde revize edilmesi ihtiyacı vardır. Zira uluslararası toplumun 21. yüzyılın bu ilk küresel sağlık krizine yeterince başarılı bir karşılık verememiş olması, küresel yönetim ve uluslararası hukuk mekanizmalarının anlamsızlığını değil, bu mekanizmaların yeterince ve başarılı bir şekilde işletilememiş olduğunu göstermektedir.

Uluslararası insan hakları hukuku, uluslararası ticaret hukuku ve uluslararası kolektif güvenlik sistemi başta olmak üzere uluslararası hukukun birçok alanının salgınlarla mücadelede oynadığı önemli roller göz ardı edilmemelidir. Ayrıca, salgınların bu alanlardaki normları etkilemesi de söz konusudur. Bu sebeple, uluslararası toplumun salgınlarla mücadelede işbirliğini gözetmesi ve güçlendirmesi gereken tek alan uluslararası sağlık hukuku olmayıp küresel sağlık yönetimiyle tüm bu alanlardaki küresel yönetim mekanizmalarının uyum içerisinde hareket etmesi için gerekli adımların atılması uluslararası toplumun öncelikli gündemlerinden biri olmalıdır.

COVID-19 salgını uluslararası işbirliği ve küresel yönetim mekanizmalarının 21. yüzyılda hâlâ ne denli kırılğan, parçalı ve hukukun üstünlüğüne uyulması noktasında zorlayıcılıktan uzak olduğunu göstermesi sebebiyle mevcut uluslararası hukuk sisteminin birçok açıdan sorgulanmasına yol açsa da gerek küresel sağlık yönetimi gerek diğer alanlardaki uluslararası işbirliği mekanizmalarının güçlendirilmesi için uluslararası sistemin temel aktörleri konumundaki devletlerin bu yönde genel bir irade ortaya koyması elzemdir. Nitekim günümüz uluslararası hukukunun devletlerin kamu sağlığı konusunda kendi ülke sınırlarını aşacak düzeyde bir sorumluluk göstermesini, şeffaf olmasını, ilgili verileri paylaşmasını ve diğer devletlerin yanı sıra ilgili uluslararası örgütlerle işbirliği içerisinde olmasını öngörmesi, bir başka deyişle kötü yönetime cevaz vermemesi, böyle bir iradenin ortaya çıkmasını zaruri kılmaktadır.

Sonuç olarak, tüm uluslararası toplumu derinden etkileyen bu küresel krizden bir an önce çıkılması için devletlerin ve diğer uluslararası aktörlerin sağlıklı bilgi ve veri havuzu oluşturdukları, lojistik ve üretim kapasitelerini koordine ettikleri, kırılğan ülke ve bölgeler için gerekli finansman kaynaklarını yarattıkları, temel tıbbi ihtiyaçların rahat dolaşımına izin verdikleri, ticari yahut seyahata ilişkin kısıtlamaları birbirine uyumlu hâle getirmeye çalıştıkları, temel insan haklarına saygıyı esas aldıkları, ve küresel sağlık meselesinin güvenlik boyutunu göz ardı etmedikleri bir uluslararası işbirliği zemini geliştirilebilmelidir. Çağımızda salgınlarla etkili ve verimli mücadele, salt ulusal ölçekteki adımlarla değil fakat devletlerin uluslararası işbirliğine yönelik sağlam bir taahhüt vermeleri ve bu taahhütler sonucunda oluşan uluslararası hukuk kurallarının üstünlüğüne riayet etmeleriyle mümkündür. Tüm sınırların kapatıldığı, her devletin bu zorlu krizde kendi başının çaresine bakmaya çalıştığı, devletlerin kendi vatandaşları üzerindeki sıkı kontrolünü ciddi boyutlarda pekiştirdiği içe kapanmacı bir yol yerine, krizin dünyanın her köşesini etkilediği ve herkesin aynı gemide olduğu gerçeğinin kavranmasıyla daha fazla uluslararası işbirliğini gözeten, devletlerin yanı sıra küresel yönetim mekanizmalarının ve devletdışı aktörlerin karar alma süreçlerine katılımının artırıldığı, karar alma süreçlerinde daha çok şeffaflığın sağlandığı bir yol tercih edilmelidir.

Küresel kamu sağlığı, dünyamızın yakın geleceğinde insanlığı ilgilendiren en önemli meselelerden biri olmayı sürdürecektir ve hiçbir uluslararası aktörün bu konuda sorumluluk almaktan kaçınma lüksü yoktur. Küresel işbirliğinin COVID-19 gibi salgınlarla etkili mücadelede daha çok uluslararası hukuk mu yoksa daha az uluslararası hukuk mu gerektiği noktasında tercih edilmesi gereken seçenek ilkidir. Yani, uluslararası hukukta etkin düzenlemelerin sayısı artırılmalıdır. Uluslararası hukuk bizlerin en önemli küresel değer sistemi olmalıdır.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazarlar çıkar çatışması bildirmemiştir.

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

Peer-review: Externally peer-reviewed.

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

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

Bibliyografya/Bibliography

- '2019 Novel Coronavirus (2019-nCoV): Strategic Preparedness And Response Plan' (*WHO*, 4 Şubat 2020) <<https://www.who.int/docs/default-source/coronaviruse/srp-04022020.pdf>> Erişim Tarihi 25 Mayıs 2020.
- 'About COVID-19' <<http://www.emro.who.int/health-topics/corona-virus/about-covid-19.html>> Erişim Tarihi 18 Mayıs 2020.
- 'BM Ekonomik ve Sosyal Konsey Açıklaması' (17 Nisan 2020) (E/C.12/2020/1).
- 'C.D.C. and W.H.O. Offers to Help China Have Been Ignored for Weeks' (*New York Times*, 7 Şubat 2020) <<https://www.nytimes.com/2020/02/07/health/cdc-coronavirus-china.html>> Erişim Tarihi 17 Mayıs 2020.
- 'Challenges of Global Governance Amid the COVID-19 Pandemic' (*CFR*, Mayıs 2020) <https://cdn.cfr.org/sites/default/files/report_pdf/challenges-of-global-governance-amid-the-covid-19-pandemic.pdf> Erişim Tarihi 28 Mayıs 2020.
- 'Coronavirus (COVID-19)' (*CDC*) <<https://www.cdc.gov/coronavirus/index.html>> Erişim Tarihi 15 Mayıs 2020.
- 'COVID-19 and HIV' <<https://www.unaids.org/en>> Erişim Tarihi 29 Mayıs 2020.
- 'COVID-19 and International Law: What went wrong and what can we learn from it?' (*BIICL*, 16 Nisan 2020) <https://www.biicl.org/documents/10303_covid19_and_international_law_16_april_2020_event_report.pdf> Erişim Tarihi 23 Mayıs 2020.
- 'COVID-19 and world trade' <https://www.wto.org/english/tratop_e/covid19_e/covid19_e.htm> Erişim Tarihi 13 Haziran 2020.
- 'COVID-19 Solidarity Response Fund' (*WHO*) <<https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/donate>> Erişim Tarihi 25 Mayıs 2020.
- 'COVID-19 Strategic Preparedness and Response Plan: Operational Planning Guidelines to Support Country Preparedness and Response' (*WHO*, 12 Şubat 2020) <https://www.who.int/docs/default-source/coronaviruse/covid-19-sprp-unct-guidelines.pdf?sfvrsn=81ff43d8_4> Erişim Tarihi 25 Mayıs 2020
- 'COVID-19 Triggers Marked Decline in Global Trade' (*UNCTAD*, 13 Mayıs 2020) <<https://unctad.org/en/Pages/PressRelease.aspx?OriginalVersionID=553>> Erişim Tarihi 15 Mayıs 2020.
- 'COVID-19: UN chief calls for global ceasefire to focus on "the true fight of our lives"' <<https://news.un.org/en/story/2020/03/1059972>> Erişim Tarihi 17 Haziran 2020.
- 'Declaration of Alma-Ata' (*WHO*, Eylül 1978) <<https://www.who.int/publications/almaata-declaration-en.pdf.ua=1.>> Erişim Tarihi 15 Mayıs 2020.
- 'Dünya Sağlık Örgütü Anayasası' (*WHO*, Ekim 2006) <https://www.who.int/governance/eb/who_constitution_en.pdf> Erişim Tarihi 20 Mayıs 2020.
- 'European Union: are borders the antidote to the Covid-19 pandemic?' (*The Conversation*, 17 Nisan 2020) <<https://theconversation.com/european-union-are-borders-the-antidote-to-the-covid-19-pandemic-136643>> Erişim Tarihi 16 Haziran 2020.
- 'Fighting the Coronavirus Pandemic: China's Influence at the World Health Organization' (*IM*, 23 Mart 2020) <<https://www.institutmontaigne.org/en/blog/fighting-coronavirus-pandemic-chinas-influence-world-health-organization>> Erişim Tarihi 27 Mayıs 2020.
- 'First World Health Assembly' (*WHO*) <https://www.who.int/global_health_histories/first_world_health_assembly/en/> Erişim Tarihi 20 Mayıs 2020.

- 'Has covid-19 killed globalisation?' (*The Economist*, 14 Mayıs 2020) <https://www.economist.com/leaders/2020/05/14/has-covid-19-killed-globalisation?utm_source=dailybrief&utm_medium=email&utm_campaign=DailyBrief2020May15&utm_term=DailyNewsBrief;> Erişim Tarihi 15 Mayıs 2020.
- 'How the IMF Can Help Countries Address the Economic Impact of Coronavirus' <<https://www.imf.org/en/About/Factsheets/Sheets/2020/02/28/how-the-imf-can-help-countries-address-the-economic-impact-of-coronavirus>> Erişim Tarihi 15 Mayıs 2020.
- 'In larger freedom: towards development, security and human rights for all' <<https://undocs.org/A/59/2005>> Erişim Tarihi 14 Haziran 2020.
- 'International Sanitary Regulations' <https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/85636/Official_record37_eng.pdf?sequence=1&isAllowed=y> Erişim Tarihi 10 Haziran 2020.
- 'Modernised Convention for the Protection of Individuals with Regard to the Processing of Personal' <https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016807c65b> Erişim Tarihi 13 Haziran 2020.
- 'Much of global commerce has ground to a halt' (*The Economist*, 21 Mart 2020) <<https://www.economist.com/business/2020/03/21/much-of-global-commerce-has-ground-to-a-halt>> Erişim Tarihi 15 Mayıs 2020.
- 'Notification of 18 March 2020' <<https://rm.coe.int/09000016809cf9a2.>> Erişim Tarihi 2 Haziran 2020.
- 'Origin and development of health cooperation' (*WHO*) <https://www.who.int/global_health_histories/background/en/> Erişim Tarihi 20 Mayıs 2020.
- 'Regulations Regarding Nomenclature' (*WHO*) <<https://www.who.int/classifications/icd/docs/en/NOMREGS.pdf>> Erişim Tarihi 29 Mayıs 2020.
- 'Statement of the Global Health Law Committee of the International Law Association regarding the COVID-19 Pandemic' (*ILA*, 5 Nisan 2020) <<https://www.ila-americanbranch.org/news/article/statement-of-the-global-health-law-committee-of-the-international-law-association-regarding-the-covid-19-pandemic/>> Erişim Tarihi 18 Mayıs 2020.
- 'Statement on the Second Meeting of the International Health Regulations (2005) Emergency Committee Regarding the Outbreak of Novel Coronavirus (2019-nCoV)' (*WHO*, 30 Ocak 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 24 Mayıs 2020.
- 'Ten Threats to Global Health in 2019' (*WHO*) <<https://www.who.int/news-room/feature-stories/ten-threats-to-global-health-in-2019>> Erişim Tarihi 18 Mayıs 2020.
- 'The Collapse of Global Cooperation under the WHO International Health Regulations at the Outset of COVID-19: Sculpting the Future of Global Health Governance' (*ASIL*, 5 Haziran 2020)
- 'Uluslararası Sağlık Tüzüğü' (*WHO*, 2005) <<https://www.who.int/ihr/publications/9789241580496/en/>> Erişim Tarihi 21 Mayıs 2020.
- 'UN Security Council Fails to Support Global Ceasefire, Shows No Response to COVID-19' (*Reliefweb*, 19 Mayıs 2020) <<https://reliefweb.int/report/world/un-security-council-fails-support-global-ceasefire-shows-no-response-covid-19>> Erişim Tarihi 17 Haziran 2020.
- 'UPDATE 2-Burundi kicks out WHO team amid election campaign' (*Reuters*, 14 Mayıs 2020) <<https://www.reuters.com/article/health-coronavirus-burundi/update-1-burundi-expels-national-who-head-during-election-campaign-idUSL8N2CW2LB>> Erişim Tarihi 26 Mayıs 2020.

- ‘WHO Coronavirus Disease (COVID-19) Dashboard’ (*WHO*) <<https://covid19.who.int>> Erişim Tarihi 18 Mayıs 2020.
- ‘WHO Director-General’s opening remarks at the media briefing on COVID-19’ (*WHO*, 11 Mart 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 25 Mayıs 2020.
- ‘Who Framework Convention On Tobacco Control’ (*WHO*, 2003) <<https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/42811/9241591013.pdf?sequence=1>> Erişim Tarihi 29 Mayıs 2020.
- ‘WHO Timeline - COVID-19’ (*WHO*) <<https://www.who.int/news-room/detail/27-04-2020-who-timeline---covid-19>> Erişim Tarihi 24 Mayıs 2020.
- ‘World Bank Group President David Malpass Remarks to G20 Leaders’ Virtual Summit’ (*WorldBank*, 26 Mart 2020) <<http://documents.worldbank.org/curated/en/964171585579938056/pdf/Remarks-by-World-Bank-Group-President-David-Malpass-to-G20-Leaders-Virtual-Summit.pdf>> Erişim Tarihi 15 Mayıs 2020
- ‘World Experts and Funders Set Priorities for COVID-19 Research’ (*WHO*, 12 Şubat 2020) <<https://www.who.int/news-room/detail/12-02-2020-world-experts-and-funders-set-priorities-for-covid-19-research>> Erişim Tarihi 25 Mayıs 2020.
- ‘Wuhan Yerel Halk Komisyonu’ (*WJW*, 31 Aralık 2019) <<http://wjw.wuhan.gov.cn/front/web/showDetail/2019123108989>> Erişim Tarihi 16 Mayıs 2020.
- <asiil.org/insights/volume/24/issue/15/collapse-global-cooperation-under-who-international-health-regulations> Erişim Tarihi 28 Mayıs 2020.
- 1892 tarihli Uluslararası Sağlık Sözleşmesi için bkz <<https://www.loc.gov/law/help/us-treaties/bevans/m-ust000001-0359.pdf>> Erişim Tarihi 19 Mayıs 2020.
- Abbott F, ‘Health and Intellectual Property Rights’ in Gian Luca Burci and Brigit Toebes (eds), *Research Handbook on Global Health Law* (Edward Elgar 2018) 139.
- Abeyasinghe S, *Pandemics, Science and Policy. H1N1 and the World Health Organization* (Palgrave Macmillan 2015).
- Abhijit Iyer-Mitra, ‘WHO and China covered Tedros’ past — but what is worrying is how India fell for it’ (*ThePrint*, 13 Nisan 2020) <<https://theprint.in/opinion/who-and-china-tedros-past-worrying-how-india-fell-for-it/400945/>> Erişim Tarihi 28 Mayıs 2020.
- Aginam O, ‘Globalization of Health Insecurity: The World Health Organization and the New International Health Regulations’ (2006) 25 *Medicine & Law* 663.
- Anderson M vd, ‘Coronavirus Compensation? Assessing China’s Potential Culpability and Avenues of Legal Response’ (*Henri Jackson Society*, 5 Nisan 2020) <<https://henryjacksonsociety.org/publications/coronaviruscompensation/>> Erişim Tarihi 16 Haziran 2020 .
- Anne-Marie Slaughter, ‘Redefining National Security for the Post-Pandemic World’ (*Project Syndicate*, 3 Haziran 2020), <<https://www.project-syndicate.org/commentary/redefining-national-security-for-world-after-covid19-by-anne-marie-slaughter-2020-06>> Erişim Tarihi 16 Haziran 2020. attainable standard of health (2000) (E/C.12/2000/4).
- Avrupa Konseyi, ‘Respecting democracy, rule of law and human rights in the framework of the COVID-19 sanitary crisis: A toolkit for member states’ (7 Nisan 2020) (SG/Inf(2020)11).
- Birn A, Nikolai Kremmentsov, ‘Socialising’ primary care? The Soviet Union, WHO and the 1978 Alma-Ata Conference’ (2018) 3(3) *BMJ Global Health* 1.
- Bishop D, ‘Lessons from SARS: Why the WHO Must Provide Greater Economic Incentives for Countries to Comply with International Health Regulations’ (2005) 36 *Geo J Int’l L* 1173.
- BM Ekonomik ve Sosyal Konsey, ‘General Comment 14’

- BM Genel Sekreteri Kofi Annan'ın Basın Açıklaması, 'World Health Assembly's Revised Regulations "Bold and Necessary Step" to Protect Global Public Health, Says Secretary-General' (UN, 23 Mayıs 2005) <<https://www.un.org/press/en/2005/sgsm9886.doc.htm>> Erişim Tarihi 21 Mayıs 2020.
- BM Güvenlik Konseyi Kararı 1983 (2011).
- BM Güvenlik Konseyi Kararı 2177 (2014).
- BM Güvenlik Konseyi Kararı 2463 (2019).
- BM İnsan Hakları Komitesi, 'Statement on derogations from the Covenant in connection with the COVID-19 pandemic' (24 Nisan 2020) (CCPR/C/128/2).
- BM İnsan Hakları Komitesi, 'CCPR General Comment No. 29: Article 4: Derogations during a State of Emergency' (31 Ağustos 2001) (CCPR/C/21/Rev.1/Add.11).
- BM İnsan Hakları Yüksek Komiserliği, 'Key concepts on ESCRs - Are economic, social and cultural rights fundamentally different from civil and political rights?' <<https://www.ohchr.org/EN/Issues/ESCR/Pages/AreESCRfundamentallydifferentfromcivilandpoliticalrights.aspx>> Erişim Tarihi 3 Haziran 2020.
- Bown C, Hillman J, 'Bird Flu, the OIE, and National Regulation: The WTO's India-Agricultural Products Dispute' (2016) 15 World Trade Review 235.
- Bradley A Thayer, Lianchao Han, 'China and the WHO's chief: Hold them both accountable for pandemic' (*The Hill*, 17 Mart 2020) <<https://thehill.com/opinion/international/487851-china-and-the-whos-chief-hold-them-both-accountable-for-pandemic>> Erişim Tarihi 28 Mayıs 2020.
- Briggs H, 'The Travaux Préparatoires of the Vienna Convention on the Law of Treaties' (1971) 65 American Journal of International Law 705.
- Burci G L, 'The World Health Organization at 70: Challenges and Adaptation' (2019) 16(2) International Organizations Law Review 229.
- Cases' (*Financial Times*, 5 Şubat 2020) <<https://www.ft.com/content/8ede7e92-4749-11ea-aeb3-955839e06441>> Erişim Tarihi 28 Mayıs 2020.
- Chris Pleasance, 'How the man running World Health Organisation trashed by Trump as China-centric is a career politician who worked for a Communist junta and became WHO's first NON-doctor Director-General "following intense lobbying from Beijing"' (*DailyMail*, 8 Nisan 2020) <<https://www.dailymail.co.uk/news/article-8199719/Dr-Tedros-Ghebreyesus-career-politician-running-China-centric-WHO.html>> Erişim Tarihi 28 Mayıs.
- Condon B and Sinha T, *Global Lessons from the AIDS Pandemic. Economic, Financial, Legal and Political Implications* (Springer 2008).
- Convention between Austria-Hungary, France, Germany, Portugal and Switzerland Respecting Measures to be Taken Against Phylloxera Vastatrix (1878) (159 CTS 203).
- Cueto M, 'The Origins of Primary Health Care and Selective Primary Health Care' (2004) 94 American Journal of Public Health, 1864.
- Davies S E, Kamradt-Scott A ve Rushton S, *Disease Diplomacy: International Norms and Global Health Security* (Johns Hopkins University Press 2015).
- Deniz Baran, 'Covid-19 Salgını ve Çin'in Uluslararası Hukuk Açısından Sorumluluğu' (*GPoT Center*, Nisan 2020) <<http://www.gpotcenter.org/sites/default/files/opinion/Covid-19%20Salgini%20ve%20Cin'in%20Uluslararası%20Hukuk%20Acısından%20Sorumlulugu.pdf>> Erişim Tarihi 17 Mayıs 2020.
- Doha Deklarasyonu (WT/MIN(01)/DEC/2) (2001)

- DSÖ Genel Direktörü, 'IHR Emergency Committee on Novel Coronavirus (2019-nCoV)', DSÖ, 'Considerations for quarantine of individuals in the context of containment for coronavirus disease (COVID-19)' (19 Mart 2020).
- Dünya Sağlık Örgütü, 'Annual Report on the Implementation of the International Health Regulations, Report by the Director-General' (2019) (A72/8) para 26.
- Dünya Sağlık Örgütü, 'Coronavirus Disease (COVID-19) Outbreak' (*WHO*) <<https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/events-as-they-happen>> Erişim tarihi 15 Mayıs 2020.
- Dünya Sağlık Örgütü, 'Pandemic Influenza Risk Management. A WHO Guide to inform & harmonize national & international pandemic preparedness and response' (*WHO*, 2017) <<https://bit.ly/3bdu588>> Erişim Tarihi 2 Haziran 2020.
- Dünya Sağlık Örgütü, 'Report of the WHO-China Joint Mission on Coronavirus Disease 2019 (COVID-19)' (*WHO*) <<https://www.who.int/docs/default-source/coronaviruse/who-china-joint-mission-on-covid-19-final-report.pdf>> Erişim Tarihi 15 Mayıs 2020.
- Dünya Sağlık Örgütü, 'What is a pandemic?' (*WHO*, 24 Şubat 2020) <https://www.who.int/csr/disease/swineflu/frequently_asked_questions/pandemic/en/> Erişim tarihi 15 Mayıs 2020.
- Dünya Sağlık Örgütü, Resolution WHA 30.43.
- Ekonomik ve Sosyal Konsey (*UN*, 1946-1948) <https://library.un.org/sites/library.un.org/files/itp/1430-201404101302204694093_0.pdf> Erişim Tarihi 17 Mayıs 2020.
- Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi, 'General Comment No 14: The Right to the Highest Attainable Standard of Health (Article 12 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights)' (*Refworld*, 11 Ağustos 2000) <<https://www.refworld.org/pdfid/4538838d0.pdf>> Erişim Tarihi 16 Mayıs 2020.
- Emily Rauhala, 'World Health Organization: China not sharing data on coronavirus infections among health-care workers' (*Washington Post*, 26 Şubat 2020) <https://www.washingtonpost.com/world/asia_pacific/world-health-organization-china-not-sharing-data-on-health-care-worker-coronavirus-infections/2020/02/26/28064fda-54e4-11ea-80ce-37a8d4266c09_story.html> Erişim Tarihi 28 Şubat 2020.
- Enhorn v Sweden* App no 56529/00 (ECtHR 2005) .
- Fee E, Brown T, '100 Years of the Pan American Health Organization' (2002) 92(12) *American Journal of Public Health* 1888.
- Fidler D 'To Declare or Not to Declare: the Controversy over Declaring a Public Health Emergency of International Concern for the Ebola Outbreak in the Democratic Republic of the Congo' (2019) 14(2) *Asian J Wto & Int'l Health L & Pol'y* 287.
- Fidler D, 'From International Sanitary Conventions to Global Health Security: The New International Health Regulations' (2005) 4 *Chinese Journal of International Law* 325.
- Fidler D, 'Return of the Fourth Horseman: Emerging Infectious Diseases and International Law' (1997) 81 *Minn L Rev* 771.
- Fidler D, 'The Ebola Outbreak and the Future of Global Health Security' (2015) 385 *The Lancet* 1888.
- Fidler D, 'The Future of the World Health Organization: What Role for International Law?' (1998) *Articles by Maurer Faculty* 1080.
- Fidler D, 'The Globalization of Public Health: Emerging Infectious Diseases and International Relations' (1997) 5(1) *Indiana Journal of Global Legal Studies* 11.

- Fidler D, Gostin L O, 'The New International Health Regulations: An Historic Development for International Law and Public Health' (2006) 34(1) *JL Med & Ethics* 85.
- Fouad R M, 'The Legal Duty to Cooperate amid COVID-19: A Missed Opportunity?' (*EJIL Talk*, 22 Nisan 2020) <<https://www.ejiltalk.org/the-legal-duty-to-cooperate-amid-covid-19-a-missed-opportunity>> Erişim Tarihi 28 Mayıs 2020.
- Gerry Shih, Emily Rauhala ve Lena H Sun, 'Early missteps and state secrecy in China probably allowed the coronavirus to spread farther and faster' (*Washington Post*, 1 Şubat 2020) <<https://www.washingtonpost.com/world/2020/02/01/early-missteps-state-secrecy-china-likely-allowed-coronavirus-spread-farther-faster/>> Erişim Tarihi 28 Şubat 2020.
- Goodman N M, *International Health Organizations and Their Work* (Churchill Livingstone, 1971).
- Gostin L vd, 'Ebola in the Democratic Republic of the Congo: Time to Sound a Global Alert?' (2019) 393 *The Lancet* 617.
- Gostin L vd, 'The Normative Authority of the World Health Organization' (2015) 129(7) *Public Health* 854.
- Gostin L, 'A Proposal for Framework Convention on Global Health' (2007) 10(4) *Journal of International Economic Law* 989.
- Gostin L, Sridhar D, 'Global Health and the Law' (2014) (370) *The New England Journal of Medicine* 1732.
- Gostin Lawrence, 'World Health Law: Toward a New Conception of Global Health Governance for the 21st Century' (2005) 5 *Yale J Health Pol'y L & Ethics* 413.
- Hanrieder T, *International Organization in Time* (OUP 2015).
- Helen Davidson, 'First Covid-19 case happened in November, China government records show - report' (*The Guardian*, 13 Mart 2020) <<https://www.theguardian.com/world/2020/mar/13/first-covid-19-case-happened-in-november-china-government-records-show-report>> Erişim Tarihi 16 Mayıs 2020.
- Henry Kissinger, 'The Coronavirus Pandemic Will Forever Alter the World Order' (*Wall Street Journal*, 3 Nisan 2020) <<https://www.wsj.com/articles/the-coronavirus-pandemic-will-forever-alter-the-world-order-11585953005>> Erişim Tarihi 29 Nisan 2020.
- Heymann D ve Rodier G, 'SARS: A Global Response to an International Threat' (2004) *The Brown Journal of World Affairs* (2004) 10(2) 185.
- Hoehn E, 'TRIPS, Pharmaceutical Patents, and Access to Essential Medicines: A Long Way from Seattle to Doha' (2002) 3(1) *Chicago Journal of International Law* 27.
- Hoffman S, 'Making The International Health Regulations Matter: Promoting Compliance Through Effective Dispute Resolution' in Simon Rushton ve Jeremy Youde (eds), *Routledge Handbook of Global Health Security* (Routledge 2015).
- Huber V, 'The Unification of the Globe by Disease? The International Sanitary Conferences on Cholera, 1851-1894' (2006) 49(2) *The Historical Journal* 453.
- Ian Buruma, 'The Virus of Fear' (*Project Syndicate*, 6 Mart 2020) <<https://www.project-syndicate.org/commentary/coronavirus-fear-increases-violence-potential-by-ian-buruma-2020-03?barrier=accesspaylog>> Erişim Tarihi 16 Haziran 2020.
- Ijaz K vd, 'International Health Regulations – What Gets Measured Gets Done' (2012) 18 *Emerging Infectious Diseases* 1054.
- Ireland v UK* App no 5310/71 (ECtHR 1978).

- James Kraska, 'China is Legally Responsible for COVID-19 Damage and Claims Could Be in the Trillions' (*War on the Rocks*, 23 Mart 2020) <<https://warontherocks.com/2020/03/china-is-legally-responsible-for-covid-19-damage-and-claims-could-be-in-the-trillions/>> Erişim Tarihi 16 Mayıs 2020.
- Jeremy Page, Betsy McKay, 'The World Health Organization Draws Flak for Coronavirus Response' (*Wall Street Journal*, 12 Şubat 2020) <<https://www.wsj.com/articles/the-world-health-organization-draws-flak-for-coronavirus-response-11581525207>> Erişim Tarihi 28 Mayıs 2020.
- Kamradt-Scott A, 'The International Health Regulations (2005) Strengthening Their Effective Implementation and Utilisation' (2019) 16 *International Organizations Law Review*.
- Karackattu J, 'Infectious Diseases and Securitization: WHO's Dilemma' (2011) 9 *Biosecurity and Bioterrorism* 181.
- Kate Kelland, Stephanie Nebehay, 'Caught in Trump-China feud, WHO leader under siege' (*The Japan Times*, 16 Mayıs 2020) <<https://www.japantimes.co.jp/news/2020/05/16/asia-pacific/us-donald-trump-china-who-tedros-adhanom-ghebreyesus/>> Erişim Tarihi 28 Mayıs 2020.
- Kathy Gilsinan, 'How China Deceived the WHO' (*The Atlantic*, 12 Nisan 2020) <<https://www.theatlantic.com/politics/archive/2020/04/world-health-organization-blame-pandemic-coronavirus/609820/>> Erişim Tarihi 28 Mayıs 2020.
- Kennedy D, 'The Move to Institutions' 1987 8(5) *Cardozo Law Review* 841.
- Kofi Annan, 'Problems without Passports' (*Foreign Policy*, 9 Kasım 2009) <<https://foreignpolicy.com/2009/11/09/problems-without-passports/>> Erişim Tarihi 28 Mayıs 2020.
- Kreuder-Sonnen C, *Emergency Powers of International Organizations. Between Normalization and Containment* (OUP 2019).
- Lashmankin and Others v Russia* App no 57818/09 (ECtHR 2017).
- Lawless v. Ireland* App no App no 332/57 (ECtHR 1961) para 28.
- Lawrance G, *Global Health Law* (Harvard University Press 2014) .
- Lebre A, COVID-19 pandemic and derogation to human rights, *Journal of Law and the Biosciences*, lsa015.
- Lee K, *The World Health Organization* (Routledge 2009) .
- Li Yuan, 'China Silences Critics Over Deadly Virus Outbreak' (*New York Times*, 22 Ocak 2020) <https://www.nytimes.com/2020/01/22/health/virus-corona.html>, Erişim Tarihi: 28 Şubat 2020.
- Ling L T, 'Global Health in a Turbulence Time: A Commentary' (2020) 15(1) *Asian Journal of WTO & International Health Law and Policy* 27.
- Lo C, 'The Missing Operational Components of the IHR (2005) from the Experience of Handling the Outbreak of COVID-19: Precaution, Independence, Transparency and Universality' (2020) 15(1) *Asian Journal of WTO & International Health Law and Policy* 1.
- Mack E, 'The World Health Organization's New International Health Regulations: Incursion on State Sovereignty and Ill-Fated Response to Global Health Issues' (2006–2007) 7 *Chinese Journal of International Law* 365.
- Marko Svicevic, 'COVID-19 as a Threat to International Peace and Security: What place for the UN Security Council?' (*EjilTalk*, 27 Mart 2020) <ejiltalk.org/covid-19-as-a-threat-to-international-peace-and-security-what-place-for-the-un-security-council/> Erişim Tarihi 16 Haziran 2020.
- Martin R, 'The Exercise of Public Health Powers in Cases of Infectious Disease: Human Rights Implications' (2006) 14 *Medical Law Review* 132.

- Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin Sınırlandırma ve Derogasyon Hükümlerine İlişkin Siracusa İlkeleri (UN Doc. E/CN.4/1985/4) (1985).
- Mehmet Hasan Altan v. Turkey* App no 2016/23672 (ECtHR 2018) para 94, 210.
- Morens D, Taubenberger J, 'The Mother of All Pandemics Is 100 Years Old (and Going Strong)!' (2018) 108 *American Journal of Public Health* 1449.
- Natalie Huet, Carmen Paun 'Meet the world's most powerful doctor: Bill Gates' (Politico, 4 Mayıs 2017) <<https://www.politico.eu/article/bill-gates-who-most-powerful-doctor/>> Erişim Tarihi 19 Mayıs 2020.
- Ntina Tzouvala, 'COVID-19, international law and the battle for framing the crisis' (*International Law Association Reporter*, 25 Mart 2020) <<https://bit.ly/33K5tBy>> Erişim Tarihi 14 Haziran 2020.
- Pavone I, 'Ebola and Securitization of Health: UN Security Council Resolution 2177/2014 and Its Limits' in Leonie Vierck, Pedro A Villarreal ve Katarina Weilert (eds), *The Governance of Disease Outbreaks International Health Law: Lessons from the Ebola Crisis and Beyond* (Nomos 2017).
- Pedro Villarreal, 'The 2019-2020 novel coronavirus outbreak and the importance of good faith for international law' (*Voelkerrechtsblog*, 28 Ocak 2020) <<https://voelkerrechtsblog.org/the-2019-2020-novel-coronavirus-outbreak-and-the-importance-of-good-faith-for-international-law/>> Erişim Tarihi 28 Nisan 2020.
- Peel J, *Science and Risk Regulation in International Law* (CUP 2010).
- Phelan A L vd, 'The Novel Coronavirus Originating in Wuhan, China: Challenges for Global Health Governance' (2020) 323(8) *Journal of American Medical Association* 709.
- Primrose Riordan, Sue-Lin Wong, 'WHO Expert Says China Too Slow to Report Coronavirus
- Rushton S, 'Global Governance Capacities in Health: WHO and Infectious Diseases' in Adrian Kay and Owain Williams (eds), *Global Health Governance: Crisis, Institutions and Political Economy* (Palgrave-MacMillan 2009).
- Sell C, 'Ebola and Emerging Infectious Diseases in Armed Conflict: Contemporary Challenges in Global Health Security Laws and Policies' (2020) 29 *Minn J Int'l L* 187.
- Siddharth S Aatreya, 'Are COVID-19 Related Trade Restrictions WTO-Consistent?' (*EjilTalk*, 25 Nisan 2020) <www.ejiltalk.org/are-covid-19-related-trade-restrictions-wto-consistent/> Erişim Tarihi 14 Haziran 2020.
- Steinbrück-Platise M, 'The Changing Structure Of Global Health Governance' in Leonie Vierck, Pedro A Villarreal ve Katarina Weilert (eds), *The Governance of Disease Outbreaks. International Health Law: Lessons from the Ebola Crisis and Beyond* (Nomos 2017) .
- Talita de Souza Dias, Antonio Coco, 'Part III: Due Diligence and COVID-19: States' Duties to Prevent and Halt the Coronavirus Outbreak' (*EJIL Talk*, 25 Mart 2020) <ejiltalk.org/part-iii-due-diligence-and-covid-19-states-duties-to-prevent-and-halt-the-coronavirus-outbreak/> Erişim Tarihi 16 Mayıs 2020.
- Taylor A L, 'International Law and Public Health Policy' in Kris Heggenhougen vd (eds) *International Encyclopaedia of Public Health* (Academic Press 2008) 675
- Taylor A L, Bettcher D W, 'International Law and Public Health' (2002) 80(12) *Bull World Health Org* 923.
- Temyiz Organı Kararı, 'European Communities - Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products' (12 Mart 2001) (WT/DS135/AB/R).
- Temyiz Organı Kararı, 'Indonesia — Importation of Horticultural Products, Animals and Animal Product' (9 Kasım 2017) (WT/DS477/AB/R, WT/DS478/AB/R).

- Temyiz Organı Kararı, ‘Korea — Various Measures on Beef’ (11 Aralık 2000) (WT/DS161, DS169/AB/R).
- Teo Armus, ‘Trump threatens to permanently cut WHO funding, leave body if changes aren’t made within 30 days’ (*Washington Post*, 19 Mayıs 2020) <<https://www.washingtonpost.com/nation/2020/05/19/who-funding-trump/>> Erişim Tarihi 25 Mayıs 2020.
- The White House*, 18 Mayıs 2020 <<https://www.whitehouse.gov/wp-content/uploads/2020/05/Tedros-Letter.pdf>> Erişim Tarihi 28 Mayıs 2020.
- Thomas Bollyky, Vin Gupta, ‘What World Can Learn from China’s Experience with Coronavirus?’ (*Foreign Affairs*, 2 Mart 2020) <<https://www.foreignaffairs.com/articles/china/2020-03-02/what-world-can-learn-chinas-experience-coronavirus>> Erişim Tarihi 28 Mayıs 2020.
- Ulutaş Ufuk, ‘Koronavirüs Sonrası Küresel Trendler’ in T.C. Dışişleri Bakanlığı Stratejik Araştırmalar Merkezi (ed), *COVID-19 Sonrası Küresel Sistem: Eski Sorunlar Yeni Trendler* (SAM Yayınları 2020).
- Venedik Komisyonu, ‘Opinion on the protection of human rights in emergency situation’, CDL-AD(2006)015) para 13.
- Venedik Sağlık Sözleşmesi (1897).
- Vidigal G, ‘Living Without the Appellate Body: Multilateral, Bilateral and Plurilateral Solutions to the WTO Dispute Settlement Crisis’ (2019) 20 *Journal of World Investment & Trade* 862.
- Villarreal P A, ‘Pandemic Declarations of the World Health Organization as an Exercise of International Public Authority: The Possible Legal Answers to Frictions Between Legitimacies’ (2016) 7(1) *Göttingen Journal of International Law* 95.
- Villarreal P A, ‘Public International Law and Human Health: Bridging Conceptual Gaps Through Governance’ (2018) 61 *German Yearbook of International Law* 45.
- von Bogdandy A, Villarreal P A, ‘Critical Features of International Authority in Pandemic Response: The WHO in the COVID-19 Crisis, Human Rights and the Changing World Order’ (2020) 7(18) *Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL) Research Paper* 1.
- von Bogdandy A, Villarreal P A, ‘International Law on Pandemic Response: A First Stocktaking In Light of the Coronavirus Crisis’ (2020) 7 *Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL) Research Paper* 1.
- Wenham C, ‘Public-health Experts Question Whether the WHO Has Been Too Deferential to China in Its Handling of the New Virus’ (2017) 372 *Phil Transactions Royal Soc B* 1.
- WHO*, 30 Ocak 2020) <[https://www.who.int/dg/speeches/detail/who-director-general-s-statement-on-ihf-emergency-committee-on-novel-coronavirus-\(2019-ncov\)](https://www.who.int/dg/speeches/detail/who-director-general-s-statement-on-ihf-emergency-committee-on-novel-coronavirus-(2019-ncov))> Erişim Tarihi 28 Mayıs 2020.
- Wilder-Smith A, Freedman D, ‘Isolation, Quarantine, Social Distancing and Community Containment: Pivotal Role For Old-Style Public Health Measures in The Novel Coronavirus (2019-Ncov) Outbreak’ (2020) 27 *Journal of Travel Medicine* 2.
- WTO, ‘India-Measures Concerning the Importation of Certain Agricultural Products (Report of the Appellate Body)’ (4 Haziran 2015) (WT/DS430/AB/R).
- Yanzhong Huang, ‘The Sars Epidemic And Its Aftermath In China: A Political Perspective’ (*NCBI*) <<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/books/NBK92479/>> Erişim Tarihi 26 Mayıs 2020. Christensen T, Painter M, ‘The Politics of SARS – Rational Responses or Ambiguity, Symbols and Chaos?’ (2004) 23 *Politics and Society* 18.
- Yuval Noah Harari, ‘The World After Coronavirus’ (*Financial Times*, 20 Mart 2020) <<https://www.ft.com/content/19d90308-6858-11ea-a3c9-1fe6fedeca75>> Erişim Tarihi 29 Mart 2020.
- Yüksel C, *Uluslararası Hukuk ve Ekonomik Kalkınma* (Alfa 2020).



İstanbul Hukuk Mecmuası

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Başvuru: 20.06.2020
Revizyon Talebi: 12.08.2020
Son Revizyon Tarihi: 19.08.2020
Kabul: 08.09.2020

COVID-19 Salgınının Gelir ve Servet Üzerinden Alınan Vergilere İlişkin Çifte Vergilendirmeyi Önleme Anlaşmalarının Yorumlanması ve Uygulanması Üzerindeki Olası Etkileri

Alara Efsun Yazıcıoğlu*

Öz

COVID-19 salgınının kamu sağlığı üzerindeki etkilerini minimuma indirmek amacıyla devletler tarafından alınan sosyal mesafenin korunmasına ilişkin tedbirler ekonomik işleyişi pek çok açıdan olumsuz yönde etkilemektedir. Bu nedenle, koronavirüs krizi yerel vergi mevzuatlarında ivedikle bir takım düzenlemeler yapılmasına yol açmıştır. COVID-19 salgını nedeni ile ortaya çıkmış olan ekonomik problemler gibi büyük çaplı ekonomik sorunlar sadece yerel mevzuat ve vergi politikası açısından değil, bölgesel ve uluslararası mevzuat ve vergi politikaları açısından da bir takım değişikliklere neden olabilmektedir. 2008 Finansal Krizi sonrasında Avrupa Birliği çapında Finansal İşlemler Vergisi uygulanmasına ilişkin öneri ve uluslararası arenada bilgi değişiminin kazandığı önem sonucu alanda yaşanan hatırı sayılır gelişme yakın geçmişten çarpıcı örneklerdir. Bu makale COVID-19 salgınının gelir ve servet üzerinden alınan vergilere ilişkin çifte vergilendirmeyi önleme anlaşmalarının yorumlanması ve uygulanması üzerindeki olası etkileri üzerine yoğunlaşmaktadır. Bu amaç doğrultusunda, öncelikle çifte vergilendirmeyi önleme anlaşmalarının yorumlanması ve uygulanmasına ilişkin olası sorunlar incelenmekte, daha sonra ise salgının halihazırda çifte vergilendirmeyi önleme anlaşmalarının güncellenmesine yönelik olarak uluslararası alanda yürütülmekte olan çalışmalar üzerindeki etkisinden bahsedilmektedir. Çifte vergilendirmeyi önleme anlaşmalarının yorumlanması ve uygulanmasına ilişkin olarak OECD Sekreteryası 3 Nisan 2020 tarihinde yayınladığı 'OECD Sekreteryası'nın Vergi Anlaşmaları ve COVID-19 Krizinin Etkisine İlişkin Analizi' başlıklı dokümanda gerçek ve tüzel kişilerin mukimliği, işyeri oluşumu ve sınır ötesi çalışanların ücret gelirlerine ilişkin açıklamalarda bulunmuştur. Her ne kadar bahsi geçen dokümanda Sekreteryaya tarafından incelenememiş olsa da, transfer fiyatlandırması ile ilgili sorunların da ivedilikle çözüme kavuşmaları gerekmektedir. COVID-19 salgını ile beraber, salgın öncesinde tartışılan veya üzerinde çalışılmakta olan çifte vergilendirmeyi önleme anlaşmalarında bir takım değişiklikler yapılmasına (özellikle ekonominin dijitalleşmesinden doğan sorunların giderilmesine) yönelik çalışmaların sektöre uğrayıp uğramayacağı ile ilgili de tereddütler oluşmuştur. OECD tarafından yapılan açıklamalar ise söz konusu projelerin ciddi bir gecikmeye uğramadan devam ettikleri yönündedir.

Anahtar Kelimeler

COVID-19, Çifte vergilendirmeyi önleme anlaşması, Mukimlik, Daimi ev, Etkin yönetim yeri, İşyeri, Transfer fiyatlandırması, Sınır ötesi çalışanlar

Potential Impact of the COVID-19 Pandemic on Interpretation and Application of Double Tax Treaties on Income and on Capital

Abstract

It is undisputed that the measures taken by governments to enable their citizens to safeguard a certain social distance and thereby to contain the COVID-19 pandemic as much as possible caused a considerable negative impact on economic activities. Most governments took a series of immediate tax measures at a domestic level to mitigate that impact.

* **Sorumlu Yazar:** Alara Efsun Yazıcıoğlu (Dr. Öğr. Üyesi), Kadir Has Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Mali Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye. E-posta: alara.yazicioglu@khas.edu.tr ORCID: 0000-0001-7690-1495

Atf: Yazıcıoğlu AE, "COVID-19 Salgınının Gelir ve Servet Üzerinden Alınan Vergilere İlişkin Çifte Vergilendirmeyi Önleme Anlaşmalarının Yorumlanması ve Uygulanması Üzerindeki Olası Etkileri" (2020) 78(2) İstanbul Hukuk Mecmuası 935. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2020.78.2.0021>



Traditionally, large-scale economic problems, such as the ones that have resulted from the COVID-19 pandemic, give rise not only to domestic law and tax policy modifications but also to several legal and policy amendments at regional and international levels. The most recent example is the financial crisis of 2008. Following the crisis concerned, among other developments, the implementation of a Europe-wide Financial Transaction Tax was suggested and international exchange of information gained unprecedented importance, which resulted in significant international efforts in that particular area that are still ongoing. This article focuses on the potential impact of COVID-19 on interpretation and application of double tax treaties on income and on capital. To this end, problems that may occur concerning interpretation and application of double tax treaties are analyzed and then the current status of the international tax law projects, which were already ongoing before the COVID-19 crisis, relating to a potential update of such treaties is briefly examined. Most of the problems that may occur due to the pandemic in a double tax treaty context were analyzed in a document entitled “OECD Secretariat Analysis of Tax Treaties and the Impact of the COVID-19 Crisis” published by the OECD Secretariat on April 3, 2020. The residency of natural and legal persons, the creation of a permanent establishment, and the taxation of income earned by cross border workers were examined in the document concerned. Although it was not possible for the Secretariat to clarify issues relating to transfer pricing, that particular field is also in need of, and prone to, important developments. COVID-19 pandemic gave rise to some doubt on the progress of the ongoing work on double tax treaties, such as the work that is being conducted on the digitalization of the economy. The projects concerned continue at their regular pace, without any significant delay, as per the statement made by the OECD.

Keywords

COVID-19, Double tax treaty, Residence, Permanent home, Place of effective management, Permanent establishment, Transfer pricing, Cross border workers

Extended Summary

It is undisputed that the measures taken by governments to enable their citizens to safeguard a certain social distance and thereby to contain the COVID-19 pandemic as much as possible caused a considerable negative impact on economic activities. Most governments took a series of immediate tax measures at a domestic level to mitigate that impact. Traditionally, large-scale economic problems, such as the ones that have resulted from the COVID-19 pandemic, give rise not only to domestic law and tax policy modifications but also to several legal and policy amendments at regional and international levels. The most recent example is the financial crisis of 2008. Following the crisis concerned, among other developments, the implementation of a Europe-wide Financial Transaction Tax was suggested and international exchange of information gained unprecedented importance, which resulted in significant international efforts in that particular area that are still ongoing. This article focuses on the potential impact of COVID-19 on interpretation and application of double tax treaties on income and on capital. To this end, problems that may occur concerning interpretation and application of such treaties are analyzed, and then the current status of the international tax law projects that were already ongoing before the COVID-19 crisis is briefly examined.

In a double tax treaty context, most of the problems that may occur due to the COVID-19 were analyzed in a document entitled “OECD Secretariat Analysis

of Tax Treaties and the Impact of the COVID-19 Crisis” published by the OECD Secretariat on April 3, 2020. The residency of natural and legal persons, the creation of a permanent establishment, and the taxation of income earned by cross border workers were examined in the document concerned.

OECD Secretariat noted that a change in the treaty residence position of both natural and legal persons due to the COVID-19 restrictions is unlikely. For natural persons, this observation derives from the fact that it is highly improbable that these individuals would have a “permanent home” available to them in the country where they are temporarily staying during the crisis. In the absence of a permanent home, the country concerned cannot be considered as their residence country. Concerning legal persons, a temporary change in the location of the chief executive officers and other senior executives should not, under normal circumstances, trigger a change in their place of effective management. Despite these observations made by the Secretariat, a shift in the residency due to the pandemic cannot be excluded altogether. The specific circumstances of a given case are likely to play a decisive role in the treaty residence position. This holds especially true for natural persons.

The creation of a permanent establishment should remain largely unaffected by the COVID-19 crisis. Employees working from their home (home office) during this period are not likely to constitute a fixed place permanent establishment of their employers, principally given the fact that this temporary teleworking period is due to a force majeure and enterprises are providing their employees with offices under normal circumstances. The creation of a fixed place permanent establishment may occur in cases where the home office is being used on a continuous basis for carrying on the business of the enterprise, and the enterprise requires the individual to use his or her home as a workplace. This may especially reveal to be the case if some enterprises decide to opt for teleworking after the pandemic. In the same vein, an individual temporarily working from home is unlikely to constitute a dependent agent permanent establishment of his or her employer, due to, once again, the temporariness of the situation. As a matter of fact, the individual concerned must have an authority to act on behalf of the employer in an habitual manner to form a dependent agent permanent establishment. The temporary nature of the current teleworking period would, therefore, prevent an individual from forming a dependent agent of his or her employer. Hence, the main problem regarding these two types of permanent establishments resides in determining whether the teleworking process can be considered as “of short duration” or as “temporary.”

COVID-19 may produce a “negative” impact on construction site permanent establishments. During the pandemic, many construction sites had to be, some still are, temporarily interrupted. The duration of such an interruption is to be treated

as “other temporary interruptions,” which do not give rise to a suspension of the time threshold in determining the life of a site. Thus, a site that would not have constituted a permanent establishment under normal circumstances, could constitute a permanent establishment due to the mandatory interruption that occurred during the COVID-19 crisis. This particularly holds true in cases where the applicable double tax treaty follows the United Nations Model Convention on this point (which sets a threshold of six months).

The taxation of cross border workers tends to be problematic during the COVID-19 crisis. OECD Secretariat indicated that stimulus packages adopted by governments to keep the workers on the payroll during the crisis should be treated as termination payments and be attributed to the place where the employee would have worked under normal circumstances. For all other issues, the exceptional circumstances call for tight collaboration between countries regarding taxation of cross border workers.

Although it was not possible for the Secretariat to clarify issues relating to transfer pricing, that particular field is also in need of, and prone to, important developments. OECD countries are currently working together on a solution to identify the data that can be used in determining the arm’s length prices relating to 2020. The work is expected to be finalized at the end of the year. Three potential solutions, all with significant setbacks, come to mind: using the data belonging to past years by proceeding with the necessary adjustments, using the 2020 financial data, and using financial data based on other economic crises (most likely the data belonging to the financial crisis of 2008).

COVID-19 pandemic gave rise to some doubt on the progress of the ongoing international tax law projects, such as the work that is being conducted on the digitalization of the economy. As per the statement made by the OECD, the projects concerned continue at their regular pace, without any significant delay.

The analysis of the explanations given by the OECD Secretariat and different countries’ revenue agencies indicates that during the pandemic and the forthcoming years, taxpayers may face considerable uncertainty. The OECD Secretariat’s analysis merely consists of interpreting the existing commentaries in the light of the COVID-19 pandemic in a rather superficial manner. Explanations made by revenue agencies are mere “explanations”, i.e. they are not binding, which are far from being clear. OECD and its member countries may turn this difficult time into an opportunity to develop binding guidelines that are destined to be used during large-scale global and regional crises, such as COVID-19, to avoid a similar outcome in the future.

COVID-19 Salgınının Gelir ve Servet Üzerinden Alınan Vergilere İlişkin Çifte Vergilendirmeyi Önleme Anlaşmalarının Yorumlanması ve Uygulanması Üzerindeki Olası Etkileri

I. Giriş

COVID-19 salgınının kamu sağlığı üzerindeki etkilerini minimuma indirmek amacıyla devletler tarafından alınan seyahat kısıtlamaları ve sokağa çıkma yasakları gibi sosyal mesafenin korunmasına ilişkin tedbirlerin ekonomik işleyişi pek çok açıdan olumsuz olarak etkiledikleri tartışmasıdır. Salgın, tedarik zincirlerinin bozulmasından kaynaklanan bir arz şokunun yanı sıra, gerek işsizliğin artması gerekse alınan tedbirlerden dolayı tüketici talebinin ciddi şekilde azalması nedenleriyle bir talep şoku durumunu da ortaya çıkarmıştır. Ekonomik Kalkınma ve İşbirliği Örgütü (*'Organisation for Economic Co-operation and Development'*, OECD) COVID-19 salgını nedeniyle alınan tedbirlerin bazı ülkelerde ekonomik aktiviteleri %25 oranında, tüketici harcamalarını ise, ilk etapta yaklaşık üçte bir oranında azalttıklarını belirtmektedir.¹ Enfeksiyon riskini düşürmek için konan sıkı tedbirlerin devam ettiği her ay, bir ülkenin gayrisafı yurt içi hasılasında %2 oranında düşüş yaratabilecek niteliktedir.²

Ekonomiyi desteklemek amacı ile hem vergi hem de para politikası bakımından bir dizi önlem alınması gerektiği sabit olmakla beraber, yapılan düzenlemelerin niteliklerinin salgının ve virüse karşı alınan tedbirlerin ilerleyişi doğrultusunda farklılık göstermeleri gerekmektedir. OECD, salgına ilişkin alınması gereken vergi ve para politikası tedbirlerini dört zaman dilimine ayırarak incelemektedir: Salgının ortaya çıkması, sıkı tedbir dönemi, geçiş dönemi ve salgın sonrası dönem.³ Bu dört dönem birbirinden net çizgilerle ayırmanın büyük ihtimalle mümkün olmamasından dolayı, alınacak vergi ve para politikası önlemlerinin dönemler arası geçişin de göz önünde bulundurularak belirlenmesi gerekmektedir.

Salgının ortaya çıktığı dönemde pek çok ülke ivedilikle likidite ve gelir desteği sağlamak amacı ile bir dizi vergi düzenlemesi yapmıştır.⁴ Katma Değer Vergisi (KDV) ve kurumlar vergisi beyan ve/veya ödeme tarihlerinin ertelenmesi, KDV iade süreçlerinin hızlandırılması ve vergi daireleri ile mükellefler arasındaki iletişimin dijital hale gelmesinin sağlanması sıklıkla karşılaşılan 'acil' tedbirlerden olmuştur. Bu kısa vadeli tedbirlerin, sıkı tedbir dönemi boyunca da güçlendirilerek devam etmesi beklenmektedir. Sıkı tedbirden normal hayata geçiş döneminde mali teşviklere başvurulması ve salgın sonrası dönemde de devletin vergi gelirini arttırmak için çeşitli

¹ OECD, 'Tax and Fiscal Policy in Response to the Coronavirus Crisis: Strengthening Confidence and Resilience' (2020)8, <http://www.oecd.org/ctp/tax-policy/tax-and-fiscal-policy-in-response-to-the-coronavirus-crisis-strengthening-confidence-and-resilience.htm> Erişim Tarihi 18 Haziran 2020.

² ibid.

³ ibid 10.

⁴ Türkiye tarafından alınan kısa vadeli tedbirlerin listesi için bkz Bülent Ak, 'Vergi İdaresinin Yeni Normali-Korona Virüs Sonrasında Vergisel İşlemler Hakkında Mini Rehber-' (2020) 39 (465) Vergi Dünyası 161, 161ff.

düzenlemelere gidilmesi beklenmektedir.⁵ Üçüncü ve dördüncü dönemlerde atılacak olan bu adımlar devletlerin COVID-19'a ilişkin uzun vadeli vergi politikalarını belirleyecektir. Vergi gelirini arttırabilmek için yeni vergilerin konması veya var olan vergilerin ağırlaştırılması söz konusu olabilecektir. Tüketim vergilerinin artması, servet üzerinden alınan vergilerin konması veya artması,⁶ salgın nedeni ile avantajlı konuma geçiş normalinden fazla gelir ('*super profit*') elde etmiş sektörlerde aktif olan şirketlerden özel bir vergi alınması ve/veya özellikle çevrenin korunmasını destekleyecek *pigouvian* vergilerin konması ya da arttırılması sıklıkla dile getirilen düzenlemelerdendir. Salgının devam etmekte olduğu bu dönemde uzun vadeli vergi politikalarına ilişkin net bir yorum yapmak şu an için mümkün görünmemektedir.

Büyük çaplı ekonomik sorunlar sadece yerel mevzuat ve vergi politikası açısından değil, hem bölgesel hem de uluslararası mevzuat ve vergi politikaları açısından da bir dizi değişikliğe yol açabilmektedir. 2008 Finansal Krizi sonrasında Avrupa Birliği çapında Finansal İşlemler Vergisi uygulanmasına ilişkin öneri ve uluslararası arenada bilgi değişiminin kazandığı önem sonucu alanda yaşanan hatırı sayılır gelişme yakın geçmişten çarpıcı örneklerdir. Temmuz 2013'de OECD tarafından ilan edilen Matrahın Aşındırılması ve Kârın Aktarılması (*Base Erosion and Profit Shifting*, BEPS) Eylem Planı'nın da devletlerin ekonomik krizler nedeni ile yeni gelir kaynakları aramaya yönelmesinin doğal bir sonucu olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

COVID-19'a bağlı ekonomik krizin de 2008 Finansal Krizi gibi uluslararası alanda önemli gelişmelere yol açacağı muhakkaktır. Bu gelişmelerin şimdiden tam olarak öngörülebilmesi ise mümkün gözükmemektedir. 2008 Finansal Krizi'nden farklı olarak, koronavirüs çifte vergilendirmeyi önleme anlaşmalarının (ÇVÖA) yorumlanması ve uygulanmasına ilişkin sorunlar da doğurabilecek niteliktedir. Bunun nedeni salgının kontrol altında tutulabilmesi için alınması zaruri hale gelmiş sosyal mesafenin korunmasına ilişkin tedbirlerdir.

Bu makale COVID-19 salgınının gelir ve servet üzerinden alınan vergilere ilişkin ÇVÖA'lar üzerindeki olası etkilerine yoğunlaşmaktadır. Bu amaç doğrultusunda, ilk olarak ÇVÖA'ların yorumlanması ve uygulanmasına ilişkin olası sorunlar incelenecektir (II), daha sonra ise, salgının ÇVÖA'ların güncellenmesi amacı ile OECD tarafından halihazırda yürütülmekte olan uluslararası vergi hukuku projeleri üzerindeki etkisinden bahsedilecektir (III).

⁵ OECD, 'Tax and Fiscal Policy in Response to the Coronavirus Crisis: Strengthening Confidence and Resilience' (2020) 10.

⁶ COVID-19 salgını sonrası alınması önerilen bir servet vergisi örneği için bkz Camille Landais, Emmanuel Saez ve Gabriel Zucman, 'A progressive European wealth tax to fund the European COVID response' (VOX, CEPR Policy Portal, 3 Nisan 2020) <https://voxeu.org/article/progressive-european-wealth-tax-fund-european-covid-response> Erişim Tarihi 18 Haziran 2020.

II. Çifte Vergilendirmeyi Önleme Anlaşmalarının Yorumlanması ve Uygulanmasına İlişkin Olası Sorunlar

A. Çifte Vergilendirmeyi Önleme Anlaşmalarına İlişkin Genel Bilgiler

Çifte vergilendirmenin önlenmesi konusunda dünya genelinde imzalanan anlaşmalara kaynak teşkil eden anlaşma modellerinden en temel olanları hiç şüphesiz ki OECD tarafından hazırlanmış olan 'Gelir ve Servet Üzerinden Alınan Vergilere İlişkin Model Anlaşma' (OECD Model Anlaşması) ve Birleşmiş Milletler tarafından hazırlanmış olan 'Gelişmiş ve Gelişmekte Olan Ülkeler Arasında Çifte Vergilendirme Anlaşması Modeli' (BM Model Anlaşması) dir. Farklı modeller olmalarına rağmen, bu iki modelin çoğu maddesi birbirine benzemektedir. OECD Model Anlaşması vergilendirme yetkisini ağırlıklı olarak mukim olunan devlete verirken, BM Model Anlaşması daha ziyade kaynak devletin vergilendirme haklarını gözetmektedir. Devletler ÇVÖA'larını imzalarken her iki modelden de esinlenebilecekleri gibi, modellerin ikisinde de bulunmayan düzenlemeler de yapabilirler. Bununla beraber, ÇVÖA'ların birçoğu OECD ve BM Model Anlaşmaları ile uyumludur. İki Model Anlaşma arasında daha sıklıkla başvurulana ise OECD Model Anlaşması'dır.⁷ OECD üye ülkesi olan Türkiye, ÇVÖA'larını imzalarken genellikle OECD Model Anlaşması'nı temel almaktadır. Belirtmek gerekir ki, OECD Model Anlaşması sadece OECD üye ülkeleri açısından değil, diğer ülkeler açısından da temel bir kaynak teşkil etmektedir.

ÇVÖA'ların uygulanmasında akit devletlerin ÇVÖA maddelerine atfettikleri yorumlar büyük önem taşımaktadır. Eğer akit devletler ÇVÖA hükümlerinin yorumlanmasında mutabık kalamazlarsa, ÇVÖA'nın etkili bir şekilde uygulanması ve hedeflenen sonuca, yani çifte vergilendirmenin engellenmesine, ulaşılması söz konusu olamaz. Hem uluslararası vergi hukuku alanında ortak bir doktrin ve pratik oluşturmak hem de ÇVÖA'ların verimli bir şekilde uygulanabilmelerini sağlamak için, OECD Model Anlaşması temel alınarak hazırlanıp imzalanan vergi anlaşmaları, yine OECD tarafından OECD üye ülkelerinin görüşlerine başvurularak hazırlanan ve periyodik aralıklarla yayınlanan yorumlar (bundan böyle OECD Yorumları⁸ olarak anılacaktır) ışığında yorumlanmaktadır. Benzer şekilde, OECD'nin yayınladığı OECD Model Anlaşması'nın maddelerinin yorumlanmasına ve uygulanmasına ilişkin çeşitli kaynaklar da (transfer fiyatlandırması raporları gibi), OECD Model Anlaşması'nın yorumlanması ve uygulanması esnasında sıklıkla kullanılmaktadır.

⁷ Mogens Rasmussen, *International Double Taxation* (Wolters Kluwer Law & Business 2011) 3; Pasquale Pistone, 'General Report' iç Michael Lang, Pasquale Pistone, Josef Schuch ve Claus Staringer (edr), *The Impact of the OECD and UN Model Conventions on Bilateral Tax Treaties* (Cambridge University Press 2012) 2.

⁸ OECD Yorumları'nın 2014 sürümünün Türkçe çevirisi Nisan 2016'da Gelir İdaresi Başkanlığı'nın internet sitesinde yayımlanmıştır. https://www.gib.gov.tr/sites/default/files/fileadmin/user_upload/Mevzuat_Disliiskiler/OECD_Model_Yorum_Kitabi_2014.pdf Erişim Tarihi 18 Haziran 2020.

OECD Yorumları'nın hukuki statüsü literatürde tartışmalı olsa da,⁹ söz konusu yorumların OECD Model Anlaşması'nın yorumlanması ve uygulanması esnasında hem vergi idareleri hem de mahkemeler tarafından temel bir kaynak olarak kullanıldıkları sabittir. OECD Yorumları en son 21 Kasım 2017'de güncellenmiştir.

B. OECD Sekretaryası'nın Vergi Anlaşmaları Ve COVID-19 Krizinin Etkisine İlişkin Analizi

COVID-19'un ÇVÖA'ların uygulanması esnasında yaratabileceği sorunların birçoğu OECD Sekretaryası'nın 3 Nisan 2020 tarihinde yayınladığı 'OECD Secretariat Analysis of Tax Treaties and the Impact of the COVID-19 Crisis'¹⁰ (bundan sonra 'COVID-19'un etkilerine ilişkin doküman' olarak anılacaktır) başlıklı dokümanda incelenmiştir. Doküman salgının ortaya çıkması ve sıkı tedbir dönemi süreçleri esnasında hazırlanmış olup, yeni ve detaylı düzenlemeler içermekten uzaktır. Daha ziyade, kısa vadede ortaya çıkabilecek sorunların, var olan düzenlemeler ışığında nasıl çözümlenebileceklerini ortaya koymayı amaçlamaktadır.

İlgili doküman, OECD üye ülkelerinin görüşleri alınmadan, tamamen OECD Sekretaryası tarafından hazırlanmıştır. Bu açıdan değerlendirildiğinde, OECD Yorumları ile aynı hukuki statüde olduğunu söylemek mümkün değildir. Diğer bir deyişle, OECD üye ülkeleri üzerinde herhangi bir bağlayıcılığı bulunmamaktadır. Bununla beraber, OECD Sekretaryası'nın COVID-19'un OECD Model Anlaşması'nın uygulanması açısından yol açabileceği olası sorunlar ile ilgili görüşlerini belirttiği bu dokümanın belirli bir ağırlığı olduğu muhakkaktır. Dokümanın yeni düzenlemelerden ziyade var olan OECD Yorumları'na dayanan görüşlerden oluşuyor olması da bu niteliğini desteklemektedir.

OECD Sekretaryası COVID-19'un etkilerine ilişkin dokümanda, gerçek ve tüzel kişilerin mukimliğine (1), işyeri oluşumuna (2) ve sınır ötesi çalışanların ücret gelirlerine (3) ilişkin açıklamalarda bulunmuştur. Sekretarya COVID-19'un etkilerine ilişkin dokümanda transfer fiyatlandırmasına ilişkin herhangi bir incelemeye yer vermemiş olmasına rağmen, transfer fiyatlandırması ile ilgili sorunların da ivedilikle çözüme kavuşturulmaları gerekmektedir (C).

⁹ OECD Yorumları'nın hukuki statüsünün detaylı bir incelemesi için örneğin bkz Frank Engelen, *Interpretation of Tax Treaties under International Law* (IBFD 2004) 439 ff ve Alper Cihad Demir, 'OECD Yorumlarının (Commentaries) Hukuki Niteliği' (2012) 31 (369) Vergi Dünyası 117 ff.

¹⁰ OECD, 'OECD Secretariat Analysis of Tax Treaties and the Impact of the COVID-19 Crisis' (2020) <http://www.oecd.org/coronavirus/policy-responses/oecd-secretariat-analysis-of-tax-treaties-and-the-impact-of-the-covid-19-crisis-947deb01/> Erişim Tarihi 18 Haziran 2020. Dokümanın Türkçe çevirisi için bkz Berrak Atıla, 'OECD Sekretaryası'nın Vergi Anlaşmaları ve COVID-19 Krizinin Etkisine İlişkin Analizi (Çeviri)' (2020) 39 (465) Vergi Dünyası 62 ff.

1. Mukimlik

OECD Model Anlaşması'nın 4. maddesinin 1. paragrafı uyarınca, bir devletin iç hukukuna göre o devlette tam mükellef olarak değerlendirilen kişiler, ilgili devletin 'mukimi'dirler. Bir kişinin sadece bir akit devlette mukim olarak nitelendirilmesi esastır. Kişinin her iki akit devletin de yerel mevzuatlarına göre 'mukim' olarak nitelendirildiği haller, 'çifte mukimlik' ya da 'ikâmet-ikâmet çatışması' olarak adlandırılır. İkâmet-ikâmet çatışmalarının çözümü için gerekli düzenlemeler gerçek kişiler için 4. maddenin 2. paragrafında, tüzel kişiler için ise ilgili maddenin 3. paragrafında yer almaktadır.

COVID-19 sürecinde gerçek kişilerin normalde buldukları ülke dışında bir ülkede olmak ve/veya çalışmak durumunda kalmaları sonucunda hem gerçek kişiler hem de tüzel kişiler açısından 'çifte mukimlik' durumlarının oluşabileceği düşünülebilir. Uygulama bulacak düzenlemeler birbirinden farklı olduğundan gerçek (a) ve tüzel kişileri (b) ayrı ayrı incelemek gerekmektedir.

a. Gerçek Kişiler

Gerçek kişilere ilişkin ikâmet-ikâmet çatışmaları, 4. maddenin 2. paragrafında bulunan ve literatürde '*tie-breaker rule*' (eşitlik bozucu kural) olarak adlandırılan düzenlemenin ışığında çözümlenmektedirler. Adından da anlaşıldığı üzere, eşitlik bozucu kural bir takım kriterlerin sırası ile incelenmesi ve akit devletlerden birinin üstünlük sergilediği bir kriterle ulaşılır ulaşılmaz analizin sonlandırılması şeklinde uygulama bulur. OECD tarafından belirlenmiş kriterler sırası ile: Daimi olarak kalınabilecek ev, hayati menfaatlerin merkezi, kalınılması adet edinilen yer ve vatandaşı olunan ülkedir.

OECD Sekreteryası genel olarak COVID-19 salgınının bir şahsın ÇVÖA kapsamındaki mukimlik statüsünde herhangi bir değişikliğe yol açmasının pek olası olmadığını öngörmüştür.¹¹ Bu görüş COVID-19 salgını nedeni ile mecburen bir ülkede bulunma halinin kısa süreli bir durum olacağını düşünülmesinden kaynaklanmaktadır. Sekreteryaya, kısa vadede, ülkelerin mukimliğe ilişkin analizlerini yaparken 'daha normal bir zaman dilimi' üzerinden inceleme yapmalarının daha doğru olacağını belirtmiştir.¹²

Gerçek kişi mukimliğine ilişkin farklı ülkelerin gelir idarelerinin yayınladıkları açıklamalar, 'mecburen bir ülkede bulunma hali' ve 'kısa süre'den tam olarak ne anlaşılması gerektiğinin ülkeden ülkeye farklılık gösterebilecek olmak ile birlikte henüz net bir şekilde belirlenemediğini ortaya koymaktadır. Örneğin, İrlanda Gelir İdaresi bir gerçek kişinin önüne geçemediği mücbir bir sebepten ötürü ülkede

¹¹ COVID-19'un etkilerine ilişkin doküman para 28.

¹² ibid.

kaldığı günlerin ilgili kişinin mukimliğinin saptanmasında hesaba katılmayacağını belirtmiştir.¹³ İngiltere Gelir İdaresi ise hesaba katılmayacak günleri bir sağlık çalışanı tarafından kişinin kendisini toplumdan izole etmesi gerektiğinin belirtilmiş olması, hükümet tarafından virüs nedeni ile İngiltere dışına çıkılmaması gerektiğinin deklare edilmiş olması, sınırların kapatılmış olması ve işverenlerin çalışanlarını geçici süre ile İngiltere'ye geri göndermiş olmaları kriterleri ışığında belirleyeceğini açıklamıştır.¹⁴ Son olarak Kanada Gelir İdaresi 'seyahat kısıtlaması'nı yegâne kriter olarak belirlemiş, Kanada mukimi olmayan kişilerin seyahat kısıtlaması kalkar kalkmaz ülkelerine geri dönmeleri halinde, seyahat kısıtlamasının yürürlükte olduğu süreçte Kanada'da kaldıkları günlerin mukimliğinin belirlenmesinde hesaba katılmayacağını belirtmiştir.¹⁵

Ülkelerce benimsenen bu farklı kriterlerin yerel mevzuata uygun olarak mukimliğinin belirlenmesinde kullanılacağı açıktır. Fakat, COVID-19 nedeni ile 'mecburen bir ülkede kalma' ve bu kalışın 'kısa süreli' olması, OECD Sekretaryası tarafından da altı çizildiği üzere ÇVÖA'lar kapsamında çifte mukimlik sorunlarını çözümlerken de önem taşıyacaktır. Ülkelerin farklı kriterler belirlemeleri, ÇVÖA'ların yorumlanmasında yeknesaklıktan uzaklaşılmasına yol açarak mükellefleri çözümleri zor sorunlar ile karşı karşıya bırakabilir. Gelir idarelerinin yayınladıkları açıklamaların sadece birer 'açıklama' niteliğinde olmaları, yani bağlayıcı olmamaları, somut olaya uygulanacak yorumu iyice öngörülemez hale getirmektedir. Bu noktada OECD Sekretaryası'nın bağlayıcı olmasa dahi yol gösterici bir dizi kriter belirlemiş olması çok faydalı olabilirdi.

OECD Sekretaryası, gerçek kişi mukimliğine ilişkin incelemesini olası iki temel durum üzerinden yapmıştır: (1) Bir şahsın evinden geçici bir süre uzakta iken (tatil veya iş sebebi ile), COVID-19 nedeni ile bulunduğu ülkede mahsur kalması ve ilgili ülkenin yerel mevzuatına göre mukim statüsü kazanması; (2) bir şahsın mukimi olarak nitelendirilmekte olduğu bir ülkede çalışmakta iken, COVID-19 nedeni ile geçici olarak önceden yaşamakta olduğu ülkeye geri dönmek durumunda kalması ve bu zorunluluk sonucunda önceden yaşamakta olduğu ülkenin yerel mevzuatına göre -mukimlik statüsünün hiç kaybedilmemiş olması ya da yeniden kazanılması sonucunda- mukim olarak nitelendirilmesi.¹⁶

Sekretarya, birinci durumda şahsın COVID-19 nedeni ile mahsur kaldığı ülkede 'daimi olarak kalınabilecek bir evinin' bulunmasının düşük bir olasılık olduğu

¹³ Irish Revenue, 'COVID-19 information and advice for taxpayers and agents' (2020) <https://www.revenue.ie/en/corporate/communications/covid19/index.aspx> Erişim Tarihi 19 Ağustos 2020.

¹⁴ HM Revenue & Customs, 'Residence, Domicile and Remittance Basis Manual' (2020) <https://www.gov.uk/hmrc-internal-manuals/residence-domicile-and-remittance-basis/rdrm11005> Erişim Tarihi 19 Ağustos 2020.

¹⁵ Canada Revenue Agency, 'Guidance on international income tax issues raised by the COVID-19 crisis' (2020) <https://www.canada.ca/en/revenue-agency/campaigns/covid-19-update/guidance-international-income-tax-issues.html> Erişim Tarihi 19 Ağustos 2020.

¹⁶ COVID-19'un etkilerine ilişkin doküman para 30.

görüştüğüdür.¹⁷ Daimi ev kriteri, 4. maddenin 2. paragrafında yer alan eşitlik bozucu kuralın ilk etabını oluşturduğu için, COVID-19 nedeni ile mahsur kalınan ülkede daimi bir evin bulunmaması, ÇVÖA kapsamında kişinin diğer akit devletin mukimi olduğunun kabulunu gerektirir. Böylesi bir halde çifte mukimlik sorunu gerçekten de kolayca çözüme ulaştırılacaktır.

Teoride pratik bir çözüm vadeden bu görüş, uygulamada tam olarak karşılık bulmayabilir. 'Ev' kavramı aslında son derece geniş olarak yorumlanmaktadır. OECD Yorumları'na göre, herhangi bir 'yer' (kiralanan daire veya mobilyalı bir oda gibi), daimi 'ev' olarak nitelendirilebilmektedir.¹⁸ İlgili kişinin söz konusu 'yer' üzerinde herhangi bir hukuki hakkının (malik veya kiracı olarak) bulunmasına da gerek yoktur. Kişinin *de facto* olarak ilgili yerde kalabilecek olması yeterlidir. OECD üye ülke mahkemeleri tarafından verilen çeşitli kararlarda da bu hususun altı çizilmiş durumdadır. Bir kişinin ailesinin¹⁹ veya kayıtlı olmayan partnerinin²⁰ evlerinin de 'daimi ev' olarak nitelendirilebilecekleri belirtilmiştir.

Önemli olan, ilgili 'yerin' kişinin kullanımına sadece kısa bir süre için değil kalıcı olarak açık olmasıdır. Bir yerin 'daimi ev' statüsü kazanması için ne kadar süre ile ilgili kişinin kullanımına açık olmasına gerektiğine ilişkin olarak OECD Yorumları'nda net bir açıklama bulunmamaktadır. ÇVÖA'lar kapsamında 'kalıcılık' kriterinin ülkeler açısından genelde altı ay olarak değerlendirilmesinden ve yerel mevzuatların gerçek kişilerin mukimliğini belirlerken sıklıkla altı aylık (veya 183 günlük) bir süre belirlemelerinden yola çıkarak, 'daimi' evin en az altı ay boyunca mükellefin kullanımına açık olması gerektiği savunulabilir. COVID-19 nedeni ile normalde mukimi olduğu ülke dışındaki bir ülkede 'mecburen' bulunmak durumunda kalan bir şahsın, bu mağduriyeti geçici de olsa altı ay veya daha uzun sürebilir. Mesela, üç ay süren bir seyahat kısıtlamasının kaldırılmasından sonra, kişi seyahat etmenin henüz güvenli olmaması nedeni ile üç ay daha, ya da daha uzun bir süre, ilgili ülkede kalmayı tercih edebilir. Gelir idareleri tarafından belirlenen kriterler genelde mutlak bir zorunluluk halinden bahsetmekte, kişinin sağlığını riske atmamak için alacağı kararları kapsamamaktadır. Bu nedenle yetkili gelir idaresinin kişinin altı ay boyunca kaldığı bir 'yeri', söz konusu ülkede bulunan bir 'daimi ev' olarak nitelendirmesi son derece mümkündür.

Kişinin, hem olağan olarak mukimi olduğu devlette hem de COVID-19 nedeni ile mecburen kaldığı devlette birer 'daimi evi' olması durumunda, ikinci kriterin (hayati menfaatlerin merkezi) incelemesine geçilmesi şart olacaktır. Sadece COVID-19

¹⁷ ibid para 34.

¹⁸ OECD Yorumları (2017), Madde 4, para 13.

¹⁹ *Beng Tan v Commissioner of Taxation* (2016) AATA 1062.

²⁰ Giorgio Beretta, 'Tax Residence of Individuals in Italy: The Availability of a Permanent Home' (2018) 58 (4) European Taxation 170 ff.

salgınından ötürü, daha önce herhangi bir bağının olmadığı bir ülkede mecburen bulunan kişiler açısından ikinci kriterin rahatlıkla analiz edilerek, çifte mukimlik kişinin olağan olarak mukimi olduğu devlet lehine çözümlenmesi kuvvetle muhtemeldir.

Öte yandan, COVID-19 krizinden önce de her iki akit devlet ile bağları olan veya her iki akit devlette de daimi evleri bulunan şahısların, COVID-19 nedeni ile bir ülkede mecburen kalmaları sonucunda ‘mukimlik’ statülerinde bir değişiklik olup olmayacağını belirlemek daha zordur. Bu hallerde, sırası ile kişinin hayati menfaatlerinin merkezi, kalınılması adet edinilen yer ve vatandaşı olunan ülke kriterlerinin incelenmesi gerekmektedir. OECD Sekretaryası bu kriterler ışığında kişinin genellikle normal koşullar altında yaşadığı ülkenin mukimi olarak değerlendirileceğini ve özel bir düzenleme yapılmasının gerekli olmadığını belirtmiştir.²¹ Uygulamada ise durum bu kadar net olmayacaktır. Kendi özel koşulları göz önünde bulundurulduğunda mukimlik açısından zaten ‘sınırdaki’ olan şahısların, COVID-19 salgını sonucunda mukimlik statülerinde değişiklik olması mümkündür. Zirâ, bazı kişiler açısından salt ‘daimi ev’ kriteri bile mukimi olunan ülkenin belirlenmesinde belirleyici rol oynayabilmektedir.²²

Kişinin sadece mecburen bulunmak durumunda kaldığı ülkede bir daimi evinin bulunduğu hallerde (şahsın gelmeden önce ilgili ülkede bir ev kiralandığı ve diğer akit devletteki evini kiraya verdiği hallerde böylesi bir durum söz konusu olabilir) sadece bir akit devlette ‘daimi bir ev’ mevcut olduğu için ikâmet-ikâmet çatışması kolaylıkla çözüme kavuşturulabilecektir. Bununla beraber, kişi ilgili mali yıl için kendisini hiç planlamadığı halde başka bir ülkenin mukimi olarak bulacaktır. OECD Sekretaryası’nın var olan düzenlemelerin hiçbir değişiklik yapılmaksızın uygulanması gerektiğini belirtmek yerine bu mükellef grubuna özel bir çözüm önermesi veya ülkeleri özel düzenlemeler yapmaya davet etmesi daha makul olurdu.

b. Tüzel Kişiler

Yerel mevzuatlar tüzel kişilerin tam mükellef statüsünü belirlemek için genellikle kanunî (yasal) merkez ve iş merkezi (etkin yönetim yeri) kriterlerini kullanmaktadırlar.²³ Kanunî merkez, vergiye tâbi kurumların kuruluş kanunlarında, tüzüklerinde, ana statülerinde veya sözleşmelerinde gösterilen merkezdir.²⁴ COVID-19’un bir tüzel kişinin kanunî merkezinde herhangi bir değişikliğe yol açmasının söz konusu olmadığı aşîkârdır. Uluslararası literatürde etkin yönetim yeri olarak

²¹ COVID-19’un etkilerine ilişkin doküman para 34.

²² Örneğin bkz Corte di Cassazione (İtalya)’nin 10 Kasım 2017 tarihli 26638 no’lu kararı.

²³ Türk Hukuku da bu kriterleri benimsemiştir, bkz Kurumlar Vergisi Kanunu m 3(1) (Kurumlar Vergisi Kanunu, Kanun Numarası: 5520, Kabul Tarihi: 13.6.2006, RG 21.6.2006/26205).

²⁴ Muallâ Öncel, Ahmet Kumrulu ve Nami Çağan, *Vergi Hukuku* (24. Bası, Turhan Kitabevi 2015) 336.

adlandırılan iş merkezi ise, bir kuruluşun işlerinin bir bütün olarak yürütülmesi için gerekli olan kilit yönetsel ve ticari kararların önemli ölçüde alındığı yerdir.²⁵ Bir kuruluşun herhangi bir zamanda yalnızca bir etkin yönetim merkezi bulunabileceği kabul edilmektedir.²⁶ COVID-19 salgını kapsamında alınan tedbirler (örneğin seyahat yasağı) nedeniyle kurumların CEO'larının veya diğer üst düzey yöneticilerinin normal şartlar altında buldukları yerin değişmesinin şirketin etkin yönetim yerinin de değiştiği şeklinde yorumlanması durumunda, tüzel kişilerin etkin yönetim yerinde, dolayısıyla da mukimlik statülerinde değişiklik meydana gelmesi söz konusu olabilecektir.

2017 senesine kadar, OECD Model Anlaşması tüzel kişilerin çifte mukimliği durumunu sadece etkin yönetim yerini belirleyerek çözüme kavuşturmaktaydı. Fakat 2017 yılı itibariyle, uygulamada ender rastlanan tüzel kişilerin ikâmet-ikâmet çatışmalarının akit devletler tarafından vaka bazında değerlendirme yapılması suretiyle çözümlenmelerinin daha yerinde olacağı belirtilerek, Model Anlaşma'da değişikliğe gidilmiştir.²⁷ Model Anlaşma'nın 2017 senesinden sonraki lafzına göre, tüzel kişilerin çifte mukimliği hallerini akit devletlerin yetkili mercileri karşılıklı anlaşma usulu ile çözüme kavuşturacaklardır.²⁸ Yetkili merciler bu kararı verirken ise etkin yönetim yeri, kanunî merkez ve diğer belirleyici kriterleri değerlendireceklerdir.²⁹ Bu belirleyici kriterler arasında yönetim kurulu toplantılarının *genellikle* yapıldığı yer, CEO ve diğer üst düzey yöneticilerin *genellikle* işlerini yürüttükleri yer, tüzel kişinin yönetimine ilişkin günlük üst düzey kararların alındığı yer ve muhasebe işlemlerinin gerçekleştiği yer gibi faktörler bulunmaktadır.³⁰ 2017 yılında yapılmış olan bu değişikliğin pek çok ÇVÖA'da henüz bulunmuyor olması kuvvetle muhtemeldir.

OECD Sekreteryası, Model Anlaşma'nın hem 2017 senesi öncesinde kullandığı etkin yönetim yeri kriterinin hem de 2017 yılı itibariyle belirlediği faktörlerin şirketin 'olağan' ve 'genellikle' yönetildiği yere vurgu yaptıklarının altını çizerek, COVID-19 salgını gibi olağanüstü ve geçici bir dönemin tüzel kişilerin mukimliği açısından herhangi bir netice doğurmaması gerektiğini belirtmiştir.³¹ Ayrıca altını çizmek gerekir ki, tüzel kişilerin etkin yönetim yerleri sadece yöneticilerinin toplantılara katıldıkları ya da işlerini yürüttükleri yer göz önünde bulundurularak değil, pek çok farklı kriter ışığında belirlenmektedir. Bu nedenle, COVID-19 salgını nedeni ile bir tüzel kişinin mukimlik statüsünün değişmesi pek de mümkün gözükmemektedir.

²⁵ OECD Yorumları (2014), Madde 4, para 24.

²⁶ ibid.

²⁷ OECD Yorumları (2017), Madde 4, para 23.

²⁸ OECD Model Anlaşması m 4(3).

²⁹ ibid.

³⁰ OECD Yorumları (2017), Madde 4, para 24.1.

³¹ COVID-19'un etkilerine ilişkin doküman para 20.

2. İşyeri Oluşumu

OECD Model Anlaşması'nın 7. maddesi uyarınca bir akit devlet teşebbüsüne ait kazancın diğer akit devlette vergilendirilebilmesi yalnızca ilgili teşebbüsün diğer akit devlette yer alan bir işyeri vasıtasıyla ticari faaliyetlerde bulunması halinde (ilgili işyerine atfedilebilecek miktar ile sınırlı olmak üzere) mümkündür. 'İşyeri' kavramı OECD Model Anlaşması'nın 5. maddesinde tanımlanmaktadır. İlgili madde, OECD Yorumları ve bu alandaki literatürün ışığında bir faaliyetin işyeri oluşturup oluşturmadığına bakılırken izlenilmesi gereken sistemin ana hatları şu şekildedir:

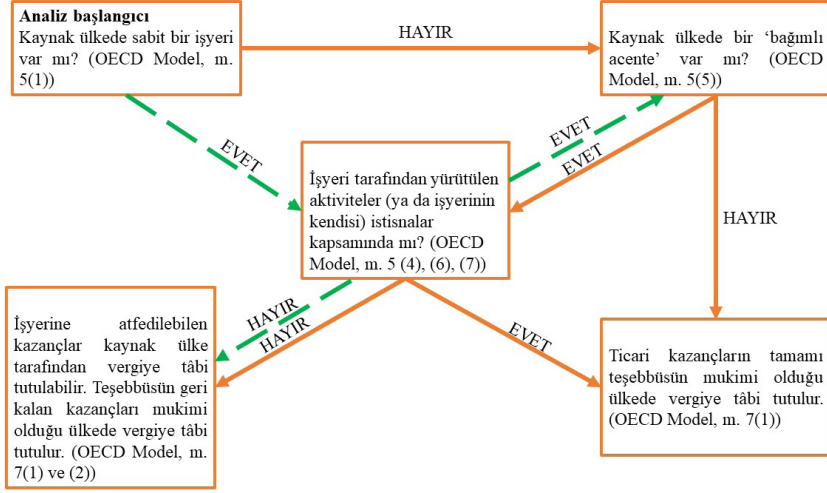
- Öncelikle bir teşebbüsün ticari faaliyetinin tamamen veya kısmen yürütüldüğü sabit bir yer olup olmadığı kontrol edilmelidir (5. madde 1. paragraf). Bir 'yerin' sabit olarak değerlendirilebilmesi için, hem coğrafi açıdan belirli bir yerde bulunması hem de süreklilik arz etmesi gerekmektedir. Bir 'yerin' süreklilik arz etmesi için ne kadar zaman gerektiğine ilişkin farklı görüşler mevcut olsa da, genellikle altı aylık bir sürenin yeterli görüldüğünü söylemek mümkündür.³² 5. maddenin 2. paragrafı 'sabit yer' olarak değerlendirilmesi gereken yerlerin belirlenmesini kolaylaştırmak amacıyla örnek bir liste içermektedir.
- 'Sabit yer' olarak değerlendirilmeleri muhtemel olan inşaat şantiyeleri ve yapım veya kurma projelerine ilişkin 5. maddenin 3. paragrafında bulunan özel düzenleme uyarınca, söz konusu şantiye ve projelerin 'işyeri' teşkil edebilmeleri için, on iki ayı aşan bir süre boyunca devam etmeleri gerekmektedir. Bu süre BM Model Anlaşması'nda altı ay olarak belirlenmiştir.³³
- Sabit yerin var olmadığı hallerde, 5. maddenin 5. paragrafı uyarınca bir bağımlı acente oluşup oluşmadığının kontrol edilmesi gerekmektedir.
- 'Sabit yer' veya 'bağımlı acente'nin var olduğu durumlarda, şayet yürütülen faaliyetler 5. maddenin 4. paragrafında sayılanlarla ('hazırlık faaliyetleri') kısıtlıysa, işyerinin oluşmadığı kabul edilir.
- 5. maddenin 6. paragrafı uyarınca, 'bağımsız acente'ler 'işyeri' oluşturmaz.
- 5. maddenin 7. paragrafı uyarınca, bir bağımlı ortaklığın varlığı başlı başına işyeri oluşturma sebebi değildir.

İşyeri analizinin ana hatları, aşağıdaki şema yardımıyla şu şekilde özetlenebilir:³⁴

³² OECD Yorumları (2017), Madde 5, para 28.

³³ BM Model Anlaşması m 5(3)(a).

³⁴ Alara Efsun Yazıcıoğlu, 'International Taxation of E-Commerce, Recent Developments' (2019) 3 (6) Congress Proceedings Series, Seventh International Mediterranean Social Sciences Congress (MECAS VII), Contemporary Issues in Social Sciences 93, 95.



COVID-19 salgını süresince alınan çeşitli tedbirler, hem sabit yer (inşaat şantiyeleri dahil olmak üzere) hem de bağımlı acente oluşumu açısından bir takım belirsizlikler yaratacak niteliktedir. Oluşma koşulları birbirlerinden son derece farklı olan bu iki işyeri türünün ayrı ayrı incelenmesi gerekmektedir.

a. Sabit Yer

OECD Sekreteryası sabit yere ilişkin iki farklı konuda görüşünü belirtmiştir. Bunlardan ilki uzaktan çalışmak durumunda kalan çalışanlar, ikincisi ise geçici olarak faaliyetlerine ara verilen inşaat şantiyeleri ve benzeri yapıım projeleridir.

a.i. Uzaktan Çalışma

COVID-19 sürecinde evlerinden (*home office*) çalışmak durumunda kalan çalışanların evlerinin, evleri ile çalıştıkları kurumun farklı ülkelerde bulunması halinde, ilgili kurumun 'sabit yer' işyeri olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği konusu gündeme gelmiştir.

Bu noktada öncelikle belirtilmesi gereken husus, herhangi bir yerin bir teşebbüsün 'işyeri' olarak nitelendirilebilmesi için, söz konusu teşebbüsün ilgili yeri kendi ekonomik aktivitelerini yürütmek amacı ile kullanma yetkisinin olması gerektiğidir.³⁵ Buradaki yetkiden kasıt hukuki bir hak olmamak ile beraber, teşebbüsün analize konu yerde belirli dereceye ulaşmış bir varlığının olması şarttır.³⁶ OECD Yorumları bir teşebbüsün çalışanları tarafından *home office* olarak kullanılan yerlere ilişkin bilgiler

³⁵ OECD Yorumları (2017), Madde 5, para 12.

³⁶ ibid para 11-12.

içermektedir. Özetle, evlerin sadece geçici ve kısa bir süre için ofis olarak kullanılması durumunda, söz konusu evler teşebbüsün ‘sabit işyeri’ olarak nitelendirilemeyecektir. Zirâ, bu durumlarda, teşebbüsün çalışanların evlerini kendi ekonomik aktivitelerini yürütmek için kullandığını öne sürmek mümkün olmayacaktır. Çalışanların evlerini devamlı olarak ofis gibi kullandıkları ve teşebbüsün çalışanlarına başka bir çalışma alanı sağlamayarak açıkça evlerinden çalışmalarını talep ettiği hallerde ise, ilgili evler analize tâbi teşebbüsün sabit işyeri olarak nitelendirilebileceklerdir.³⁷

OECD Sekreteryası uzaktan çalışmanın, şu an için, bir sabit işyeri yaratmayacağını belirtmiştir. COVID-19 sürecinde kişilerin evden çalışmaya başlaması, kurumların talepleri neticesinde değil, devletlerin mücbir sebep nedeni ile aldıkları tedbirler sonucunda meydana gelmiştir. Uzaktan çalışma kalıcı hale dönüşmediği sürece geçici bir durum olarak nitelendirilmeli ve bu geçici durumun da bir işyeri yaratmak için yeterli süreklilik arz etmediği kabul edilmelidir. Teşebbüslerin uzaktan çalışan kişilerin evleri üzerinde herhangi bir kontrol ya da varlıklarının (çalışan kişi hariç) olmadığı da sabittir. Ayrıca, teşebbüsler, normal koşullar altında, çalışanlarına işlerini yürütmek için bir ofis alanı sunmaktadırlar.³⁸

COVID-19 sonrası uzaktan çalışmanın, en azından bazı sektörler için, bir norm haline gelmesi ya da ciddi artış göstermesi söz konusu olabilir. Yeni normalin uzaktan çalışmak haline geldiği durumlarda, çalışanların evlerinin teşebbüslerin sabit işyeri olarak nitelendirilmeleri mümkün olabilecektir. Uzaktan çalışmaya ilişkin farklı düzenlemeler yapılması da olası gözükmemektedir.

a.ii. Faaliyetlerine Ara Verilen Şantiyeler

OECD Yorumları’na göre bir inşaat ya da yapım projesi, yüklenicinin işe başladığı gün (hazırlık işlemleri de dahil olmak üzere) başlar ve çalışma tamamlanana, ya da projeden temelli olarak vazgeçilene kadar devam eder.³⁹ Mevsimsel ve diğer geçici duraksamalar şantiyenin süresine dahildir. Mevsimsel duraksamalar kötü hava koşullarından ötürü geçici olarak faaliyetin durdurulmasını da kapsarken, diğer geçici duraksamalara örnek olarak iş gücü yetersizliği ya da materyal eksikliğinden kaynaklanan sekteye uğramalar verilebilir.⁴⁰

Sekreteryaya, COVID-19 nedeni ile faaliyetlerin geçici süre durdurulmasının işyerinin belirlenmesine herhangi bir etkisinin olmayacağını belirtmiştir.⁴¹ Bu ara vermenin OECD Yorumları’nda belirtilen ‘diğer geçici duraksamalar’ olarak değerlendirildiği anlaşılmaktadır. COVID-19 sebebi ile üç ya da dört ay aktif hale

³⁷ ibid para 18.

³⁸ COVID-19’un etkilerine ilişkin doküman para 9.

³⁹ OECD Yorumları (2017), Madde 5, para 54-55.

⁴⁰ ibid para 55.

⁴¹ COVID-19’un etkilerine ilişkin doküman para 13.

gelemeyen inşaat ve diğer yapım projelerinin, bu sürenin projenin olağan süresine eklenmesi ile birlikte normal koşullar altında bir sabit işyeri oluşturmayacak iken, sabit işyeri oluşturur duruma gelmeleri kuvvetle muhtemeldir. Bu risk özellikle BM Model Anlaşması'nı takip ederek altı aylık süreyi benimseyen ÇVÖA'lar açısından geçerlidir. Mukimi oldukları ülke dışında inşaat ve yapım projeleri olan teşebbüsler açısından COVID-19 salgınının dezavantajlı bir durum yaratacağını söylemek mümkündür.

OECD Sekreteryası COVID-19 salgınından dolayı oluşacak olan duraksamaların 'diğer geçici duraksamalar' kapsamında değerlendirilmemeleri gerektiğini belirtmiş olsaydı, zaten salgının yol açtığı ekonomik daralmadan etkilenen teşebbüslerin bir de öngörülmemiş bir vergi yükü ile karşılaşmalarının önüne geçilmesi yolunda önemli bir adım atılmış olabilirdi. Ülkelerin, teşebbüslerin COVID-19 salgınından daha az etkilenmeleri amacıyla vergi alanında sundukları çeşitli kolaylıklar genellikle kendi ülkelerinde mukim olan teşebbüslerle sınırlı olup, başka bir ülkede mukim olan teşebbüsleri kapsamamaktadır. Bu nedenle, mukimi olmadıkları bir ülkede bir işyeri aracılığı ile işlerini yürütmekte olan teşebbüsler zaten dezavantajlı durumda kalmışlardır. Sekreteryaya'nın bu gerçekliği analizine eklemesi son derece faydalı olabilirdi.

b. Bağımlı Acente

OECD Model Anlaşması'nın 5. maddesinin 5. ve diğer paragrafları uyarınca, bağımlı acente oluşabilmesi için yerine getirilmesi gereken beş kümülatif şart aşağıdaki gibidir:

- (1) akit devletlerden birinde diğer akit devlette mukim olan teşebbüsten ekonomik ve hukuki açıdan bağımsız olmayan bir gerçek ya da tüzel kişi olmalıdır;
- (2) ilgili kişi diğer akit devlette mukim teşebbüs adına hareket etme yetkisine sahip olmalıdır;
- (3) ilgili kişi diğer akit devlet mukimi teşebbüs adına sözleşme akdetme yetkisine sahip olmalıdır (yani teşebbüsü yaptığı işlemlerle tek başına hukuken yükümlülük altına sokabilecek yetkiye sahip olmalıdır) ya da teşebbüsün akdettiği sözleşmelerde temel bir rol üstlenmelidir;⁴²
- (4) bu yetkinin *mutaden* kullanılması gerekmektedir;
- (5) ilgili kişinin yürüttüğü faaliyetlerin 5. maddenin 4. paragrafında sayılan hazırlık faaliyetlerinden olmaması gerekmektedir.

⁴² Teşebbüsün akdettiği sözleşmelerde temel bir rol üstlenme alternatif şartı OECD Model Anlaşması'na 2017 senesinde eklenmiştir. Daha önce sadece teşebbüs adına sözleşme akdetme yetkisine sahip olan kişiler bağımlı acente olarak nitelendirilebiliyorlardı.

COVID-19 nedeni ile uzaktan çalışmak zorunda olan gerçek kişinin içinde bulunduğu durum normal rutinini etkileyen geçici bir durumdur. Devletler tarafından alınan tedbirler ve/veya oluşan mücbir sebep nedeni ile sadece kısa bir süre için evinden çalışmak zorunda kalan kişinin, çalıştığı teşebbüs adına ‘*mutaden*’ kullandığı bir yetkinin olduğu söylenemez.⁴³ Bir yetkinin ‘*mutaden*’ kullanılıyor olması, o yetkinin geçici olarak değil rutin bir şekilde kullanılıyor olduğu manasına gelir.⁴⁴ Yetkinin *mutaden* kullanılmıyor olması ise, beş kümülatif şarttan bir tanesinin karşılanmamasına yol açacağı için, bağımlı acente oluşması da söz konusu olmayacaktır.

Uzaktan çalışma durumunun uzaması halinde ise, bağımlı acente oluşması mümkün olabilecektir. Daha önce de belirtildiği gibi, OECD Sekretaryası ‘kısa süre’den anlaşılması gereken sürenin tam olarak ne kadar olduğu konusunda bir açıklamada bulunmamıştır. Bu durumda ülkelerin farklı kriterler ışığında farklı süreler belirlemeleri kaçınılmazdır. Sekretarya tarafından kullanılmış olan ‘mücbir sebep veya devletlerin kişinin normal rutinini etkileyen düzenlemeleri’⁴⁵ terimleri ise durumu daha çetrefilli bir hale getirmektedir. Zirâ, pek çok işyeri devletler açılmalarına izin vermiş olsalar dahi uzaktan çalışmaya devam etmenin daha sağlıklı olacağını düşünmüş ve bu doğrultuda karar almışlardır. Temelinde mücbir bir sebep bulunan ve çalışanların sağlığını korumak için alınmış olan bu kararların, bir akit devlet (kaynak ülke) tarafından ‘uzun süreli’ bir değişim ve dolayısıyla ‘*mutaden* yetki kullanımı’ olarak yorumlanması ve diğer akit devletin (mukimi olunan ülke) bu görüşe katılmaması halinde, mükellefler potansiyel bir çifte vergilendirme sorunu ile karşı karşıya kalabileceklerdir.

COVID-19 krizinden önce de çalıştığı teşebbüs adına sözleşme akdetme yetkisine sahip olan, ya da sözleşmelerin akdedilmesinde temel bir rol oynayan kişilerin bağımlı acente oluşturmaları ise zaten söz konusu olabilecektir.⁴⁶

OECD Sekretaryası’nın yapmış olduğu analiz, bağımlı acenteler açısından da net bir tablo çizememiş, mükelleflerin karşılaşması çok muhtemel olan sorunlar cevapsız kalmıştır.

3. Sınır ötesi çalışanların ücret gelirleri

Çalışanların hizmetleri dolayısıyla elde ettikleri ücret, maaş ve diğer benzeri gelirler, OECD Model Anlaşması’nın 15. maddesinin 1. paragrafı uyarınca, genel kural olarak hizmetin ifâ edildiği devlet tarafından vergilendirilirler (kaynak ülke).

⁴³ COVID-19’un etkilerine ilişkin doküman para 11.

⁴⁴ OECD Yorumları (2017), Madde 5, para 98.

⁴⁵ COVID-19’un etkilerine ilişkin doküman para 11.

⁴⁶ ibid para 12.

15. maddenin 2. paragrafında genel kurala bir istisna getiren ve literatürde '183 gün kuralı' olarak bilinen düzenleme yer almaktadır. İlgili düzenlemeye göre kişinin i) kaynak ülkede bir takvim yılı boyunca toplam 183 günü aşmayacak bir süre kalması ve ii) ücret ödemesinde bulunan işverenin kaynak ülkede mukim bir kişi olmaması ve iii) ücret ödemesinin işverenin kaynak ülkede bulunan bir işyerinden kaynaklanmaması halinde, ücret gelirleri çalışanın mukimi olduğu ülkede vergiye tâbi tutulurlar.

Salgın süresince hükümetler tarafından sunulan bir takım teşvik paketleri (işverenlere sağlanan ücret sübvansiyonları gibi), COVID-19 krizi boyunca çalışanların, istihdama yönelik kısıtlamalara rağmen, bordroda kalmalarını sağlamak amacıyla tasarlanmışlardır.⁴⁷ OECD Sekreteryası bu ücretlerin, kıdem ve ihbar tazminatları ile benzerlik gösterdiklerini, dolayısıyla vergilendirilmelerinin de kıdem ve ihbar tazminatlarına benzer bir şekilde yapılması gerektiğini belirtmiştir.⁴⁸ OECD Yorumları'na göre, çalışanın iş akdinin feshi esnasında yapılan ödemeler, çalışanın normal koşullar altında çalışması gereken ülkeye (kaynak ülke) atfedilmelidir.⁴⁹ COVID-19 salgınına ilişkin olarak, bu ülkenin salgın başlamadan önce kişinin çalışmakta bulunduğu ülke olduğu sabittir.⁵⁰

Sınır ötesi çalışanlara ilişkin temel sorunlardan bir diğeri ise, bir ülkede ikâmet ederken başka bir ülkede çalışan kişilerin durumudur (Fransa'da ikâmet edip, İsviçre'de çalışan kişiler gibi). OECD Model Anlaşması her gün sınırı geçerek işe giden bu kişilere özel bir düzenleme öngörmemiştir. Bu çalışanlara ilişkin kurallar genellikle ilgili ülkeler arasında imzalanan ÇVÖA'larda (veya konuya ilişkin özel anlaşmalarda) ya da karşılıklı anlaşma usulü ile verilmiş kararlarda bulunmaktadır. Söz konusu kuralların kapsamına giren çalışanlar genellikle özel bir vergileme usulüne tâbi tutulmaktadır.

Kapsama giren çalışanların belirlenmesinde benimsenen temel kriter gün sayısıdır. Örneğin, Fransa ile İsviçre arasındaki özel anlaşma kapsamında, bir çalışanın özel düzenlemeden faydalanabilmesi için kural olarak her akşam mukimi olduğu ülkeye dönmesi gerektiği, çalıştığı ülkede kaldığı gecelerin sayısının ise sene boyunca kırk beşi geçmemesi gerektiği belirtilmektedir.⁵¹ COVID-19 salgını süresince normal düzenin dışında geçirilen günlerin, gün hesabı sırasında değerlendirme dışı bırakılacakları ve kişiler fiziki olarak kaynak ülkede bulunmasalar dahi bunun statülerine bir etkisi olmayacağı şeklindeki düzenlemeler ile ülkeler salgının bu özel çalışan kategorisinin

⁴⁷ ibid para 24.

⁴⁸ ibid.

⁴⁹ OECD Yorumları (2017), Madde 15, para 2.6.

⁵⁰ COVID-19'un etkilerine ilişkin doküman para 24.

⁵¹ Solution amiable convenue par échange de lettres de 2005 concernant l'Accord entre le Conseil fédéral suisse et le Gouvernement de la République française relatif à l'imposition des rémunérations des travailleurs frontaliers du 11 avril 1983, 26b.

vergilendirilmesine etkisini minimuma indirmeye çalışmışlardır. Fransa örneği ile devam etmek gerekir ise, 19 Mart 2020 tarihinde yapılan açıklamada Fransa'nın Almanya, Belçika, İsviçre ve Lüksemburg ile sınır ötesi çalışanların ücret gelirlerinin vergilendirilmesinde COVID-19 nedeni ile yaşanan olağanüstü şartların herhangi bir etkisi olmayacağına dair mutabakata vardığı duyurulmuştur.⁵²

OECD Sekreteryası her gün sınırı geçen ya da geçmeyen bütün sınır ötesi çalışanlar için ülkelerin sıkı bir iş birliği içerisinde olmalarının büyük önem arz ettiğini belirtmiş,⁵³ fakat analizinde herhangi bir somut öneri ya da düzenlemeye yer vermemiştir.

C. Transfer Fiyatlandırması

OECD Sekreteryası tarafından COVID-19'un etkilerine ilişkin doküman kapsamında incelenmesi mümkün olmuş olmasa da, ivedilikle açıklığa kavuşturulması önem arz eden bir diğer konu transfer fiyatlandırmasıdır. Çoğu yerel mevzuatta olduğu gibi,⁵⁴ OECD Model Anlaşması'nda da bağımlı teşebbüslerin kendi aralarında gerçekleştirdikleri işlemlerin bağımsız teşebbüslerin aralarında yapılan işlemlerin tâbi olduğu koşullara tâbi olmaları gerektiği şeklinde bir düzenleme mevcuttur (emsallere uygunluk ilkesi).⁵⁵ COVID-19 süreci bu prensibe herhangi bir istisna teşkil etmeyecektir. Bununla birlikte, salgının başlangıcı ve hemen sonraki dönemde üretim ve tedarik zincirinde ortaya çıkan sorunlar ile yaşanan ekonomik dalgalanma söz konusu döneme ilişkin emsal fiyatların belirlenmesini son derece güç hale getirmiştir.

2020 senesine ilişkin emsal fiyatların belirlenebilmesi için üç olası çözüm bulunmaktadır.⁵⁶ İlk olarak, geçtiğimiz yıllara (2017-2019) ilişkin verilerin belirli düzeltmelere tâbi tutularak kullanılmaları söz konusu olabilir. Ekonomik şartlar aynı olmadığından bir seri düzeltme yapılması gerektiği sabit olmak ile beraber, bu düzeltmelerin tam olarak ne olduklarının titizlikle irdelenmesi gerekmektedir. İkinci potansiyel çözüm, 2020 senesine ilişkin verileri kullanmak olacaktır. Bu çözüm sadece analize konu vakaya uygun ve güvenilir emsal fiyatlar bulunabilmesi halinde mümkün görünmektedir. Verinin ne zaman elde edilebileceği de önem taşımaktadır. Genellikle söz konusu verilere ilgili yılın (2020) sonundan önce erişilememektedir. Bu nedenle, kurumların vergi beyannamelerini vermeleri gereken zaman ve daha sonrasında transfer fiyatlandırmasına ilişkin düzeltme yapmalarına fırsat verilip

⁵² 19 Mart 2020 tarihli 2081/993 No'lu basın açıklaması <https://www.diplomatie.gouv.fr/fr/le-ministere-et-son-reseau/actualites-du-ministere/informations-coronavirus-covid-19/coronavirus-declarations-et-communiqués/article/communiqué-conjoint-la-france-s-accorde-avec-l-allemande-la-belgique-la-suisse> Erişim Tarihi 18 Haziran 2020.

⁵³ COVID-19'un etkilerine ilişkin doküman para 27.

⁵⁴ Bkz Kurumlar Vergisi Kanunu m 13, 'Transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtım' (Kurumlar Vergisi Kanunu, Kanun Numarası: 5520, Kabul Tarihi: 13.6.2006, RG 21.6.2006/26205).

⁵⁵ OECD Model Anlaşması m 9.

⁵⁶ Paolo Ludovici, Marco Orlandi ve Marco Striato, 'Dealing at Arm's Length in Times of Social Distancing' (Vienna University of Economics and Business tarafından düzenlenen konferans, Viyana, Mayıs 2020).

verilmediği 2020 finansal verilerinin verimli kullanımı açısından büyük önem arz etmektedir.

Son olarak, daha önceki ekonomik krizler esnasında oluşmuş koşullar göz önüne alınarak bir emsal fiyat belirlenmesi söz konusu olabilir. Burada ilk akla gelen ekonomik kriz kuşkusuz ki 2008 Finansal Krizi'dir. Fakat, hem konuya ilişkin literatürde hem de çeşitli uluslararası kuruluşların yaptıkları bilgilendirmelerde defalarca belirtildiği gibi, 2008 Finansal Krizi COVID-19 salgınına bağlı olarak ortaya çıkan ekonomik krizden çok daha farklıdır. 2008 Finansal Krizi'nin başlangıç noktası 'finansal ani duruş' iken, yani sorun ilk olarak finansal piyasalarda başlamış olup daha sonra zincirleme bir şekilde ekonominin geneline yayılmış iken, COVID-19'a bağlı ekonomik sıkıntının başlangıç noktası 'ekonomik bir ani duruş' olmuş, yani önce reel sektör başta olmak üzere ekonomik faaliyetler durmuş ve doğrudan vatandaşlar üzerinde olumsuz etkiler oluşmaya başlamıştır.⁵⁷ İki kriz arasındaki yapısal farklılıklar, emsal bedeller açısından 2008 Finansal Krizi ile karşılaştırma yapmanın pek de doğru olmayacağı şeklinde yorumlanabilir.

OECD Vergi Politikası ve İdaresi Merkezi Direktörü Pascal Saint-Amans'ın belirttiği gibi,⁵⁸ transfer fiyatlandırması ile ilgili anlamlı bir çalışmanın yapılabilmesi için OECD üye ülkelerinin görüşlerinin alınması zaruridir. OECD bu alanda çalışmalara başlamış olup, 2020'nin sonunda transfer fiyatlandırması ile ilgili çalışmaların da tamamlanması beklenmektedir. OECD çalışmasını tamamlayana kadar bu alandaki belirsizliğin gündemi meşgul etmesi kaçınılmaz olacaktır.

III. COVID-19 Salgınının ÇVÖA'ların Güncellenmesi Amacı ile OECD Tarafından Halihazırda Yürütülmekte Olan Uluslararası Vergi Hukuku Projeleri Üzerindeki Etkisi

COVID-19 salgını ile beraber, salgın öncesinde tartışılan veya üzerinde çalışılmakta olan uluslararası vergi hukuku projelerinin sekteye uğrayıp uğramayacağı ile ilgili de tereddütler oluşmuştur. OECD tarafından yapılan açıklamalar ise, söz konusu projelerin ciddi bir gecikmeye uğramadan devam ettikleri yönündedir.⁵⁹

COVID-19 salgını başlamadan önce OECD bünyesinde yürütülen en önemli uluslararası vergi hukuku projesinin ekonominin dijitalleşmesinden doğan sorunların giderilmesine yönelik çalışmalar olduğunu söyleyebiliriz. Birinci Yapı ('*Pillar One*') ve İkinci Yapı ('*Pillar Two*') olmak üzere iki grupta toplanan çalışmaların tamamlanmalarının uluslararası vergi hukuku açısından büyük önem taşımakta

⁵⁷ M Fatih Keresteci ve Cumhur İnan Bilen, 'Korona Virüsün Ekonomi Üzerindeki Olumsuz Etkileri ile Mücadelede Alternatif Çözüm Önerileri 'Virüse Karşı Tam Saha Pres' (2020) 39 (465) Vergi Dünyası 68, 69.

⁵⁸ OECD, 'OECD Tax Talks #15' (OECD Tax Talks, 4 Mayıs 2020) <https://www.oecd.org/ctp/tax-talks-wecasts.htm> Erişim Tarihi 18 Haziran 2020.

⁵⁹ ibid.

olduğu tartışmasızdır. Zirâ, ülkeler tarafından ‘tek taraflı’ olarak alınan ve ‘dijital hizmet vergileri’⁶⁰ olarak karşımıza çıkan tedbirler, uzun vadede uluslararası uyuma ve dolayısıyla da ticarete zarar verebilecek niteliktedirler.

Kısaca özetlemek gerekirse, Birinci Yapı, ekonominin dijitalleşmesi ile ilgili olarak ülkeler arasındaki vergilendirme haklarının dağıtımının gözden geçirilmesi ile işyeri konusuna yönelik yeni yaklaşımlara odaklanmaktadır. İkinci Yapı ise uluslararası olarak uygulanacak standart bir verginin getirilmesi hususu üzerinde durmaktadır. Ekonominin dijitalleşmesine yönelik yapılan çalışmalar BEPS Eylem Planı’nın bir parçası olup, uzun süredir devam etmektedirler.

COVID-19 salgını ekonominin dijitalleşmesine ilişkin çalışmaların bir an önce tamamlanmasının önemini adeta bir kez daha hatırlatmıştır. Salgın sürecinden en az etkilenen, hatta bu süreçte ivme kazanan, şirketler hizmetlerini dijital olarak sunabilen şirketler olmuştur. Ayrıca, salgın sonrası yaşanacak olan ekonomik dalgalanma, ülkeleri tekrar yeni kaynak arayışına itecektir. Bu noktada, ekonominin dijitalleşmesinden yüksek fayda elde etmiş olan çok uluslu şirketlerin vergilendirilmesi, aslında gündemden hiçbir zaman düşmemiş olmasına karşın, tekrar gündeme oturacaktır.

OECD bünyesinde yürütülmekte olan otomatik bilgi değişimi ve diğer BEPS Eylemlerine ilişkin çalışmalar da büyük bir gecikmeye uğramadan devam etmektedirler. Otomatik bilgi değişimi kapsamında, ülkelere Ortak Raporlama Standardı (CRS) uygulamasına geçmek için verilmiş olan süre Eylül 2020’den Aralık 2020’ye uzatılmıştır. Geçirdiğimiz olağanüstü süreçte bu tür süre uzatımları son derece normal olup, Avrupa Birliği bünyesinde de örnekleri görülmektedir.⁶¹

IV. Sonuç

Salgının ortaya çıkması ve sıkı tedbir süreçleri esnasında, yani kısa vadede, ulusal düzeyde bir takım önlemler alınmış ve gerekli görülen düzenlemeler yapılmıştır. Bu düzenlemelerin yerinde ve/veya yeterli olup olmadığı tartışmaya açık olmakla beraber, hukuki güvenlik ilkesine uygun bir şekilde yapıldıkları sabittir. Mükelleflerin özel düzenlemelerden faydalanmaları için yerine getirmeleri gereken koşullar, hangi sürelerin ne kadar uzatıldıkları, hangi tedbirin ne kadar süre ile uygulanacağı ilgili kanunlar, genel tebliğler ve/veya sirkülerler aracılığı ile yetkili kurumlar tarafından belirlenmiştir.

⁶⁰ Avrupa ve Türkiye’de uygulanmakta olan vergiler ‘dijital hizmet vergileri’ olarak adlandırılmaktadır. Bu vergi türünün 5 farklı çeşidi mevcut olmakla beraber hepsinin ortak amacı dijital ekonomiden gelir elde eden çok uluslu şirketleri kaynak ülkede vergiye tâbi tutabilmektir.

⁶¹ Örneğin, e-ticaret KDV paketinin yürürlüğe girmesi 1 Ocak 2021’den 1 Temmuz 2021’e ertelenmiştir.

ÇVÖA'ların yorumlanması ve uygulanması açısından yapılan hem ulusal hem de uluslararası düzeydeki açıklamalar ise tatmin edici olmaktan çok uzaktır. İlk sorun, bu açıklamaların sadece 'açıklamadan' ibaret olmaları, yani bağlayıcılıktan uzak olmalarıdır. Mükelleflerin, gelir idarelerinin yaptıkları açıklamaların somut olarak ne zaman ve hangi koşullarda uygulanacaklarını öngörmeleri mümkün değildir. Farklı ülkelerin gelir idarelerinin yaptıkları açıklamaların hepsinde vaka bazında değerlendirme yapılacağına açıkça belirtilmiş olması da bu belirsizliğin ispatı niteliğindedir. Benzer şekilde, OECD Sekretaryası'nın yapmış olduğu analiz OECD üye ülkelerinin görüşleri alınmaksızın zaten var olan yorumların yüzeysel bir şekilde COVID-19 salgınına uyarlanmasından ibarettir. Yapılan açıklamaların bağlayıcı olmamalarının etkilerinin normal hayata geçiş dönemi ve salgın sonrası dönemde daha net şekilde görülmesi olasıdır. Ekonomik daralmanın etkisi ile yeni gelir kaynaklarına ihtiyaç duyan ülkelerin vergilendirme yetkilerini yasal sınırlar içerisinde ama mümkün olduğu kadar geniş yorumlama yoluna gitmeleri kuvvetle muhtemeldir.

İkinci sorun ise açıklamalarda kullanılan ucu açık terimlerdir. 'Olağandışı koşullar', 'kişinin mecburen bir ülkede kalmak durumunda olması', 'kısa süre' gibi net bir şekilde tanımlanmayan ve farklı yorumlanabilecek terimler üzerinden ilerlenerek bazı açıklamalar yapılmış olması, söz konusu açıklamaların hangi koşullarda hayata geçeceğine ilişkin soru işaretlerine neden olmaktadır. Devletler tarafından seyahat kısıtlamalarının ya da sosyal mesafeyi korumak için evde kalma zorunluluğunun kaldırılması veya hafifletilmesi halinin mükellefler açısından ne gibi sonuçlar doğuracağı büyük ölçüde cevapsız kalmıştır. Yapılan açıklamalar, kişilerin kendi, teşebbüslerin ise çalışanlarının sağlığını korumak adına alacakları kararların göz önünde bulundurulmayacağı, devletler tarafından açık bir şekilde yasaklanmamış her işlem ve eylemin yapılabileceğinden yola çıkılacağı ve yapılmıyor olmasının kişi ya da teşebbüsün tercihi olarak değerlendirileceği yönünde yorumlanabilir. Bu yaklaşımın yerinde olup olmadığı ise son derece tartışmalıdır.

Son olarak COVID-19 salgınından kaynaklanması muhtemel olan hemen hemen bütün sorunların aslında çözümsüz kaldığı, salgına özel düzenlemeler yapılmadığı görülmektedir. Gelir idareleri net bir tutum sergilemekten kaçınmış, OECD Sekretaryası ise kolaylıkla halledilebilecek problemlere dair bile herhangi bir somut öneride bulunmamıştır. OECD Sekretaryası'nın analizinin bağlayıcı olmaması, Sekretarya'nın bazı konularda öneride bulunmasına engel teşkil edecek şekilde yorumlanmamalıdır. Sekretarya en azından mükelleflerin zor durumda bırakılmamalarının ve salgının çifte vergilendirmeye veya öngörülememiş bir vergi yüküne yol açmasının engellenmesinin öneminin altını daha net terimler ile çizebilirdi.

COVID-19 salgını süresince ve salgını takip eden birkaç senede ÇVÖA'ların yorumlanması ve uygulanmasına ilişkin olarak büyük bir belirsizlik yaşanacağı anlaşılmaktadır. Mükellefler açısından son derece önemli zorluklara yol açabilecek böylesi bir sürecin bir daha tekrarlanmasını engellemek için bir çözüm üretilmesi gerektiği aşikârdır. Bu çözümün uluslararası vergi hukuku alanındaki en önemli proje ve çözümleri üretmiş olan, ve üretmeye de devam eden, OECD tarafından yapılması en makul yoldur. OECD üye ülkelerinin bir araya gelerek global (veya bölgesel) salgın, doğal afet vb. durumlarda ÇVÖA'ların nasıl uygulanması ve yorumlanması gerektiğine dair bir kılavuz oluşturmaları önemli bir adım olacaktır. Bu durumlara özel olarak uygulanacak bir dizi kural da geliştirilebilir. Bu sayede bir sonraki benzer süreç herhangi bir belirsizlik yaşanmadan, daha sistemli ve verimli şekilde atlatılabilecektir.

Bu makalede yapılan inceleme kısa vadede yapılmış düzenlemelere odaklanmıştır. Uzun vadede olabilecek diğer değişiklikleri şimdiden net bir şekilde öngörmek mümkün olmamak ile beraber, uzaktan çalışmanın yeni normal haline gelmesinin ve ekonominin dijitalleşmesinin hızlanmasının yakın gelecekte gündemi meşgul edecek konular olması muhtemeldir. Ekonomik kriz ile beraber ülkelerin gireceği yeni kaynak arayışlarının, ÇVÖA'ların uygulanması ve yorumlanması açısından ne gibi tartışmalara yol açacağı ise merak konusudur.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

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

Peer-review: Externally peer-reviewed.

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

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

Bibliyografya/Bibliography

Literatür

- Ak B, 'Vergi İdaresinin Yeni Normali-Korona Virüs Sonrasında Vergisel İşlemler Hakkında Mini Rehber-' (2020) 39 (465) Vergi Dünyası 161-163.
- Atila B, 'OECD Sekretaryası'nın Vergi Anlaşmaları ve COVID-19 Krizinin Etkisine İlişkin Analizi (Çeviri)' (2020) 39 (465) Vergi Dünyası 62-67.
- Beretta G, 'Tax Residence of Individuals in Italy: The Availability of a Permanent Home' (2018) 58 (4) European Taxation 170-172.
- Demir AC, 'OECD Yorumlarının (Commentaries) Hukuki Niteliği' (2012) 31 (369) Vergi Dünyası 117-122.
- Engelen F, *Interpretation of Tax Treaties under International Law* (IBFD 2004)
- Keresteci MF ve Bilen Cİ, 'Korona Virüsün Ekonomi Üzerindeki Olumsuz Etkileri ile Mücadelede Alternatif Çözüm Önerileri 'Virüse Karşı Tam Saha Pres' (2020) 39 (465) Vergi Dünyası 68-85.
- Landais C, Saez E ve Zucman G, 'A progressive European wealth tax to fund the European COVID response' (VOX, CEPR Policy Portal, 3 Nisan 2020) <https://voxeu.org/article/progressive-european-wealth-tax-fund-european-covid-response> Erişim Tarihi 18 Haziran 2020.
- Öncel M, Kumrulu A ve Çağan N, *Vergi Hukuku* (24. Basi, Turhan Kitabevi 2015).
- Pistone P, 'General Report' iç Lang M, Pistone P, Schuch J ve Staringer C (edr), *The Impact of the OECD and UN Model Conventions on Bilateral Tax Treaties* (Cambridge University Press 2012) 1-36.
- Rasmussen M, *International Double Taxation* (Wolters Kluwer Law & Business 2011).
- Yazıcıoğlu AE, 'International Taxation of E-Commerce, Recent Developments' (2019) 3 (6) Congress Proceedings Series, Seventh International Mediterranean Social Sciences Congress (MECAS VII), Contemporary Issues in Social Sciences 93-104.

OECD Dokümanları

- Gelir ve Servet Üzerinden Alınan Vergilere İlişkin Model Anlaşma, Kısaltılmış Basım, 2014 (OECD Yorumları (2014)).
- Gelir ve Servet Üzerinden Alınan Vergilere İlişkin Model Anlaşma, Kısaltılmış Basım, 2017 (OECD Yorumları (2017)).
- OECD, 'OECD Secretariat Analysis of Tax Treaties and the Impact of the COVID-19 Crisis' (2020) <http://www.oecd.org/coronavirus/policy-responses/oecd-secretariat-analysis-of-tax-treaties-and-the-impact-of-the-COVID-19-crisis-947dcb01/> Erişim Tarihi 18 Haziran 2020 (COVID-19'un etkilerine ilişkin doküman).
- OECD, 'Tax and Fiscal Policy in Response to the Coronavirus Crisis: Strengthening Confidence and Resilience' (2020) 8, <http://www.oecd.org/ctp/tax-policy/tax-and-fiscal-policy-in-response-to-the-coronavirus-crisis-strengthening-confidence-and-resilience.htm> Erişim Tarihi 18 Haziran 2020.

Gelir İdareleri Tarafından Yayınlanan Açıklamalar

- Canada Revenue Agency, 'Guidance on international income tax issues raised by the COVID-19 crisis' (2020) <https://www.canada.ca/en/revenue-agency/campaigns/covid-19-update/guidance-international-income-tax-issues.html> Erişim Tarihi 19 Ağustos 2020.

HM Revenue & Customs, Residence, ‘Domicile and Remittance Basis Manual’ (2020) <https://www.gov.uk/hmrc-internal-manuals/residence-domicile-and-remittance-basis/rdrm11005> Erişim Tarihi 19 Ağustos 2020.

Irish Revenue, ‘COVID-19 information and advice for taxpayers and agents’ (2020) <https://www.revenue.ie/en/corporate/communications/covid19/index.aspx> Erişim Tarihi 19 Ağustos 2020.

Sunum

Ludovici P, Orlandi M ve Striato M, ‘Dealing at Arm’s Length in Times of Social Distancing’ (Vienna University of Economics and Business tarafından düzenlenen konferans, Viyana, Mayıs 2020).



COVID-19 Salgınının Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerine Etkisi

Şerife Yıldız Akgül¹

Öz

COVID-19 salgını, toplum sağlığı yanında hukuki işlemler üzerinde de etkilerini göstermektedir. Salgının yayılmasını engellemek için alınan tedbirler, kamu hizmetleri ve kamu hizmetlerinin yürütülmesi için yapılan sözleşmelerin hukuki rejimini etkilemektedir. Bu sözleşmelerden kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri özel bir önem arz etmektedir. Zira kamu hizmetini, hizmetin yürütülmesinden kaynaklanan riskleri de üstlenerek yürüten sözleşmeci, hizmeti kamu hizmetine egemen olan ilkelere uygun yürütmek yükümlülüğü altındadır. Sözleşmecinin imtiyaz sözleşmesi çerçevesinde tabi olduğu yükümlülükler yanında sahip olduğu haklar da vardır. Konumuz bakımından bu yükümlülüklerden kamu hizmetlerinin sürekliliği ilkesi ile haklardan sözleşmenin mali dengesinin korunmasını isteme hakkı özellikle önemlidir. Zira COVID-19 salgını, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin yürütülmesini kimi zaman oldukça güçleştirmekte ve sözleşmenin mali dengesini etkilemektedir. Kamu hizmetlerinin sürekliliği ilkesi gereğince kamu hizmetini her halükarda yürütmek zorunda olan sözleşmeci, sözleşmenin mali dengesi üzerinde etki eden salgın çerçevesinde katlanmak zorunda olduğu yükümlülüklerin karşılanmasını idareden talep edebilir. Bu çalışmada öncelikle kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerine ilişkin Türk idare hukukunun kaynak ülkesi olan Fransız idare hukuku ile Avrupa Birliği hukukundaki gelişmeler ele alınacaktır. Daha sonra COVID-19 salgınından etkilenen kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinde sözleşmeciye tanınan sözleşmenin mali dengesini korunmasını isteme hakkını sağlayan araçlar, öngörülmezlik hali, mücbir sebep ve fait du prince başlıkları altında ortaya konulacaktır.

Anahtar Kelimeler

Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri, Kamu ihale sözleşmeleri, Öngörülmezlik teorisi, Mücbir sebep, Fait du prince

Effects of the COVID-19 Outbreak on Public Service Concession Contracts

Abstract

The coronavirus disease 2019 (COVID-19) outbreak has had detrimental effects on legal transactions and public health. The measures taken to prevent the spread of the outbreak have affected the legal regime of contracts for the conduct of public services and public services. Of these contracts, the public service concession contracts are of particular importance. Hence, by undertaking the risks arising from the execution of the service, the contractor who performs the public service is under the obligation to conduct the service in accordance with the principles dominating the public service. In addition to the liabilities of the contractor, the rights of the contractor are also mentioned in the concession agreement. In terms of our subject matter, the principle of the continuity of public services and the right to ask for the protection of the financial balance of the contract is particularly important. The execution of public service concession agreements becomes very difficult and affects the financial balance of the contract due the COVID-19 outbreak. The contractor, who has to perform public service in any case, may request the administration to meet the obligations that he or she has to bear within the framework of the pandemic following the principle of continuity of public services affecting the financial balance of the contract. This study will thus discuss the French administrative law, which is the source country of the Turkish administrative law regarding public service concession agreements, and developments in the

* **Sorumlu Yazar:** Şerife Yıldız Akgül (Dr. Öğr. Üyesi), Anadolu Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı, Eskişehir, Türkiye, E-posta: serifey@anadolu.edu.tr, ORCID: 0000-0002-2264-2624

Atf: Yıldız Akgül S, "COVID-19 Salgınının Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerine Etkisi" (2020) 78(2) İstanbul Hukuk Mecmuası 961. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2020.78.2.0022>



European Union law. Then, the instruments that provide the right to demand the protection of the financial balance of the contract granted to the contractor will be presented under unpredictability, force majeure, and fait du prince in the public service concession contracts affected by the COVID-19 outbreak.

Keywords

Public service concession contracts, Public procurement contracts, Unpredictability theory, Force majeure, Fait du prince

Extended Summary

This study examines the effects of the coronavirus disease 2019 (COVID-19) outbreak on public service concession agreements because it has threatened public health and affected concession agreements. Moreover, public service concession contracts are of particular importance among contracts for the execution of public services.

Notably, the legal regime of the civil service concession agreements, which are determined by the case law and rules, has recently been the subject of a special regulation in the French and European Union (EU) laws.

Concession contracts have been handled within the scope of the civil service transfer contracts (contracts de delegation de service public) for a specific interval. Then, it was specially arranged with the ordinance regarding the Concession Agreements No. 2016-65 dated January 29, 2016. This ordinance was repealed, and concession contracts were issued in the Code de la Commande Publique, which entered into force on January 1, 2019, as one of the two main types of administrative contracts, along with the public procurement contracts.

Concession agreements, which were initially neither defined nor regulated in the EU law, were subjected to limited regulations and decisions of the Court of Justice of the EU within the framework of determining the scope of directives related to public procurement. To prevent legal uncertainty caused by the failure to fully distinguish public procurement contracts from service concession contracts, the European Union Commission first revealed the difference between the concession contracts and the public procurement contracts.

Moreover, concession agreements, such as tender contracts, became the subject of a special regulation in the EU law with the Directive 2014/23.

In the Turkish law, the public service concession agreements that have been included in all constitutions because the 1924 Constitution has been regulated by a law dated 1910, and these agreements are included in other laws. However, the Law of 1910 is not detailed and does not address the present-day needs. Therefore, to eliminate the disorganization in the legislation, it will be appropriate to make public service concession agreements subjected to a comprehensive legal regulation in terms of the Turkish law, like the French law.

The main feature of the concession agreements that is common in the Turkish, French, and EU laws is that the economic risks arising from the execution of the service belong to the concessionaire. Therefore, the distinguishing nature of these contracts, that is, public service costs, profits, and losses, belongs to the contractor. The contractor who obtains the right to concession also has the right to demand a fee from those who benefit from the service. Therefore, the contractor is charged for the fees received from the service beneficiaries, not by the administration, as in public procurement contracts. Due to the frequent use of services, this feature has particularly affected some of the public service concession contracts such as transportation services, as a result of the quarantine measure taken in the background of the COVID-19 outbreak.

Notably, in the Turkish law, the legislation on public service concession agreements is not detailed, and special arrangements for the effects of the pandemic on the contracts have not been made. However, for public procurement contracts that have legal mechanisms at the legislative level in the fight against the pandemic, a circular was issued regarding the effects of the pandemic on the procurement contracts. Under these circumstances, the framework of the unpredictability theory, force majeure, and *fait du prince* that are accepted with the case law related to the effects of the pandemic on concession agreements are discussed in this study. While discussing this issue, the regulations regulating the effects of the pandemic in the French law and the source country of administrative law on the contracts are also included.

In addition, public services must be conducted following the principles dominating the public service although public services are conducted by private law persons in the concession agreements. Among these principles, public service must be conducted in any case following the principle of continuity of public services. Following the principles that govern the public service, the COVID-19 outbreak is one of the most contracting obligations to operate the service. In addition to the liabilities of the contractor, the rights of the contractor are also mentioned in the concession agreement. If the financial balance of the contract is broken due to the pandemic within the framework of the right to demand the protection of the financial balance of the contract from these rights, the aforementioned unpredictability theory, force majeure, and *fait du prince* can be applied when the necessary conditions are met.

The explanations mentioned in this study are not only valid for public service concession contracts but also for administrative contracts that are made between the administration and private legal persons to execute the public service and the risks arising from the execution of the service belong to the contractor, unless stated otherwise.

COVID-19 Salgınının Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerine Etkisi

Giriş

COVID-19 salgını toplum sağlığı yanında toplumsal yaşamın her alanını etkilemektedir. Salgının etkilediği alanlardan biri de hukuktur. Hukuk alanında etkilenen alanlardan biri ise kamu hizmetinin yürütülmesi için idarenin özel hukuk kişileri ile yaptığı sözleşmelerdir. Kamu hizmetinin yürütülmesi için özel hukuk kişileri ile yapılan sözleşmelerden kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri özel bir önem arz etmektedir. Zira bu sözleşmeler ile kamu hizmetinin yürütülmesini üstlenen sözleşmecinin hizmetin yürütülmesinden kaynaklanan riskleri de üstlenmesi gerekir. Buna karşılık sözleşmecinin sahip olduğu haklardan biri de sözleşmenin mali dengesinin korunmasını isteme hakkıdır. Sözleşmenin mali dengesinin sözleşmeci aleyhine bozulması halinde sözleşmecinin tazminat hakkı doğar.

Belirtmek gerekir ki bu çalışmada kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri bütünüyle değil COVID-19 salgını ile ortaya çıkabilecek olası zararların karşılanması çerçevesinde, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin ayırdedici niteliği olan sözleşmecinin hizmetin yürütülmesinden kaynaklı riskleri üstlenme ölçütü ile sözleşmecinin sözleşmenin mali dengesinin korunmasını isteme hakkının nasıl bağdaştırıldığı tartışılmıştır.

Öncelikle kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin karakteristiği olan hizmetin yürütülmesinden kaynaklı risklerin üstlenilmesi unsurunun kapsamı ele alınmıştır. Bu çerçevede özellikle Fransız hukuku ve Avrupa Birliği hukukunda imtiyaz sözleşmelerine ilişkin gelişmeler de aktarılmak suretiyle kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin ayırdedici niteliği olan hizmetin yürütülmesinden kaynaklanan risklerin sözleşmeci tarafından üstlenilmesi konusu ele alınmıştır.

Daha sonra kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinde sözleşmecinin sahip olduğu, sözleşmenin mali dengesinin korunmasını isteme hakkının COVID-19 salgınından kaynaklanan zararlar söz konusu olduğunda öngörülemezlik teorisi olarak mı mücbir sebep mi yoksa fait du prince hali olarak mı ileri sürüleceği sorusu tartışılmıştır.

Belirtilmelidir ki bu çalışmada yapılan açıklamalar aksi belirtilmediği sürece, sadece kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri için değil kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri olarak adlandırılmayıp da kamu hizmetinin yürütülmesi amacıyla idare ile özel hukuk kişileri arasında yapılan ve hizmetin yürütülmesinden kaynaklanan risklerin sözleşmeciye ait olduğu idari sözleşmeler bakımından geçerlidir.

I. Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinin Ayırdedici Niteliği: Sözleşmecinin Hizmetin Yürütülmesinden Kaynaklı Riskleri Üstlenmesi

Bu çalışmada kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri bütünüyle değil COVID-19 salgını ile ortaya çıkabilecek olası zararların karşılanması çerçevesinde kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin ayırdedici niteliği olan sözleşmecinin hizmetinden yürütülmesinden kaynaklı riskleri ölçütü ile sözleşmecinin sözleşmenin mali dengesinin korunmasını isteme hakkının nasıl bağdaştırıldığı tartışılacaktır. Zaten kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri her yönüyle tartışılan bir sözleşme türü olduğu için tüm yönlerinin ele alınması da son derece kapsamlı bir çalışmanın konusu olabilir. Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinde geçen kamu hizmeti kavramı farklı disiplinlerde¹ incelenen tartışmalı bir kavram² olduğu gibi imtiyaz kavramına³ ve sözleşme kavramına⁴ ilişkin eleştiri ve farklı görüşler de mevcuttur.

Tüm bu tartışmalara rağmen kamu hizmetlerinin sözleşme ile özel hukuk kişilerine gördürülmesinin ideal tipi⁵ ve prototipi⁶ imtiyaz yöntemi olarak kabul edilmektedir. Fransız Hukuku ve Avrupa Birliği Hukukunda da imtiyaz yöntemi son dönem düzenlemelerinde önemli bir yere sahiptir.

A. Fransız Hukukunda İmtiyaz Sözleşmeleri

Fransa’da kamu ihale sözleşmeleri ile kamu hizmetinin yürütülmesi amacıyla yapılan imtiyaz sözleşmelerini bünyesinde barındıran Kamusal Alım Kodu (Code de la Commande Publique) 5 Aralık 2018 günü Resmi Gazete’de yayımlanmış ve 1 Ocak 2019 günü itibariyle yürürlüğe girmiştir. İlk halinde 1747 maddeden oluşan

¹ Kamu hizmeti kavramının siyaset bilimi, kamu ekonomisi ve kamu maliyesi disiplinlerinde ele alındığı ancak idare hukuku öğretisinin bu disiplinlerden tamamen yalıtık biçimde geliştiği eleştirisi ve diğer disiplinlerle kamu hizmetine ilişkin yaklaşımların ele alındığı çalışma için bkz Onur Karahanoğulları, Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim), (Turhan Kitabevi, Ankara, 2002,) 9.

² Fransız Hukukçu Didier Truchet kamu hizmetinin tanımlanamaz bir kavram olduğunu belirttiği çalışmasından sonra (Didier Truchet, “Label de service public et statut de service public”, (1982), AJDA, 428) bu kez Fransız idare hukukunun kurucu kavramı olarak ele alınan bu kavramdan, Avrupa Birliğinin de etkisiyle “kamuya yararlı hizmet” kavramı lehine vazgeçilmesi önerisinde bulunmuştur. Didier Truchet, “Renoncer à l’expression « service public »”, (2008), AJDA, 553. Bu görüş karşısında Avrupa Birliği etkisinin bu kavramdan vazgeçmeyi değil bu kavramı savunmak için bir neden daha verdiği de savunulmuştur. Bu görüş için bkz Gérard Marcou, “Maintenir l’expression et la notion de « service public »”, (2008), AJDA, 833. Avrupa Birliği hukuku Türk idare hukukunu da etkilemektedir. Kamu hizmeti alanına ilişkin örneğin Avrupa Birliğinde kullanılan “evrensel hizmet” kavramına ilişkin kanun çıkarılmıştır. 5369 sayılı Evrensel Hizmet Kanunu, 16.06.2005, RG 25.06.2005, Sayı: 25856. Evrensel hizmet konusunda bkz Ali D. Ulusoy, Yeni Türk İdare Hukuku, (Yetkin Yayınları, Ankara, 2019), 512-513.

³ İngilizce ve Fransızca karşılıklarından doğru olarak çevrildiği belirtilmekle birlikte kavramın ayrıcalık ve Osmanlı Devleti dönemindeki kapitülasyonları çağrıştırması nedenleriyle uygunsuz bir kavram olduğu belirtilerek bunun yerine “yetkilendirme” kavramının kullanılması önerilmektedir. Bkz Hasan Dursun, “Yeni Bir Yetkilendirme (İmtiyaz) Sözleşmeleri Kanunu Yapılmasına Mutlak Bir Gereksinim Vardır”, (2016 (125)), TBB Dergisi, 101-102.

⁴ Kamu hizmeti imtiyazının sözleşme olduğu görüşü yanında tek yanlı idari işlem ve karma işlem oldukları yolunda görüşler de vardır. Şartname ve sözleşmeden oluşan imtiyaz sözleşmelerinin karma işlem olduğu yolundaki görüş ve diğer görüşler için bkz K.Burak Öztürk, Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmeleri, (Yüksek Lisans Tezi, AÜSBE, Ankara, 2000), 54-58.

⁵ Kamu hizmetinin kamu kesimi tarafından yerine getirilmesinin emanet, özel hukuk kişileri tarafından yerine getirilmesinin ideal tipi, imtiyaz olarak ele alınmakta ve bu iki yöntem arasında da müşterek emanet örneğinde olduğu gibi karma yöntemler yer aldığı kabul edilmektedir. Bkz Karahanoğulları, (n 1), 324.

⁶ Yıldırım Uler, “Sözleşmeli Personel İdari Sözleşmeler”, 235. <https://dspace.ankara.edu.tr/xmlui/bitstream/handle/20.500.12575/48010/3452.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, Erişim Tarihi: 22.06.2020.

Kod düzenleme tekniği bakımından iki bölümden oluşmaktadır. İlk bölümde yasal düzenlemelere⁷ yer veren Kodun ikinci bölümü ise Conseil d'Etat incelemesine tabi kararnameden⁸ oluşmaktadır. Bir dönem kamu hizmeti devir sözleşmeleri kapsamında⁹ ele alınan imtiyaz sözleşmeleri sonrasında 29 Ocak 2016 tarih ve n° 2016-65 sayılı imtiyaz sözleşmelerine ilişkin ordonans¹⁰ ile ismiyle özel olarak düzenlenmiş en sonunda da kamu ihale sözleşmeleri yanında idari sözleşmelerin iki temel türünden biri olarak Kamusal Alım Kodunda düzenlenmiştir.

Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin öteden beri ayırddedici niteliği olarak ön plana çıkan hizmetin yürütülmesinden kaynaklı riskleri üstlenme ölçütü Kodun, imtiyaz sözleşmelerini tanımlayan düzenlemesinde yer almıştır (art. L1121-1)¹¹. Ayrıca üstlenilen riskin niteliği de düzenlenmiştir. Üstlenilen risk salt teorik veya önemsiz, ihmal edilebilir bir risk olmamalı piyasanın belirsizlik ve tehlikelerine gerçekten maruz kalmayı ihtiva eden bir risk olmalıdır. Normal işleyiş koşullarında, imtiyaz sahibinin, kamu hizmetinin işletilmesi için yaptığı yatırım ve masraflarının amortismanının garanti edilmediği durumlarda riski üstlendiği kabul edilir.

Fransız Hukukunda kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri, diğer önemli bir idari sözleşme türü olan kamu ihale sözleşmelerinden farkı ortaya konulurken de sözleşmecinin hizmetin yürütülmesinden kaynaklı riskleri üstlenmesi ve hizmetin yürütülmesinden elde edilen gelire ücretlendirilmesi unsurları ortaya konulmaktadır. Riskleri üstlenme ve ücretlendirme şekli dışında sözleşmenin konusu da dikkate alınmaktadır. Buna göre; kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin konusu kamu hizmetinin yürütülmesi iken kamu ihale sözleşmelerinin konusu, kamu tüzel kişilerine üstlendikleri kamu hizmetini yürütmeye ihtiyaç duydukları araçları sağlamaktadır¹².

⁷ Ordonnance n° 2018-1074 du 26 novembre 2018 portant partie législative du code de la commande publique, NOR: ECOM1818593R, JORF n°0281 du 5 décembre 2018, texte n° 20, <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/ordonnance/2018/11/26/ECOM1818593R/jo/texte>, (E.T.17.06.2020).

⁸ Décret n° 2018-1075 du 3 décembre 2018 portant partie réglementaire du code de la commande publique, NOR: ECOM1818600D, JORF n°0281 du 5 décembre 2018, texte n° 21, <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/decret/2018/12/3/ECOM1818600D/jo/texte>, (E.T.17.06.2020).

⁹ Loi sapin olarak adlandırılan 29 Ocak 1993 tarih ve n° 93-122 sayılı yolsuzluğun önlenmesi ve kamusal usuller ile ekonomik yaşamda şeffaflığa ilişkin kanunda kamu hizmeti devir sözleşmeleri kavramlaştırılmasına gidilmiştir. JORF n°25 du 30 janvier 1993 page 1588, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000711604&categorieLien=id>, Erişim Tarihi: 20.06.2020..

¹⁰ Loi Sapin olarak adlandırılan yasada kamu hizmeti devri sözleşmelerine ilişkin hükümleri yürürlükten kaldıran 29 Ocak 2016 tarih ve n° 2016-65 sayılı imtiyaz sözleşmelerine ilişkin ordonans, https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=11E8995730E212CD72FCBB7E8B84CC8E.tplgfr34s_2?cidTexte=JORFTEXT000031939947&dateTexte=20190331, Erişim Tarihi: 20.06.2020

¹¹ Söz konusu düzenlemede sadece kamu hizmeti imtiyazları değil bayındırlık imtiyazları da düzenlenmiştir. Türk Hukukunda her iki tür imtiyaz da kamu hizmeti imtiyazı kavramı kapsamında ele alındığından bayındırlık imtiyazı için ayrıca açıklama yapılmamıştır.

¹² Pierre Laurent Frier ve Jacques Petit, Droit Administratif, (8e édition, Paris, LGDJ, 2013), 389.

B. Türk Hukukunda İmtiyaz Sözleşmeleri

Bilindiği gibi kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri 1924 Anayasasından beri tüm anayasalarda düzenlenmiş tek idari sözleşme örneğidir¹³. İdare hukukunun içtihadı niteliğinin bir görünümü olarak kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri de büyük ölçüde içtihatlarla ve Fransız Hukukunun etkisiyle gelişmiştir.

Türk hukukunda imtiyaz sözleşmelerini düzenleyen temel yasal düzenleme 1326 tarihli Menafii Umumiyyeye Müteallik İmtiyazat Hakkında Kanundur¹⁴. Bunun dışında bu sözleşmelere yer veren başka kanunlar da vardır¹⁵. Yap-işlet-devret modeline yer veren yasal düzenlemelerde yer alan sözleşmeler de öğretilerde¹⁶ ve yargı kararlarında¹⁷ imtiyaz sözleşmesi olarak kabul edilmiştir. Ancak sonrasında Anayasa'nın 47. maddesi değiştirildikten sonra yap-işlet-devret usulüne yer veren 3996 sayılı Kanun'da¹⁸ değişiklik yapılarak bu sözleşmeler özel hukuk hükümlerine tabi tutulmuştur. Özel hukuk hükümlerine tabi tutulması ile imtiyaz sözleşmeleri için mümkün olmayan talep garantisi tanınması da bu sözleşmeler bakımından mümkün kılınmıştır (madde 8/3)¹⁹.

Fransız Hukukundan etkilenen Türk Hukukunda da imtiyaz sözleşmesi; idarenin özel bir kişi ile yaptığı bir kamu hizmetinin masrafları, kar ve zararı özel kişiye ait olmak üzere özel bir kişice kurulması ve/veya işletilmesi amacıyla yaptığı sözleşme

¹³ 1924 Anayasası'nın 26 ve 51. maddeleri ile 1961 Anayasasının 140. maddesinde yer verilmiştir. 1982 Anayasası'nın ise 125. maddesinde "...Kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde bunlardan doğan uyumsuzlukların milli veya milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi öngörülebilir..." hükmü ile tanımlı ve hukuki rejimi konusunda birçok tartışmaya konu olan bu sözleşmelere ilişkin yeni bir tartışma konusu eklenmiştir. Yine Anayasa'nın 155. maddesinin 2. fıkrasında "Danıştay... kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri hakkında iki ay içinde düşüncesini bildirmek, ..." şeklinde hükme yer verilmiştir.

¹⁴ 10 Haziran 1326, Takvimi Vakayı, 24 Haziran 1326, Sayı: 576.

¹⁵ Örneğin 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu çerçevesinde yapılan ve 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu ile sona ermelerine kadar geçerliliklerini koruyan imtiyaz sözleşmeleri. ne ilişkin de öngörülemeyiz haline ilişkin hükümler bulunmamaktadır. Bir dönem imtiyaz sözleşmesi olarak kabul edilen yap-işlet-devret sözleşmelerine ilişkin 3996 sayılı Kanun'da da bu yönde bir düzenleme yoktur.

¹⁶ Metin Günday, İdare Hukuku, (10. Baskı, İmaj Kitabevi, Ankara, 2013), 344; Öztürk, (n 4),139. Karşı görüş için bkz Kemal Gözler ve Gürsel Kaplan, İdare Hukuku Dersleri, (20. Baskı, Ekin Kitabevi, Bursa, 2018), 522.

¹⁷ AYM, 28.06.1995, Esas No: 994/71, Karar No: 1995/23, <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Ara?EsasNo=1994%2F71>, Erişim Tarihi: 22.06.2020.

¹⁸ 3996 Sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yapıtılması Hakkında Kanun, madde 5.

¹⁹ Oysa ki Danıştay 1. Dairesi 3996 sayılı Kanun çerçevesinde yapılan yap-işlet-devret sözleşmelerini kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi olarak niteleyen görüş kararında sözleşmeci şirkete gelir garantisi verilemeyeceğini şu şekilde ifade etmişti : "3996 sayılı Kanunun 2 nci maddesinde sayılan ve her biri kamu hizmeti niteliğini taşıyan yatırım ve hizmetlerin gerçekleştirilmesi amacıyla yapılacak sözleşmeler, Anayasa Mahkemesinin 28.6.1995 günlü ve E: 1994/71, K: 1995/23 sayılı kararında da vurgulandığı üzere, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleridir.

İmtiyaz hukuku ve buna ilişkin yargı kararlarının yanı sıra 3996 sayılı Kanunun 6 ncı maddesinde de, bu kanuna göre yapılacak işlerin finansmanından, işi alan sermaye şirketinin sorumlu olacağı kuralına yer verilmiştir. Bu durumda, sözü edilen otoyol kesiminin yapımı ve işletilmesi süresince, yüklenici firmalara ...boğaz köprüleri gelirlerinin finansman desteği olarak tahsis edilmesinin bu kurala aykırılık oluşturacağı açık bulunmaktadır.

Belirtilen nedenlerle, ...-...-... otoyolunun 3996 sayılı Kanun uyarınca yap-işlet-devret modeline göre yaptırılması planlanan ...-...-... kesiminin yapımı ve işletilmesi süresince, yüklenici firmalara ... boğaz köprüleri gelirlerinin finansman desteği olarak tahsis edilmesine hukuken olanak bulunmadığı sonucuna ulaşılarak dosyanın Danıştay Başkanlığına sunulmasına 16.12.1998 gününde oybirliğiyle karar verildi.", www.kazanci.com, Erişim Tarihi 26.06.2020.

olarak tanımlanmıştır²⁰. Belirtmek gerekir ki gelinen aşamada kapsayıcı bir kanun ile imtiyaz sözleşmelerinin hukuki rejiminin belirlenmesinde fayda vardır²¹. Mevzuat alanındaki dağınıklık ve hukuki rejimlerdeki farklılık kanunların okunabilirliğini engellediği gibi uygulamada da birçok karmaşayı beraberinde getirmektedir. Oysa ki sadece Fransa'da değil Avrupa Birliğinde de imtiyaz sözleşmeleri özel olarak düzenlenerek hukuki rejimi belirlenmiştir.

C. Avrupa Birliği Hukukunda İmtiyaz

Ekonomik bir topluluk olarak kurulan Avrupa Birliği'nin ekonomik bütünleşmesini sağlamadaki en önemli araçlarından biri kamu ihaleleri olmuş²² ve kamu ihaleleri, direktiflerle özel düzenleme konusu yapılmıştır. Başlangıçta özel düzenleme konusu yapılmayan ve tanımlanmayan imtiyaz sözleşmeleri ise kamu ihalelerine ilişkin direktiflerin kapsamlarının belirlenmesi çerçevesinde sınırlı düzenlemelere ve Avrupa Birliği Adalet Divanının kararlarına konu olmuştur. Kamu ihale sözleşmelerinin, özellikle hizmet ihalelerinin imtiyaz sözleşmelerinden tam olarak ayırdedilememesinin yarattığı hukuki belirsizliğin önüne geçmek adına öncelikle Avrupa Birliği Komisyonu yayınladığı bir tebliğ²³ ile imtiyaz sözleşmelerinin kamu ihale sözleşmelerinden farkını ortaya koymuştur.

Söz konusu tebliğe göre; bayındırlık imtiyazlarının, yapım işleri ihalelerinden farkını ortaya koymada belirleyici özellik, sözleşmecinin eserin işletilmesini de üstlenmesidir. Bu işletimin sonucu olarak sözleşmecinin ücretlendirilmesi idare tarafından değil kullanıcılardan alınacak bedellerle sağlanacak, böylece sözleşmeci eserin inşasına ve sonrasında işletilmesi ile kullanım sıklığına ilişkin risklere katlanacaktır. Tebliğ ile 92/50 sayılı hizmet ihalelerine ilişkin direktifte düzenlenmeyen kamu hizmeti imtiyazlarında da benzer yorumlama tarzı geliştirilmiştir. Buna göre; kamu hizmeti imtiyazlarında da belirleyici olan hizmetin işletilmesidir. Bu ölçütün uygulanması sonucu imtiyazcı, kamu hizmetinin yürütülmesine bağlı

²⁰ Siddık Sami Onar, İdare Hukukunun Umumi Esasları, (I.Cilt, 3. Bası, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1966), 44; Tanıma, imtiyaz sahibinin hizmetten yararlananlardan belirli bir tarife uyarınca tahsil edeceği karşılıklardan gelir sağlaması unsuru da ilave edilebilir; Günday,(n 16) 344, 348; Gözler ve Kaplan, (n 16), 431; Ramazan Çağlayan, İdare Hukuku Dersleri, (6. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018), 249,250; Ulusoy,(n 2),367; Öztürk, (n 4) 54-58. Danıştay incelemesinden geçirilmeyi adeta sözleşmenin bir ölçütü haline getiren ve idarenin nitelendirmesi ile kendini bağlı sayan kararlar da vardır. Bu kararlar için bkz DİDDK, 09.05.2017, Esas No: 2014/3807, Karar No: 2017/2009, karar metnine ulaşamamış karara Dan.13.Daire, 29.01.2020, Esas No: 2020/259, Karar No: 2020/248 sayılı kararında yer verilmiştir. Bu yöndeki bir başka karar için bkz Dan.13.Daire, 09.07.2018, Esas No: 2018/2456, Karar No: 2018/2336.

²¹ İmtiyaz sözleşmeleri için yeni bir kanun ihtiyacını ortaya koyan çalışma için bkz Dursun, (n 3), 143-144.

²² Kamu İhalelerine İlişkin Avrupa Birliği Komisyonu Tebliği için bkz Public Procurement in The European Union, Communication From the Commission, 11.03.1998, COM(1998) 143final, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:51998DC0143&from=FR>, (E.T.20.06.2020).

²³ Yapım işlerine ilişkin 93/37 sayılı direktif ile bayındırlık imtiyazları özel bir rejime tabi tutulmuş, diğer imtiyaz türlerine ise direktiflerde yer verilmemiştir. Tebliğ ile direktiflerle düzenlenmeyen imtiyaz sözleşmelerinin de ekonomik faaliyetlerin yürütülmesine ya da malların teminine yönelik bir devlet (idari) işlemi görünümünde iseler Avrupa Birliği Anlaşmasına ve Avrupa Birliği Adalet Divanı içtihatlarından ortaya çıkan ilkelere tabi olduğu öngörülmüştür. Söz konusu tebliğ için bkz Communication interprétative de la Commission sur les concessions en droit communautaire, (2000/C 121/02), Journal officiel n° C 121 du 29/04/2000 p. 0002 – 0013, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A32000Y0429%2801%29>, (E.T. 20.06.2020)

riskleri üstlenmektedir. Riskleri üstlenmesindeki belirleyici ölçüt ise imtiyazcının ücretlendirme şeklidir. Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinde, imtiyazcı idare tarafından ücretlendirilmemekte, hizmetten yararlanılardan alınan bedellerle ücretlendirilmektedir. Sözleşmecinin idare tarafından ücretlendirilmesi halinde ortada üstlenilmiş bir risk olmadığından, imtiyaz sözleşmesinden bahsedilemez.

Daha sonrasında imtiyaz sözleşmeleri de ihale sözleşmeleri gibi Avrupa Birliği Hukukunda direktif ile özel bir düzenleme konusu olmuştur²⁴. 2014/23 sayılı direktifte de imtiyazın temel özelliği; bayındırlık eseri ya da hizmetin işletilmesinin imtiyazcıya verilmesi ile işletimden kaynaklanan ekonomik nitelikteki risklerin de imtiyazcıya geçmesi olarak ele alınmıştır. Bu çerçevede üstlenilen risk kapsamında, normal şartlarda işletim sırasında yapılan yatırım ve masraflar amorti edilemeden sözleşmecinin üzerinde kalabilir. İdare sözleşmeciye yapılan yatırım ve masraflar tutarında veya üzerinde asgari bir gelir garantisi sağlayarak tüm zarar riskini ortadan kaldıramaz.

Söz konusu Direktifte ayrıca ücretlendirmeye ilişkin olarak hangi durumların imtiyaz olamayacağı da düzenlenmiştir. Buna göre; sektörel düzenlemeler, imtiyaz sahibine, yapılan yatırımlar ve sözleşmenin yürütülmesi için katlanılan maliyetlere ilişkin kâr garantisi vererek riski ortadan kaldırdığı takdirde sözleşme, imtiyaz sözleşmesi niteliğinde değildir. Bununla birlikte üstlenilen riskin başından beri sınırlı bir risk olması da imtiyaz niteliğine engel teşkil etmez. Bu çerçevede sözleşme hükümleri ile idareden kaynaklı bir nedenden dolayı sözleşmenin feshi ya da mücbir sebep nedeniyle sözleşmenin feshi hallerinde imtiyazcının zararlarına karşılık kısmi tazminat verilmesi şeklinde işletimden kaynaklı riskin sınırlandırılması mümkündür.

Direktife göre üstlenilmesi gereken riskin, tarafların tamamen kontrolü dışındaki faktörlerden kaynaklanması gerekmektedir. Hizmetin kötü yürütülmesi, sözleşmecinin sözleşmede öngörülen yükümlülükleri yerine getirmemesi ya da mücbir sebep haline bağlı riskler, tüm sözleşmelerde söz konusu olabilecek riskler olduğundan, imtiyaz sözleşmesi nitelmesi için belirleyici değildir. İmtiyaz sözleşmelerine ilişkin risk piyasadan kaynaklı arz ve/veya talebe bağlı risklerdir. Talebe bağlı risk; sözleşme konusu hizmet ya da bayındırlık işine ilişkin efektif talepten kaynaklı riski ifade etmektedir. Arza bağlı risk ise sözleşme konusu hizmet ya da bayındırlık işinin temininden kaynaklı, özellikle, talebe uygun olmayan hizmet temininden kaynaklı riski kapsamaktadır. İşletimden kaynaklı riskin hesaplanması amacıyla tüm yatırımların güncel net değerleri ile gelir ve masrafları dikkate alınmalıdır.

²⁴ Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=celex:32014L0023>, (E.T. 20.06.2020). Kamu ihalelerine ilişkin Avrupa Birliği Direktifleri ise kamu ihale sözleşmelerinin yapılmasına ilişkin; Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, ile su, enerji, ulaşım ve posta hizmetlerine ilişkin sektörlerde faaliyet gösteren kuruluşların ihalelerine ilişkin; Directive 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et abrogeant la directive 2004/17/CE, direktiflerdir.

Direktif hükümleri dikkate alındığında COVID-19 salgını çerçevesinde gündeme gelebilecek mücbir sebep ya da öngörülmezlik teorisi kapsamında imtiyazcıya ödenecek tazminatın kamu hizmetlerinin yürütülmesinden kaynaklı risklerin üstlenilmesi ölçütünü ihlal ettiğinin ileri sürülemeyeceği söylenebilir. Kamu hizmetlerinin sürekliliği ilkesi çerçevesinde idare alınması gereken tedbirlere başvurulabilecek, bu çerçevede sözleşmecinin katlanması gereken aşırı bir yük ortaya çıkarsa da sözleşmecinin sahip olduğu sözleşmenin mali dengesinin korunması hakkı çerçevesinde idare de bir kısım zararı üstlenebilecektir.

II. COVID-19 Salgınının Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerine Etkilerinin Ortadan Kaldırılması İçin Hukuki Çareler

COVID-19 salgını kamu hizmetlerinin yürütülmesi amacıyla yapılan imtiyaz sözleşmelerini çeşitli şekillerde etkilemiştir ve etkileri de devam etmektedir. Özellikle sokağa çıkma yasaklarının uygulandığı dönemlerde ulaşım gibi kamu hizmetlerinin hiç kullanılmaması ya da kullanım sıklığının oldukça düşük seviyelerde kalması hizmetin konusuna göre sözleşmecinin mali durumunu etkilemiştir. Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri bakımından kapsayıcı bir yasal düzenleme eksikliği salgın kriziyle başatma konusunda da kendini hissettirmiştir. Bu çerçevede kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin yürütülmesi sırasında COVID-19 salgını nedeniyle sözleşmecinin uğradığı zararların tazmini konusunda kullanılacak hukuki araçlardan bahsetmeden önce, böyle bir salgın kriziyle mücadelede yasal metinlerle düzenlenmiş güvenceler yanında salgın sırasında çıkarılan genelge ile imtiyaz sözleşmelerine göre oldukça donanımlı olan kamu ihale sözleşmelerinden bahsetmek yerinde olacaktır.

A. Kamu İhale Sözleşmeleri ve COVID-19 Salgını

Kamu ihale sözleşmelerinin böyle bir salgınla mücadele konusunda imtiyaz sözleşmelerine göre daha donanımlı olduğu söylenebilir. Bir kere 4734 sayılı Kanun'da yer alan kimi düzenlemeler de ilk etapta salgınla mücadele kapsamında özellikle sağlık hizmetlerinin ihtiyaç duyduğu, maske, ilaç dezenfektan gibi ürünlerin teminine imkân vermektedir.

Olağan dışı hallerle başa çıkmada acil müdahale edilmesi gereken kimi durumlar Kanun'dan istisna edilmek suretiyle²⁵ ya da ihtiyaç duyulan, mal ve hizmet alımları ile yapım işlerinin pazarlık usulü ile gerçekleştirilmesi mümkün kılınmıştır. Bu çerçevede pazarlık usulünü düzenleyen 21. maddenin b bendinde salgın hastalıklar da özel olarak sayılmıştır. Söz konusu düzenlemeye göre; *“doğal afetler, salgın hastalıklar, can veya mal kaybı tehlikesi gibi ani ve beklenmeyen veya yapım tekniği*

²⁵ 4734 sayılı Kanun'un İstisnalar başlıklı 3. maddesinin j ve n bentleri kapsamında kapsamındaki mal ve hizmet alımları.

açısından özellik arz eden veya yapı veya can ve mal güvenliğinin sağlanması açısından ivedilikle yapılması gerekliliği idarece belirlenen hallerde veyahut idare tarafından önceden öngörülemeyen olayların ortaya çıkması üzerine ihalenin ivedi olarak yapılmasının zorunlu olması” halinde pazarlık usulü ile ihale yapılabilir. COVID-19 salgını çerçevesinde örneğin sahra hastanelerinin inşası²⁶ için pazarlık usulüyle ihale yapılmasının mümkün olduğu pekâlâ söylenebilir.

Yine 4734 sayılı Kanun’da düzenlenen doğrudan temin yöntemi de COVID-19 salgını sırasında başvurulabilecek bir çözümdür. Buna göre salgın sırasında ihtiyaç duyulan ilaç, aşı, serum, anti-serum, kan ve kan ürünleri ile uygulama esnasında hastaya göre belirlenebilen ve hastaya özgü tıbbî sarf malzemeleri, test ve tetkik sarf malzemeleri alımları (madde 22/f) da ilan yapılmaksızın ve teminat alınmaksızın fiyat araştırması yapılarak doğrudan temin edilir.

Kanundan istisna etme, pazarlık usulü ile ya da doğrudan temin etme çözümleri dışında COVID-19 salgını mücbir sebep hali olarak da kamu ihale sözleşmelerini düzenleyen 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu’nda yer almıştır. Söz konusu Kanun’da mücbir sebep sayılabilecek haller arasında “genel salgın hastalık” hali de sayılmıştır (madde 10/c). Bu hükme dayanarak COVID-19 Salgınının kamu ihale sözleşmelerine etkisi 1 Nisan 2020 tarihli, 2020/5 sayılı Cumhurbaşkanlığı Genelgesi²⁷ ile düzenlenmiştir. Genelge sadece 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu kapsamında yapılan ihale sözleşmelerinde değil 4734 sayılı Kanundan istisna edilen düzenlemeler kapsamında gerçekleştirilen ihalelere ilişkin olarak da nasıl hareket edileceğini düzenlemiştir. Genelgeye göre ihale sözleşmelerinde COVID-19 salgını nedeniyle sözleşme konusu işin yapılmasının geçici veya sürekli olarak kısmen ya da tamamen imkânsız hale gelmesi halinde yükleniciler bu durumu belgelendirmek suretiyle sözleşmenin tarafı olan idareye başvuracaklardır. İdare 4735 sayılı Kanun’un 10. maddesinde düzenlenen mücbir sebep hükmünü ve diğer mevzuat hükümlerini esas almak suretiyle inceleme yaparak kararını alacaktır. İdare bu inceleme sonunda süre uzatımı ya da sözleşmenin feshine karar verebilecektir. Ancak idarenin alacağı bu kararda zorunlu bir şekil şartı olarak Hazine ve Maliye Bakanlığından değerlendirilme alınacağı belirtilmiştir²⁸. İdarenin kamu ihale sözleşmelerinde mücbir sebep nedeniyle süre uzatımı ya da sözleşmenin feshine karar verebilmesi için;

²⁶ Bu ihalelerde ilan zorunluluğu bulunmadığından (4734 sayılı Kanun’un 21. Maddesinin 2. Fıkrası) İstanbul’da COVID-19 salgını ile mücadele kapsamında yaptırılan iki hastanenin pazarlık usulü ile mi yapıldığı konusunda bir bilgiye ulaşılamamıştır.

²⁷ Resmi Gazete, 02.04.2020, Sayı: 31087

²⁸ Bu düzenleme değerlendirmenin mahiyeti ve bağlayıcılığı gibi tartışmalara açık olduğu gibi 4735 sayılı Kanun’un konuyu düzenleyen 10. Maddesinde Hazine ve Maliye Bakanlığından görüş alınacağı yolunda bir düzenleme olmaması nedeniyle genelge ile böyle bir koşulun getirilemeyeceği şeklinde itirazlara da konu olabilir. Bununla birlikte “Sözleşmelerin Tasfiyesi veya Devri” başlıklı geçici madde 4’te idarenin tasfiye veya devre ilişkin karar vermeden önce Hazine ve Maliye Bakanlığının görüşünün alınacağı yolundaki düzenlemenin kanuni dayanak olarak ileri sürülmesi de mümkündür.

- Ortaya çıkan durumun yükleniciden kaynaklanan bir kusurdan ileri gelmemiş olması,
- Yüklenicinin sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirmesine engel nitelikte olması,
- Yüklenicinin bu engeli ortadan kaldırmaya gücünün yetmemesi

koşullarının kümülatif²⁹ yani birlikte gerçekleşmesi gerekmektedir.

Belirtmek gerekir ki mücbir sebep hali dışında, kamu ihale sözleşmelerinde öngörülemeyen haller nedeniyle ortaya çıkan iş artışlarında nasıl hareket edileceği konusu da yine 4735 sayılı Kanun'da düzenlenmiştir³⁰.

Fransa'da da 25 Mart 2020 tarihli 2020-319 sayılı ordonans³¹ ile hükümet idarenin sözleşmecilerinin pandeminin ekonomik sonuçlarından korunması adına bir dizi düzenleme yaptı. 22 Nisan 2020 tarihli 2020-460 nolu ordonans ile değiştirilen şekline göre kamu alım sözleşmelerine ilişkin alınan bir dizi tedbirler çerçevesinde ihale sözleşmelerine ilişkin de düzenlemeler yapılmıştır. Bu salgın sürecinde ihale sözleşmesinde üstlenilen yükümlülüğün, yeterli araçlara sahip olunamaması ya da aşırı külfetli olması nedenleriyle kısmen ya da tamamen yerine getirilmemesi halinde, idarenin üçüncü bir kişiyle bu sözleşmenin yerine yeni bir sözleşme yapabileceği de düzenlenmiştir. Bunun için sözleşme kapsamında karşılanacak ihtiyaçların geciktirilemeyecek ihtiyaçlar olması gerekir. Bu türden ihtiyaçların karşılanması için yapılan ikame sözleşmeleri nedeniyle ilk sözleşmedeki sözleşmeci

²⁹ Kamu ihale sözleşmelerinde ürünün yükleneceği limanda yaşanan olumsuz hava koşullarının teslimatta gecikmeye sebep olmasının, ürünün menşei ülkenin ihracata tarife dışı engeller koymasının, ülkemizdeki olumsuz hava koşulları sebebiyle gümrük mevzuatı kapsamında yapılan analizlerin tamamlanamamasının ve ürünün teslim edileceği antrepo ile ilgili sorunlara dair başvurunun öngörülemelik ve önlenemezlik şartlarının bir arada gerçekleşmesi koşulunu sağlamadığına ilişkin karar için bkz. Dan.13.Daire, 31.03.2017, Esas No: 2016/1614, Karar No: 2017/874, www.danistay.gov.tr, Erişim Tarihi:20.06.2020.

³⁰ "Sözleşme kapsamında yaptırılabilir ilave işler, iş eksikliği ve işin tasfiyesi" başlıklı 24. madde şu şekildedir; "Mal ve hizmet alımlarıyla yapım sözleşmelerinde, öngörülemeyen durumlar nedeniyle bir iş artışının zorunlu olması halinde, artışa konu olan iş;

a) Sözleşmeye esas proje içinde kalması,

b) İdareyi külfete sokmaksızın asıl işten ayrılmasının teknik veya ekonomik olarak mümkün olmaması,

Şartlarıyla, anahtar teslimi götürü bedel ihale edilen yapım işlerinde sözleşme bedelinin % 10'una, birim fiyat teklif almak suretiyle ihale edilen mal ve hizmet alımlarıyla yapım işleri sözleşmelerinde ise % 20 'sine kadar oran dahilinde, süre hariç sözleşme ve ihale dokümanındaki hükümler çerçevesinde aynı yükleniciye yaptırılabilir.

Birim fiyat sözleşme ile yürütülen yapım işlerinde, Cumhurbaşkanlığı bu oranı sözleşme bazında % 40 'a kadar artırmaya yetkilidir.

İşin bu şartlar dahilinde tamamlanamayacağı anlaşılması durumunda ise artış yapılmaksızın hesabı genel hükümlere göre tasfiye edilir. Ancak bu durumda, işin tamamının ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak yerine getirilmesi zorunludur.

Sözleşme bedelinin % 80'inden daha düşük bedelle tamamlanacağı anlaşılan işlerde, yüklenici işi bitirmek zorundadır. Bu durumda yükleniciye, yapmış olduğu gerçek giderleri ve yüklenici kârına karşılık olarak, sözleşme bedelinin % 80'i ile sözleşme fiyatlarıyla yaptığı işin tutarı arasındaki bedel farkının % 5'i geçici kabul tarihindeki fiyatlar üzerinden ödenir."

Fiyatlarda ortaya çıkan beklenmeyen artışlarda izlenecek usul ve esaslar zaman zaman da geçici düzenlemelere konu olabilmektedir. Bkz geçici madde 2, 3 ve 4.

³¹ Ordonnance n° 2020-319 du 25 mars 2020 portant diverses mesures d'adaptation des règles de passation, de procédure ou d'exécution des contrats soumis au code de la commande publique et des contrats publics qui n'en relèvent pas pendant la crise sanitaire née de l'épidémie de covid-19, NOR: ECOM2008122R, JORF n°0074 du 26 mars 2020, texte n° 43, <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/ordonnance/2020/3/25/ECOM2008122R/jo/texte, E.T. 17.06.2020>.

idarenin sorumluluğunu ileri süremeyecek, buna karşılık ikame niteliğindeki ihale sözleşmesinin masraf ve riskleri ilk sözleşmeciye ait olmayacaktır (art. 6/ 2° -b). Belirtmek gerekir ki bu hüküm sadece kamu ihale sözleşmeleri için getirilmiştir. Oysa ki idarenin sözleşmecinin yerine geçerek sözleşmeyi üstlenmesi diğer sözleşmeler için de mümkündür. Kamu ihale sözleşmeleri için getirilen bu düzenlemede dikkat edilmesi gereken bir başka husus; normalde bu durumlarda ikame sözleşmesi, ilk sözleşmecinin hesabına yerine getirilirken yani masraf ve riskler ilk sözleşmeciye ait iken burada ordonansın getiriliş amacına uygun olarak bu kuralın aksi yönde bir düzenlemeye gidilmiştir³². Son olarak iptal edilen sözleşme ve feshedilen ihale nedeniyle sözleşme ya da ihaleye bağlı olarak yapılan masrafların da tazmin edileceği ordonans ile düzenlenmiştir (art. 6/ 3°).

Ayrıca belirtilmelidir ki öngörülmezlik teorisinin temelinde yatan ilkenin kamu hizmetlerinin sürekliliği olması, bu teorinin sadece kamu hizmetlerinin yürütülmesine ilişkin sözleşmeler bakımından geçerli olduğu yanılıgısına neden olmamalıdır. Bu çerçevede kamu hizmetinin yürütülmesi için ihtiyaç duyulan sözleşmelere özellikle kamu ihale sözleşmelerine de uygulanabileceği kabul edilmektedir³³. COVID-19 salgını nedeniyle sözleşmenin mali dengesi altüst olursa, yapım işlerinin, mal temini ve hizmet ifasının maliyeti COVID-19 salgını nedeniyle artıyorsa öngörülmezlik teorisi kapsamında sözleşmecinin zararının karşılanması gündeme gelebilir³⁴. Türk hukukunda özel hukuk sözleşmeleri olarak kabul edilen kamu ihale sözleşmeleri³⁵ bakımından öngörülmezlik hali, 4735 sayılı Kanun'da düzenlenen yukarıda bahsedilen hükümlere, bu Kanun'da hüküm bulunmayan hallerde ise 36. madde gereğince, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na tabi olacaktır. Dolayısıyla Borçlar Kanunu'nun aşırı ifa güçlüğüne ilişkin hükmü (madde 138), kamu ihale sözleşmelerine de uygulanabilecektir³⁶.

³² Mathias Amilhat, "La Commande Publique Face au COVID-19: Dans l'Attente de Mesures Réellement Efficaces", (2020), Journal du Droit Administratif, <http://www.journal-du-droit-administratif.fr/?p=3175>, Erişim Tarihi: 21.06.2020.

³³ Laurent Richer, Droit des Contrats Administratifs, (2e édition, Paris, 1999), 241.

³⁴ Amilhat, (n 32).

³⁵ "...idarelerce mal veya hizmet alımı için ihaleye çıkılması safhasında ihalenin sonuçlanıp kesinleşmesine kadar geçen aşamada tesis edilen işlemlerin idari nitelikte olduğu kabul edilmekte ve bu aşamada ortaya çıkan anlaşmazlıkların çözümünün idari yargı yerlerine, ihalenin kesinleşmesi ve sözleşmenin akdedilmesinden sonraki aşamada idare ile yitkenici arasındaki sözleşmenin uygulanmasından doğan uyuşmazlıkların görüm ve çözümünün ise özel hukuk hükümlerine göre adli yargı yerlerine ait olduğunda kuşku bulunmamaktadır..." Uyuşmazlık Mahkemesi, 29.12.2014, Esas No: 2014/1097, Karar No: 2014/1145, <http://kararlar.uyuşmazlik.gov.tr/Karar/Content/d4da6dd8-f6bc-4bb4-b2f0-ff62e881d561?excludeGereke=False&wordsOnly=False>, Erişim Tarihi: 24.06.2020. Belirtmek gerekir ki kamu ihale işlemleri ile kamu ihalesi sözleşmesinin uygulanması çerçevesinde yapılan işlem ayrımı da kimi zaman güçlük arzemektedir. Bu yönde bir karar için bkz Dan.13.Daire, 06.05.2019, Esas No: 2019/1067, Karar No: 2019/1491, www.kazanci.com, Erişim Tarihi 22.06.2020. Kamu ihale sözleşmelerinin idari sözleşme sayılması gerektiği görüşü için bkz Gözler ve Kaplan, (n 16) 458.

³⁶ -Söz konusu düzenleme şu şekildedir: "Sözleşmenin yapıldığı sırada taraflarca öngörülmeleyen 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." Aşırı ifa güçlüğüne ilişkin çalışma için bkz Başak Baysal, Sözleşmenin Uyarlanması, (3. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019).

Son olarak belirtilmelidir ki kamu ihaleleri bakımından uygulama birliğini sağlamak üzere mal veya hizmet alımları ile yapım işlerine ilişkin sözleşmeler Resmi Gazetede yayımlanan tip sözleşmeler esas alınarak yapılacağından (4734 sayılı Kanun madde 5) sözleşme metninde öngörülemeyen haller ve mücbir sebep hallerinde nasıl hareket edileceği düzenlenmektedir.

B. İmtiyaz Sözleşmenin Mali Dengesini Korunmasını Sağlayan Hukuki Araçlar

COVID-19 salgını kamu ihale sözleşmelerini olduğu gibi kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerini de etkilemektedir. Ancak kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerini düzenleyen tek bir kanun olmadığı gibi mevcut düzenlemelerde de mücbir sebep ya da öngörülmeyen haller ya hiç düzenlenmemiş ya da ayrıntılı bir şekilde düzenlenmemiş, tip sözleşme uygulaması olmayan ve çok değişik içeriklerde yapılabilen imtiyaz sözleşmelerine³⁷ ilişkin kamu ihale sözleşmelerinde olduğu gibi salgının etkilerine özel bir genelge de çıkarılmamıştır. Bu yönde düzenlemelerin yokluğunda, imtiyaz sözleşmeleri bakımından sahip olduğumuz içtihadî kural ve ilkelerden oluşan mücbir sebep, öngörülemezlik teorisi ve fait du prince hallerinin uygulanabilirlikleri ele alınacaktır.

Fransa'da Ekonomi ve Maliye Bakanı Bruno Le Maire tarafından yapılan basın açıklamasında COVID-19 salgınının mücbir sebep olarak nitelenip devlet tarafından yapılan kamu ihalelerinde küçük ve orta ölçekli işletmeler ile şirketlerin teslimatlarında gecikme olması halinde ceza uygulanmayacağı açıklaması³⁸ sonrası gerek özel hukuk gerekse kamu hukuku bakımından tartışmaları beraberinde getirmiştir. Kamu hukuku bakımından tartışmaların bir boyutu da salgının imtiyaz sözleşmeleri üzerindeki etkilerine odaklanırken burada da salgının mücbir sebep hali mi yoksa öngörülemezlik teorisinin uygulanmasını gerektiren bir hal olup olmadığı üzerinde yoğunlaşmıştır. Zira mücbir sebep hali ile öngörülemezlik teorisinin hüküm ve sonuçları farklılık göstermektedir. İmtiyaz sözleşmesi yapılırken öngörülemeyen durumlar nedeniyle sözleşmenin ifasında ortaya çıkan güçlükler söz konusu olduğunda ortaya çıkan durumun ağırlığına göre ya sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmak suretiyle öngörülemezlik teorisi çerçevesinde ayakta kalması sağlanırken mücbir sebep halinde ise sözleşmenin sonlandırılması yoluna gidilir³⁹. İmtiyaz sözleşmelerinin konusunu oluşturan kamu hizmetlerinin sürekliliği ilkesi gereğince böyle bir salgın durumunda da öncelikle sözleşmenin devamının sağlanması bakımından öngörülemezlik teorisinin uygulanmasıyla oluşan zorlukların aşılması yoluna gidilmelidir.

³⁷ François Lichère, "La Commande Publique, la crise sanitaire et la relance économique", (08.06.2020), AJDA, 1105, www.dalloz.fr, Erişim Tarihi: 17.06.2020.

³⁸ <https://www.vie-publique.fr/discours/273763-bruno-le-maire-28022020-coronavirus>, Erişim Tarihi: 22.06.2020.

³⁹ Richer, (n 33), 237.

1. Öngörülmezlik Teorisi Çerçevesinde Zararların Karşlanması

İmtiyaz sözleşmelerinin hukuki rejimindeki belirsizlikler öngörülemezlik teorisinin uygulanması bakımından da geçerlidir. Öngörülmezlik teorisi yasal metinlerde düzenlenmemiştir⁴⁰.

İçtihatî bir teori olan öngörülmezlik teorisinde; kamu hizmetini yürütülmesi amacıyla yapılan imtiyaz sözleşmesi imzalandıktan sonra ortaya çıkan öngörülemezlik nitelikteki olayların kamu hizmetinin sürekliliğini tehlikeye atması, imtiyazcının mali olarak desteklenmesi ile engellenir. Conseil d'Etat, *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux* kararı ile sözleşme yapıldıktan sonra I. Dünya Savaşı sırasında Alman Birliklerince kömür madenlerinin bulunduğu Lorraine bölgesinin işgali nedeniyle kömür fiyatının beş kat artışı sonrası artan maliyet nedeniyle imtiyazcı şirkete tazminat ödenmesine karar vermiştir⁴¹. Öngörülmezlik teorisindeki asıl amaç kamu hizmetlerinin yürütülmesine devam edilmesi olduğundan imtiyazcıya tazminat ödenmek suretiyle sözleşme ayakta tutulmakta, buna karşılık imtiyazcı kamu hizmetini yürütmeye devam etmektedir. İmtiyazcının kamu hizmetini yürütmemesi ise kusurlu bir davranış olacaktır⁴². Yukarıda açıklandığı gibi öngörülmezlik teorisinin temelinde yatan ilke, kamu hizmetlerinin sürekliliği olduğundan, bu teori sadece kamu hizmetlerinin yürütülmesine ilişkin sözleşmeler bakımından değil kamu hizmetinin yürütülmesi için ihtiyaç duyulan araçları sağlayan sözleşmelere de uygulanabilecektir.

Conseil d'Etat tarafından *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux* kararı sonrası verilen kararlarda öngörülmezlik teorisinin uygulanma koşulları ortaya konulmuştur. Bu koşullar; sözleşmenin yerine getirilmesini etkileyen olayla öngörülmez nitelikte olmalı, tarafların dışında gerçekleşmiş olmalı ve sözleşmenin ekonomisini altüst etmelidir⁴³.

Belirtmek gerekir ki içtihatî nitelikteki bu teori, Fransız Hukukunda Kamusal Alım Kodunda yer almak suretiyle yazılı hukukta yerini almıştır. Söz konusu düzenlemede öngörülmezlik teorisi açık şekilde ismiyle zikredilmemekle birlikte Kamusal Alım Kanunu kapsamına giren idari sözleşmelere uygulanacak genel hükümler arasında düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemeye göre; tarafların dışında

⁴⁰ 1326 tarihli Kanun ile 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu çerçevesinde yapılan ve 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu ile sona ermelerine kadar geçerliliklerini koruyan imtiyaz sözleşmelerine ilişkin de öngörülmezlik haline ilişkin hükümler bulunmamaktadır. Bir dönem imtiyaz sözleşmesi olarak kabul edilen yap-işlet-devret sözleşmelerine ilişkin 3996 sayılı Kanun'da da bu yönde bir düzenleme yoktur.

⁴¹ C.E., 30 mars 1916, Cie générale d'éclairage de Bordeaux, karar metni için bkz <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000007629465>, <https://www.conseil-etat.fr/ressources/decisions-contentieuses/les-grandes-decisions-du-conseil-d-etat/conseil-d-etat-30-mars-1916-compagnie-generale-d-eclairage-de-bordeaux>, (E.T. 20.06.2020).

⁴² <https://www.conseil-etat.fr/ressources/decisions-contentieuses/les-grandes-decisions-du-conseil-d-etat/conseil-d-etat-30-mars-1916-compagnie-generale-d-eclairage-de-bordeaux>, (E.T. 20.06.2020).

⁴³ <https://www.conseil-etat.fr/ressources/decisions-contentieuses/les-grandes-decisions-du-conseil-d-etat/conseil-d-etat-30-mars-1916-compagnie-generale-d-eclairage-de-bordeaux>, (E.T. 20.06.2020).

gerçekleşen öngörülemeyen olaylar sözleşmenin mali dengesini geçici olarak bozarsa sözleşmenin tazminat isteme hakkına sahip olduğu düzenlenmiştir (art.L6/3°)⁴⁴.

Fransız Hukukunda öngörülmezlik teorisi, kanuni bir düzenlemeye konu olmakla birlikte bu teorisinin koşullarını ve sonuçlarını somutlaştırma yetkisi hâlâ idari yargı hâkiminin yetkisindedir⁴⁵. Zira olayların öngörülemez olduklarının, sözleşmenin mali dengesinin bozulduğunun hatta olayların taraflar dışında ortaya çıktığının somutlaştırılması gerekmektedir. Somutlaştırmanın kanun koyucu tarafından yapılması mümkün değildir.

Bu çerçevede öngörülemezlik teorisi kapsamında COVID-19 salgınının imtiyaz sözleşmesinde sözleşmeci bakımından tazminata hükmedilebilmesi için bu koşulların sağlanıp sağlanmadığının irdelenmesi gerekmektedir.

Öncelikle tüm imtiyaz sözleşmeleri bakımından salgının tarafların dışında gerçekleştiğini söylemek mümkündür. Zira virüsün yayılmasında tarafların dahilî söz konusu değildir. Bununla birlikte sözleşmenin ifasının imkânsızlığının devletin aldığı tedbirlerden kaynaklandığı durumlarda sözleşmenin taraflarının dışında gerçekleşme şartının tartışılabileceği belirtilmekle bu yorumlamanın çok olası olmadığı da ilave edilmektedir⁴⁶. Devletin salgınla mücadele çerçevesinde aldığı tedbirleri ifa imkânsızlığının sebebi olarak ele alınması böyle bir bakış açısını benimsenmesi varsayımında sözleşmenin uğradığı zararın karşılanmasında ilk akla gelen, diğer koşulları da varsa, *fait du prince* olacaktır.

Öngörülmezlik şartına ilişkin olarak belirtmek gerekir ki öngörülemeyen, olayın kendisi olabileceği gibi olayın sonuçları da olabilir. Olayın öngörülebilen olmaması da bir takım ipuçlarından yola çıkılarak takdir edilir. Buna göre benzer olayların gerçekleşme sıklığı ya da daha önceden böyle bir olayın yaşanıp yaşanmadığına bakılabilir⁴⁷. En son pandeminin 1918’te yaşanan İspanyol gribi olduğu düşünüldüğünde COVID-19 salgınının, kıta Avrupası bakımından kıtanın ebola ve H1N1 gribinden etkilenmemesi de göz önüne alındığında, öngörülemeyen bir olay olduğu söylenebilecektir⁴⁸.

Ayrıca salgının öngörülemezliği konusunda sözleşmelerin yapılma zamanı bakımından ayrımlara gitmek gerekir. Salgının kapsam ve sonuçlarını tarafların tam olarak öngörmesi beklenemez. Bununla birlikte daha hükümet tarafından karantina tedbiri alınmadan salgının hemen başında yani ilk vakaların görüldüğü zamanlarda

⁴⁴ Öngörülmezlik hali dışında Kamusal Alım Kanunu’nun L6. maddesinde; idarenin sözleşmenin yürütülmesinde ilişkin denetim yetkisi (1°), kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin sözleşmelerin kamu hizmetlerinin sürekliliği ilkesine uygun yürütülme zorunluluğu (2°), idarenin tek yanlı değişiklik yapma yetkisi (4°) ve idarenin sözleşmeyi feshetme yetkisi (5°) de düzenlenmiştir.

⁴⁵ François (n 37), 1105.

⁴⁶ Amilhat, (n 32).

⁴⁷ Charles-André Dubreuil, “Conditions de versement d’une indemnité d’imprévision”, (2020), AJDA, 796, www.dalloz.fr, Erişim Tarihi: 18.06.2020.

⁴⁸ Lichère, (n 37), 1105.

yapılan sözleşmeler bakımından öngörülemelik koşulunun sağlanıp sağlanmadığı tartışılabilir. Hükümet tarafından alınan tedbirler sonrasında yapılan sözleşmeler bakımından salgının öngörülemelik şartını karşılamadığı söylenebilir⁴⁹. Öngörülemelik haline ilişkin hangi tarihin esas alınacağını konusunda belirsizlik mevcuttur; Dünya Sağlık Örgütüncü ilan edilen uluslararası “kamu sağlığı acil durumu”nun ilan edildiği 30 Ocak tarihinin mi yoksa devletlerin salgına ilişkin aldıkları tedbir kararlarının tarihinin mi esas alınacağı konusunda belirsizlik ve tartışmalar mevcuttur⁵⁰.

Sözleşmenin mali dengesinin bozulup bozulmadığının tespitinde ise sözleşmenin revizyonuna imkân veren hükümlerin (öngörülemelik, güncelleme ve hardship) bulunması halinde bu hükümlerin sözleşmenin mali dengesinin bozulduğunun kabulünü engellediğinden bahisle öngörülemelik teorisinin uygulama alanı bulmayacağı kabul edilmektedir⁵¹. Sözleşmenin mali dengesinin bozulması esas olarak hizmetin yürütülmesine bağlı zararlardan ileri gelmiyorsa, sözleşmeci imtiyaz sahibi öngörülemelik teorisi kapsamında tazminat talebinde bulunamayacaktır⁵².

Öngörülemelikten başka Fransa’da COVID-19 sonrası çıkarılan 25 Mart 2020 tarih, 2020-319 sayılı ordonans imtiyaz sözleşmelerine ilişkin olarak, sözleşmenin yürütülmesinin durdurulması ve sözleşmenin yürütülme şekillerine ilişkin önemli değişiklikler yapılması hali de düzenlenmiştir.

Buna göre; İmtiyaz verenin kararı ile ya da idari kolluk tedbiri nedeniyle imtiyazın yürütülmesi durdurulduğunda, imtiyaz veren idareye yapılacak tüm ödemeler durdurulacak, sözleşmecinin ihtiyaçlarına göre ödenmesi gerekliliği ortaya çıkarsa imtiyaz veren idare sözleşmeciye avans ödemesi yapabilecektir. Sözleşmenin yürütülmesinin durdurulması sonucunda gerekirse sözleşmede lazım gelen değişiklikler yapılabilir. (Art. 6/5°) İmtiyaz durdurulmadan, sözleşmede öngörülen sözleşmenin yürütülme şekli önemli ölçüde imtiyaz veren idare tarafından değiştirildiğinde, sözleşmenin ilk halinde yer almayan ve imtiyaz sahibinin mali durumu göz önüne alındığında açıkça aşırı bir yük teşkil edecek ek külfetlerin karşılanması için sözleşmeci tazminat hakkına sahiptir (Art. 6/6°) .

Ordonans ile getirilen düzenlemelerin birçok belirsizliği beraberinde getirdiği eleştirisi yanında çözüm olarak konunun kanun ile düzenlenmesi, getirilen düzenlemenin Avrupa Birliği direktifleri ve Anayasaya uygunluğu da ele alınarak, önerilmiştir. Kanuni düzenleme ile imtiyaz sözleşmelerine ilişkin olarak; salgından kaynaklı hasılatla meydana gelecek olası azalmalar, tarife artışı ya da sübvansiyonlarla karşılanarak sözleşmenin mali dengesi sağlanabilir⁵³. Salgın

⁴⁹ Amilhat, (n 32).

⁵⁰ Lichère, (n 37), 1105.

⁵¹ Amilhat, (n 32).

⁵² CE, 21.10.2019, No: 419155, AJDA, 2020, 796.

⁵³ Lichère, (n 37)

nedeniyle artan maliyetlerin karşılanması çerçevesinde ulusal büyüklükteki riskin kanun koyucu tarafından toplumsallaştırması gerektiği bu çerçevede sözleşmeci idarenin, katlanmak zorunda olduğu maliyetin bir kısmının karşılanmasını devletten isteyebilmesi gerektiği savunulmuştur⁵⁴.

2. Mücbir Sebep

Mücbir sebep nitelmesi için öngörülemezlik, tarafların dışında⁵⁵ gerçekleşme şartları yanında, önlenemezlik ölçütünün de gerçekleşmesi gerekir. Önlenemezlik hali, COVID-19 salgınının geçici olarak değil de sözleşme konusunun ifasını imkânsız hale getirmesi olarak ele alınmalıdır. Mutlak imkânsızlık halinde sözleşmenin feshi gündeme gelecektir. Ancak imkânsızlık geçici nitelikteyse sözleşme ve şartname hükümleri saklı kalmak kaydıyla, idari yaptırım uygulanmasını engelleyecektir⁵⁶.

Mücbir sebebin koşulları ile öngörülmezlik teorisinin koşulları aynıdır. İdare tarafından sözleşmecinin uğradığı zararların öngörülmezlik teorisi çerçevesinde geçici olarak karşılanması ile sözleşmenin ayakta tutulması mümkün değilse sözleşmedeki mali dengesizlik sürekli bir hal almış olur ve bu çerçevede öngörülmezlik teorisi mücbir sebebe dönüşerek sözleşme, tarafların anlaşması ile bu mümkün değilse idari yargı yerlerince feshedilir⁵⁷. Sözleşme ve şartname hükümlerinde mücbir sebebe ilişkin hükümler varsa bu hükümler uygulanmaya devam edecektir⁵⁸.

Sözleşmede öngörülen yükümlülüklerin yerine getirilmemesi ya da geç yetirilmesi sebebiyle idare tarafından sözleşmeciye uygulanabilecek cezalar, yükümlülüklerin yerine getirilmemesi ya da geç yerine getirilmesi mücbir sebepten kaynaklanıyorsa uygulanamayacaktır⁵⁹. Nitekim 25 Mart 2020 tarihli 2020-319 sayılı ordonans ile bu durum düzenlenmiştir. Buna göre; sözleşmecinin sözleşmeden doğan yükümlülüğünü yerine getirmesi için yeterli araçlara sahip olmaması ya da yükümlülüğün yerine getirilmesinin açıkça ve aşırı külfetli olduğunun sözleşmeci tarafından ortaya konulması halinde, idare sözleşmeciye yükümlülüğün ifa edilmemesi nedeniyle yaptırım uygulayamayacağı gibi ceza veremeyecektir ve sözleşmecinin bu nedenden kaynaklı sorumluluğunu da ileri süremeyecektir (art. 6/ 2 -a).

⁵⁴ ibid, 1105.

⁵⁵ Özel hastanenin faaliyetlerinin yetkili şirket müdürünün talebi üzerine askıya alındığı, Yönetmeliğin öngördüğü sürede sağlık personeli eksikliğinin giderilmediği, bu süre zarfında herhangi bir taşınma başvurularının da bulunmadığı, davacı şirketin kendi içerisinde yaşamış olduğu hukuki süreç ve ihtilafların mücbir sebep olarak değerlendirilemeyeceği yönündeki karar için bkz Dan.15.Daire, 14.02.2019, Esas No: 2018/3716, Karar No: 2019/575, www.danistay.gov.tr, Erişim Tarihi: 20.06.2020.

⁵⁶ Amilhat, (n 32).

⁵⁷ Frier ve Petit, (n 12), 419.

⁵⁸ Fiche technique de la DAJ sur les conséquences de la crise sanitaire sur la commande publique, https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/marches_publics/conseil_acheteurs/fiches-techniques/crise%20sanitaire/Questions-r%C3%A9ponses_Coronavirus_et_commande%20publique_DAJ.pdf, (E.T. 20.06.2020)

⁵⁹ Amilhat, (n 32).

3. Fait du Prince

Fait du prince sözleşmecinin sözleşmenin normal şekilde yürütülmesini alt üst eden idari bir karar nedeniyle uğradığı zararın tazminine imkân tanıyan kusursuz sorumluluk halidir⁶⁰. İmtiyazcının uğradığı zararın *fait du prince* teorisi kapsamında karşılanabilmesi için zararın sözleşmeci idare yani imtiyaz verenin aldığı tedbirlerden kaynaklanması gerekmekte olup imtiyaz verenin de bu tedbirleri sözleşmenin tarafı sıfatıyla almaması gerekir⁶¹. COVID-19 salgının kapsayıcılığı ve alınan tedbirlerin çoğu zaman devlet tarafından ulusal ölçekte alındığı dikkate alındığında bu teorinin daha çok devletin taraf olduğu sözleşmeler bakımından ileri sürülebileceği söylenebilir.

Sözleşmenin feshi ya da sözleşmede tek yanlı değişiklik yapılması gibi sözleşme kapsamında idarenin aldığı kararlar, kararların hukuka uygun olup olmadığına göre idarenin sorumluluğunu dpğurur. Hukuka aykırı şekilde alınan kararlar nedeniyle idarenin sözleşmeden doğan kusurlu sorumluluğu söz konusudur⁶².

Bunun dışında uğranılan zararın da özel ve anormal nitelikte olması gerekir. Bu koşullar göz önüne alındığında COVID-19 salgını nedeniyle alınan tedbirlerin sadece sözleşmecileri değil ülkenin tamamını ya da ekonomik sektörlerin bütününe ilgilendirdiğinden burada özel ve anormal zarar kıstası gerçekleşmediği kanısıyla *fait du prince* teorisinden yararlanmak suretiyle yaşanan ekonomik güçlüklerin aşılamayacağı kabul edilmektedir⁶³.

Ancak *fait du prince* idari yargı kararlarında çok nadir yer bulmakta, davacı tarafında ileri sürülen bu hal idari yargıç tarafından yeterli açıklıkta gerekçe sunulmadan reddedildiğinden hangi hallerin *fait du prince* olduğunun belirlenmesi güçlük arzetmektedir⁶⁴. Nitekim ilk bakışta *fait du prince* halini çağrıştıran idari işlemlerin yapılmaması ya da geç yapılması halleri de mücbir sebep olarak kabul edilebilmektedir⁶⁵.

⁶⁰ Marion Ubaud-Bergeron, “Contrat administratif, fait du prince et responsabilité administrative”, (2019), AJDA, 2553, Erişim Tarihi: 22.06.2020.

⁶¹ Amilhat, (n 32).

⁶² Ubaud-Bergeron, (n 60), 2553.

⁶³ Amilhat, (n 32).

⁶⁴ Ubaud-Bergeron, (n 60), 2553.

⁶⁵ İdari işlemler dışında idari işlemten sonra gerçekleşen yasal değişiklikler ya da mahkeme kararlarının idari işlemten yararlananın hak ve yükümlülüklerini etkilemesi de mücbir sebep hali olarak kabul edilebilmektedir. Örneğin Uyuşmazlık tarihinde yürürlükte olan Elektrik Piyasası Lisans Yönetmeliğinde (R.G., 04.08.2002, Sayı: 24836) tüzel kişiden kaynaklanmayan nedenlerle; izin, onay gibi idari işlemlerin hiç veya süresinde tesis edilmemesi, mülkiyetin gayri aynı hakların sağlanamaması tesisi veya uzun süreli kiralama işlemlerinin tamamlanamaması halinin (mad.51/d), mücbir sebep olarak kabul edilmesinden hareketle Enerji Piyasası Düzenleme Kurulunun lisans iptal işlemini hukuka aykırı bulan kararlar için bkz Dan. 13. Daire, 15.03.2011, Esas No: 2008/6905, Karar No: 2011/1041; DİDDK, 30.05.2013, Esas No: 2009/2738, Karar No: 2013/2192, www.danistay.gov.tr, (E.T.17.06.2020). Söz konusu Yönetmelikte bundan başka, sonradan yürürlüğe giren yasal değişiklikler ve mahkeme kararları nedeniyle lisans sahibinin hak ve yükümlülüklerinin etkilenmesi hali (mad.51/e) de mücbir sebep olarak kabul edilmiştir.

Sonuç

COVID-19 salgını uzun bir süre daha etkili olacak, bu çerçevede birçok boyutlarıyla tartışılmaya devam edilecektir. Hukukun neredeyse tüm alanlarını etkileyen salgın, idare hukuku bakımından kamu hizmetinin yürütülmesi amacıyla yapılan sözleşmeler üzerinde de etkili olmaktadır. Sözleşme yapıldıktan sonra, sözleşmenin yürütülmesi sırasında ortaya çıkan öngörülemeyen ve şu an için önlenmesi de mümkün olmayan salgının neden olduğu zarar varsa bu zararın karşılanması konusunda hangi hukuki çareye başvurulabileceği bu çalışmada ortaya konulmaya çalışılmıştır.

Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri, kamu ihale sözleşmelerinin aksine hukuki çerçevesi daha çok içtihadi ilke ve kurallarla şekillenen bir sözleşme türüdür. Yeni sözleşme türleri ortaya çıksa da imtiyaz sözleşmelerinin, kamu hizmetlerinin yürütülmesinin özel hukuk kişilerine bırakıldığı sözleşmelerin omurgasını oluşturduğu söylenebilir. Avrupa Birliği ve Fransız hukukundaki son dönem yapılan düzenlemelerde de imtiyaz sözleşmelerinin hukuki rejimi içtihadi ilke ve kuralların yazılı hukuk kurallarına dönüştürülmesi suretiyle belirlenmiştir.

Türk hukukunda bu tarz bir düzenleme yokluğunda ve salgınla mücadele konusunda da özel düzenlemelere gidilmemesi nedeniyle hizmetin yürütülmesinden kaynaklı riskleri üstlenen imtiyaz alanın salgın nedeniyle uğrayacağı zararın karşılanması, sözleşmenin mali dengesinin sağlanması çerçevesinde sağlanan imkânlar dâhilinde mümkün olabilecektir.

Önümüzdeki dönem, salgının devamı ve etkilerini göstereceği düşünüldüğünde, düzenlemeye gidilmezse, mali dengesi bozulan sözleşmeler bakımından idari yargıya taşınan uyuşmazlıklar söz konusu olacaktır. Salgından kaynaklı zararın karşılanmasında daha çok kamu hizmetlerinin sürekliliği ilkesinden kaynaklı olarak ortaya çıkan öngörülemezlik teorisinin işletileceği söylenebilir. Kamu hizmetinin yürütülememesi hali mutlak bir niteliğe bürünmüşse, sözleşmenin mali dengesinin sağlanmasının imkânsız hali aldığı durumlarda ise mücbir sebep hali gündeme gelecektir. *Fait du prince* halinin uygulanma koşulları ve yargı kararlarında da çok yer bulmaması nedeniyle nadiren ileri sürülecektir.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

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

Peer-review: Externally peer-reviewed.

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

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

Bibliyografya/Bibliography

- Amilhat M, “La Commande Publique Face au COVID-19: Dans l’Attente de Mesures Réellement Efficaces”, (2020), Journal du Droit Administratif, <http://www.journal-du-droit-administratif.fr/?p=3175>, Erişim Tarihi: 21.06.2020.
- Baysal B, *Sözleşmenin Uyarlanması*, (3. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019).
- Çağlayan R, *İdare Hukuku Dersleri*, (6. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018).
- Dubreuil C A, “Conditions de versement d’une indemnité d’imprévision”, (2020), AJDA, 796, www.dalloz.fr, Erişim Tarihi: 18.06.2020.
- Dursun H, “Yeni Bir Yetkilendirme (İmtiyaz) Sözleşmeleri Kanunu Yapılmasına Mutlak Bir Gereksinim Vardır”, (2016 (125)), TBB Dergisi, 85-146.
- Frier P L ve Petit J, *Droit Administratif*, (8e édition, Paris, LGDJ, 2013).
- Gözler K ve Kaplan G, *İdare Hukuku Dersleri*, (20. Baskı, Ekin Kitabevi, Bursa, 2018).
- Günday M, *İdare Hukuku*, (10. Baskı, İmaj Kitabevi, Ankara, 2013).
- Karahanoğulları O, *Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim)*, (Turhan Kitabevi, Ankara, 2002).
- Lichère F, “La Commande Publique, la crise sanitaire et la relance économique”, (08.06.2020), AJDA, 1105, www.dalloz.fr, Erişim Tarihi: 17.06.2020.
- Marcou G, “Maintenir l’expression et la notion de « service public »”, (2008), AJDA, 833.
- Onar, S S, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, (I.Cilt, 3. Bası, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1966).
- Öztürk, K B, *Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmeleri*, (Yüksek Lisans Tezi, AÜSBE, Ankara, 2000).
- Richer L, *Droit des Contrats Administratifs*, (2e édition, Paris, 1999).
- Trucher D, “Renoncer à l’expression « service public »”, (2008), AJDA, 553.
- Truchet D, “Label de service public et statut de service public”, (1982), AJDA, 428.
- Ubaud-Bergeron M, “Contrat administratif, fait du prince et responsabilité administrative”, (2019), AJDA, 2553.
- Uler Y, “Sözleşmeli Personel İdarî Sözleşmeler”, <https://dspace.ankara.edu.tr/xmlui/bitstream/handle/20.500.12575/48010/3452.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, Erişim Tarihi: 22.06.2020.
- Ulusoy A D, *Yeni Türk İdare Hukuku*, (Yetkin Yayınları, Ankara, 2019).



İstanbul Hukuk Mecmuası

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Başvuru: 23.06.2020
Revizyon Talebi: 30.08.2020
Son Revizyon Tarihi: 02.09.2020
Kabul: 08.09.2020

Dünya Sağlık Örgütü ve Uluslararası Sağlık Tüzüğü: COVID-19 Örneğinde Uluslararası Hukukta Salgın Hastalıklarla Mücadele

İbrahim Kaya*, **Galip Engin Şimşek****

Öz

Bu makalede halihazırda yaşanmakta olan COVID-19 salgın hastalığı ile uluslararası mücadelede başarılı oynayan Dünya Sağlık Örgütü ve onun salgınları tespit ve kontrol altına almada en önemli normatif düzenleme aracı olan Uluslararası Sağlık Tüzüğü incelenmektedir. Bu çerçevede ilk olarak Örgüt'ün kurulmasına giden tarihsel süreç kısaca açıklanmakta ve kurucu andlaşmasında düzenlenmiş olan organları ve bunların yetkileri ele alınmaktadır. İkinci kısımda söz konusu Sağlık Tüzüğü çerçevesinde salgın hastalıklarla ilgili Örgüt'ün yetki ve sorumlulukları ile üye devletlerin yükümlülükleri analiz edilmektedir. Son kısımda ise Örgüt'ün halihazırdaki salgın sürecini yönetirken kendisine yöneltilen birtakım eleştiriler dikkate alınarak bunların uluslararası hukuk bakımından ne tür sonuçlar doğurabileceği tartışılmaktadır.

Anahtar Kelimeler

COVID-19, Dünya sağlık örgütü, Uluslararası sağlık tüzüğü, Salgın hastalıklar, Uluslararası hukuk

World Health Organization and International Health Regulations: The COVID-19 Case And Combating Epidemics Under International Law

Abstract

This article examines the World Health Organization (WHO), which plays the biggest role in combating the current COVID-19 pandemic. The WHO likewise provides for International Health Regulations as its most important normative regulatory measure for confirming and controlling pandemics. In the first section, the historical background leading to the establishment of the WHO and its organs and their powers that are established by the constitution is explained. In the second section of this article, the WHO's powers and responsibilities and the member states' obligations for pandemics are analyzed in the context of International Health Regulations. The last section considers some criticism leveled against the WHO for handling the current pandemic. It shall also discuss possible international legal consequences that may arise from the same.

Keywords

COVID-19, World health organization, International health regulations, Epidemics, international law

* **Sorumlu Yazar:** İbrahim Kaya (Prof. Dr.), İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye. E-posta: kayai@hotmail.com ORCID: 0000-0002-1087-9149

** **Galip Engin Şimşek** (Doç. Dr.), İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye. E-posta: gsmsek@hotmail.com ORCID: 0000-0001-7480-7075

Atf: Kaya I, Şimşek GE, "Dünya Sağlık Örgütü ve Uluslararası Sağlık Tüzüğü: COVID-19 Örneğinde Uluslararası Hukukta Salgın Hastalıklarla Mücadele" (2020) 78(2) İstanbul Hukuk Mecmuası 983. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2020.78.2.0023>



Extended Summary

The current COVID-19 pandemic has created a lot of economic and legal problems globally. For many centuries, pandemics have always been a global phenomenon known to humanity. Therefore, there were different mechanisms for the preparation and management of such problems at different points in history. However, after the momentum of globalization in the 19th century, international efforts against pandemics focused more on creating international institutions for such purpose. In these new institutions, one of the main issues was striking the balance between controlling the spread of the disease and keeping the international supply chain open. After the World War II, international institutional cooperation peaked. Such is brought about by the establishment of the United Nations and the World Health Organization (WHO), its specialized agency in the area of global health, in 1948.

WHO is endowed with typical international organs, such as the assembly as a decision making body, the executive board, the Director General, technical committees, and regional offices. Its mandate includes monitoring public health risks by promoting policies for eradicating communicable diseases and reducing non-communicable ones, coordinating responses to emergencies and similar pandemics, and providing technical assistance to member states. It also provides a forum to adopt normative measures, such as treaties and regulations. The WHO plays a unique role in health emergencies. It is the organization that decides whether to declare a public health emergency of international concern (PHEIC). However, this role is closely related with the member states' duty to timely notify the organization of such risks and to provide all the detailed information they have. As one may infer, this relationship requires a lot of good-will and very tightly-scheduled cooperative work between the WHO and its member states. As such, the International Health Regulations (IHR) systematizes the procedure to follow by the Director General for declaring a PHEIC and the duties of the member states in this regard.

The IHR is an international legal instrument that binds all the member states for the prevention and response to public health risks that have the potential to cross borders. The initial versions of the IHR were adopted by the Assembly in 1951 and 1969. Such was later revised in 1973 and 2005. The IHR defines the rights and obligations of countries to report public health events. It likewise establishes a number of procedures that the WHO must follow in its work of upholding global health security. As pointed out before, a PHEIC is declared after taking into account the relevant factors regarding the gravity of the risk involved and the advice of the IHR Emergency Committee, an internationally committee of experts. After declaring a PHEIC, the Director General responds to the health emergency and begins to recommend to countries temporary measures for managing the risks. States would normally act upon such advice. However, these states may occasionally adopt

stricter measures, if justified according to their special circumstances. Again, one of the main purposes of IHR procedures is to not only manage the risks involved, but also reduce the need for unnecessary controlling measures that negatively affect the global economy. Nevertheless, there were numerous inadequacies for facing future outbreaks. Such data arises from reports showing the results of IHR's implementation on the ground.

The current COVID-19 pandemic was declared a PHEIC on January 30, 2020, after the Chinese had notified the world of such a new disease on December 31, 2019. However, despite reframing the situation as a pandemic on March 11, 2020, the WHO never recommended any measures for the limitation of international trade or travel. The organization only provided measures for containment, including active surveillance, early detection, isolation, and contact tracing. It also pointed out that travel measures that significantly interfered with international traffic needed to be short and proportionate to the public health risks. With the rapid spread of the disease globally and its increasing death toll, countries began to criticize China's honesty in fulfilling its duties under the IHR. Countries likewise are now questioning the WHO's ability to respond to the pandemic by pointing out the organization's inadequacies in recommending proper measures. Some countries even accused the WHO for being biased toward China's interests. All these criticisms and accusations generate many international law problems with respect to the responsibilities of states or international organizations and their possible avenues of redress. In terms of state responsibility, the main problems include the normative character of the IHR and the states' obligations under it. Another possibility is the consideration of the states' international obligations to prevent harmful activities against neighbors and to cooperate when such harm occurs naturally. As far as the WHO's responsibility is concerned, it is possible to find some mechanisms within its internal laws for addressing the problems regarding the manner by which it functions. It may also be possible to fall back upon the draft articles on the responsibility of international organizations under the general international law.

Dünya Sağlık Örgütü ve Uluslararası Sağlık Tüzüğü:

COVID-19 Örneğinde Uluslararası Hukukta Salgın Hastalıklarla Mücadele

Giriş

Aralık ayında Çin'in Wuhan şehrinde tespit edilen ve bazı risk gruplarında atipik zatürre aşamasına kadar ilerleyen bir hastalığa yol açan COVID-19 adı verilen bir koronavirüs çeşidi çok hızlı bir bulaşma oranı ile üç ay gibi çok kısa bir sürede bütün dünyaya yayılarak bir pandemi haline gelmiştir.¹ Bu güne kadar yüzbinlerce insanın ölümüne yol açan bu hastalıkla mücadele etmek amacıyla çok sayıda devlet acil durum veya olağanüstü hal ilân ederek bir yandan enfekte olanları tespite yönelik filyasyon ve tedavi çalışmaları, zorunlu karantina, bazı kamusal alanlara girişlerin sınırlandırılması, bazı iş yerlerinin kapatılması veya çalışma düzenlerinde değişiklikler yapılması ve uluslararası ve ulusal seyahat yasakları gibi tedbirler almakta diğer yandan bu gibi tedbirlerin getirdiği ekonomik kayıplar ve mal tedarik zincirlerinde yaşanan aksamaları azaltmak ve ekonomik açıdan zor durumda kalan sosyal grupları desteklemek üzere kamu maliyesi açısından oldukça külfetli ekonomik paketler açıklamaktadırlar.

Devletlerin mücbir sebep gerekçesiyle almak zorunda kaldıkları bu tür tedbirler yalnızca her devletin kendi egemenlik alanı ile sınırlı kalmamakta ve devletler arasındaki ilişkilerde de çok sayıda ekonomik, sosyal ve hukuki meselenin ortaya çıkmasına neden olmaktadır.² Bu açıdan devletler arasındaki ilişkileri düzene koymayı amaçlayan uluslararası hukukun ve bu alanda faaliyet gösteren uluslararası kurumların bu pandemi yüzünden ortaya çıkan küresel meseleler hakkında devletlere ne gibi yetki ve sorumluluklar yüklediğinin ve hangi alanlarda işbirliği imkânları sunduğunun incelenmesi önem taşımaktadır. Ancak söz konusu küresel meseleler konu ve boyutları itibariyle uluslararası hukukun barış ve güvenlikten ekonomiye, sağlıktan insan haklarına kadar çok geniş alanlarına yayılım gösterdiklerinden³ bunların hepsinin tek bir makalede tüketici biçimde ele alınmaları mümkün değildir.

¹ Hastalık Dünya Sağlık Örgütü Genel Direktörü tarafından önce 30 Ocak 2020 tarihinde “uluslararası etkili kamu sağlığı acil durumu” ve daha sonra 11 Mart 2020 tarihi itibarıyla “küresel pandemi” olarak ilân edilmiştir. Bu hususta Genel Direktörün ilk değerlendirmesi için, World Health Organization, <<https://www.who.int/dg/speeches/detail/who-director-general-s-statement-on-the-advice-of-the-ih-mergency-committee-on-novel-coronavirus>> Erişim tarihi 16 June 2020.

² BM Genel Kurulu'nun Koronavirüs hastalığı ile mücadelede küresel dayanışma kararı, A/RES/74/270; COVID-19'a karşı ilaç, aşı ve tıbbi malzemeye küresel erişimi sağlamak için uluslararası işbirliği kararı, A/RES/74/274; Dünya Sağlık Örgütü Sağlık Asamblesi 73. Toplantısı, COVID-19 Müdahale Kararı, A73/CONF./1 Rev. 1. Ayrıca, UN Secretary General's Shared Responsibility, Global Solidarity Report (Mart 2020) ve UN Framework for the Immediate Socio-Economic Response to COVID-19 (Nisan 2020).

³ Statement of the Global Health Law Committee of the International Law Association regarding the COVID-19 Pandemic (5 April 2020); Armin von Bogdandy ve Pedro A Villarreal, International Law on Pandemic Response: A First Stocktaking in Light of the Coronavirus Crisis, MPIL Research Paper Series No 2020-07, 2.

Bu itibarla çalışmada bu meseleler arasında öne çıkan iki önemli husus olan sağlık alanında küresel işbirliği imkânları ve bu alanda geliştirilmiş hukuki düzenlemeler incelenecektir. Bu çerçevede makalenin ilk bölümünde küresel sağlıkla ilgili problemler hakkında devletler arasında işbirliğini kurumsal hale getirmek üzere oluşturulmuş bulunan Dünya Sağlık Örgütü'nün (DSÖ) yetki ve sorumlulukları ele alınacak, ikinci bölümünde bu kurumun küresel salgınlarla mücadelede devletlere yol göstermek üzere kabul ettiği Uluslararası Sağlık Tüzüğü'nün hukuki boyutları ve yaşanmakta olan pandemi ile mücadelede söz konusu Tüzüğün rolü analiz edilecektir. Son bölümde ise COVID-19 örneğinde daha da belirgin hale gelen DSÖ ve Tüzük'teki eksiklikler, bunlara getirilen eleştiriler ve çözüm önerileri tartışılacaktır.

I. Dünya Sağlık Örgütü

Dünya Sağlık Örgütü'nün Kuruluşu

Kamu sağlığı alanında küresel işbirliğinin ortaya çıkışının geçmişi 19. yüzyılın ikinci yarısına kadar uzanmaktadır.⁴ Bu dönemde ilk olarak Akdeniz bölgesinde salgın hastalıklarla ilgili karantina süreçlerini yönetmek üzere 1839-1867 yılları arasında İstanbul-İskenderiye-Tanca-Tahran şehirlerinde bazı Avrupalı devletlerin temsilcilerinden oluşan dört adet sağlık konseyi kurulmuştur. Yine bu dönemde 1851 yılında Paris'de ilk Uluslararası Sağlık Konferansı toplanmış ve burada bir sözleşme hazırlanmış ancak buna yeterli devlet taraf olmadığı için yürürlüğe girememiştir.⁵ Daha sonra 1938 yılına kadar on dört kez düzenlenen konferansların 1903 yılında toplanmış olanında bu konuda en kapsamlı düzenlemeler getiren Uluslararası Sağlık Konvansiyonu kabul edilerek yürürlüğe girmiştir.⁶ Bu Konvansiyon kolera ve veba hakkında alınacak tedbirleri düzenlemekte olup, sonradan yapılan değişikliklerle bunların arasına çiçek ve tifüs eklenmiştir. Kamu sağlığı alanında bölgesel seviyede kurulan ilk örgüt 1902 yılında Washington DC merkezli kurulan Pan Amerikan Sağlık Bürosu olup, amacı Amerika kıtasında epidemiyolojik bilgi alış verişini kolaylaştırmak ve salgınlarla mücadelede üyelerine yardım sağlamak şeklinde ifade edilmiştir.⁷

⁴ Bu dönemdeki işbirliğinin başlangıçtaki amaçları devletler arasında yayılma potansiyeline sahip hastalıklar hakkında bildirim yükümlülüğü getirmek ve özellikle karantina tedbirlerinin uygulanması sırasında uluslararası ticarete getirilecek sınırlandırmaları düzene koymakla ilgili olmuştur, Uğur Samancı, 'Dünya Sağlık Örgütü ve Normatif İşlevi', (2016) 18(1) *DEÜ SBE Dergisi* 57; Bogdandy ve Villarreal (n 3), 3.

⁵ Yves Beigbeder, 'World Health Organization', *Max Plack Encyclopedia of International Law*, (OUP 2013) 2. Bu girişimlerin başarısız olmasının ana nedeni bazı devletlerin salgınlarla ilgili ulusal yetkilerini sınırlandırmak istememesi olmuştur, Bogdandy ve Villarreal, (n 3), 3.

⁶ Bu Konvansiyon'dan önce 1892-1897 arasındaki dönemde kolera ve vebayı konu alan kapsamı sınırlı dört sözleşme kabul edilmiştir, Samancı (n 4), 58.

⁷ Bu örgüt daha sonra DSÖ ile yapılan 24 Mayıs 1949 tarihli bir anlaşma ile DSÖ'nün altı bölge ofisinden biri haline gelmiştir, Beigbeder (n 5), 3.

Bu konuda küresel seviyede işlev görecek ilk örgüt ise 1907 yılında Paris’de kurulan ve faaliyette bulunduğu 40 yıl içinde 59 devletin üye olduğu Uluslararası Kamu Sağlığı Ofisi’dir.⁸ Kamu sağlığı ve bulaşıcı hastalıklar ve bunlarla mücadele tedbirleri hakkında bilgi toplamak ve yaymak amacıyla kurulan bu örgütün ilgilendiği hastalıklar arasında kolera, veba, sarı humma, tifüs, verem, işçi hastalıkları ve zührevi hastalıklar yer almıştır. İkinci Dünya Savaşı sonu öncesi dönemde kamu sağlığı ve bulaşıcı hastalıklarla ilgilenmek üzere kurulan diğer iki örgüt ise 1923 yılında kurulan Milletler Cemiyeti Sağlık Örgütü⁹ ile 1943 yılında müttefik devletler tarafından kurulan Birleşmiş Milletler Destek ve Rehabilitasyon İdaresi’dir. Bunlardan ilki kırsal alanda sağlık, okula giden çocukların sağlığı, beslenme ve biyolojik standartlar oluşturma gibi konularla ilgilenmiş ve sıtma, verem, kuduz, frengi, cüzzam ve kanser gibi hastalıklara dair komiteler oluşturmuştur. BM Destek ve Rehabilitasyon İdaresi ise Uluslararası Sağlık Konvansiyonu’nun uygulanması, epidemiyolojik bilgi yönetimi ve savaş mağdurlarının temel ihtiyaçlarının sağlanmasıyla görevlendirilmiştir.

1945 yılında San Francisco Konferansı’nda hazırlanmakta olan BM Şartı’na sağlıkla ilgili maddeler (13, 55, 57 ve 62) eklenmiş ve bu alanla ilgili bir örgütün kurulması çağırısı yapılmıştır. Bu amaçla BM Ekonomik ve Sosyal Konseyi farklı ülkelerden gelen sağlık uzmanlarının içinde yer aldığı bir teknik hazırlık komitesi oluşturmuştur. Bu komite tarafından hazırlanan taslak önerilerinden yola çıkılarak Temmuz 1946’da toplanan Uluslararası Sağlık Konferansı’nda Dünya Sağlık Örgütü Kurucu Andlaşması’na ilişkin metin kabul edilmiş ve bu metin 61 devlet tarafından imzalanarak nihai hale getirilmiştir.¹⁰ Kuruluş Andlaşması 7 Nisan 1948 tarihinde gereken onay sayısına ulaşarak yürürlüğe girmiştir.¹¹ 24 Haziran 1948’de toplanan ilk Dünya Sağlık Asamblesi tarafından ilk genel direktör seçilmiş, örgütün program ve bütçesi onaylanmış ve BM, ILO, FAO ve UNESCO ile resmi ilişkiler kurulmasına yönelik andlaşmalar kabul edilmiştir.¹²

⁸ Dünya Sağlık Örgütü’nün kuruluşunun ardından bu Ofis varlığını sürdürse de, Örgüt’ün altı bölge ofislerinden biri haline getirilmiştir, Bogdandy ve Villarreal (n 3) 4.

⁹ Bu örgüt kurulmadan önce Uluslararası Kamu Sağlığı Ofisi’nin Cemiyet sistemine dahil edilmesi düşünülmüş ancak Ofis’e üye olan ABD’nin Cemiyete üye olmaması nedeniyle bundan vazgeçilerek merkezi Cenevre’de bulunan MC Sağlık Örgütü adında ayrı bir örgüt kurulmasına karar verilmiştir, Samancı (n 4) 61.

¹⁰ Kurucu Andlaşma yürürlüğe girene kadar 1946 yılındaki Konferans sırasında imzacı 18 devletin tayin ettiği üyelerden oluşan bir geçici bir komisyon kurulmuş ve Milletler Cemiyeti Sağlık Örgütü ile Uluslararası Kamu Sağlığı Ofisi’nin görev ve malvarlıkları bu komisyona devredilmiştir. Aynı şekilde BM Destek ve Rehabilitasyon İdaresi de lağvedilerek, görev ve malvarlıkları bu komisyona ve UNICEF’e devredilmiştir. Komisyon’un varlığı 31 Ağustos 1948’de sona ermiştir. Beigbeder, (n 5), 3.

¹¹ UNTS 1948a, 186. Türkçe metni için, New York’ta toplanan Milletlerarası Sağlık Konferansında kabul ve imza edilen belgelerin onanmasına dair Kanun, Kanun Numarası: 5062, Kabul Tarihi: 9/6/1947, RG 17.06.1947/6634. Kurucu Andlaşma’nın 24, 25, 34 ve 55. maddelerine farklı tarihlere değişiklikler yapılmıştır. Güncel metin için, WHO 2014, 1-19.

¹² DSÖ ile BM arasındaki resmi ilişkiyi kuran ve Örgüt’ü, Şart’ın 57 ve 63. maddeleri uyarınca BM’nin uzmanlık kuruluşlarından biri haline getiren bu andlaşma için, UNTS, 1948b, 194. DSÖ bir uzmanlık kuruluşu olarak BM Genel Kurulu’nun yetkilendirmesi ile BM Adalet Divanı’ndan kendi yetkisi içine giren konularda danışma görüşü isteyebilmektedir. Nitekim Örgüt’ün talebi doğrultusunda Adalet Divanı 1980 yılında DSÖ ve Mısır arasındaki 25 Mart 1951 tarihli Andlaşmanın Yorumlanmasına dair bir danışma görüşü vermiş, 1980 ICJ Rep 73, ancak Örgüt’ün istediği Nükleer Silahların Silahlı Çatışmada bir Devlet Tarafından Kullanılmasının Meşruluğuna dair talebi bu konuyu örgütün yetkisi içinde görmediğinden reddetmiştir, 1996 ICJ Rep 226.

DSÖ kendine ait bir uluslararası hukuk kişiliğini ve bu çerçevede diğer uluslararası örgütlerle benzer muafiyetleri haizdir.¹³ Örgüt'e üyelik bütün devletlere açıktır. Bunun için BM üyesi devletlerin kurucu andlaşmayı imzalaması veya kabulü yeterli iken, BM üyesi olmayan devletlerin üyeliği Asamble'nin basit çoğunlukla alacağı bir kabul şartına bağlıdır. Örgüte üyelikten çekilme konusunda herhangi bir hüküm bulunmasa da,¹⁴ bir üyenin Örgüt'e olan mali yükümlülüklerini yerine getirmemesi veya diğer istisnai hallerde Asamble'nin oy hakkını ve bazı hizmetleri askıya alabileceği öngörülmüştür.

Dünya Sağlık Örgütü'nün Yapısı ve İşleyişi

Örgüt'ün amacı Kurucu Andlaşma'nın 1. maddesinde "bütün milletleri mümkün olan en yüksek sağlık seviyesine ulaştırmak" şeklinde ifade edilmiştir. Bu amaç doğrultusunda 2. maddede şu işlevlerin yerine getirileceği ifade edilmektedir: uluslararası alanda sağlıkla ilgili çalışmalarda düzenleyici rol üstlenmek, BM dahil uluslararası örgütler, hükümetler ve meslek kuruluşlarıyla işbirliği yapmak, hükümetlere sağlık hizmetlerinin güçlendirilmesi ve teknik konularda destek vermek, epidemiyoloji ve istatistik servisleri kurmak, epidemik ve diğer hastalıkların ortadan kaldırılmasına ilişkin çalışmaları teşvik etmek, kazaların önlenmesine yönelik tedbirlerin alınmasını teşvik etmek, beslenme, barınma, çalışma şartları ve çevresel hijyenin diğer boyutlarının iyileştirilmesini sağlamak, sağlıkla ilgili meslek grupları arasında işbirliğine destek vermek, uluslararası kamu sağlığı hakkında sözleşmeler, anlaşmalar ve tüzükler önermek ve tavsiyelerde bulunmak, çocuk ve anne sağlığını iyileştirmek ve çevre ile uyum içinde yaşama kapasitesini geliştirmek, akıl sağlığı alanındaki çalışmaları teşvik etmek, sağlıkla ilgili araştırmaları ve sağlık eğitimi alanındaki standartların iyileştirilmesini desteklemek, kamu sağlığı ve tıbbi bakımı etkileyen idari ve sosyal teknikleri önleyici ve sağaltıcı açıdan araştırmak ve raporlamak, sağlık alanında her türlü bilgiyi vermek ve tavsiyelerde bulunmak, sağlık konusunda uluslararası kamuoyunu aydınlatmak, hastalıklar, ölüm sebepleri ve kamu sağlığı uygulamalarına ilişkin uluslararası sınıflandırma listesini oluşturmak, teşhis usullerini standart hale getirmek, gıda, ilaç ve benzer ürünler hakkında uluslararası standartlar geliştirmek, Örgüt'ün amaçlarına ulaşması için gereken her türlü tedbiri almak.

¹³ DSÖ Kurucu Andlaşması, Bölüm XV.

¹⁴ Ancak Kurucu Andlaşmayı hazırlayan konferans görüşmeleri sırasında bu hususta bir üye devletin hak ve yükümlerinin kendisinin tarafı olmadığı bir kurucu andlaşma değişikliği ile önemli şekilde değişmesi halinde Örgüt içinde kalmak zorunda olmadığı ifade edilmiştir, Official Records WHO, No 2, 26 ve 74. Bu açıklamayı yeterli bulmayan ABD kuruluş andlaşmasını onaylarken bir deklarasyon ile bir yıl önceden haber vermek şartıyla bu hakkı saklı tuttuğunu açıklamış ve bu husus Örgüt Asamblesinin ilk toplantısında kabul edilmiştir. Ancak Örgüt 1949 ve 1950 yıllarında Doğu Avrupa Devletleri ve Çin'in çekilme kararlarını tanımamış ve kurucu andlaşmada böyle bir hakkın yer almadığı görüşünde olduğunu açıklamıştır, Henry G. Schermers ve Niels M. Blokker, *International Institutional Law*, 5. baskı, (Martinus Nijhof, 2011), 123-25.

Örgüt'ün ana organları Dünya Sağlık Asamblesi, İcra Konseyi ve Sekreteryadır. Bu organların yanı sıra Örgüt'e bağlı bölgesel komite ve ofisler bulunmaktadır.¹⁵ Örgütün politikalarını belirleme, örgütün yetkisi içindeki konulara dair sözleşme ve anlaşmaları kabul etme, üye devletlere tavsiyelerde bulunma, icra organının rapor ve faaliyetlerini gözden geçirme ve onaylama, genel direktörü atama, sağlıkla ilgili sorunlara dikkat çekmeleri için icra organına veya genel direktöre talimat verme, soruşturma yapılması istenen konular hakkında icra organına talimat verme, örgütün çalışması için gerekli uzman komitelerini kurma, BM Ekonomik ve Sosyal Konseyi'ne rapor sunma, sağlık alanındaki araştırmaları teşvik etme, bütçeyi onaylama ve personel hakkında tüzük yapma gibi yetkilere sahip olan Asamble bütün üye devletlerin temsil edildiği ana organdır.¹⁶ Asamble'de her devletin bir oy hakkı vardır. Ana karar organı olan Asamble'de kararlar alınırken, mesele önemli ise (kurucu andlaşmada değişiklik, sağlıkla ilgili sözleşme ve anlaşmalar ile diğer örgütlerle yapılacak andlaşmaların kabulü, bütçeyi onaylama gibi) mevcut bulunan ve oylamaya katılan üyelerin üçte ikisinin olumlu oyu gerekli iken, diğer meseleler için mevcut bulunan ve oylamaya katılan üyelerin çoğunluğu yeterlidir.¹⁷

Asamble'nin en önemli normatif yetkilerinden biri olan sağlıkla ilgili uluslararası kurallar oluşturan sözleşme ve anlaşmalar yapılmasıdır. Bunların metinleri bu organ tarafından kabul edildikten sonra, üye devletlerce kendi anayasal usullerine uygun olarak hukuken bağlayıcı hale getirilerek yürürlüğe girmektedir.¹⁸ Asamble'nin bir diğer normatif işlevi ise belli alanlarda tüzük yapma yetkisidir.¹⁹ Asamble'nin oy çokluğuyla kabul ettiği tüzükler belli bir süre içinde bunu reddeden veya çekince koyan devletler hariç bütün üye devletler için kendiliğinden bağlayıcı hale gelmektedir. Asamble'nin kabul ettiği ilk tüzük 1948 yılında kabul edilen DSÖ Hastalıklar ve

¹⁵ Altı coğrafi gruba ayrılan bölgesel örgütlenme içinde yer alan ilgili devletlerin temsilcilerinden oluşan bölgesel komiteler sorumlu oldukları bölgeyle ilgili politikalar üretmekte ve Örgüt'ün kendilerine devrettiği işleri yerine getirmektedir. Bölgesel komitenin idari organı olarak görev yapan bölgesel ofisler ise Genel Direktör'ün yetkisine tabi olup, Örgüt ve bölge komite kararlarının yürütülmesinden sorumludur. Söz konusu bölgesel yapılanma bir yandan Örgüt'e merkezi politikaları yerelde uygulama kapasitesi sunmakta, diğer yanda da sağlık alanında çıkan çeşitli sorunları yerinde tespit ve bunlara etkin müdahale imkânı tanımaktadır, Samancı (n 4), 65.

¹⁶ Olağan olarak yılda bir kez (veya üye çoğunlu ya da İcra Konseyi'nin talebi üzerine olağan üstü) toplanan Asamble'ye genellikle üye devletlerin sağlık bakanları katılmaktadır. Bu toplantılara üye olmayan devletlerin temsilcileri ile diğer örgüt ve sivil kuruluşların temsilcileri de gözlemci olarak katılabilmektedir. Asamble İç Tüzüğü için, WHO, 2014, 139.

¹⁷ Uygulamada gerek anlaşma ve sözleşmeler, gerekse tüzükler için konsensüs usulü benimsenmiştir, Samancı (n 4) 66.

¹⁸ Kurucu Andlaşma'nın maddesi 19 ve 20. Üye devletlere on sekiz aylık bir süre içinde bağlayıcı hale getirme veya süreyle uyulmuşsa bunun nedenleri hakkında Örgüt'e açıklama yapma yükümlülüğü getiren bu maddelerin 1969 Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 5. maddesi uyarınca bir örgüt bünyesinde kabul edilen andlaşmalara ilişkin bir *lex specialis* düzenleme oluşturduğuna dair görüş için, Samancı (n 4), 74. Bu maddeler uyarınca kabul edilen ilk ve tek andlaşma, metni 2003 yılında Asamble tarafından oy birliği ile kabul edilen ve gereken onay belgelerinin tamamlanmasıyla 2005 yılında yürürlüğe giren Tütün Kontrolü Çerçeve Sözleşmesi'dir, WHO Res WHA56.1. Türkiye'nin de taraf olduğu bu Sözleşme'nin Türkçe metni için, Dünya Sağlık Örgütü Tütün Kontrolü Çerçeve Sözleşmesi'nin Onaylanması Hakkında Karar, Karar Sayısı: 2004/8235, RG 25.12.2004/25681.

¹⁹ Kurucu Andlaşma'nın 21. maddesine göre tüzükler şu konulara ilişkin olabilecektir: sağlık ve karantina şartları ile hastalıkların uluslararası yayılmasını önlemek; hastalıklara, ölüm nedenlerine ve halk sağlığı uygulamalarına dair terminoloji; tanı yöntemleri hakkında uluslararası standartlar; uluslararası ticarete konu biyolojik, farmasötik ve benzeri ürünlerle ilgili standartlar ve bu ürünlerin reklamı ve etiketlenmesi.

Ölüm Nedenleri ile İlgili Terminoloji (Nomenklatür) Tüzüğü'dür.²⁰ Asamble'nin bu güne kadar kabul ettiği tüzüklerden en önemli olanı ise ilk olarak 1951 yılında kabul edilen ve 1969 ile 2005'de değiştirilen Uluslararası Sağlık Tüzükleri'dir.²¹ Bu Tüzükler'in amacı ticaret ve turizme minimum kısıtlama getirerek, halk sağlığı açısından ortaya çıkacak risk ile orantılı olarak, hastalıkların uluslararası alanda yayılmasını önleyecek, kontrol altına alacak ve insanları bunlara karşı koruyacak önlemlerin alınması ve teknik standartların belirlenmesidir.²² 2006 yılında Asamble bu Tüzükler'in pandemiye karşı hazırlığı güçlendirmek üzere kullanılmasına ilişkin bir karar almıştır.²³ Son olarak Asamble normatif işlevini her konuda alabileceği tavsiyeler yoluyla da kullanabilmektedir.²⁴ Diğer normatif işlemlere göre daha sık kullanılan tavsiye yöntemi hukuken bağlayıcı olmasa da, uzmanlarca teknik ve bilimsel veriler ışığında hazırlanmış bu işlemlere devletler genellikle uymaktadır.²⁵

Örgütün ikinci ana organı olan İcra Konseyi üye devletlerin atadığı sağlık uzmanı 34 kişiden oluşmakta ve yılda en az iki kez toplanmaktadır.²⁶ Bu organ Asamble'nin karar ve politikalarının uygulanmasından sorumludur ve onun tarafından kendisine verilen yetkileri icra eder. Bunlar dışında Asamble'nin gündemini hazırlar ve önerilerde bulunur, Genel Direktör tarafından hazırlanan bütçe tasarısını görüşerek Asamble'ye sunar, örgüt içinde veya diğer örgütlerle ortak komiteler kurar, konferanslar düzenler ve acil (salgın hastalıklar, felaket mağdurlarına sağlık yardımı gibi) durumlarda gereken önlemleri alır veya bu hususta Genel Direktörü yetkilendirir. Konsey'de kararlar, önemli meseleler (şu hususlarla ilgili tavsiyeler; sağlıkla ilgili sözleşme ve anlaşmaların kabulü, diğer örgüt ve kurumlarla yapılacak andlaşmaların onaylanması, kurucu andlaşmada yapılacak değişiklikler, bütçe, üyelerin oy hakkının askıya alınması; ve iç tüzük değişiklikleri veya askıya alınmasına dair kararlar) bakımından üçte iki, diğer meseleler için oy çokluğu ile alınmaktadır.

Sekreteryaya, başında Genel Direktör'ün bulunduğu teknik ve idari personelden oluşmaktadır.²⁷ Örgütün programını uygulama ve günlük işleyişinden sorumlu bu organın üye devletlerden bağımsız olarak örgütün uluslararası kimliğine uygun şekilde

²⁰ WHO, 1948: 349-52. Buna 1967'de yapılan bir değişiklik ile üyelere, yine Asamble tarafından kabul edilmiş Uluslararası Hastalık Sınıflandırma Dizini uyarınca, ölümlerle ilgili istatistik tutma yükümlülüğü getirilmiştir, WHO Res WHA20.18.

²¹ Tüzüğün ilk hali için, WHO Res WHA4.75. Halen yürürlükte olan 2005 tarihli değişiklik için, WHO Res WHA58.3.

²² Tüzük, madde 2.

²³ WHO Res WHA59.2. Ayrıca Asamble 1975 yılında düzenli olarak güncellenen esash önemde ilaçlar hakkında bir Model Liste hazırlanmasına karar vermiş ve Direktör'den üye devletlerin bu ilaçları uygun maliyetlerle elde etmelerine yardımcı olmasını istemiştir, WHO Res WHA28.66.

²⁴ Tavsiye kararlarını Asamble'nin yanı sıra İcra Konseyi, Sekreteryaya ve teknik uzman komiteleri de alabilmektedir, Samancı (n 4) 82.

²⁵ ibid 81.

²⁶ Konsey'e atanan kişilerin kendi hükümetlerinden bağımsız hareket etmesi beklenmekte ise de, atama yapan devletler arasında BM Güvenlik Konseyi'nin daimi üyelerinin bulunması prensibi kabul edilmiştir ve uygulamada atanan kişilerin kendi hükümetlerinin talimatları doğrultusunda hareket ettikleri gözlenmektedir, ibid 67-8.

²⁷ Sekreteryaya merkezi Cenevre'de olup, 6 bölgesel büro ile 147 ülke irtibat bürosundan oluşmaktadır. Sekreteryaya çalışmalarının arasında toplantılar organize etmek, resmi belgeleri hazırlamak, çeviri hizmeti sunmak ve lojistik gibi faaliyetler yer almaktadır, ibid 69.

çalışması ve üye devletlerin de burada çalışanları etkileyecek yönlendirmelerden kaçınması gerekmektedir.²⁸ Genel Direktör, Konsey tarafından aday gösterilir ve Asamble tarafından beş yıllığına atanır. Genel Direktör kendisine verilen görevleri yerine getirmek üzere üye devletler ve benzer alanda faaliyet gösteren uluslararası örgütler ve sivil toplum kuruluşlarıyla doğrudan ilişki kurma yetkisini haizdir.²⁹ Bunlar dışında Genel Direktör bütçeyi hazırlar, personeli atar, diğer organların toplantılarına katılır ve Örgüt'ü uluslararası alanda temsil eder.

Salgınlarla Mücadelede Hukuki Çerçeve ve Dünya Sağlık Örgütü

Salgınlarla mücadele için uluslararası önlemlerin alınması DSÖ'nün kuruluşundan çok öncelere gitmektedir. Asya'dan Güneybatı Avrupa'ya kolera ulaştığında Avrupa devletleri bu hastalığa karşı hazırlıklı değillerdi ve devletlerin uyguladığı farklı karantina rejimleri hastalığın uluslararası yayılmasına yol açmaktaydı. Ortak standartların belirlenmesi maksadıyla 1834 yılında bir Fransız sağlık idarecisi uluslararası bir toplantı organize edilmesi fikrini ortaya attı. 1851'de ilk Uluslararası Sağlık Konferansı toplanmışsa da ilk sonuçlar ancak 1892 yılında alınabildi ve gemilerin karantinaya alınması düzenlendi. Akabinde başka antlaşmalar imzalandı ve 1907 yılında Paris'te Uluslararası Kamu Sağlığı Ofisi açıldı. 1918 grip salgınının etkisiyle devletler kolera, tifüs gibi bazı salgın hastalıkların görülmesi hususunda hem diğer devletlere hem de Ofis'e ivedi bildirimde bulunma yükümlülüğü getirdiler. Bununla birlikte "salgın" tabirinin bir tanımı yapılmadı ve ilginç bir şekilde karantina uygulanmasının mümkün olamayacağı ileri sürülerek bildirim yükümlülüğü kapsamına grip alınmadı.³⁰

1926 yılında kabul edilen Uluslararası Sağlık Konvansiyonu 1944 yılında değiştirilerek salgın hastalıklara ilişkin daha iyi bilgi verilmesi yükümlülüğü getirilmiştir.³¹ Buna göre taraf devletler, kendilerinin ya da BM Destek ve Rehabilitasyon İdaresi'nin yayılmaları veya yayılma potansiyelleri ile başka ülkelere tehlike oluşturacağını değerlendirdikleri salgın hastalıkların görülmesini İdare'ye haber verme ve İdare'yi hastalık süreci ve hastalığın yayılmasının engellenmesi için alınan tedbirler hususunda düzenli olarak bilgilendirme yükümlülüğü altına girmişlerdir.³² DSÖ kurulduktan sonra, önceki örgütler ya onun çatısı altına girmişler yahut varlıklarına son verilmiştir.³³ Böylelikle bu alanda yetkiye sahip tek bir uluslararası örgüt oluşmuş bulunmaktadır.

²⁸ DSÖ Kurucu Andlaşması, madde 37.

²⁹ Yine bu çerçevede Örgüt sağlık alanındaki özel sektörle de ilişkiye geçerek programlarına ve kamu sağlığı politikalarına teknik ve finansal destek sağlamaktadır. Ancak özel sektörün Örgüt'ün politikalarına etkisine yönelik eleştiriler üzerine 2001 yılında "Sağlıkta Netice Almaya yönelik Ticari Girişimlerle İlişkiye dair Kılavuz" kabul edilmiştir, Beigbeder (n 5) 9-10.

³⁰ Anastasia Telesetsky, 'International Governance of Global Health Pandemics' (2020) 24(3) *Asil Insights* 2 <<https://www.asil.org/insights/volume/24/issue/3/international-governance-global-health-pandemics>> Erişim Tarihi 20 June 2020.

³¹ Türkiye'nin de taraf olduğu bu Konvansiyon için, Beynelmillel Sıhhi Mukavelenin Tasdiki Hakkında Kanun, Kanun No: 3542 RG 7/12/1938/4078.

³² 21 Haziran 1926 tarihli Uluslararası Sağlık Konvansiyonu'nu Tadil Eden Konvansiyon, madde 4.

³³ Yukarıdaki dipnot 7-8.

DSÖ uluslararası sağlık tüzükleri çıkararak salgınlar ile mücadelede önemli roller oynamıştır.

Örgüt'ün yeni salgın hastalıklarla mücadele kapasitesini arttırmak amacıyla Asamble'nin 58. toplantısında uzman tavsiyeleri ve sahadan edinilen tecrübeler doğrultusunda geliştirilen en iyi uygulama örnekleri dikkate alınarak 2005 Uluslararası Sağlık Tüzüğü kabul edilmiştir. Bu Tüzük ile Örgüt'ün yetkileri artırılmış ve üye devletlere "uluslararası önemde kamu sağlığı acil durumu oluşturabilecek her olayı" 24 saat içinde Örgüt'e bildirme yükümlülüğü yüklenmiştir.³⁴ Tüzükte Genel Direktör'ün de yetkisi artırılarak üye devletlerden gelen böyle bir bildirimden sonra "uluslararası önemde kamu sağlığı acil durumu" ilân etme yetkisi tanınmıştır.³⁵ Yine Tüzüğe göre Genel Direktör bu ilânı yaptıktan sonra devletlere acil duruma uygun düşen hastalıkla ilgili geçici tavsiyelerde bulunabilmektedir.³⁶ Genel Direktör ayrıca söz konusu acil durumu belli sayıda devleti etkileyen bir salgın olarak nitelendirebileceği gibi, hastalığın yayılımının bütün dünyayı etkilemesi halinde DSÖ 2017 Pandemi Kılavuzu uyarınca durumu pandemi olarak ilân edebilmektedir.³⁷ Bu yetkiler çerçevesinde bu güne kadar altı defa söz konusu acil durum ilânı gerçekleştirilmiştir.³⁸

DSÖ başka önemli başarılarına da imza atmıştır. Örgüt, kendisine verilen görevler çerçevesinde 1974 yılında gelişmekte olan devletlere temel aşuları tedarik etmek üzere Aşılama Genişletilmiş Programı'nı oluşturmuş ve 1977 yılında Asamble "2000 yılına kadar Herkes için Sağlık" stratejisini kabul ederek birincil sağlık hizmetlerini temel öncelik haline getirmiştir.³⁹ Hastalıklarla mücadele konusunda Örgüt 1955 yılında sıtmanın ortadan kaldırılması kampanyasını başlatmış ve 1980 yılında çiçek hastalığının ortadan kaldırılmasına yönelik kampanyanın başarılı olduğunu açıklamıştır.⁴⁰ Sürmekte olan diğer bazı kampanyalar ise çocuk felcinin, AIDS'in, veremin ve bazı

³⁴ Ayrıca Tüzüğün 9 ve 10. maddelerinde Örgüt'ün devletlerin bildirimini yanında diğer kaynaklardan da durumla ilgili bilgi alabileceği, topladığı bilgiler doğrultusunda ilgili devletten bu bilgileri doğrulamasını isteyebileceği ve şayet ilgili devlet işbirliği yapmaz ise elindeki bilgiyi diğer devletlerle paylaşabileceği ifade edilmektedir.

³⁵ Tüzüğün 11. maddesine göre Genel Direktör acil durum ilânı kararı verene kadar elindeki bilgiyi diğer devletlerle paylaşabileceği gibi bunu söz konusu karara kadar erteleyebilecektir. Ayrıca Tüzüğün 48. maddesine göre Genel Direktör bir acil durum ilânı yapmadan önce içinde olayın meydana geldiği devletten gelen bir uzmanın da olduğu bir Acil Durum Komitesi toplamak zorundadır. Her ne kadar Genel Direktör bu Komite'nin durumla ilgili değerlendirmesi ile bağlı değilse de, uygulamada ilân kararını komitenin tavsiyesine göre verdiği görülmüştür. Bogdandy ve Villarreal bu yetkinin uluslararası örgütler açısından tek bir örgüt görevlisine bu güne kadar verilmiş en geniş ölçekli etkiye sahip yetkilerden biri olduğunu ve bir uluslararası kamu otoritesi enstrümanı örneği oluşturduğunu ifade etmektedir, Bogdandy ve Villarreal (n 3) 11-12.

³⁶ Ayrıca 13. maddeye göre acil duruma karar verildikten sonra Örgüt ilgili devletin talebi üzerine teknik yardım, riske ve kontrol tedbirlerinin yeterliliğine ilişkin değerlendirme ve sahada uzman desteği verebilecektir.

³⁷ World Health Organization. (2017). Pandemic Influenza Risk Management. A WHO Guide to inform & harmonize national & international pandemic preparedness and response, 25-26. 2016 yılında Örgüt ülkelerin kamu sağlığı risklerine hazırlık kapasitelerini değerlendirecek bir Ortak Dışardan Değerlendirme (JEE) süreci başlatmış ve devletlerin salgımları erkenden bildirmelerini teşvik etmek üzere Dünya Bankası Pandemi Acil Durumu Finansman Kredisi oluşturulmuştur.

³⁸ İlan edilen acil durumlar sırasıyla şunlardır: 2009 H1N1 Gribi Pandemisi, 2014 Yeni Çocuk Felci, 2014 Ebola salgını, 2016 Zika salgını, 2019 Ebola salgını, 2020 COVID-19 pandemisi.

³⁹ WHO Res WHA30.43. Bu hedef 1998 yılında kabul edilen "yirmibirinci yüzyılda herkes için sağlık politikası" ile tasdik edilmiştir, WHO Res WHA51.7. Aynı çerçevede Asamble 2005 yılında "Milenyum Deklerasyonunda yer alan sağlıkla ilgili amaçların gerçekleştirilmesinin hızlandırılması" kararını kabul etmiştir.

⁴⁰ Örgüt bulaşıcı hastalıkların yanı sıra kalp hastalıkları ve kanser gibi bulaşıcı olmayan hastalıklar ve sağlıklı diyet, beslenme, gıda güvenliği, iş sağlığı ve uyuturucuyla mücadele gibi konuları da gündemde tutmaktadır.

Afrika ülkelerinde görülen nehir körlüğünün ortadan kaldırılmasını veya kontrol altına alınmasını amaçlamaktadır.⁴¹ Salgınla mücadelede en önce hastalığın tesbiti ve izlenmesi (surveyans) gerekmektedir. Bu açıdan 1952 yılında Küresel Grip İzleme Ağı tesis edilmiş, 2011 yılında Küresel Grip İzleme ve Müdahale Sistemi oluşturulmuştur. Örgüt nisbeten yakın zamanda ortaya çıkan Ebola, SARS, Kuş Gribi gibi yeni salgın hastalıklarla mücadelede etkilenen devletlere uygun teknik yardımın acilen ulaşmasını sağlamak amacıyla 2000 yılında Küresel Salgın Alarm ve Müdahale Ağı'nı kurmuştur. Bu yapının içinde üye devletlerin bilimsel kurumlarından sağlanan teknik ve operasyonel kaynaklar, filyasyon çalışmaları, bölgesel teknik organizasyonlar, laboratuvarlar, ilgili BM örgütleri, Kızıl Haç ve uluslararası sivil toplum kuruluşları yer almaktadır.⁴²

II. Uluslararası Sağlık Tüzüğü

Mahiyeti ve Salgınlarla Mücadeledeki Rolü

Kuruluş amacı “bütün milletleri mümkün olan en yüksek sağlık seviyesine ulaştırmak”⁴³ olan DSÖ’ye sağlık alanında uluslararası nitelikteki çalışmalarda yönetici ve koordine edici⁴⁴ bir kurum olarak, salgın hastalıkların ortadan kaldırılmasına yönelik çalışmaları teşvik etmek ve ilerletmek⁴⁵ görevleri de verilmiştir.

Yukarıda da açıklandığı üzere karar organı olan Asamble, bütün Örgüt üyeleri devletlerin temsilcilerinin katılımıyla, DSÖ’nün yetki alanındaki konularda sözleşme ve anlaşmalar yapma yetkisine sahiptir.⁴⁶ Bunlar devletlerin iç hukukları (anayasaları) uyarınca öngörülen kabul süreci tamamlandıktan sonra ilgili devlet bakımından yürürlüğe girecektir.⁴⁷ Devletler bunların kabulü için gereken iç hukuk süreçlerini işletme yönünde bir yükümlülük altına da girmişlerdir.⁴⁸

Yine yukarıda değinildiği üzere uluslararası anlaşmalardan başka Sağlık Asamblesi hastalıkların uluslararası yayılmasını engellemeye yönelik sağlık ve

⁴¹ Örgütün sıtma, AIDS ve veremle mücadelesine destek vermek için 2002 yılında özel sektör ve kamunun ortak olduğu bağımsız bir Küresel Fon kurulmuştur. Bu hastalıklarla mücadelede Örgüt geliştirmekte olan devletlerin ilaçlara uygun fiyatlarla erişimine destek vermektedir. Bu hususta Asamble 2001 yılında Genel Direktör’e uluslararası ticaret anlaşmalarıyla korunan fikri mülkiyet hakları bağlamında ilaçlar üzerindeki patentlerin kamu sağlığına etkilerini kontrol etme görevi vermiştir, Beigbeder (n 5) 8-9.

⁴² ibid 8-9.

⁴³ Kurucu Andlaşma, madde 1.

⁴⁴ Kurucu Andlaşma, madde 2(a).

⁴⁵ Kurucu Andlaşma, madde 2 (g).

⁴⁶ Kurucu Andlaşma, madde 19.

⁴⁷ ibid

⁴⁸ Tüzük, madde 20.

karantina tedbirlerine yada başka usullere ilişkin tüzükler çıkarabilir.⁴⁹ DSÖ'nün en önemli düzenleme fonksiyonu Uluslararası Sağlık Tüzüklerine dayanmaktadır.⁵⁰ Günümüzde yürürlükte bulunan Tüzük 23 Mayıs 2005 tarihinde kabul edilmiş ve 15 Haziran 2007'de yürürlüğe girmiştir.⁵¹

Sağlık tüzüklerinin kökenlerini 1851 yılında toplanan Uluslararası Sağlık Konferansı'na kadar geriye götürmek mümkündür. Bu Konferansta kolera ile mücadele etmek için Avrupalı devletler bir araya gelmiş ve ilk Sağlık Tüzüğü kaleme alınmıştır. Kuruluş döneminde DSÖ, önceden yapılmış tüzükleri kullanmış ise de 1951 yılında kendi Uluslararası Sağlık Tüzüğü'nü kabul etmiştir.⁵² 1969'da bunları güncelleyerek yeni bir Uluslararası Sağlık Tüzüğü yapmıştır.⁵³ 1969 Tüzüğü 1973 ve 1981 yıllarında revize edilmiş ve kapsanan salgın hastalık sayısı altıdan üçe düşürülmüştür.⁵⁴

Sovyet bloğunun da dağılmasıyla 1990'lı yılların başından itibaren dünyada yeniden bir küreselleşme eğilimi artmış seyahat ve ticaret imkânları gelişmiştir. Bir taraftan bunu dikkate alan ancak diğer taraftan da uluslararası salgın hastalıkların aciliyetini göz önünde bulunduran bir yaklaşımla önceki tüzüklerin ciddi bir revizyonuna ihtiyaç duyulmuştur. 1995 yılında Sağlık Asamblesi bu konuda Genel Sekreter'in gerekli adımları atmasını talep etmiştir. 21. yüzyılın ilk küresel halk sağlığı acil durumu olan şiddetli akut solunum sendromunun (SARS) ortaya çıkardığı acil durumun da ivmelemesi neticesinde 2003 yılında Asamble tarafından bir çalışma grubu oluşturulmuştur.⁵⁵ Hükümetlerarası mahiyette olan bu çalışma grubu üye devletler, uluslararası örgütler ve diğer ilgili paydaşlarla yakın işbirliği içerisinde çalışmış ve hazırlanan taslak metin 2005 yılında 58. Dünya Sağlık Asamblesi'nde kabul edilmiştir.⁵⁶ Tüzüğün 58. maddesine göre 2005 tüzüğü, başka birtakım tüzük ve antlaşmaların yanında, 1951 ve 1969 tüzüklerinin ve 1926 Uluslararası Sağlık Konvansiyonu'nun yerini almıştır.

⁴⁹ Kurucu Andlaşma, madde 21. Madde metninde "regulations" ibaresi geçmekte olup bu ibare "kurallar" yahut "düzenlemeler" olarak çevrilebilecekse de gerek Kurucu Andlaşma'nın Resmi Gazete'de yayınlanan çevirisinde gerekse bu alandaki Türkçe literatürde "tüzük" tabiri tercih edilmiştir.

⁵⁰ Morten Broberg, 'A Critical Appraisal of the World Health Organization's International Health Regulations (2005) in Times of Pandemic: It is Time for Revision' (2020) 11(2) *European Journal of Risk Regulation* 204.

⁵¹ Dünya Sağlık Örgütü, *Uluslararası Sağlık Tüzüğü (2005)*, 2. bası, (Dünya Sağlık Örgütü, 2008) Önsöz.

⁵² Türkiye 6368 sayılı Milletlerarası Sağlık Nizamnamesinin Tasdiki Hakkında Kanun ile bu Tüzüğün onaylanmasını uygun bulmuştur, Kanun Numarası: 6368, Kabul Tarihi: 10/3/1954, RG 19 Mart 1954/8662.

⁵³ 1969 yılındaki değişikliği Türkiye, 244 sayılı Kanun çerçevesinde 27 Aralık 1972 tarihli 7/5578 sayılı Bakanlar Kurulu Kararıyla yürürlüğe koymuştur, RG 25/4/1973/1701.

⁵⁴ Sarı humma, veba ve kolera.

⁵⁵ WHA 22, 46 ve EK 1.

⁵⁶ Dünya Sağlık Örgütü (n 51) Önsöz. Tüzüğün son hali hakkında Türk hukukunda tesis edilen bir işleme rastlanılmamıştır. Bununla birlikte Dünya Sağlık Örgütü tarafından 2008 yılında yayımlanan Uluslararası Sağlık Tüzüğü (2005) (İkinci Baskı) başlıklı kitap Tüzüğün 15 Haziran 2007 tarihinde kendileri bakımından yürürlüğe girdiği devletler arasında Türkiye'yi de saymaktadır. Türkiye'nin bir beyanda da bulunduğu belirtilmiştir. 14 Aralık 2006 tarihli bu beyan şu şekildedir: "Türkiye, Uluslararası Sağlık Tüzüğü hükümlerini, 20 Temmuz 1936 tarihinde Montrö'de imzalanan Türk Boğazlarının rejimi ile ilgili olan Sözleşmeye uygun bir şekilde ve bunun yanı sıra Türk Boğazları için 1998 Türk Boğazları Deniz Trafik Düzeni Tüzüğü ve bunun gelecekteki revizyonlarını göz önünde bulundurarak uygulayacaktır", No: 520/20/BMCO DT/12201. Dünya Sağlık Örgütü (n 51), 60-69.

1969 Tüzüğü ile karşılaştırıldığında 2005 Tüzüğü'nün salgın hastalıklarla mücadelede çok önemli yenilikler getirdiği görülebilir. 1969 Tüzüğü'ne göre birçok hastalık DSÖ'ye bildirim yükümlülüğü dışında bırakılmış, hastalıkların ortaya çıktığının tespit edilebilmesi için DSÖ tamamıyla devletlere bağımlı kılınmış ve hastalıklarla mücadele ve bunların yayılmasının uluslararası koordinasyonunun sağlanması için gereken imkân ve araçlar öngörülmemiştir.⁵⁷ 2005 Tüzüğü'nün içerdiği yenilikler arasında şunlar gösterilebilir:

- (a) belirli bir hastalık ya da bulaşma şekli ile sınırlı olmayan ancak insanlara ciddi zarar veren ya da verebilecek olan hastalık ya da tıbbi durumu menşei ya da kaynağını dikkate alınmaksızın kapsayan bir amaç;
- (b) Belirli minimum çekirdek halk sağlığı kapasitelerinin geliştirilmesi için Taraf Devletlere getirilen yükümlülükler
- (c) belirlenen kriterlere göre bir halk sağlığı acil durumu ya da uluslararası endişe yaratabilecek olaylardan DSÖ'yu haberdar etme konusunda taraf devletlerin yükümlülükleri;
- (d) DSÖ'yu halk sağlığı olaylarının resmi olmayan raporlarını dikkate alma ve bu tür olaylarla ilgili olarak Taraf Devletlerden onay elde etme yetkisi veren hükümler;
- (e) “uluslararası endişe yaratan bir halk sağlığı acil durumunun” Genel Direktör tarafından belirlenmesi ve bir Acil Durum Komitesinin görüşlerinin dikkate alınmasından sonra ilgili geçici tavsiyelerin düzenlenmesine yönelik prosedürler;
- (f) kişilerin ve yolcuların insan haklarının korunması; ve
- (g) Taraf Devletler ile DSÖ arasında ivedi haberleşmeler için Ulusal Uluslararası Sağlık Tüzüğü Odak Noktalarının ve DSÖ Uluslararası Sağlık Tüzüğü İletişim Noktalarının oluşturulması.⁵⁸

Bu doğrultuda Uluslararası Sağlık Tüzüğü'nün amaç ve kapsamı “uluslar arası trafik ve ticarete gereksiz müdahaleden kaçınarak ve halk sağlığı açısından ortaya çıkacak risk ile orantılı ve sınırlı olarak, hastalıkların uluslar arası yayılmasını önlemek, bu hastalıklara karşı korunmak, yayılmalarını kontrol etmek ve halk sağlığı açısından gerekli yanıtı vermektir” şeklinde ifade edilmiştir.⁵⁹ Burada belirli hastalıklar sayılmamış, uluslararası yayılma durumu söz konusu olan tüm salgınlar kapsam dahilinde kabul edilmiştir.

⁵⁷ Broberg (n 50) 204.

⁵⁸ Dünya Sağlık Örgütü (n 51) Önsöz.

⁵⁹ Tüzük, madde 2.

1969 Tüzüğü gibi bu Tüzük de esasen devletlerin bildirimlerine bağımlı olsa da,⁶⁰ DSÖ devletler dışında “diğer kaynaklardan gelen bildirimleri dikkate alabilir”.⁶¹ Bunlara örnek olarak medya, STK’lar ve araştırmacılar gösterilebilir.⁶² Bu şekilde bir olaydan haberdar olan DSÖ, ilgili devletten doğrulama talep edebilecektir.⁶³ Devletler 24 saat içerisinde cevap verme yükümlülüğü altındadır.⁶⁴ Gerekli durumlarda Örgüt, uluslararası örgütlerle de işbirliğinde bulunabilecektir.⁶⁵

DSÖ Genel Direktörü ülkesinde bir olayın gerçekleşmekte olduğu devletten aldığı bilgiler temelinde uluslararası önemde bir halk sağlığı acil durumu oluşup oluşmadığı konusunda karar vermek durumundadır.⁶⁶ Eğer bu nitelikte bir halk sağlığı acil durumu ortaya çıktığı görüşüne varır ise ilgili devletle danışmalarda bulunacak⁶⁷ ve Acil Durum Komitesi’ni toplantıya çağıracaktır.⁶⁸ Komite, görüşlerini nihai kararı vermek üzere Genel Direktör’e iletacaktır.⁶⁹ Komite’nin görüşleriyle birlikte Genel Direktör uluslararası önemde bir “halk sağlığı acil durumunun tespiti ve sona erdirilmesi, herhangi bir geçici tavsiye kararı, ve bu tavsiye kararlarının değiştirilmesi, uzatılması ve sona erdirilmesi ve ilgili Taraf Devlet tarafından alınan herhangi bir sağlık önlemi hususlarını Taraf Devletlere iletacaktır.”⁷⁰

Uluslararası önemde halk sağlığı acil durumunun gerçekleşmekte olduğunun saptanması durumunda Genel Direktör geçici tavsiyeler yayımlayabilir.⁷¹ Tavsiyeler bu tür bir acil durumun yaşandığı devlet ve diğer taraf devletler tarafından “kişiler, yolcu eşyası, yük, konteynırlar, taşıtlar, mallar ve/veya posta paketlerine uygulanması gereken sağlık önlemlerini içerebilir”.⁷² Tavsiye kararlarının amacı, salgının uluslararası yayılmasını önlemek veya azaltmaktır. Tavsiyelerin uluslararası dolaşıma gereksiz müdahalede bulunmaması da gerekir.⁷³ Geçici tavsiye kararları herhangi bir anda sona erdirilebilir. Eğer sona erdirilmemişlerse yayımlandıklarından üç ay sonra kendiliğinden sona erer. Tavsiyeleri değiştirmek yahut üç aylık dönemlerle uzatmak

⁶⁰ Şu dört kriterden herhangi ikisinin bir olayda mevcut olduğu hususunda “evet” cevabı vermiş taraf devletler, Uluslararası Sağlık Tüzüğü’nün 6. maddesi uyarınca DSÖ’ye bildirimde bulunacaklardır: 1) Olayın halk sağlığına etkisi ciddi boyutta mı? 2) Olay alışılmadık veya beklenmedik mi? 3) Uluslararası yayılma açısından kayda değer bir risk var mı? 4) Uluslararası yolculuk veya ticaretin sınırlandırılması açısından kayda değer bir risk söz konusu mu? Tüzük EK 2. Dünya Sağlık Örgütü (n 51), 43-44.

⁶¹ Tüzük, madde 9.

⁶² Broberg (n 50) 205.

⁶³ Tüzük, madde 9.

⁶⁴ Tüzük, madde 10.

⁶⁵ Tüzük, madde 14.

⁶⁶ Tüzük, madde 12 (1).

⁶⁷ Tüzük, madde 12 (2) ve (3).

⁶⁸ Tüzük, madde 49 (1).

⁶⁹ Tüzük, madde 49 (5).

⁷⁰ Tüzük, madde 49 (6).

⁷¹ Tüzük, madde 15 (1).

⁷² Tüzük, madde 15 (2).

⁷³ Tüzük, madde 15 (2).

da mümkündür.⁷⁴ Her ne kadar “tavsiye” olarak adlandırılrsa da Tüzük uyarınca alınan sağlık önlemlerinin “gecikmeksizin başlatılacağı ve tamamlanacağı, ve şeffaf bir şekilde ve ayırım gözetilmeksizin uygulanacağı” öngörülmüştür.⁷⁵

COVID-19 ile Mücadelede Uluslararası Sağlık Tüzüğü'nün Uygulanması

Çin, COVID-19'u 31 Aralık 2019 tarihinde DSÖ'ye bildirmiş, 7 Ocak 2020'de virüsü izole etmiş ve 12 Ocak'ta genetik dizilimini DSÖ ile paylaşmıştır.⁷⁶ 30 Ocak 2020 tarihinde ikinci defa toplanan Acil Durum Komitesi ilk toplantıdan farklı olarak, artık olayın uluslararası önemde halk sağlığı acil durumu ilân edilebilmek için gereken şartları taşıdığına ve geçici önlem tavsiye kararları alınması gerektiğine karar vermiştir.⁷⁷ Komite, Çin hükümetinin en üst makamları tarafından virüsle mücadelede sergilenen liderlik, çaba ve şeffaflığı memnuniyetle karşıladığını belirterek bunun sadece Çin için değil dünyanın geri kalanı için de çok iyi bir şey olduğunu ifade etmiştir.⁷⁸ Bunun üzerine Genel Direktör, COVID-19 salgınına uluslararası önemde halk sağlığı acil durumu olarak ilân etmiş ve geçici tavsiye kararları alınmıştır.⁷⁹ Komite, düzenli bilgi ve araştırma sonuçlarının paylaşımını gerçekleştirmeyi mümkün kılmak üzere virüsün kaynağının, insandan insana bulaşma potansiyelinin, vakaların bir ülkeden diğerine geçişinin, gereken tedavinin geliştirilmesinin saptanması konularında Tüzüğü'nün 44. maddesi uyarınca uluslararası camianın işbirliğinde bulunmasını talep etmiştir.⁸⁰

Komite'nin kararları, Çin'e yapılan veri paylaşma ve DSÖ ile işbirliğinde bulunma, diğer devletlere yapılan salgının yayılmasının beklendiğinden vakaları takip etme ve DSÖ'ye bildirme çağrılarını da içermektedir.⁸¹ Bununla birlikte Acil Durum Komitesi mevcut veriler ışığında herhangi bir seyahat ve ticaret sınırlaması tavsiyesinde bulunmadığını belirtmiştir. Daha da ileri giderek alınabilecek seyahat sınırlaması kararlarının Tüzük tarafından öngörüldüğü biçimde devletler tarafından Örgüt'e bildirilme yükümlülüğünü hatırlatmış ve önlemlerin Tüzüğü'nün 3. maddesindeki ilkeler ile uyumlu olması ve bu önlemlerin ayrımcılık ve damgalamaya yol açmaması gerektiği hususunda devletleri uyarmıştır.⁸²

⁷⁴ Tüzük, madde 15 (3).

⁷⁵ Tüzük, madde 42.

⁷⁶ World Health Organization, <<https://www.who.int/csr/don/12-january-2020-novel-coronavirus-china/en/>> Erişim Tarihi 20 June 2020.

⁷⁷ World Health Organization, <[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 20 June 2020.

⁷⁸ World Health Organization (n 77).

⁷⁹ World Health Organization, <https://www.who.int/docs/default-source/coronaviruse/situation-reports/20200131-sitrep-11-ncov.pdf?sfvrsn=de7c0f7_4> Erişim Tarihi 15 June 2020.

⁸⁰ World Health Organization (n 79).

⁸¹ ANNEX 1: Temporary Recommendations under the International Health Regulations associated with the declaration of the outbreak of 2019-nCoV as a Public Health Emergency of International Concern, World Health Organization (n 79).

⁸² World Health Organization (n 79). Tüzük, madde 3 (1) şöyle demektedir: “Bu Tüzük, kişilerin onuruna, insan haklarına ve temel hak ve özgürlüklerine saygı gösterilerek uygulanacaktır.”

Ancak uluslararası Sağlık Tüzüğü'nün 43. maddesine göre taraf devletlere ilave tedbirler alma hakkı da tanınmıştır.⁸³ Diğer bir deyişle DSÖ'nün geçici tavsiye kararları alması, devletlerin ilave tedbirler alma haklarına hanel getirmez. Bununla birlikte Komite, COVID-19 salgını bağlamında devletlerce alınan ilave tedbirlerden uluslararası trafiğe ciddi oranda müdahalede bulunanların (uluslararası yolcuların, bagajların, kargoların, konteynırların, malların ve benzerlerinin ülkeye giriş yada çıkışına mani olunması veya 24 saattan fazla geciktirilmesi) halk sağlığı bakımından gerekçelerinin, uygulanmalarından itibaren 48 saat içinde Örgüt'e bildirilmeleri gerektiği yükümlülüğünü hatırlatmıştır. DSÖ, bu önlemlere ilişkin gerekçeleri değerlendirecek ve bu önlemlerin tekrar değerlendirilmesi maksadıyla ilgili devletten talepte bulunabilecektir.⁸⁴

Acil Durum Komitesi nihayet 30 Nisan 2020 tarihli üçüncü toplantısında seyahat ve ticarete ilişkin alınabilecek uygun tedbirlere ilişkin tavsiyelerini güncelleme kararı almıştır. Buna göre Örgüt, yine bu tedbirlerden beklenen yararlar ile arzu edilmeyen sonuçlar arasında bir denge kurulmasından bahsetmiştir. Bu tedbirler içerisinde, ülkeye girişte ve çıkışta yapılacak gözlemlene ve inceleme, sorumlu bir seyahat davranışı sergileme konusunda yolcuları eğitime, temasların takibi, izolasyon ve karantına da dahildir.⁸⁵ Pandemi ile mücadele, insani yardım, ülkeye dönüş ve yük taşımacılığı konularındaki zorunlu seyahati mümkün kılmak amacıyla DSÖ'nün devletlerle birlikte çalışmaya devam edeceği de vurgulanmıştır.⁸⁶

III. COVID-19 Günlerinde DSÖ ve Uluslararası Sağlık Tüzüğü: Eleştiriler ve Öneriler

Örgüt'ün Yapısal Sorunları ve “Sağlık v. Ekonomi” Açmazı

Sağlık alanında küresel düzeyde neredeyse tüm devletlerin üyesi bulunduğu en önemli örgüt olan DSÖ, devletleri en yüksek sağlık düzeyine ulaştırmak amacına erişebilmek için, yukarıda da açıklandığı üzere klasik uluslararası örgütlerin ötesine geçen yetkilerle donatılmıştır. Ne var ki, Örgüt yeterli mali imkânlar, uygulama ve takip kabiliyetleri ile donatılmış değildir. Netice itibarıyla DSÖ, salgınlarla mücadele alanı da dahil olmak üzere amaçlarına ulaşmak için üye devletlere bağımlı

⁸³ Tüzük, madde 44 (1) şöyle demektedir: “Bu Tüzük, Taraf Devletlerin kendi ilgili ulusal hukuku ve uluslararası hukuk kapsamındaki yükümlülükleri uyarınca belirli halk sağlığı risklerine veya uluslararası önemi haiz halk sağlığı acil durumlara karşılık olarak...DSÖ'nün tavsiye kararlarıyla eşdeğerde veya daha büyük seviyede bir sağlık koruma seviyesini sağlayan; veya ... (Tüzük) kapsamında yasaklanmış olmayan, sağlık önlemlerini bu Tüzük ile uyumlu olmak şartıyla uygulamaktan alıkoymayacaktır. Bu önlemler, uygun sağlık koruma seviyesini sağlayan makul mevcut alternatiflere kıyasla, uluslararası seyrüseferi daha fazla kısıtlayıcı ve kişiler için daha fazla müdahaleci ve daha fazla rahatsız edici olmayacaktır.”

⁸⁴ Tüzük, madde 43 (4).

⁸⁵ World Health Organization, <[https://www.who.int/news-room/detail/01-05-2020-statement-on-the-third-meeting-of-the-international-health-regulations-\(2005\)-emergency-committee-regarding-the-outbreak-of-coronavirus-disease-\(covid-19\)](https://www.who.int/news-room/detail/01-05-2020-statement-on-the-third-meeting-of-the-international-health-regulations-(2005)-emergency-committee-regarding-the-outbreak-of-coronavirus-disease-(covid-19))> Erişim Tarihi 20 June 2020.

⁸⁶ World Health Organization (n 85).

kalmaktadır. Üye devletler arasındaki salgınlarla mücadele kapasiteleri ve siyasi ve ekonomik tercih farklılıklarının yansımaları DSÖ'yü de etkilemektedir. Dolayısıyla yapısal sorunlar su yüzüne çıkabilmektedir.

Salgınlarla mücadele açısından bakıldığında 2005 Tüzüğü'nün ardında yatan varsayım bu tür hastalıkların doğudan batıya (yada diğer bir deyişle fakir küresel güneyden zengin kuzeye) yayılacağı şeklindedir.⁸⁷ COVID-19 pandemisinin her ne kadar ortaya çıkışı itibarıyla Çin kaynaklı olduğu ifade edilebilirse de, bir çok devlete bu salgın virüsü Avrupa ve ABD üzerinden gelmiştir. Bu tür salgın hastalıklar bir kez kontrolden çıktı mı, COVID-19 örneğinde açıkça görüldüğü üzere, artık yönetilmesi çok zor hale gelmektedir.⁸⁸

Devletlerin salgınla mücadele hususundaki altyapıları birbirinden çok farklıdır ve çoğu zaman yeterli kaynaklara sahip değillerdir. Her ne kadar Tüzük, devletlere yürürlüğe girdikten en geç beş yıl içinde “olayları tespit etme, değerlendirme, bildirme ve rapor etme kapasitelerini geliştirme, güçlendirme ve sürdürme” yükümlülüğü yüklemişse de mevcut pandemi birçok devletin bu alanda tam başarılı olamadığını ortaya koymaktadır.⁸⁹ Devletlerin talebi halinde Örgüt'ün burada öngörülen “kapasitelerini geliştirmeleri, güçlendirmeleri ve sürdürmeleri amacıyla yardım etme” yükümlülüğü de mevcuttur.⁹⁰ Ancak tamamiyle devletler tarafından sağlanan mali ve teknik imkânlarla bağımlı olan DSÖ'nün bu tür bir yükümlülüğü yerine getirmesi mümkün gözükmemektedir.⁹¹ Kapasite yetersizliği nedeniyle devletlerin birçoğu DSÖ kararlarını yerine getirememektedirler ve bundan çıkış yolu olarak Örgüt'ün devletler tarafından gereken mali ve insan kapasitesi ile donatılması önerilebilmektedir.⁹² Oysa, mevcut pandemi ortamında en büyük katkıyı sağlayan devletler bile DSÖ'yü eleştirmekte ve mali katkılarını geri çekebileceklerini ifade edebilmektedirler.⁹³

Örgüt'ün aldığı kararları izleme ve uygulama mekanizması da bulunmamaktadır.⁹⁴ Basit bir şekilde ifade etmek gerekirse, devletler bu konuda Örgüt'ü yetkilendirmemişlerdir. Bunun bir sebebi devletlerin bu gibi hayati bir konuyu kendi egemenlik alanlarında görmeleri ve buraya müdahale edilmesine sıcak bakmamaları olabilir.

⁸⁷ Broberg (n 50) 206-8. Veba gibi 19. yüzyılda karşılaşılan salgın riskleri de benzer bir varsayım üzerine değerlendirilmişti.

⁸⁸ ibid 208.

⁸⁹ Tüzük, madde 5 (1).

⁹⁰ Tüzük, madde 5 (3).

⁹¹ Allyn L. Taylor ve Roojin Habibi, ‘The Collapse of Global Cooperation under the WHO International Health Regulations at the Outset of COVID-19: Sculpting the Future of Global Health Governance’ 2020 24 (15) *Asil Insights* 3 <<https://www.asil.org/insights/volume/24/issue/15/collapse-global-cooperation-under-who-international-health-regulations> > Erişim Tarihi 20 June 2020.

⁹² Broberg (n 50) 207-208.

⁹³ Örneğin ABD Başkanı Trump 18 Mayıs 2020 tarihinde twitter hesabında yayınladığı bir mektupla Örgüt'e “ültimatom” vererek 30 gün içerisinde ciddi ilerlemeler kaydedilmesini talep etmiş, 28 Mayıs'ta da ABD'nin DSÖ üyeliğinden çekilebileceğini ve mali katkılarını sona erdirebileceğini belirtmiştir. <<https://www.bbc.com/news/world-us-canada-52718309> ve <<https://www.washingtonpost.com/business/2020/05/29/trump-china-hong-kong-who/>> Erişim Tarihi 15 June 2020. Her iki açıklama da Çin ile alakalı siyasi bir atmosfer bağlamında yapılmıştır.

⁹⁴ Taylor ve Habibi (n 91) 4.

Yapısal sorunların yanında, DSÖ'nün önlem alırken göz önünde bulundurması gereken Sağlık Tüzüğü'nün 2. maddesinde açıkça belirtilen “uluslar arası trafik ve ticarete gereksiz müdahale” kıstası da Örgüt'ü fayda-maliyet analizi yapmaya zorlayarak “sağlık-ekonomi açmazı” ile karşı karşıya bırakabilmektedir.⁹⁵ Dolayısıyla COVID-19 pandemisi ilân ve önlem sürecinde de bu açmaz gün yüzüne çıkmıştır.⁹⁶

Benzer bir açmazla devletler de yüzleşmektedir. Bu durum devletlerin salgınları bildirmelerinde kimi zaman çekingen davranmalarına yol açabilmektedir. Hastalığın görüldüğü devletler seyahat ve ticaret kısıtlamalarının ekonomiye getirebileceği olumsuz etkilerden dolayı bu yükümlülüklerine aykırı davranabilmektedirler.⁹⁷ Nitekim bu isteksizlik ve kimi zaman da yetersizlik göz önüne alınmış olmalı ki, Tüzük'te başka kaynaklardan elde edilen verilerin de değerlendirmeye alınabileceği hususu belirtilmiştir.⁹⁸

Yüzyılın başında da Örgüt'e yönelik bir başka eleştiri konusu yeni ortaya çıkan virüslerden kaynaklanan küresel salgınlar bakımından gereken tedbirleri alamamış olmasıdır.⁹⁹ Bu açıdan AIDS hastalığına ilişkin etkin bir politika geliştirememesi, 2002'de ortaya çıkan SARS hastalığına karşı aldığı seyahat uyarılarının yetki aşımı sayılması gibi örnekler Örgüt'ün yeni yüzyılda yaşanabilecek krizlere hazır olmadığını izlenimini güçlendirmiştir.

Yeni uluslararası sağlık krizlerine karşı daha etkin olabilmesi amacıyla 2005 yılında yapılan Uluslararası Sağlık Tüzüğü'ne rağmen, Örgüt'ün COVID-19 pandemisi ile mücadelede izlediği politika birtakım eleştirilere yol açmıştır. Bu açıdan Örgüt Genel Direktör'ü yukarıda da belirtildiği üzere ancak 30 Ocak 2020'de koronavirüs salgınına uluslararası önemde kamu sağlığı acil durumu ilân etmiş,¹⁰⁰ 11 Mart 2020'de salgının bir pandemi halini aldığı açıklamıştır.¹⁰¹

Örgütün söz konusu kararlarına yönelik eleştirilerden ilki Çin devletinin salgının başlangıcında hastalıkla ilgili bildirimini Örgüt'e zamanında yapmadığı ve dolayısıyla acil

⁹⁵ ibid 2.

⁹⁶ COVID-19 sürecinde Acil Durum Komitesi içindeki fikir ayrılıkları için; Mark Eccleston-Turner, 'Declaration of a Public Health Emergency of International Concern in International Law' <<http://opiniojuris.org/2020/03/31/covid-19-symposium-the-declaration-of-a-public-health-emergency-of-international-concern-in-international-law/>> Erişim Tarihi 15 June 2020.

⁹⁷ Broberg (n 50) 206-207.

⁹⁸ Tüzük, madde 9.

⁹⁹ Dünya Sağlık Örgütü uluslararası kamu sağlığı açısından üstlenmiş olduğu vazifelerinin önemi ve bu açıdan kendisine tanınmış olan yetkilerin genişliğine rağmen faaliyet alanının küresel ekonomik ve siyasi ilişkiler tarafından belirleyici bir alan olması yüzünden sıkça farklı eleştirilerle karşılaşmaktadır. Bu eleştirilerden en sık dile getirileni Örgüt'ün politize edilmesi nedeniyle yanlış politikalar izlediği yönündedir. Bu açıdan örnek olarak Örgüt'ün soğuk savaş sırasında sosyal sağlık sistemi lehine taraf tutmuş iken 90'lardan itibaren özel sektöre yakın bir sağlık stratejisini benimsemesi, Filistin'in sağlık sistemine müdahale etmesi, 1997 Esaslı Öneme Sahip İlaçlar Listesi'nin içeriği konusunda ilaç şirketleri ile sorunlar yaşaması ve 2005 Tütün Kontrolü Çerçeve Sözleşmesi'nin bu pazara etkileri gösterilmektedir. Boghandy ve Villareal (n 3), 4-5.

¹⁰⁰ Bu tarihten daha önce Örgüt'ün duruma müdahalesi ilk olarak Çin'in nedeni bilinmeyen zatüre vakalarını bildirmesinden hemen sonra, 1 Ocak 2020 tarihi itibarıyla bir Olay Yönetimi Destek Takımı kurmasıyla başlamış, 5 Ocak itibarıyla bütün devletleri salgın konusunda haberdar etmiş ve 14 Ocak'ta insandan insana bulaşıcılık uyarısı yapmıştır.

¹⁰¹ World Health Organization, <<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 15 June 2020.

durumun geç ilân edilmesine sebep olduğudur. Diğer bir eleştiri konusu ise Örgüt'ün söz konusu durumla ilgili bilgileri zamanında paylaşmadığı ve hatta Çin'i ekonomik olarak zor duruma sokmamak için seyahat ve ticaret kısıtlamalarını geciktirdiğine yöneliktir.¹⁰²

Bu eleştirilerin ilki açısından dikkate alınması gereken en önemli husus Örgüt'ün kendi adına üye devletlerden bilgi toplama kapasitesi bulunmadığından, üye devletlerin Sekreteryaya ile bilgi paylaşımının acil durum sisteminin işleyişi için vazgeçilmez nitelikte oluşudur. Nitekim Tüzüğü'nün 6. maddesi uyarınca üye devletlerin acil durumları 24 saat içinde duyurma yükümlülüğü bu amaçla oluşturulmuştur. Ayrıca Tüzüğü'nün 15 ve 42. maddelerinde devletlere Örgüt'ün belirlediği sağlık tedbirlerine yönelik tavsiyeleri gecikmeksizin uygulama yükümlülüğü ile 44. maddede acil durumların tespiti ve tedbirlerin uygulanması konularında işbirliği yapma yükümlülüğü getirilmiştir.¹⁰³ Bu hususlarda devletlerin Tüzük'ten kaynaklanan yükümlülüklerini ciddi biçimde ihlâl ettikleri iddia edilmiştir.¹⁰⁴

Dolayısıyla her ne kadar tartışmalı olsa da Tüzüğü'nün bir uluslararası anlaşma olma niteliği kabul edilirse,¹⁰⁵ bu yükümlülükleri gereği gibi yerine getirmeyen devletin uluslararası hukukta sorumluluğuna gidilebileceği söylenebilecektir.¹⁰⁶ Bunun yanı sıra özellikle uluslararası çevre hukukunda uygulama alanı bulan devletlere kendi yetki veya kontrolleri altında bulunan yerlerdeki faaliyetlerden kaynaklanabilecek diğer devletlere yönelik ciddi zararı önlemek için gereken uygun tedbirleri alma ve olası riski azaltmak üzere diğer devletlerle işbirliği yapma gibi yükümlülükler de bu olayda ilgili devletlerin sorumluluğu açısından uygulanabilecektir.¹⁰⁷

¹⁰² World Health Organization, <<https://www.hhs.gov/about/leadership/secretary/speeches/2020-speeches/secretary-azar-plenary-remarks-at-world-health-assembly.html>> Erişim Tarihi 15 June 2020. Örgüt uzun zaman seyahat ve ticaret kısıtlamalarına gerek olmadığı tavsiyesinde bulunmuştur, [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 15 June 2020. Örgüt'ün kısıtlamalara gerek olmadığı tavsiyesine bilimsel destek vermeyi amaçlayan bir açıklama için, "Do not violate the International Health Regulations during the COVID-19 outbreak", (29 February 2020) www.thelancet.com, Vol 395, 664-66.

¹⁰³ Ancak 43. maddede bu tedbirlerden daha fazla koruma amaçlayan tedbirleri benimseyen devletlerden bunların gerekçelerini açıklamaları istenmektedir.

¹⁰⁴ Lauren Tonti, 'International Health Regulations: The Past and the Present, But What Future' 2020 *Harvard International Law Journal* <<https://harvardilj.org/2020/04/the-international-health-regulations-the-past-and-the-present-but-what-future/>> Erişim Tarihi 15 June 2020.

¹⁰⁵ Bu konudaki farklı görüşlerin anlatıldığı ve bunların uluslararası anlaşma olduğunu gösteren hukuki tespitlerin yapıldığı ayrıntılı bir analiz için, Uğur Samancı, 'Uluslararası Sağlık Tüzüğü (2005) ve Hukuki Niteliği', (2014) 16(2) *DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi* 113-169. Tüzükleri bağlayıcı anlaşma sayan görüş için, Mark Eccleston-Turner, (n 96). Tüzükleri hukuken bağlayıcı bir tek taraflı türev işlev sayan ancak 15. maddedeki tavsiyelerin bağlayıcı olduğunu kabul etmeyen farklı bir görüş için, Bleda Kurtardaran ve Özgür Mumcu, 'COVID-19'un Düşündürdükleri: Uluslararası Hukukun Pandemiyle Mücadele Rejimine Genel Bir Bakış', (2020) 19(1) *Galatasaray Üniv. Hukuk Fakültesi Dergisi* 5 ve 9; Lucas Bergkamp, 'State Liability for Failure to Control the COVID-19 Epidemic: International and Dutch Law' (2020) 11(2) *European Journal of Risk Regulation* 2-3. Tüzüklerin Türk hukukunda anlaşmaların yapılmasına ilişkin hukuka uygun şekilde onaylanmış hali için bkz dipnotlar 52 ve 53.

¹⁰⁶ Ancak ABD'nin Tüzükleri kabul ederken koyduğu çekincelerde Tüzük maddelerinin yargısal olarak uygulanabilir kişisel haklar yaratmadığını ve ayrıca kendi ülkesi dışında bulunan askeri üsleri bakımından acil durum bildiriminde bulunma yükümlünü uygulamayacağını ifade etmesi dikkat çekicidir.

¹⁰⁷ Bergkamp (n 105) 2-3; Antonio Coco ve Talita de Souza Dias, 'Due Diligence and COVID-19: States' Duties to Prevent and Halt the Coronavirus Outbreak' (*EJIL Talk!* 24 March 2020) <<https://www.ejiltalk.org/part-i-due-diligence-and-covid-19-states-duties-to-prevent-and-halt-the-coronavirus-outbreak/>> Erişim Tarihi 15 June 2020.

Bireysel olarak devletlerin sorumluluğu konusu bu çalışmanın kapsamı dışında olduğundan, uluslararası bir örgüt olarak DSÖ'nün sorumluluğuna odaklanmak yerinde gözükmemektedir.

Örgütün Sorumluluğu ve Uyuşmazlık Çözümü

Tüzüğün 56. maddesi uyuşmazlıkların çözümü hakkındadır. Buna göre uluslararası hukuktaki uyuşmazlıkların barışçı çözümü ilkesi benimsenmiştir:

“Bu Tüzüğün yorumu ve uygulanması ile ilgili olarak iki ya da daha fazla Taraf Devlet arasında bir uyuşmazlık olması halinde, ilgili Taraf Devletler ilk etapta müzakereler aracılığıyla veya dostane girişim, arabuluculuk veya uzlaştırma yöntemleri dahil olmak üzere kendi belirleyecekleri diğer barışçı yollarla uyuşmazlığın çözümlenmesine çalışacaklardır.”¹⁰⁸

Bu şekilde çözülemeyen uyuşmazlıklar Genel Direktör'e havale edilebilecektir.¹⁰⁹ 56. maddede üye devletler arasında Tüzüğün yorumu veya uygulanması konusunda bir uyuşmazlığın ortaya çıkması halinde bunun tarafların rızası ile tahkime götürülebileceği de öngörülmüştür.¹¹⁰

Örgüt'ün acil durum ilânı ile ilgili süreci yönetimi sırasında birtakım ihmallerin veya suistimallerin yaşandığına ilişkin getirilebilecek eleştiri bakımından ise yine Tüzüğün 50 (1) (c) maddesinde Genel Direktör'e uygulamada karşılaşılan sorunlar hakkında değerlendirme yapmak üzere bir Gözden Geçirme Komitesi toplama yetkisi verilmesinin bu tür iddiaların araştırılması için bir imkân oluşturduğunu söylemek mümkündür.¹¹¹ Ancak bu Komite'nin hazırladığı raporlar yalnızca tavsiye niteliğinde olduğundan, Komite'nin salgınla mücadele sürecinin hatalı yönetildiği veya bir görevi kötüye kullanma durumu olduğu gibi sonuçlara varması halinde bunun ne tür hukuki sonuçları olabileceği konusunda bir belirsizlik bulunmaktadır.¹¹²

Tüzükte yer alan mekanizmanın yanı sıra Örgüt'e yönelik eleştiriler açısından uluslararası örgütlerin sorumluluğuna dair hukuk kuralları uyarınca da Örgüt'ün

¹⁰⁸ Tüzük, madde 56 (1).

¹⁰⁹ Tüzük, madde 56 (2).

¹¹⁰ Tüzük, madde 56 (3). Bogdandy ve Villarreal her iki tarafın da rızasını gerektiren böyle bir yargılamann başlatılma ihtimalini düşük görmektedir (n 3) 10. Bu meselenin bir danışma görüşü çerçevesinde BM Adalet Divanı'na götürülebileceğine dair bir görüş için, Sandrine De Herdt, 'A Reference to the ICJ for an Advisory Opinion over COVID-19 Pandemic', (*EJIL Talk!* 20 May 2020) <<https://www.ejiltalk.org/a-reference-to-the-icj-for-an-advisory-opinion-over-covid-19-pandemic/>> Erişim Tarihi 15 June 2020. Kurt darcan ve Mumcu Çin'in bildirim yükümlülüğünü yerine getirmeyerek bir uluslararası haksız fiil işlemesinden ötürü diğer devletlerin ekonomik ve diplomatik karşı tedbirlere başvurabileceği kanaatindedir, (n 105), 16-7.

¹¹¹ Pedro A. Villarreal, 'Pandemic Intrigue in Geneva: COVID-19 and the 73rd World Health Assembly', (*EJIL Talk!* 22 May 2020) <<https://www.ejiltalk.org/pandemic-intrigue-in-geneva-covid-19-and-the-73rd-world-health-assembly/>> Erişim Tarihi 15 June 2020. Ayrıca Tüzüğün 51. maddesine göre bu Komite'nin toplantılarına Genel Direktör üye devletler, BM, diğer örgütler veya sivil toplum kuruluşlarının temsilcilerini kendi görüşlerini açıklamaları için davet edilecektir.

¹¹² Bogdandy ve Villarreal (n 3) 16.

sorumluluğuna gidilmesi mümkündür.¹¹³ Bu bağlamda incelenmesi gereken hususlar Örgüt'ün kurucu andlaşmasında veya Tüzükte kendisine verilen vazifeleri yerine getirmek üzere tanınmış olan yetkileri kullanıp kullanmama kararı hususunda bir ihmalinin bulunup bulunmadığı veya bu yetkileri kullanırken seçtiği araçların istenen sonuçlara uygun olup olmadığıdır.¹¹⁴ Bu açıdan COVID-19 örneğinde öncelikle dikkate alınması gereken kurallar Tüzüğün 12. maddesinde Genel Direktör'e tanınmış olan uluslararası acil durum ilân etme yetkisi ile 15 ve 16. maddelerinde düzenlenen acil durumla ilgili tavsiyelerde bulunma yetkisidir. Ancak bu maddelerin ifade edilen şekillerinden Genel Direktör'e ve dolayısıyla Örgüt'e risklerin değerlendirilmesi ve alınması istenecek tedbirler bakımından farklı menfaatlerin dengelenmesi gibi hususlarda geniş bir takdir yetkisi tanınmış olduğu dikkate alındığında bu maddelere dayalı bir sorumluluğun ortaya koyulmasında sorunlar yaşanabileceğini öngörmek zor değildir.¹¹⁵ Ayrıca, Örgüt üyesi devletlerle DSÖ arasındaki uyumsuzluklarda karar verme yetkisinin Sağlık Asamblesi'ne ait olduğu göz önünde bulundurulmalıdır.¹¹⁶

Sonuç

DSÖ nevi şahsına münhasır bir uluslararası örgüttür. Örgüt tarafından devletler için bağlayıcı uluslararası antlaşmalar oluşturma, bağlayıcı kabul edilebilecek tüzükler kabul etme (hatta bunlarla mevcut uluslararası anlaşmaları sona erdirebilme), adı tavsiye de olsa gecikmeksizin uygulanması gereken kararlar alabilme gibi yetkilerin DSÖ'ye verilmesi onu klasik uluslararası örgüt kategorisinin ötesine geçirecek adeta ulus-üstü bir niteliğe büründürmektedir. Bununla birlikte Örgüt'ün imkân ve kabiliyetlerinin bu nitelik ile uyumlu olmadığı da açıktır.

Salgın hastalıklarla mücadelede DSÖ tamamıyla üye devletler tarafından sağlanacak bilgi ve kapasiteye bağımlıdır. Devletler, bir çok başka alanda olduğu gibi, halk sağlığı gibi hayati önemi haiz bir alanda da uluslararası bir kuruma kısmi de olsa egemenlik devri hususunda haklı olarak çekingen davranmaktadırlar.

Acil durum ilânında, sağlığın korunması ile seyahat ve ticaret kısıtlamaları sonucu ortaya çıkabilecek ekonomik kayıplar arasında bir denge kurma zorunda kalan Örgüt, ciddi eleştirilere maruz kalabilmektedir. Tavsiye kararlarının zamanında açıklanmaması, kararlarda kullanılan dilin kimi zaman muğlak olması gibi hususlarda haklılık payı olsa da, egemen devletler üzerine inşa edilmiş bir uluslararası sistemde DSÖ de, BM gibi, bazı devletlerce günah keçisi ilân edilebilmektedir.

¹¹³ Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun Örgütlerin Sorumluluğuna Dair Taslak Maddeleri için, Draft Articles on the Responsibility of International Organizations, (2011) Yearbook of the International Law Commission, vol II, Part Two.

¹¹⁴ Bu husularda Taslağın ilgili maddeleri için, madde 1, madde 3, madde 10, madde 13, madde 17.

¹¹⁵ Lorenzo Gasbarri, 'The Failure to Pursue the Mandates of International Organizations in the Midst of the COVID-19 Pandemic', (*EJIL Talk!* 27 May 2020) <<https://www.ejiltalk.org/the-failure-to-pursue-the-mandates-of-international-organizations-in-the-midst-of-the-covid-19-pandemic/>> Erişim Tarihi 15 June 2020.

¹¹⁶ Tüzük, madde 56 (5).

COVID-19 pandemisi DSÖ ve Uluslararası Sağlık Tüzüğü'ndeki zayıflık ve eksikliklerin gündeme gelmesine yardımcı olmuştur. Devletler, pandemilerle mücadelede bunları gidererek uluslararası işbirliğinin seviyesini arttırmak veya, bazı Avrupa Birliği üye devletlerinin bile yaptığı gibi, tek yanlı bireysel kararlarla önlem alma seçenekleri ile karşı karşıyadırlar.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazarlar çıkar çatışması bildirmemiştir.

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

Peer-review: Externally peer-reviewed.

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

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

Bibliyografya/Bibliography

- Beigbeder, Yves ‘World Health Organization’, *Max Planck Encyclopedias of International Law*, (OUP 2013)
- Bergkamp, Lucas ‘State Liability for Failure to Control the COVID-19 Epidemic: International and Dutch Law’ (2020) 11(2) *European Journal of Risk Regulation* 343-49
- Broberg, Morten ‘A Critical Appraisal of the World Health Organization’s International Health Regulations (2005) in Times of Pandemic: It is Time for Revision’ (2020) 11(2) *European Journal of Risk Regulation* 201-209.
- Bogdandy, Armin von ve Villarreal, Pedro A ‘International Law on Pandemic Response: A First Stocktaking in Light of the Coronavirus Crisis’, MPIL Research Paper Series No 2020-07
- Coco, Antonio ve de Souza Talita ‘Due Diligence and COVID-19: States’ Duties to Prevent and Halt the Coronavirus Outbreak’ (*EJIL Talk!* 24 March 2020) <<https://www.ejiltalk.org/part-i-due-diligence-and-covid-19-states-duties-to-prevent-and-halt-the-coronavirus-outbreak/>> Erişim Tarihi 15 June 2020.
- De Herdt, Sandrine ‘A Reference to the ICJ for an Advisory Opinion over COVID-19 Pandemic’, (*EJIL Talk!* 20 May 2020) <<https://www.ejiltalk.org/a-reference-to-the-icj-for-an-advisory-opinion-over-covid-19-pandemic/>> Erişim Tarihi 15 June 2020.
- Dünya Sağlık Örgütü, *Uluslararası Sağlık Tüzüğü (2005)*, (2. basım, Dünya Sağlık Örgütü, 2008)
- Eccleston-Turner, Mark ‘Declaration of a Public Health Emergency of International Concern in International Law’, <<http://opiniojuris.org/2020/03/31/covid-19-symposium-the-declaration-of-a-public-health-emergency-of-international-concern-in-international-law/>> Erişim Tarihi 10 June 2020.
- Gasbarri, Lorenzo ‘The Failure to Pursue the Mandates of International Organizations in the Midst of the COVID-19 Pandemic’, (*EJIL Talk!* 27 May 2020) <<https://www.ejiltalk.org/the-failure-to-pursue-the-mandates-of-international-organizations-in-the-midst-of-the-covid-19-pandemic/>> Erişim Tarihi 15 June 2020.
- Habibi et al, “Do not violate the International Health Regulations during the COVID-19 outbreak”, (29 February 2020) 395 <www.thelancet.com> 664-66
- Kurtdarcan, Bleda ve Mumcu, Özgür ‘COVID-19’un Düşündürdükleri: Uluslararası Hukukun Pandemiyle Mücadele Rejimine Genel Bir Bakış’, (2020) 19(1) *Galatasaray Üniv. Hukuk Fakültesi Dergisi* 165-86
- Samancı, Uğur ‘Uluslararası Sağlık Tüzüğü (2005) ve Hukuki Niteliği’, (2014) 16(2) *DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi* 113-169
- Samancı, Uğur ‘Dünya Sağlık Örgütü ve Normatif İşlevi’, (2016) 18(1) *DEÜ SBE Dergisi*, 55-89
- Schermers, Henry G ve Blokker, Niels M *International Institutional Law*, (5. baskı, Martinus Nijhof 2011)
- Taylor, Allyn L. ve Habibi, Roojin ‘The Collapse of Global Cooperation under the WHO International Health Regulations at the Outset of COVID-19: Sculpting the Future of Global Health Governance’ 2020 24 (15) *Asil Insights* 3 <<https://www.asil.org/insights/volume/24/issue/15/collapse-global-cooperation-under-who-international-health-regulations> > Erişim Tarihi 20 June 2020.
- Telesetsky, Anastasia ‘International Governance of Global Health Pandemics’ (2020) 24(3) *Asil Insights* 2 <<https://www.asil.org/insights/volume/24/issue/3/international-governance-global-health-pandemics> > Erişim Tarihi 20 June 2020.

Tonti, Lauren 'International Health Regulations: The Past and the Present, But What Future' 2020 *Harvard International Law Journal* <<https://harvardilj.org/2020/04/the-international-health-regulations-the-past-and-the-present-but-what-future/>> Erişim Tarihi 15 June 2020.

Villarreal, Pedro A 'Pandemic Intrigue in Geneva: COVID-19 and the 73rd World Health Assembly', (*EJIL Talk!* 22 May 2020) <<https://www.ejiltalk.org/pandemic-intrigue-in-geneva-covid-19-and-the-73rd-world-health-assembly/>> Erişim Tarihi 15 June 2020



İstanbul Hukuk Mecmuası

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Başvuru: 21.06.2020
Revizyon Talebi: 03.09.2020
Son Revizyon Tarihi: 28.09.2020
Kabul: 29.09.2020

Fransa'da COVID-19 ile Mücadele Kapsamında Ulusal Düzeyde Alınan Kolluk Tedbirlerinin Hukuki Rejimi: İlk İzlenimler

Memduh Cemil Şirin*

Öz

COVID-19 virüsünün hızlı biçimde yayılmasıyla hayatın durma noktasına geldiği, mümkün olduğunca kimsenin evden dışarı çıkmaması üzerine kurulu, çok sayıda temel hak ve özgürlüğün kullanılmadığı bir dönem yaşandı. Sonrasında ise halen devam etmekte olan kademel normalleşme sürecine geçildi. Fransız idaresi, Mart ayından itibaren giderek yoğunlaşan ve 11 Mayıs 2020 tarihine kadar süren dönemde başta evde kalma zorunluluğu olmak üzere eğitimle ilgili ve ticari faaliyetlerin durdurulması gibi çok sayıda kolluk tedbirine karar vermiştir. 23 Mart'a kadar bu kolluk tedbirlerinin hukuki dayanağı mevcut Kamu Sağlığı Kanunu L3131-1 ve devamı maddeleri ile olağanüstü koşullar teorisi olmuştur. 23 Mart'ta yeni yasal düzenlemeler yapılmış ve 23 Mart 2020 tarihli 2020-290 sayılı COVID-19 Salgını ile Mücadele Olağanüstü Haline Dair Kanun ile COVID-19 öncesinde olmayan sağlıkla ilgili OHAL rejimi tesis edilmiştir. Bu rejim doğrultusunda bir sağlık felaketi olarak nitelendirilen COVID-19 virüsüne karşı mücadelede Başbakan'a özel kolluk yetkisi kapsamında düzenleyici kolluk işlemleri yapma imkanı tanınmıştır. COVID-19'un gündeme soktuğu Bilim Konseyi de Bilim İnsanları Komitesi adıyla yasal bir zemine kavuşturulmuştur. Bu süreçte, düzenleyici kolluk işlemleri de yapılmış ve Fransız Danıştay'ın önüne bu konuda gelen uyuşmazlıklar olmuştur. Bu çalışmada, Fransa'da COVID-19 ile mücadelede hak ve özgürlüklerin yoğun biçimde sınırlandırıldığı dönemin hukuki analizi idare hukukunun kolluk faaliyeti çerçevesinde yapılmaktadır. İlk vakanın açıklandığı 24 Ocak tarihinde başlayan ve Mart ayından itibaren yoğunlaşarak 11 Mayıs tarihine kadar süren, temel hak ve özgürlüklerin bir çoğunun kolluk tedbirleriyle durma noktasına geldiği dönem incelenmektedir. Bu çerçevede, ulusal düzeyde temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına dair hukuki dayanakların geçirdiği dönüşüm, bu dönüşümün araçları, sonuçları ve dönemin sembol uygulaması olan evde kalma zorunluluğuna ilişkin olarak Danıştay'ın önüne gelen uyuşmazlıklardaki yaklaşımı incelenmektedir.

Anahtar Kelimeler

COVID-19, Koronavirüs, İdare hukuku, Kolluk faaliyeti, Temel hak ve özgürlükler, Fransa

The Legal Framework for Public Regulation in the Fight against COVID-19 in France: First Impressions

Abstract

Countries have implemented serious measures to curb the rapid spread of COVID-19 in the world. During this period, which has almost brought the normal way of life to a standstill, many fundamental rights and liberties have been limited, such as the freedom of movement. France also implemented some restrictions, but it has started to lift some of them gradually. This article conducts a legal analysis of how fundamental rights and liberties have been severely restricted within the context of public health regulations during this period. Between March and May 2020, the French government took many drastic measures to curb the spread of COVID-19, including implementing a lockdown and closing schools and businesses. "The theory of emergency conditions" and Public Health Law L3131-1 and following provisions were the legal source of such measures until 23 March. Then, new rules have been legislated and a new legal framework governing the state of emergency in public health is now provided for under the Law on the Fight against Coronavirus, dated March 23, 2020, numbered 2020-293. This new regime gives the Prime Minister the authority to take rule-making administrative

* **Sorumlu Yazar:** Memduh Cemil Şirin (Öğr. Gör. Dr.), İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye. E-posta: memduh.sirin@istanbul.edu.tr ORCID: 0000-0002-4114-9149

Atf: Şirin MC, "Fransa'da COVID-19 ile Mücadele Kapsamında Ulusal Düzeyde Alınan Kolluk Tedbirlerinin Hukuki Rejimi: İlk İzlenimler" (2020) 78(2) İstanbul Hukuk Mecmuası 1009. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2020.78.2.0024>



actions and place the science committee, which was formulated to spearhead the fight against COVID-19, within a legal framework. During this period, many regulations have been enacted by the government, some of which have been challenged before the Conseil d'Etat. The new legislations on the regulatory measures undertaken and the consequential disputes that arose due to such legislations have elicited debates on public regulations in administrative law. This article aims to assess the transformation of the legal basis for limiting fundamental rights and liberties, the results of this transformation, and the approach of the Conseil d'Etat toward the disputes before the court.

Keywords

COVID-19, Coronavirus, Administrative law, Public regulation, Fundamental rights and liberties, France

Extended Summary

Countries have implemented serious measures to curb the spread of COVID-19 in the world. During this period, which has almost brought the normal way of life to a standstill, many fundamental rights and liberties have been limited, such as the freedom of movement. France also implemented some restrictions, but it has started to lift some of them gradually and entered a period of normalization. Between March and May 2020, the French government took many drastic measures to curb the spread of COVID-19, including implementing a lockdown and closing schools and businesses.

This article conducts a legal analysis of how fundamental rights and liberties have been severely restricted within the context of public health regulations. The time period within which many fundamental rights and liberties were suspended by regulations, starting with the announcement of the first COVID-19 case on January 24, 2020 and continuing until May 11, 2020, is reviewed. In this context, the decisions of the Conseil d'Etat regarding the evolution of the legal basis of the restriction of personal liberties at the national level, the tools used for the evolution, the results of the evolution, and enforcement of a lockdown, which became the predominant symbol for this period, will be analyzed.

Until March 23, 2020, the legal foundations for the aforementioned regulations were the Public Health Code L3131-1 and the theory of emergency conditions. The insufficiency of these sources led to the enactment of new legislation. While the desire for new legislation existed, the method to be used in enacting such legislation posed an important question. One proposed method was amending the Public Health Code to stipulate the limits and contents of the preexisting power of taking “every necessary measure” which is invested in the Minister for Health or, alternatively, amending the same article to give power to the Prime Minister instead of the Minister for Health. Another suggested method was creating a new system surrounding the event of a state of emergency, specifically targeting extraordinary circumstances, such as the COVID-19 pandemic, instead of applying the Public Health Code, which was not intended for such circumstances. The French government chose the latter.

The Code of State of Emergency for the Fight against COVID-19, dated March 23, 2020 and numbered 2020-290, was adopted and a system governing the event of a state of emergency, which did not exist prior to the COVID-19 pandemic, was created. This new system gave the Prime Minister the power to adopt regulatory administrative acts in the fight against COVID-19, which is defined as a health disaster. Furthermore, the Council of Science, which was conceived to help fight the pandemic, was given a legal backing and renamed the Committee of Scientists.

Pursuant to article L3131-12, which was introduced to the Public Health Code, “A state of emergency concerning public health can be declared if a health disaster risking the public health with its nature and severity occurs in the whole or part of the mainland or in local governments stipulated under the article 73 and 74 of the constitution or in the New Caledonia.”

Pursuant to the first paragraph of article L3131-13, “*A state of emergency is declared by an enactment of the Council of Ministers following the report of the Minister for Health. This enactment, including reasons, shall define the jurisdiction or jurisdictions which it will affect. The scientific data constituting the grounds for the state of emergency shall be declared to the public.*” Moreover, according to the third paragraph of the same article, a state of emergency can be extended by a period exceeding one month only if allowed by legislation and preconditioned to the advisory opinion of the Committee of Scientists.

Matters on which the Prime Minister has the power to enact are listed by article L3131-15 as follows: “*The Prime Minister can restrict or prohibit the movement of people or vehicles in areas or periods specified in the enactment; without prejudice to the necessary travels arising out of health or family issues, can order a lockdown; quarantine suspected infected people; order home isolation or isolation in other institutions for infected people; and without prejudice to the essential services, order temporary closure of venues in which people gather or people are accommodated.*”

There are key differences between article L3131-1 of the Public Health Code and the state of emergency concerning public health (L3131-12 and following provisions). First, article L3131-1 is applicable if a “serious health hazard” exists. However, for a state of emergency concerning public health to be declared, the health hazard must reach the level of being described as a “health disaster.” Moreover, while the Minister of Health is authorized to take precautions through his/her decisions within the scope of article L3131-1, in the event of the declaration of a state of emergency concerning public health under article L3131-15, it is the Prime Minister who has the power to take precautions by adopting relevant enactments. Second, the difference between the two systems relates to the extent of available precautions. While article L3131-1 empowers the Minister for Health to take “every necessary measure” article L3131-15 puts forth the available measures for the Prime Minister in a closed list.

Fransa’da COVID-19 ile Mücadele Kapsamında Ulusal Düzeyde Alınan Kolluk Tedbirlerinin Hukuki Rejimi: İlk İzlenimler

Giriş

Tarihte az rastlanır bir durum olan COVID-19 karşısında dünya genelinde hayatın olağan akışı yerini olağandışı tedbirlere bırakmıştır. Fiziksel hareketliliği ve teması en aza indirme esasından hareketle öngörülen bu tedbirlerin yoğunluğu ise her ülkede aynı biçimde seyretmemektedir. Çin, temel hak ve özgürlükleri sınırlandırıcı katı tedbirler uygulayan ülkelerin başını çekerken; Norveç, Danimarka gibi kuzey Avrupa ülkeleri ise daha yumuşak bir rejimi esas almıştır. Teknolojik imkanları en üst seviyede kullanarak dolaşım, seyahat ve çalışma özgürlüklerini daha az kısıtlamayı öngören Kore gibi örnekler de görülmektedir.

COVID-19 ile nasıl mücadele edilmesi gerektiği ve alınan tedbirlerin etkinliği başka bilim dallarınca üzerinde çalışılması gereken konular olmakla birlikte bu mücadelenin hukuki zemini üzerinde durmak gerekmektedir. Temel hak ve özgürlükleri sınırlandırıcı bir tedbirin COVID-19 ile mücadelede gerekliliği ve faydası başka, hukuka uygunluğu ise başka bir tartışmadır. Bir tedbirin meşruluğu, onun hukuka uygun olması için yeterli değildir¹. Diğer bir ifade ile toplumsal veya tıbbi meşruiyetin varlığı, hukuki meşruiyetin doğrudan kabulü anlamına gelmez. Temel hak ve özgürlükleri sınırlandırıcı tedbirlerin ancak uluslararası ve ulusal mevzuat hükümlerine, temel hukuk ilkelerine uygun olması halinde hukuka uygun olduğu kabul edilebilecektir. Toplum sağlığı kadar hukukun sağlıklı işlemesi de bir ülke için elzemdir.

COVID-19 ile mücadele kapsamında alınan ve temel hak ve özgürlükleri sınırlandıran tedbirler, idare hukukunda kolluk faaliyeti kapsamında incelenmektedir. Kolluk faaliyeti, kamu düzenini korumak, bozulmasına engel olmak, bozulmasına son vermek üzere idare tarafından yürütülen faaliyetir². Kamu düzeninin korunması insanların temel hak ve özgürlüklerini yaşayabilmeleri için gerekli olup; kamu düzenini korumak adına bazı temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması söz konusu olabilmektedir. Diğer bir ifadeyle temel hak ve özgürlüklerin güven içinde kullanılabilmesi için bazı hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması gerekebilmektedir. Bu husus, kolluk faaliyetinin en can alıcı noktasını oluşturmaktadır. Kolluk tedbirlerinin özü itibarıyla hak ve özgürlükler üzerindeki etkisi alınan tedbirlerin sıkı bir hukuki denetime tabi tutulmasını zorunlu kılmaktadır. Bu noktada, kolluk tedbirlerinin uyması gereken ölçülülük ilkesi ile karşılaşılmaktadır. Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması sonucunu doğuran kolluk tedbirlerinin hukuka uygun

¹ Doktrinde sağlığın korunması için diğer temel hak ve özgürlüklerin feda edilmesi meşru mudur sorusu üzerine de düşünülmesi gerektiği dile getirilmektedir. Jean-Marie Pontier, ‘La crise sanitaire de 2020 et le droit administratif’ (2020) 30 AJDA 1692, 1697.

² René Chapus, *Droit Administratif Général* tome 1 (15.Bası, Montchrestien 2001) 697.

olabilmesi için “gerekli”, “elverişli” ve “orantılı” olması gerekmektedir³. Mutlak ve genel yasaklar ölçülülük ilkesine aykırıdır⁴.

COVID-19 ile mücadele, kolluk faaliyetinin yoğun biçimde karşımıza çıktığı bir süreçtir. Toplum sağlığını, insanların yaşam ve sağlık haklarını korumak adına; dolaşım, seyahat, toplanma, teşebbüs özgürlüğü gibi temel hak ve özgürlükler sınırlandırılmaktadır. Sokağa çıkmanın yasaklanması, toplantı ve gösterilerin yasaklanması, çok sayıda ticarethanenin işlerinin durdurulması gibi tedbirler kolluk faaliyeti kapsamında idare tarafından alınmaktadır. Özgürlükleri sınırlandıran bu tarz tedbirlerin hukuki dayanağı önem taşımaktadır. Kural olarak idare, kamu düzenini korumayı sağlayacak dahi olsa, yasal dayanağı olmaksızın, kendiliğinden temel hak ve özgürlükleri sınırlandırıcı tedbirleri yasal dayanağı olmaksızın alamamaktadır. Dolayısıyla COVID-19 ile mücadele sırasında alınan tedbirlerin hukuki dayanağı özellikle incelenmeyi gerektiren bir konuyu oluşturmaktadır.

Fransa COVID-19 ile genel mücadelede iyi örnekler arasında sayılmamakla birlikte mücadelenin ilk gününden itibaren yoğun bir hukuk gündemine sahip olmuştur. Yeni mevzuat çalışmaları ve bu yeni mevzuattan doğan uyumsuzluklara ilişkin yargı kararlarının varlığı zengin bir hukuki tartışma zemini sağlamaktadır. Diğer yandan, Türk idare hukukunun tarihi itibarıyla Fransız idare hukukundan esinlenmiş olduğu göz önüne alınarak, benzer kavram ve ilkelerden hareketle idare hukuku rejimini oluşturmuş bir ülkede COVID-19 sürecinde nasıl bir uygulamanın ortaya çıktığını görmek kanaatimizce faydalı olacaktır.

İlk resmi vakanın 24 Ocak'ta açıklandığı Fransa'da, ilk ölüm haberinin geldiği 14 Şubat'tan sonra ve özellikle de Dünya Sağlık Örgütü'nün 11 Mart'ta pandemi ilanı ile birlikte, insanların mümkün olduğunca evlerinde kalması esasına dayanan ve gündelik hayatı durdurma noktasına getiren, temel hak ve özgürlükleri sınırlandırıcı tedbirler alınmaya başlanmıştır. 23 Mart 2020 tarihinde ise 2020-290 sayılı COVID-19 Salgını ile Mücadele Olağanüstü Haline Dair Kanun ile Kamu Sağlığı Kanunu'na⁵ sağlıkla ilgili olağanüstü hal rejimini tesis eden maddeler eklenmiş ve 23 Mart tarihli aynı kanun ile Sağlık Sebebiyle Olağanüstü Hal ilan edilmiştir. Mücadelenin birinci dönemi olarak ifade edilebilecek bu dönemin sonunda ise 11 Mayıs 2020 tarihinden itibaren,

³ ibid 727.

⁴ Bernard Stirn ve Yann Aguila, *Droit Public Français et Européen* (2. Bası, Dalloz 2018) 419.

⁵ Fransız mevzuat sisteminde belli bir konudaki yasa maddeleri ile genel düzenleyici işlemler Code (Kod) adı altında toplanabilmektedir. Kod içerisinde yasa maddelerinin başında L, genel düzenleyici işlemlerin başında ise R, D harfleri yer almaktadır. Bu çalışmada Kod içerisinde yer alan yasa maddelerinden bahsederken Türkçe bakımından daha anlaşılır olması itibarıyla “Fransız Kamu Sağlığı Kodu” ifadesi yerine Fransız Kamu Sağlığı Kanunu ifadesi kullanılmaktadır.

OHAL devam etmekle birlikte, ikinci döneme geçilerek kademeli şekilde gündelik hayatın normalleşmesi yönündeki tedbirler uygulanmaya başlanmıştır ve bu ikinci dönem, 10 Temmuz'da OHAL sonlanmış olmasına rağmen devam etmektedir⁶.

Bu çalışmada Fransa'da ilk resmi vakanın açıklandığı 24 Ocak ile 11 Mayıs arası dönemde COVID-19 ile mücadele kapsamında ulusal düzeyde alınan düzenleyici kolluk tedbirlerinin hukuki temeli incelenmektedir. Bu inceleme sırasında COVID-19 ile mücadelenin sembol tedbiri olan evde kalma zorunluluğuna ilişkin Başbakan tarafından çıkarılan kararnamelere ilişkin Danıştay kararlarına da yer verilmiştir. Mart ayından itibaren Danıştay COVID-19 kapsamında çok sayıda karar vermiştir. Ağırlıklı olarak test, maske ve ilaç teminine yönelik idareye yargısal emir verilmesi talepli davalar gündeme gelmekle birlikte, özellikle 23 Mart sonrasında, kolluk tedbirlerine karşı açılmış davalar da vardır. Bütün kararları inceleme imkanı olmadığından incelenen kararların sınırlandırılması düşünülmüştür. Bu doğrultuda, çalışmanın odaklandığı dönemde toplumun geneline yönelik evden çıkma yasağının sembol önemi göz önünde bulundurularak Danıştay'ın bu tedbire karşı yaklaşımını görmek adına çalışmada evden çıkma yasağına ilişkin kararlar incelenmiştir.

Ulusal düzeyde alınan tedbirlerin hukuki temeli incelenirken dönemsel bir ayırım yapılması gerekmektedir. 23 Mart 2020 tarihinde çıkarılan 2020-290 sayılı COVID-19 Salgını ile Mücadele Olağanüstü Haline Dair Kanun ile Kamu Sağlığı Kanunu'na daha önce Fransız hukukunda olmayan "Sağlıkla İlgili Olağanüstü Hal (OHAL)" rejimini kuran maddeler eklenmiştir. Bu Kanundan önce de, idare tarafından mücadele kapsamında ulusal düzeyde temel hak ve özgürlükleri sınırlandırıcı tedbirler alınmıştır. Bundan hareketle, ilk olarak 23 Mart tarihli Kanun öncesinde alınan tedbirlerin hukuki dayanağı (A), devamında ise 23 Mart tarihli Kanun ile oluşan yeni hukuki rejim (B) üzerinde durulacaktır.

⁶ 11 Mayıs tarih ve 2020-546 sayılı Sağlıkla İlgili OHAL'i Uzatmaya Dair Kanun (NOR: PRMX2010645L, JORF n° 0116). Bu Kanun ile çalışma boyunca detayları verilecek sağlıkla ilgili OHAL'in süresi 10 Temmuz'a (dahil) kadar uzatılırken kontrollü biçimde normalleşme adımlarının atılmasına dair düzenlemelere yer verilmiştir. OHAL 10 Temmuz sonu itibarıyla bitmekle birlikte normalleşme süreci tamamlanmış değildir ve halen devam etmektedir. Bu kapsamda 9 Temmuz 2020 tarih ve 2020-856 sayılı Olağanüstü Halden Çıkışın Organizasyonu isimli bir Kanun ile OHAL rejiminde öngörülen evde kalma zorunluluğu dışındaki bir çok kolluk tedbirininin 30 Ekim tarihine kadar olağan dönemde de kullanılabilmesine imkan tanınmıştır. 30 Ekim sonrası için yeni bir kanun tasarısı hazırlanmakta ve geçici rejim olarak ifade edilen sürecin 1 Nisan 2021 tarihine uzatılması planlanmaktadır. Kademeli normalleşmeyi hedefleyen ikinci dönem bu çalışmanın hazırlandığı tarihlerde halen sürdürüldüğünden ikinci döneme ilişkin bütüncül bir değerlendirme yapma imkanı henüz oluşmamıştır. Bu süreç tamamlanıldığında üzerinde ayrı bir detaylı inceleme yapma imkanı doğacaktır.

A. 23 Mart Öncesi Dönemde İdare Tarafından COVID-19 ile Mücadele Kapsamında Ulusal Düzeyde Alınan Tedbirlerin Hukuki Rejimi

İlk olarak hangi idarenin hangi hukuki dayanak çerçevesinde ülke genelinde uygulanacak ne gibi düzenleyici kolluk tedbirleri aldığı ortaya konulacaktır (1). Devamında ise 23 Mart öncesinde evde kalma zorunluluğuna karşı Danıştay'ın önüne gelmiş uyuşmazlıklar incelenecektir (2).

1. 23 Mart Öncesi Dönemde Alınan Kolluk Tedbirleri ve Hukuki Dayanağı

23 Mart öncesi dönemde ülke genelinde alınan düzenleyici kolluk tedbirlerinin iki temel aktörü vardır. Bu kapsamda önce Sağlık Bakanı'nın (a), akabinde Başbakan'ın (b) aldığı kolluk tedbirleri ve hukuki dayanakları incelenecektir.

a. Sağlık Bakanı Tarafından Alınan Tedbirler

i. Tedbirlerin Hukuki Dayanağı: Fransız Kamu Sağlığı Kanunu'nun L3131-1 Maddesi

Fransa'da 2000'li yılların başında yaşanan çeşitli kamu sağlığı problemleri üzerine yasal düzenlemeler yapılmıştır. 2003 yılında aşırı sıcaklar sebebiyle çok sayıda yaşlı insanın ölümü ve 2004 yılında sars virüsü tehlikesinin Fransız sağlık sisteminin salgın benzeri durumlar için yeterli altyapıya sahip olmadığını göstermesi üzerine önce 2004 yılında Kamu Sağlığı Hakkında Kanun'un 18.maddesi ile ağır sağlık tehditleri karşısında yürütülecek mücadelenin hukuki zemini oluşturulmuş olup; söz konusu düzenleme 2007'de daha kapsamlı hale getirilmiştir⁷.

5 Mart 2007 tarih ve 2007-294 sayılı Kanun ile Fransız Kamu Sağlığı Kanunu'na eklenen L3131-1 maddesinde sağlıkla ilgili acil tedbirler gerektiren durumların ortaya çıkması halinde Sağlık Bakanı'nın⁸ çeşitli tedbirler alabileceği öngörülmektedir. Bu maddenin 1. fıkrasına göre: “*Acil tedbirler gerektiren ağır sağlık tehdidi, özellikle salgın tehdidi, durumunda sağlıktan sorumlu bakan, toplum sağlığı üzerindeki muhtemel tehditleri önlemek ve sınırlandırmak amacıyla maruz kalınan riskle orantılı, zaman ve yer şartları bakımından elverişli her türlü tedbire kamu sağlığı yararına, gerekçeli şekilde karar verebilir.*”

Maddenin devamında, bölge ve il düzeyinde tedbirlerin nasıl uygulanacağına dair hükümlere yer verilmiştir. Bu çerçevede Sağlık Bakanı, aldığı düzenleyici kolluk tedbirinin uygulanması için bireysel tedbirler de dahil olmak üzere her türlü tedbiri almak üzere yer bakımından yetkili bulunan devlet tüzelkişiliği temsilcisini (vali)

⁷ Didier Truchet, 'L'urgence sanitaire' (2007) 3 Revue de droit sanitaire et social 411, 411.

⁸ Mevzuatta sağlıktan sorumlu bakan ifadesi geçmektedir. Günümüz itibarıyla sağlıktan sorumlu bakanlığın tam adı Dayanışma ve Sağlık Bakanlığı'dır. Çalışma boyunca kısaca Sağlık Bakanlığı olarak kullanılacaktır.

yetkilendirebilmektedir. Bakanın verdiği yetki dahilinde yapılan bütün faaliyetler ve uygulama sonuçları hakkında bakana bilgi verilmesi gerekmektedir⁹.

ii. Sağlık Bakanı Tarafından Alınan Kolluk Tedbirleri

COVID-19'un ortaya çıkmasıyla birlikte Kamu Sağlığı Kanunu'nun L3131-1 maddesine dayanılarak Sağlık Bakanı tarafından ülke genelinde uygulanmak üzere çeşitli düzenleyici kolluk tedbirleri ilan edilmeye başlanmıştır. İlk olarak, 30 Ocak tarihli Sağlık Bakanı Kararı ile Çin'in Vuhan bölgesinden Fransa'ya gelenlerin 14 gün boyunca karantinada tutulabilmesi için misafirhane açılmıştır¹⁰. Virüsün etkisini yoğunlaştırmaya başladığı Mart ayı ile birlikte daha kapsamlı tedbirler alınmaya başlanmıştır. Bu kapsamda Sağlık Bakanı'nın 4 Mart tarihli Kararı ile 5000'den fazla kişinin kapalı alanlarda toplanması yasaklanmış¹¹, sonra 9 Mart tarihli yeni bir Karar ile sayı düşürülerek 1000'den fazla kişinin açık ve kapalı alanlarda toplanması yasaklanmıştır¹². Bu arada, 12 Mart tarihinde Cumhurbaşkanlığı bünyesinde Bilim Konseyi oluşturulmuş ve ilk toplantısını yapmıştır. Bilim Konseyi oluşturulmadan önce kuruluş ve işleyişine yönelik her hangi bir mevzuat düzenlemesi yapılmamıştır. Toplantı sonrasında Konsey, toplu taşımanın ve yurtdışı uçuşların sınırlandırılması, eğitim kurumlarının kapatılması, uzaktan çalışma tedbirlerinin alınması, spor salonları, kafe, restoran ve barların kapatılması gibi tavsiyelerde bulunmuştur¹³.

14 Mart tarihli Sağlık Bakanı Kararı ise eğitimden ticarethanelerin işleyişine kadar çok sayıda tedbir içermektedir ve 23 Mart öncesi döneme ilişkin olarak Bakan tarafından çıkarılmış olan en kapsamlı düzenleyici kolluk işlemdir¹⁴. Kararın 1. maddesine göre; sergi, toplantı, gösteri salonları, ticaret merkezleri, kütüphaneler, müzeler, kapalı spor tesisleri, restoranlar ve içki satışı yapılan yerlerin halkı kabulü yasaklanmıştır. Restoranlar ve içki satışı yapılan yerlerin kapıdan satış yapması ve evlere servis sunması ise serbest bırakılmıştır. Kararın 2. maddesine göre; açık veya kapalı alanlarda 100'den fazla kişinin toplanması yasaklanmıştır. 3. madde

⁹ Kamu Sağlığı Kanunu'nda valilere ve Başbakan'a istival yetkisi de verilmektedir. Kanun'un L3131-8 maddesinde valilere mal ve hizmetlerin istival yoluyla edinilmesi için de yetki tanınmıştır. L3131-9 maddesi bu yetkinin ülke genelinde Başbakan tarafından kullanılabilceğini düzenlemektedir. Bu yetki çerçevesinde önce 3 Mart ve sonra 13 Mart tarihinde Başbakan tarafından yayınlanan ve uygulaması Sağlık Bakanı tarafından yapılacak Kararname ile özel ve kamu tüzel kişilerince bulundurulmuş bütün maskelere, öncelikle sağlık personeli ve hastalara dağıtılmak amacıyla, 31 Mayıs 2020 tarihine kadar üretilecekler de dahil olmak üzere, el konulması düzenlenmiştir. Bu, maske satışının yasaklanması anlamına da gelmektedir.

¹⁰ 30 Ocak 2020 tarihli 2019-nCoV virüs salgınına yakalanmış bölgelerden gelen kişilerin durumu hakkında Karar (NOR: SSAP2003065A, JORF n°0026 du 31 Janvier 2020) ile bir misafirhane açılması öngörülmüştü; 20 Şubat 2020 tarihli COVID-19 virüs salgınına yakalanmış bölgelerden gelen kişilerin durumu hakkında Karar (NOR: SSAP2005388A, JORF n°44 du 21 février) ile başka misafirhanelerin de açılmasına da karar verilmiştir.

¹¹ 4 Mart 2020 tarihli COVID-19 virüsünün yayılması ile mücadele çerçevesinde alınan çeşitli tedbirler (NOR: SSAZ2006644A, JORF n°0055 du 5 mars 2020)

¹² 9 Mart 2020 tarihli COVID-19 virüsünün yayılması ile mücadele çerçevesinde alınan çeşitli tedbirler (NOR: SSAZ2007069A, JORF n°0059 du 10 mars 2020)

¹³ Conseil Scientifique COVID-19, *Avis* (12 mars 2020) 5.

¹⁴ 14 Mart 2020 tarihli COVID-19 virüsünün yayılması ile mücadele çerçevesinde alınan çeşitli tedbirler (NOR: SSAZ2007749A, JORF n°0064 du 15 mars 2020).

ile kurvaziyer gemilerin iç sularında yolcu gezdirmek için durması yasaklanmıştır¹⁵. İlk 3 maddede öngörülen yasaklar, 15 Nisan tarihine kadar geçelidir. 4. madde ile okul öncesi, ilk, orta ve yükseköğrenim kurumlarında eğitime 29 Mart tarihine kadar ara verilmiştir. 7. madde ile ulusal stoklarda bulunan maskelerin sağlık personeline eczaneler tarafından ücretsiz olarak dağıtılması kararlaştırılmıştır.

15 Mart tarihli Sağlık Bakanı Kararı ile 14 Mart tarihli karara ek kararlar alınmıştır¹⁶. İlk olarak, yasak kapsamında bulunmayan bütün faaliyetler sırasında virüsün yayılmasını yavaşlatmak adına sosyal mesafe ve hijyen kurallarına uyulmasına ilişkin kurallar hatırlatılmıştır. Ticarethanelerin durumuyla ilgili olarak ise 14 Mart tarihli Kararın 1.maddesi yeniden yazılarak daha detaylı hale getirilmiştir. Özellikle (araç tamirhaneleri, marketler, fırınlar, manavlar gibi) hangi ticarethanelerin müşteri kabul edebileceği karara ek bir liste ile belirlenmiştir. İbadethanelerin ise cenaze törenleri hariç yirmiden fazla kişinin toplanmaması şartıyla açık kalması kararlaştırılmıştır. Yasak kapsamındaki spor tesisleri artırılarak açık spor tesisleri de kapsam dahiline alınmıştır. 16 Mart tarihli Kararla 14 Mart tarihli Kararda bazı ufak değişiklikler yapılmakla birlikte en önemli değişiklik duruşma salonlarının 1. maddede sayılan yasak yerlerden olmadığına dair eklemelerdir¹⁷.

21 Mart tarihli kararla Bölge Sağlık Ajansı Genel Müdürlerine sağlık tesislerinin ruhsatları dışında tedavi hizmetleri sunmalarına izin verebilme imkanı tanınmıştır¹⁸. Ayrıca, anakara ile Fransa'nın deniz aşırı bölgeleri arasındaki hava ulaşımı 15 Nisan tarihine kadar yasaklanmıştır.

Görüldüğü üzere COVID-19 ile mücadele kapsamında alınan tedbirler neredeyse her gün yeni ekleme ve değişikliklerle geliştirilmeye çalışılmıştır. Durumun aciliyeti ve yeterli tecrübesi olmadığı böylesine bir durum karşısında idarenin her gün kararlarını güncellemesi, hızlıca aldığı kararlardaki belirsizlikleri ve muğlaklıkları

¹⁵ Kararın 2. ve 3. maddesindeki yasaklarla ilgili önce 13 Mart tarihinde bir Karar yayınlanmış ancak 14 Mart tarihinde diğer maddeleri de içeren daha geniş kapsamlı bir Karar ile 13 Mart tarihli karar yürürlükten kaldırılmıştır.

¹⁶ 15 Mart 2020 tarihli COVID-19 virüsünün yayılması ile mücadele kapsamında tedbirler öngören 14 Mart tarihli kararı tamamlayıcı karar (NOR: SSAS2007753A, JORF n°0065 du 16 mars 2020).

¹⁷ 16 Mart 2020 tarihli COVID-19 virüsünün yayılması ile mücadele kapsamında tedbirler öngören 14 Mart tarihli kararı tamamlayıcı karar (NOR: SSAZ2007862A, JORF n°0066 du 17 mars 2020).

17 Mart tarihinde alınan bir başka Kararla 14 Mart tarihli karara yapılan önemli bir ekleme ise, virüse yakalanmış hastaların tedavisi için ülkenin farklı yerlerindeki hastanelere transferini gerçekleştirmek üzere askeri imkanların kullanılabilmesine imkan tanınmasıdır (17 Mart 2020 tarihli COVID-19 virüsünün yayılması ile mücadele kapsamında tedbirler öngören 14 Mart tarihli kararı tamamlayıcı karar (NOR: SSAZ2007919A, JORF n°0067 du 17 mars 2020). 20 Mart tarihli kararla virüse yakalanmış hastaların transferinde askeri imkanların kullanılmasına dair daha önce eklenen maddede sadece yerüstü değil deniz yolu imkanlarının da kullanılabilme imkanı getirilmiştir. 20 Mart 2020 tarihli COVID-19 virüsünün yayılması ile mücadele kapsamında tedbirler öngören 14 Mart tarihli kararı tamamlayıcı karar (NOR: SSAZ2008153A, JORF n°0070 du 21 mars 2020).

19 Mart tarihli başka bir Kararla 14 Mart tarihli Kararda bazı değişiklikler ve eklemeler yapılmıştır. Bu Kararla, her gün en az bir defa dezenfekte edilmeleri başta olmak üzere toplu taşıma araçlarında uyulması gereken kurallar belirlenmiştir. Aynı şekilde kargo hizmetlerinin yerine getirilmesi sırasında dikkat edilecek kurallar da sıralanmıştır. 19 Mart 2020 tarihli COVID-19 virüsünün yayılması ile mücadele kapsamında tedbirler öngören 14 Mart tarihli kararı tamamlayıcı karar (NOR: SSAZ2008066A, JORF n°0069 du 20 mars 2020).

¹⁸ 21 Mart 2020 tarihli COVID-19 virüsünün yayılması ile mücadele kapsamında tedbirler öngören 14 Mart tarihli kararı tamamlayıcı karar (NOR: SSAZ2008175A, JORF n°0071 du 22 mars 2020).

düzeltilmesi gerekmiştir. Bütün bu kararların dayanağı da başta ifade edilen Fransız Kamu Sağlığı Kanunu'nun L3131-1 maddesinde Sağlık Bakanı'na tanınan yetkiler olmuştur.

b. Başbakan Tarafından Alınan Tedbirler

i. Tedbirlerin (Ek) Hukuki Dayanağı: Olağanüstü Koşullar Teorisi

23 Mart öncesi ülke genelinde alınan tedbirlerin tek dayanağı Kamu Sağlığı Kanunu'nun L3131-1 ve devamı maddeleri olmamıştır. Bu maddeler yanında olağanüstü koşullar teorisi de alınan bazı tedbirlerin dayanağı olarak ortaya konulmuştur. Bu konuda başat uygulama, 16 Mart tarihli Başbakan imzalı, uygulaması Sağlık ve İçişleri Bakanlarınca yapılması öngörülen, 2020-260 sayılı Kararname'dir. Ülke genelinde evde kalma zorunluluğunu getiren bu Kararname'nin başında¹⁹ dayanak olarak önce Kamu Sağlığı Kanunu'nun L3131-1 maddesi zikredildikten sonra "COVID-19 salgınından kaynaklanan olağanüstü koşullar" (*circonstances exceptionnelles*) ifadesi de kullanılmıştır²⁰.

Kararname'de dayanak olarak Kamu Sağlığı Kanunu L3131-1 maddesi ile yetinilmeyerek olağanüstü koşulların varlığına yer verilmesi, L3131-1 maddesinde kendisine yetki tanınmayan Başbakan'ın çıkardığı bir kararnamenin söz konusu olması ile bağlantılıdır. Yetki meselesi dışında, her ne kadar L3131-1 maddesinde her türlü tedbire karar verilebilmesinden bahsedilse de bunun ülkedeki herkese evden dışarı çıkmayı yasaklayacak boyutta bir karar almak için hukuken yeterli olmadığı düşünülmektedir²¹. Dayanağı güçlendirmek adına olağanüstü koşullar teorisine de vurgu yapılma ihtiyacı hissedildiği anlaşılmaktadır.

Bu noktada, olağanüstü koşullar teorisi üzerinde durmak gerekmektedir. Olağanüstü koşullar, idarenin kamu hizmetinin devamlılığını sağlamakta imkansızlığa düşmesi veya mevcut kurallara uyararak kamu düzeninin bozulmasının engellenmesinin mümkün olmaması halidir²². İdare; olağandışı, az rastlanır, alışık olunmadık ağır bir olayla karşılaştığında kamu düzeninin korunması için gerekli ama mevcut hukukta öngörülmeyen bir yetkiyi kullanabilecektir²³.

Ağır olaylar olarak savaş, doğal afetler gibi kriz durumları sayılabilir. Nitekim

¹⁹ Fransa'da genel düzenleyici işlemlerin baş kısmında işlemin dayanağı olan kanun maddeleri sırayla sayılmaktadır.

²⁰ 16 Mart tarih ve 2020-260 sayılı COVID-19 virüsünün yayılması ile mücadele kapsamında seyahatlerin düzenlenmesine dair Kararname (NOR: PRMX2007858D, JORF n°0066 du 17 mars 2020). Bu Kararname'de 19 Mart tarihli yeni bir kararname ile evde kalma zorunluluğunun istisnalarına yeni eklemeler yapılmıştır ve metinde paylaşılan istisnalar arasında bunlar da yer almaktadır. (19 Mart tarih ve 2020-279 sayılı Kararname, NOR: PRMX2007932D, JORF n°0069 du 20 mars 2020).

²¹ Jacques Petit, 'L'état d'urgence sanitaire' (2020) 15 AJDA 833, 834.

²² Stirn ve Aguila (n 4) 423.

²³ Benoît Plessix, *Droit Administratif Général* (2.Bası, LexisNexis 2018) 626.

Fransız Danıştay, olağanüstü koşullar teorisini kabul ettiği ilk kararlarını Birinci Dünya Savaşı sırasında vermiştir. Memur disiplin işlerine dair usulü düzenleyen bir kanun maddesinin uygulamasını durduran Devlet Başkanı tarafından çıkarılmış kararnamenin hukuka uygun bulunması²⁴; kolluk yetkilerinin savaş zamanında barış zamanında olduğundan daha geniş yorumlanarak kanunda buna olanak sağlayan yetkisi olmasa bile bir valinin genel güvenliğinin sağlanması adına zevk işçisi müşterilerin barlara kabul edilmemesine dair kararının hukuka uygun bulunması²⁵ kararları ilk örneklerdir. Volkan patlama riski sebebiyle, böyle bir yetkisi olmadığı halde valinin, adanın bir kısmının tahliye edilmesine dair vermiş olduğu kararın hukuka uygun bulunması da olağanüstü koşullar teorisinin kabul edildiği bir başka örnektir²⁶.

İdare, olağanüstü durumlarda uygulanması öngörülen kanun hükümlerinin varlığı halinde zaten bu hükümlere dayanarak tedbirler alabilecektir, olağanüstü koşullar teorisine ise böyle bir kanuni dayanağın olmaması veya onu aşan durumlar halinde gündeme gelmektedir²⁷.

Burada dikkat edilmesi gereken bir hususu da özellikle belirtmek gerekir. Olağanüstü koşullar teorisinin kabulü, işlemin yetki veya bazı durumlarda usul/şekil unsuru bakımından hukuka uygunluğuna imkan tanır ve bu, idarenin tesis ettiği işlemin ölçülülük denetimine tabi tutulmasına engel değildir²⁸. Diğer bir ifade ile olağanüstü koşulların kabulü, idarenin ölçülülük ilkesine uyma yükümlülüğünü ortadan kaldırmamaktadır.

Fransız Danıştay, COVID-19 sürecinde önüne gelen ve bu bölümün ikinci kısmında ayrıntılı biçimde incelenen bir uyuşmazlıkta, mücadele kapsamında alınabilecek tedbirleri incelerken “*Başbakan kendi yetkileri gereğince, özellikle de hâlihazırda Fransa'nın yaşadığı COVID-19 bariz salgınında olduğu gibi olağanüstü koşulların varlığı halinde, ülke genelinde uygulanmak üzere kolluk tedbirleri yayınlayabilir*” değerlendirmesi yaparak COVID-19’u olağanüstü koşullar teorisinin uygulanmasını meşru kılan bir durum olduğunu açıkça ortaya koymuştur²⁹. Kararda dikkat çektiği

²⁴ CE, 28 juin 1918, *Heyriès*, in Marceau Long, Prosper Weil, Guy Braibant, Pierre Delvolvé, Bruno Genevois, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative* (21. Bası, Dalloz 2017) 184-189.

²⁵ CE, 28 février 1919, *Dames Dol et Laurent*, in ibid 197-199.

²⁶ CE, 18 mai 1983, *Rodes*, in ibid 188.

²⁷ Plessix (n 23) 626.

²⁸ Pierre-Laurent Frier ve Jacques Petit, *Droit administratif* (8. Bası, LGDJ 2013) 310.

²⁹ CE, ord., 22 mars 2020, *Syndicat jeunes médecins*, n° 439674.

<<https://www.conseil-etat.fr/ressources/decisions-contentieuses/dernieres-decisions-importantes/conseil-d-etat-22-mars-2020-demande-de-confinement-total>> Erişim Tarihi 26 Mart 2020.

Danıştay COVID-19 ile mücadele sürecinde, olağanüstü koşullar teorisini kolluk tedbirleri dışında da uygulamıştır. Fransız Polinezyası’nda çıkarılan COVID-19 ile mücadele konulu yerel bir kanunun ilanı konusunda usul kurallarına uyulmaması üzerine açılan iptal davasında Danıştay, “*COVID-19 epidemisinden kaynaklanan olağanüstü koşullar sebebiyle (...) yerel kanunun prematüre yayınlanması (...) kimseyi dava açmaktan yoksun da bırakmadığı için (...) hukuka aykırı kabul edilemez*” şeklinde karar vermiştir. CE, ord., 22 juillet 2020, n°440764. <<https://www.conseil-etat.fr/fr/arianeweb/CE/decision/2020-07-22/440764>> Erişim Tarihi 20 Eylül 2020.

üzere Danıştay, olağanüstü koşulların varlığına değinirken Başbakan'ın kendi yetkileri gereğince ülke genelinde uygulanacak kolluk tedbirleri alabileceğinden bahsetmektedir. Bu ifade Başbakan'ın genel kolluk yetkisini kastetmektedir ve ifadenin çıkış kaynağını görebilmek adına 8 Ağustos 1919 tarihli Labonne kararına bakmak gerekir. Labonne kararında Danıştay, “*yasal bir yetkilendirme olmaksızın ve kendi yetkileri gereğince ülke genelinde uygulanması gereken kolluk tedbirlerine karar verme yetkisi Devlet Başkanı'na aittir*” değerlendirmesi yaparak (Başbakan'ın) herhangi bir yasaya dayanmayan, kendine özgü bir genel kolluk yetkisinin varlığını kabul etmektedir³⁰. Kararın alındığı tarihteki yönetim sisteminde yürütmenin başı devlet başkanıdır; 1958 tarihli mevcut Anayasa'nın getirdiği sistemle birlikte bu karar, Başbakan'ın yasal yetkilendirme olmaksızın ülke genelinde uygulanacak genel kolluk tedbirleri alabileceği şeklinde Danıştay kararlarında kendine yer bulmuştur³¹.

Görüldüğü üzere Kamu Sağlığı Kanunu'nun L3131-1 maddesi yanında, Başbakan tarafından genel kolluk makamı sıfatıyla olağanüstü koşullar teorisine dayanılarak COVID-19 ile mücadele kapsamında ulusal düzeyde düzenleyici kolluk tedbirleri alınmıştır.

ii. Başbakan Tarafından Alınan Düzenleyici Kolluk Tedbirleri

Başbakan tarafından çıkarılan 16 Mart tarih ve 2020-260 sayılı Kararname'de ülke genelinde 17 Mart öğlen saat 12.00'dan 31 Mart tarihine kadar, istisnai haller dışında evden çıkmak yasaklanarak evde kalma zorunluluğu düzenlenmiştir. Kararname'nin 1. maddesinde düzenlenen evde kalma zorunluluğunun istisnaları ise şöyle sıralanmıştır³²: Ev ile işyeri arasındaki gidiş gelişler; iş için veya birinci derece gerekli ihtiyaçların alışverişi; sağlık gerekçeli seyahatler; zorunlu ailevi sebepli seyahatler; evinin yakınında fiziksel aktivite amaçlı kısa süreli seyahatler; kolluk, adli makam ve mahkemelere gitmeyi gerektiren haller; idarenin talebiyle kamu yararı görevlerine katılma hali. Evinden bu istisnalardan biri sebebiyle çıkmak isteyen kişi; sebebi, tarihi ve saati gösteren imzalı bir izin belgesi hazırlayarak yanında bulunduracaktır. 17 Mart tarihli ve 2020-264 sayılı Kararname ile de evde kalma zorunluluğuna uymayanlara veya yanına geçerli sebebi içerir izin dilekçesini almayanlara uygulanacak para cezası düzenlenmiştir³³.

³⁰ 8 août 1919, *Labonne*, in Long, Weil, Braibant, Delvolvé ve Genevois (n 24) 207, 208.

³¹ Plessix (n 23) 794. Yazarın verdiği örnek kararlar: CE, 2 mai 1973, n° 81861; CE, 4 juin 1975, n° 92161; CE, 28 décembre 2017, n° 415291.

³² Burada sıralanan istisnalar 16 Mart tarihli Kararname'de 19 Mart tarihli yeni bir kararname ile yapılmış yeni istisnai halleri de kapsamaktadır. (19 Mart tarih ve 2020-279 sayılı Kararname, NOR: PRMX2007932D, JORF n°0069 du 20 mars 2020).

³³ 17 Mart tarih ve 2020-264 sayılı Kararname (NOR: JUSD2007875D, JORF n°0067 du 18 mars 2020). Buna göre, evde kalma zorunluluğu kural ve usullerine uymayanlar 135 Euro para cezası ödeyecektir.

2. 23 Mart Öncesi Dönemde Evde Kalma Zorunluluğu Tedbirine İlişkin Danıştay Kararları

COVID-19 sürecinde idari yargı önüne gelen uyuşmazlıklar ağırlıklı olarak référé-liberté usulü ile olduğundan önce bu usule dair genel bilgi verilecektir (a). Devamında ise evde kalma zorunluluğuna ilişkin Danıştay kararı incelenecektir (b).

a. Référé-liberté İvedi Yargılama Usulüne İlişkin Genel Bilgi

Mart ayı başından itibaren çok hızlı gelişen bu süreçte olağan yargılama usulleri ile hızlı ve etkin kararlar alınabilmesi pek mümkün gözükmemektedir. Fransa'da bir ivedi yargılama usulü olan référé-liberté ile COVID-19 sürecinde İdare Mahkemeleri ve Danıştay'a çok sayıda başvuru yapılmıştır. Böylece, bu kısa dönemde sadece mevzuat ve uygulaması değil, bunlardan doğan yargı kararları da hukuk gündeminde belirleyici bir yer edinmiştir.

Référé-liberté kavramını Türkçe'ye bire bir çevirmek çok anlaşılır olmamakla birlikte, kelime anlamı olarak özgürlük tedbiri şeklinde ifade edilmesi mümkündür. Karşımızda adli yargıda uygulanan ihtiyati tedbir usulüne benzer bir müessese olduğu söylenebilecektir.

COVID-19 sürecinde sıklıkla başvurulanan référé-liberté usulü hakkında kısaca bilgi vermek gerekirse; İdari Yargı Kanunu'nun³⁴ L521-2 maddesine göre, aciliyet gerektiren bir durumda temel hak ve özgürlüğün ağır ve açık bir şekilde ihlali halinde hakkın korunması için gerekli tedbirler alınabilecektir. Bu usul kapsamında mahkemeye başvuranlar, temel bir hak ve özgürlüğün ihlaline sebep işlemin yürütmesinin durdurulması yanında söz konusu temel hak ve özgürlüğün korunabilmesi için idarenin yapmasını talep ettiği hususları da hakimden isteyebilmekte ve hakim uygun görmesi halinde yargısal emir şeklinde kararlar verebilmektedir. Karar, 48 saat içerisinde, kural olarak tek hakim tarafından verilmektedir.

Référé-liberté isimli bu usul, yürütmenin durdurulması usulünden farklıdır. Birinci fark, bu usulün uygulanabilmesi için işlemin hukuka uygun olmaması tek başına yeterli değildir ve bunun yanında işlemin bir veya daha fazla temel hak ve özgürlüğü ihlal etmesi gerekir³⁵. İkinci fark, yürütmenin durdurulmasında sadece işlemin uygulanmasının durdurulmasına karar verilebilirken, référé-liberté usulünde hakime (yürütmenin durdurulması da dahil) her türlü tedbiri alma yetkisi tanınmıştır³⁶. Ayrıca, yürütmenin durdurulması açılmış bir iptal davası içerisinde ileri sürülebilirken, référé-

³⁴ Code kavramı konusunda yapılan açıklama İdari Yargı Kanunu (Kodu) için de geçerlidir (n 5).

³⁵ Türk hukukunda işlemin uygulanmasının telafisi güç veya imkansız zararlara yol açması şartı yanında açıkça hukuka aykırı olması şartı aranırken (İYUK, m. 27), Fransız hukukunda işlemin hukuka uygun olmadığına dair ciddi şüphe olması aranmaktadır (Fransız İYK, L521-1).

³⁶ Fransız İYK, L521-2.

liberté’de işlemin iptali için bir dava açılmış olması gerekmemektedir, doğrudan ve sadece référé-liberté başvurusu yapılabilmektedir³⁷.

48 saat içerisinde karar verilmesi gerekliliği, ivedi usulün mantığına uygun olduğu gibi neden COVID-19 sürecinde sıklıkla başvurulduğunun da bir göstergesidir. COVID-19’un yargılama süreçlerini de olumsuz etkilediği düşünüldüğünde, ivedi yargılama usullerinin her hangi bir erteleme olmaksızın uygulanması da önemlidir.

b. Evde Kalma Zorunluluğunun Genişletilmesi Talebine İlişkin Danıştay Kararı

COVID-19 ile mücadele kapsamında Fransa’da başvuru temel tedbir, çeşitli istisnaları ile birlikte, evden çıkmanın yasaklanması/evde kalma zorunluluğu getirilmesidir. Genç Doktorlar Sendikası, evde kalma zorunluluğunun istisna hallerinin azaltılarak, kapsamının genişletilmesi yönünde Başbakan’a yargısal emir verilmesi talebiyle Danıştay’a başvurmuştur³⁸. Sendikaya göre, virüs bulaşan kişi sayısı katlanarak artmakta olup; hastaneler ihtiyaca cevap veremez hale gelme riski taşımaktadır. Mevcut evde kalma zorunluluğu sıkılaştırılmadığı takdirde başta doktorlar ve hastane çalışanları olmak üzere yaşam hakkı büyük tehdit altındadır³⁹. Virüsün hızla yayılmaya devam etmesi, 16 Mart tarihli Kararname’de öngörülen evde kalma zorunluluğuna dair tedbirlerin yetersizliğini ortaya koymaktadır. Bu çerçevede, sadece doktordan alınmış izin belgesi olmak şartıyla sağlık gerekçesiyle evden çıkılabilmelidir. Evdeki insanların temel ihtiyaçları ise eve götürülmek suretiyle karşılanmalıdır. Gıda, su ve enerji gibi yaşamsal işler dışındaki çalışma hayatı ve toplu taşıma faaliyetleri tamamen durdurulmalıdır.

Danıştay ilk olarak davanın référé-liberté kapsamına girdiğini ortaya koymak adına; “*kamu makamlarının faaliyetindeki yetersizliklerin insanların hayatı için tehdit oluşturmasının temel bir hakkın ağır ve açık bir ihlali*” olabileceği değerlendirmesini yapmıştır.

³⁷ Bernard Pacteau, *Manuel de Contentieux Administratif* (3. Bası, PUF 2014) 222.

³⁸ CE, ord., 22 mars 2020, *Syndicat jeunes médecins*, n° 439674 (n 29). Sendika başvurusunda ayrıca test üretiminin artırılması için de gerekli tedbirlerin alınmasını talep etmiştir. Test sayısının artırılması, daha çok sayıda virüs taşıyıcısının tespit edilebilmesi ve böylece virüsün yayılmasının durdurulması için elzemdir. Danıştay bu talebi reddetmiştir.

³⁹ Evde kalma zorunluluğunun denetimi kapsamında insanların tedbire uyup uymadığını tespit etmek amacıyla drone kullanımı da hukuki uyumsuzluğa konu olmuştur. Paris Emniyet Valiliği kararıyla 18 mart 2020 tarihinden itibaren insanların evde kalma zorunluluğuna uyup uymadığını tespit etmek amacıyla sokak ve caddelerde drone ile görüntü çekimi yapılması yönündeki kararın durdurulması talebiyle Paris İdare Mahkemesi’ne başvurulmuştur. Paris İdare Mahkemesi talebi reddetmiş ve dosya Danıştay’ın önüne taşınmıştır. Davacılar göre kişisel verilen kullanılması sebebiyle drone ile çekim yapılması özel hayatın gizliliği ilkesine aykırılık oluşturmaktadır. Valilik ise drone kullanımının kişisel veri toplama amacıyla değil evde kalma zorunluluğuna uyulmadığı tespit edilen bölgelere polis yönlendirmek amacıyla kullanıldığını ifade etmektedir. Danıştay, kullanılan dronelerin zoom özelliği olması ve görüntüler hafızaya alınmasa bile komuta merkezine iletilmek suretiyle değerlendirmeye alınmasının kişisel verilerin işlenmesi anlamına geldiği tespitini yaparak kişilerin kimliklerini açığa çıkararak uygulamanın aynı şekilde devam ettirilmesinin ancak verilerin kullanım kurallarını düzenleyen genel düzenleyici bir işlem yapıldıktan sonra mümkün olabileceğine hükmetmiş ve uygulamanın durdurulmasına karar vermiştir. CE, ord., *Association La Quadrature du Net et Ligue des Droits de l’homme*, 18 mai 2020, n° 440442, 440445. <https://www.conseil-etat.fr/ressources/decisions-contentieuses/dernieres-decisions-importantes/conseil-d-etat-18-mai-2020-surveillance-par-drones> Erişim Tarihi 30 Mayıs 2020.

Danıştay, Sendikanın evde kalma zorunluluğunu neredeyse mutlak hale getirme talebine karşı şu değerlendirmeyi yapmıştır: “ (...) bazı bölgelerde evde kalma zorunluluğunun kapsamının genişletilmesi öngörülebilirse de idarenin sahip olduğu imkanlar ve kapasitesi göz önünde bulundurulduğunda bunun, özellikle insanların ihtiyaçlarının evlerine getirilmesi suretiyle, ülke genelinde uyarlanma ve organize edilme ihtimali yoktur. Hatta tedarik ağının tamamen kopması riski ve gecikmeler sebebiyle tam aksi sonuç doğurarak bir çok insanın temel ihtiyaçlarına hiç ulaşamaması ve böylece yaşamlarının tehlike altına girmesi sonucunu doğurabilecektir. Diğer yandan sağlık çalışanlarının faaliyetleri, altyapı hizmetlerinin yürütülmesi, gıda üretim ve dağıtımı; kullanım şartları 16 Mart tarihli Kararname ile belirlenen toplu taşıma hizmetlerinin çalışır halde tutulmasını zorunlu kılmaktadır. Ayrıca, bu yaşamsal faaliyetlerin devam ettirilmesi diğer birçok sektör ve iş kolunda faaliyetlerin devam ettirilmesine bağlıdır çünkü doğrudan veya dolaylı olarak birbirleri için gereklidirler”. Danıştay bu değerlendirme ışığında Başbakan’ın daha kapsayıcı bir evde kalma zorunluluğuna karar vermemesinin ağır ve açık bir hak ihlale yol açmadığına hükmetmiştir.

Danıştay, evde kalma zorunluluğunun kapsamının genişletilmesi talebini reddetmekle birlikte evden çıkılabilen istisnai hallerin bazılarının daha sıkı uygulanması gerektiği düşüncesindedir. Danıştay’a göre, 16 Mart tarihli Kararname’de yer alan bazı hükümler muğlaktır. 1. maddenin 1.fıkrası 3. bendinde öngörülen sağlık gerekçesiyle seyahatlere aciliyet derecesi belirtilmeksizin izin verilmesi; 5.bentte yer alan, toplu spor faaliyetleri dışında bireysel fiziksel aktivite ve evcil hayvanların ihtiyaçları bağlamında evin yakınındaki kısa seyahatlere izin verilmesi hükümleri muğlaktır. Ayrıca açık pazarlarla ilgili daha önce öngörülen 100’den fazla kişinin toplanma genel yasağı dışında başka bir sınırlama öngörülmemiş olması da mümkün olduğunca evde kalınması tavsiyesine aykırı seyahatleri çoğaltabilecek niteliktedir⁴⁰.

Bu gerekçelerle Danıştay, Başbakan’a ve Sağlık Bakanı’na, 48 saat içerisinde uygulanmak üzere şu yargısal emirleri vermiştir: “Sağlık sebebiyle evden çıkışların çerçevesinin belirlenmesi, evin yakınında kısa süreli seyahatlere ilişkin istisna üzerinde kamu sağlığı ve evde kalma tavsiyesi gözetilerek yeniden çalışılması, açık pazarların faaliyetlerine devam etmesinin büyüklükleri ve yoğunluk dereceleri göz

⁴⁰ Ayrıca kararda, evde kalma zorunluluğuna uymayanlara daha ağır yaptırımlar uygulanması gerektiği de vurgulanarak karar verildiği sırada yasalasamak üzere olan ve yaptırımları ağırlaştırın 23 Mart tarihli OHAL’e dair Kanun hazırlıklarına da gönderme yapılmıştır. 23 Mart tarihli Kanun’dan önce, evde kalma zorunluluğu kurallarına uymayanlara sadece para cezası (135 Euro) verilebilirdi. 23 Mart tarihli Kanun ile, yasal düzenleme yapmanın getirdiği bir imkan olarak, hapis cezasına kadar yeni ağır yaptırımlar öngörülebilmiştir. Tedbirleri ihlal edenlerin üç ihlalden sonra hapis cezası ile yargılanmasını düzenleyen bir kanun maddesi 23 Mart tarihli Kanun’da yer almaktadır. Kanun’un L3136-1 maddesine göre, 3131-15 ile 3131-17 maddeleri kapsamında alınan tedbirlerin ihlali para cezasına (135 Euro) tabidir. Ancak, otuz gün içerisinde üç defa ihlal edenler 6 aya kadar hapis, 3750 Euro para cezası ve kamu yararına çalışma cezası ile cezalandırılacaktır. Yine aynı kanun maddesine göre istimal kararına riayet etmeyenler 6 aya kadar hapis ve 10 000 Euro para cezası ile cezalandırılacaktır.

önünde bulundurularak doğuracağı sağlık risklerinin değerlendirilmesi⁷⁴¹.

Danıştay evde kalma zorunluluğunun genişletilmesini prensip olarak kabul etmeyerek sağlık çalışanlarının taleplerini tam karşılamadığı gibi istisnai hallerdeki muğlaklıkların giderilmesini isteyerek idareye de tam olarak hak vermemiştir⁴². Danıştay'ın bu kararına ilişkin önemli bir eleştiri, varoluş sebebi özgürlüklerin korunması olan usulün, evde kalma zorunluluğu tedbirinin daha sıkı uygulanmasına yol açmak suretiyle özgürlükleri daha da fazla sınırlandırılmak için kullanılmasıdır⁴³. Kararda ölçülülük ilkesine uygunluk bakımından yapılması gereken inceleme de etkin biçimde yapılmamıştır; bu inceleme yapılsa evdevn çıkma yasağı yerine temel hak ve özgürlükleri en az sınırlandıran en elverişli ve gerekli (maske kullanımı gibi alternatif) tedbirlerin göz önüne alınması söz konusu olacak ve Sendikanın taleplerinin tamamen reddi gündeme gelecektir⁴⁴. Bu karara karşı bir başka önemli eleştiri yargının idarenin yerine geçme eğilimi göstermesidir. Bu görüşe göre, Danıştay'ın idareden evden sağlık gerekçesiyle ve kısa süreli çıkışlar üzerine yeniden çalışmasını, açık pazarların faaliyetlerine devam etmesinin doğuracağı riskleri tekrar değerlendirmesini istemesi hukukilik denetiminin değil açık bir yerindelik denetiminin sonucudur⁴⁵. Oysa, yargısal emir müessesesinin kamu politikalarını belirlemek gibi bir görevi yoktur⁴⁶.

B. 23 Mart Sonrası Dönemde İdare Tarafından COVID-19 ile Mücadele Kapsamında Ulusal Düzeyde Alınan Tedbirlerin Hukuki Rejimi

23 Mart 2020 tarih ve 2020-290 sayılı COVID-19 Salgını ile Mücadele Olağanüstü Haline Dair Kanun ile Kamu Sağlığı Kanunu'na eklenen Sağlıkla İlgili Olağanüstü Hal rejimini tesis eden maddeler ile birlikte COVID-19 ile mücadele OHAL

⁴¹ Bu karardan bir gün sonra 23 Mart tarihinde Başbakan tarafından çıkarılan Kararname'de pazar yerlerinin kurulmasının yasaklanması ve evin yakınında kısa süreli dışarı çıkışların bir saat ile sınırlandırılmasında 22 Mart tarihli kararın etkisi olduğu görülmektedir. Danıştay'ın bu karardan bir gün sonra 23 Mart tarih ve 2020-293 sayılı Kararname çıkmıştır. Kararname'nin pazar yerlerinin, istisnai haller dışında, yasaklanmasını düzenleyen 8. maddesinin III. fıkrasının uygulanmasının durdurulması ve Pazar yerlerinin açılabilmesi için gerekli tedbirlerin alınması talebiyle Fransa Ulusal Pazarlar Federasyonu Danıştay'a başvurmuştur. Davacı, marketlerin açılmasına izin verilirken Pazar yerlerine izin verilmemesinin eşitlik ilkesine aykırı olduğu iddiasındadır. Danıştay hukuka aykırı olduğu iddia edilen fıkranın valilere istisnai olarak da olsa pazar yeri açılmasına izin verme yetkisi verdiğini hatırlatarak "*Davacı uygulanmasının durdurulmasını talep ettiği madde fıkrasının marketlerle pazarlar arasında eşitsizliğe sebep olduğunu iddia etse de iki türün durumu, kamu sağlığının korunması ve sağlık güvenliğini temin edici tedbirlere riayet edilmesi bakımlarından topografya (yer yüzeyi şartları), açılış-kapanış saatleri ve günleri, personel yoğunluğu gibi özellikler itibariyle farklıdır*" değerlendirmesi yapmak suretiyle başvuruyu reddetmiştir. CE, ord., 1^{er} avril 2020, Fédération nationale des marchés de France, n° 439762. <https://www.conseil-etat.fr/ressources/decisions-contentieuses/dernieres-decisions-importantes/conseil-d-etat-2-avril-2020-demande-de-reouverture-des-marches-alimentaires> Erişim Tarihi 11 Nisan 2020.

⁴² Touzeil-Divina Mathieu, 'Ni oui ni non, ni braves ni confinements totaux «en l'état» d'urgence sanitaire : l'ordonnance dilatoire du Conseil d'Etat' (2020) Journal du Droit Administratif (JDA) Actions & réactions au COVID-19 Article 281 <<http://www.journal-du-droit-administratif.fr/?p=3139>> Erişim Tarihi 28 Mart 2020.

⁴³ Jeanne de Gliniasty, 'La gestion de la pandémie par la puissance publique devant le Conseil d'État à l'aune de l'ordonnance de référé du 22 mars 2020' (2020) La Revue des droits de l'homme Actualités Droits-Libertés 1, 2 <<https://doi.org/10.4000/revdh.9447>> Erişim Tarihi 3 Haziran 2020.

⁴⁴ ibid 7.

⁴⁵ Pierre Delvolvé, 'Sur deux ordonnances de référé-liberté (22 mars 2020-18 mai 2020)' (2020) 4 Revue française de droit administratif 641, 648.

⁴⁶ Bernard Stim, 'Le référé et le virus' (2020) 4 Revue française de droit administratif 634, 636.

bağlamında yeni bir hukuki rejime kavuşmuştur. Öncelikle bu hukuki rejimin genel görünümünü incelenecek olup (1), devamında ise sağlıkla ilgili yeni OHAL rejiminin benzer hukuki rejimlerle farkları ortaya konularak özelliklerinin anlaşılması amaçlanmaktadır (2).

1. Genel Görünüm

Çalışmanın birinci bölümünde idarenin COVID-19 salgını ortaya çıktığı dönemdeki mevcut hukuki dayanaklar çerçevesinde COVID-19 ile mücadeleye yönelik kolluk tedbirleri aldığından bahsedilmiş olmakla birlikte yeni bir yasal dayanağa ihtiyaç duyulmuştur. Bu ihtiyacın sebeplerinin incelenmesi ve yasanın hazırlanış süreci konunun anlaşılabilmesi bakımından önem taşımaktadır (a). 23 Mart tarih ve 2020-290 sayılı COVID-19 Salgını ile Mücadele Olağanüstü Haline Dair Kanun bir yandan Kamu Sağlığı Kanunu'na maddeler eklemek suretiyle Sağlıkla İlgili OHAL rejimini tesis ederken diğer yandan COVID-19 ile mücadele için başka bazı yasal düzenlemelere yer vermiştir (b).

a. Yeni Bir Kanuni Düzenlemeye İhtiyaç Duyulması

i. İhtiyacın Sebepleri

Mevcut hukuki dayanaklara rağmen neden yeni bir kanun çıkarma ihtiyacı hissedildiği üzerinde durmak gerekmektedir. Kamu Sağlığı Kanunu'nun L3131-1 maddesi ve olağanüstü koşullar teorisi yerine farklı bir hukuki dayanak oluşturulmasına gerek olup olmadığı doktrinde tartışılmıştır. Kamu Sağlığı Kanunu'nun L3131-1 maddesi “*her türlü tedbir*” alınmasına imkan sağlaması itibariyle ölçülü biçimde uygulanmayı güvence altına alan bir hukuki çerçeveye sahip görünmemektedir⁴⁷. Ayrıca, 2007 yılında kabul edilmiş olan L3131-1 ve devamı maddelerdeki hukuki rejim henüz ülkeye girmemiş veya yeni girmiş salgın tehdidine karşı oluşturulmuş iken, ülke genelinde yayılma tehlikesi olan COVID-19 ile ortaya çıkan durumla mücadele için yeterli değildir⁴⁸.

Olağanüstü koşullar teorisi bakımından ise, bu teorinin yargı organlarınca idarenin işlemlerini sonradan (*a posteriori*) hukuka uygun hale getiren bir kriter olarak kullanıldığı, teorinin idarenin bir işlem yaparken önden (*a priori*) dayandığı bir gerekçe olarak kullanılma alışkanlığı olmadığı ifade edilmektedir⁴⁹. Dolayısıyla, istisnai

⁴⁷ Vincent Sizaire, 'Un colosse aux pieds d'argile' (2020) La Revue des droits de l'homme Actualités Droits-Libertés 1, 4 <<http://journals.openedition.org/revdh/8976>> Erişim Tarihi 30 Mart 2020.

⁴⁸ Didier Truchet, 'Avant L'état D'urgence Sanitaire: Premières Questions, Premières Réponses', (2020) 4 Revue française de droit administratif 597, 601.

⁴⁹ Didier Truchet, 'Covid 19: Point de Vue d'Un "Administrativiste Sanitaire"' (JP Blog, 27 mars 2020) <<http://blog.juspoliticum.com/2020/03/27/COVID-19-point-de-vue-dun-administrativiste-sanitaire-par-didier-truchet/>> Erişim Tarihi 31 Mart 2020.

durumlarda işlemleri sonradan hukuka uygun hale getiren bir teoriye dayanarak uzun vadede çok sayıda idari işlem tesis edilmesi sakıncalı görülmektedir⁵⁰.

Nitekim, 23 Mart tarih ve 2020-290 sayılı COVID-19 Salgını ile Mücadele Olağanüstü Haline Dair Kanun'un çıkarılmasının bu tarihten önceki işlemlerin hukuken sorunlu olduğunun bizzat ispatı olduğu ve söz konusu kanun ile adeta geçmişe etkili olarak işlemlerin hukuka uygun hale getirildiği ileri sürülmüştür⁵¹. Bu görüşe göre, sağlık alanı sınırlarını aşan şekilde neredeyse bütün temel hak ve özgürlüklerin Sağlık Bakanı tarafından normlar hiyerarşisinde aşağılarda yer alan bakanlık kararı şeklindeki idari işlemlerle sınırlandırılması hukuka uygun değildir⁵². Diğer yandan, konunun idarenin işleyişi bakımından da sakıncalı noktaları söz konusudur. Bütün bakanlıkları ilgilendiren konularda yürütmeyi temsil eden, bütün bakanlara emir verme yetkisine sahip Başbakan yerine bir bakanın bütün bakanlıkları ilgilendiren kararlar vermesi idarenin işleyişini olumsuz etkileyecek, idarenin insicamı, ahengi bozulabilecektir⁵³.

23 Mart tarihli 2020-290 sayılı COVID-19 Salgını ile Mücadele Olağanüstü Haline Dair Kanun'un gerekçe metninde, salgın dolayısıyla ortaya çıkan kriz yönetiminin üç ayı bulan sürede öğrettiklerinin ve tecrübenin kanunlara yansıtılmasının hem yasama hem de halk önünde şeffaflığın sağlanabilmesi için gerekli hale geldiği ifade edilmektedir⁵⁴. Kanun gerekçesi, yeni durumun yeni bir hukuka ihtiyaç olduğuna dikkat çekmektedir.

Mevcut hukuk kuralları daha önce öngörülebilmemiş veya tecrübe edilmiş konulara ilişkin olarak hazırlanmıştır. COVID-19, insanlığa bilmediği veya unuttuğu bir tecrübe sunmaktadır. O halde, bu yeni durumun yeni kuralları olmalıdır. Hukuk da kendisini bu yeni duruma göre yapılandırmalı, hukuk güvenliğini temin eden, etkin mücadelenin aktörlerini, yetkilerini ve sınırlarını netleştiren hızlı bir dönüşüme açık olmalıdır.

Olağanüstü koşullar teorisi de ancak bu dönüşüm gerçekleştirilene kadar başvurulabilecek –acil yardım düğmesi gibi– bir dayanaktır. Bu teorinin oluşumu sırasında Fransız Danıştay'ın adeta yasa koyucunun zımni rızası, yetkilendirmesi varmış gibi kabul ettiği ileri sürülmektedir⁵⁵. Bu görüşe göre, yasa koyucu az rastlanır, alışık olunmadık bu durumu önceden bilse zaten ona yönelik gerekli tedbirleri almak

⁵⁰ COVID-19 karşısında olağanüstü koşullar teorisinin uzun vadede kullanılmaya devam edilmemesinin altında Fransız idaresinin yazılı olmayan kurallara karşı güvensizlik duymasının ve aynı zamanda Fransa'da her yeni durum için yeni kanun yapmanın bir alışkanlık olmasının yattığı doktrinde ifade edilmektedir. Truchet, 'Avant l'état d'urgence sanitaire: premières questions, premières réponses' (n 45) 601.

⁵¹ Dominique Rousseau, 'Quand L'urgence Fait Mal au Droit' (2020) 4 AJ Collectivités Territoriales, 169, 169.

⁵² ibid 169.

⁵³ Truchet, 'Covid 19: Point de Vue d'Un "Administrativiste Sanitaire"' (n 49).

⁵⁴ <<http://www.senat.fr/leg/exposes-des-motifs/pjl19-376-expose.html>> Erişim Tarihi 15 Mayıs 2020.

⁵⁵ Plessix (n 23) 630.

konusunda kanuni düzenlemeleri yaptı. O yüzden, böyle daha önce rastlanmadık bir durum ortaya çıktığında adeta yasa koyucunun zımnı rızası, yetkilendirmesi olduğu varsayılmaktadır. Bunun bir sonucu olarak, yasa koyucu yeni durumu tecrübe ettiği, bu tecrübenin hukukunu oluşturabilir hale geldiği andan itibaren kanun yapımı yoluyla yeni durumun yeni hukuki altyapısını oluşturmak zorundadır. Bundan dolayı olağanüstü koşullar teorisinin uygulanması ancak geçici olarak kabul edilebilir⁵⁶. Aksi takdirde, bu tarz olağanüstü durumlarla karşılaşıldığında ilelebet hiçbir yasal dayanak olmadan olağanüstü koşullar teorisi ile veya mevcut (L3131-1 örneği gibi) yasal dayanak yetersiz bile olsa ona dayanarak işlemler yapılması söz konusu olur ki bu, hukuk güvenliği bakımından doğuracağı sakıncalar yanında temel hak ve özgürlüklerin kanuni dayanak olmaksızın sınırlandırılması gibi büyük hukuk ihlallerine yol açabilecektir.

ii. Kanuni Düzenleme Konusunda Benimsenen Yöntem

Yasal düzenleme yapılması yönünde bir irade ortaya çıkmakla birlikte bunun nasıl bir yöntemle yapılacağı önemli bir başka hususu oluşturmaktadır. Bu kapsamda; Kamu Sağlığı Kanunu L3131-1 maddesinde değişiklik yapılarak Sağlık Bakanı'na tanınan “*her türlü tedbir*” alma yetkisinin içeriğini ve sınırlarını tayin etmek, Başbakan'a yetki tanınacaksa bunun içeriğini yine L3131-1 maddesi içerisinde eklemeler yaparak belirlemek bir yöntemdir. Diğer bir yöntem ise, olağanüstü bu durum karşısında olağan dönem için öngörülmüş L3131-1 maddesinden farklı olarak bir olağanüstü hal rejimi tesis etmektir. Fransız Hükümeti bu ikinci yöntemi tercih etmiş ve bir kanun taslağı hazırlamıştır. Hükümet tarafından hazırlanan, tasarıya ilişkin etki raporunda yukarıda aktarılan bu yöntemler sıralandıktan sonra bu büyüklükteki sağlık krizlerine diğer daha küçük sağlık krizlerinden (L3131-1) farklı bir cevap üretilebilmesi için özgün bir düzenleme olarak olağanüstü hal rejimi tesis edilmesinin tercih edildiği açıklanmaktadır⁵⁷.

Bu noktada, bir başka alternatif yöntem olarak OHAL rejimine dair 3 Nisan 1955 tarih ve 55-385 sayılı Olağanüstü Hale Dair Kanun'a ek yapılması da gündeme getirilebilirdi ancak Hükümet'in ve yasama organının bunu gündemine almadığı anlaşılmaktadır. Fransız hukukunda olağanüstü hal yeni ortaya çıkmış bir rejim değildir. 3 Nisan 1955 tarih ve 55-385 sayılı Olağanüstü Hale Dair Kanun'un 1. maddesi ile kamu düzenine ağır şekilde zarar veren yakın tehlike halinde veya doğal afet durumlarında olağanüstü hal ilan edilebilme imkanı tanınmıştır. Kanun'un 2. maddesine göre OHAL, Bakanlar Kurulu'nda kararlaştırılan kararname ile on iki günlük süre için ilan edilebilir, on iki günün uzatılmasına ise ancak kanunla izin

⁵⁶ Olivier Gohin, 'L'état D'urgence Sanitaire (lois des 23 mars et 11 mai 2020)' (2020) 4 Revue française de droit administratif 604, 605.

⁵⁷ Etude d'Impact, Projet de loi d'urgence pour faire face à l'épidémie de COVID-19 (18 Mart 2020) (NOR: PRMX2007883L-Bleue 1) 19.

verilmesi mümkündür⁵⁸.Yasa koyucu 23 Mart tarihli Kanun ile yeni bir OHAL rejimi kurmak yerine 1955 tarihli Kanun'a küçük bir ekleme yaparak sağlıkla ilgili OHAL'in yolunu daha hızlı ve pratik biçimde açamaz mıydı sorusunun cevabını vermek gerekmektedir. Hatta 1955 tarihli Kanun'da doğal afet durumunda OHAL ilan edilebilmesinin sonuçları itibariyle bir afet olan COVID-19 salgınına kapsadığına ve 1955 tarihli Kanun'a dayanarak COVID-19 ile mücadele kapsamında OHAL ilanı için hukuken bir engel olmadığına dair görüşler de ortaya konmuştur⁵⁹. Bu görüşler neden bu yola başvurulmadığı sorusunu da akla getirmektedir. Her iki sorunun cevabı doktrinde açıklanmaktadır. 1955 tarihli Kanun kamu düzeninin ulusal güvenliğinin tehdit altında olması sebebiyle bozulması esasına dayanmakta olup; Kanun'un hükümleri teröristler ve toplumu kışkırtanlar düşünülerek öngörülmüş güvenlik tedbirlerinden oluşmaktadır⁶⁰. Bu yönüyle kanun sağlık felaketi ile ortaya çıkan yeni duruma uygun tedbirleri ihtiva etmediğinden 1955 tarihli Kanun'un 1. maddesine yapılacak küçük bir ekleme yeterli olmayacak, sağlıkla ilgili OHAL için detaylı bir bölüm eklemek gerekecektir⁶¹. 1955 tarihli Kanun'a böyle detaylı bir ekleme yapılması halinde ise, 2015-2017 döneminde terör olayları sebebiyle Fransa'da 1955 tarihli Kanun gereğince ilan edilen OHAL'in uygulanması sırasında kamuoyunda oluşan negatif tepkilerin yeniden canlanması istenmemiştir⁶². Bu sebeplerden dolayı 1955 tarihli Kanun'a ekleme yapılması yerine Kamu Sağlığı Kanunu'na ekleme yapılmasının tercih edildiği anlaşılmaktadır.

Yöntem konusunda son olarak 23 Mart tarihli Kanun ile tesis edilen OHAL rejiminin geçici mi yoksa sürekli mi olacağı üzerine eğilmek gerekir. Kanun taslağı görüşmeleri sırasında Fransız Senatosu'nda Yasama Komisyonu adına hazırlanan raporda, bu aşamada COVID-19 ile mücadeleyle ilgili sınırlı olmak üzere dar kapsamlı ve geçici yasal değişiklikler yapılması, COVID-19 salgını atlatılınca konu üzerinde baştan sona "*soğumuş halde*" düşünülerek ileride benzer durumlarda uygulanacak sürekli bir yasal altyapının oluşturulması tavsiye edilmiştir⁶³. Bir yönüyle Senato Yasama Komisyonu henüz kapsamlı yasal değişiklikler için yeterli tecrübenin oluşmadığını belirterek, geriye dönüp soğukkanlılıkla düşünülme imkanı ortaya çıkınca kapsamlı değişikliklerin yapılmasını daha doğru bulmuştur. Senato'nun bu yaklaşımı Millet Meclisi tarafından da kabul görmüş ve aşağıda ayrıntılı biçimde

⁵⁸ Bakanlar Kurulunda kararnamenin kararlaştırılması usulünde bakanlar Cumhurbaşkanlığı başkanlığında toplanmaktadır. Bu bir olağan dönem usulüdür. 23 Mart tarihli Kanun ile öngörülen Bakanlar Kurulunda kararnamenin kararlaştırılması usulü de aynı şekilde işlemektedir.

⁵⁹ Olivier Beaud ve Cécile Guérin-Bargues, 'L'état d'urgence Sanitaire: état-il judiciaire de créer un nouveau régime d'exception?' (2020) 16 *Recueil Dalloz* 891, 896; Truchet, 'Avant L'état D'urgence Sanitaire: premières réponses' (n 48) 601.

⁶⁰ Beaud ve Guérin-Bargues (n 59) 897; Gohin, (n 56) 605. Her iki makalede de vurgulandığı üzere 1955 tarihli Kanun'un çıkarılma sebebi Cezayir olaylarının bastırılmasıdır ve o yüzden Kanun'un içeriği de ona göre oluşturulmuştur. O yüzden doğal afet sebebiyle OHAL'in ihtiyaçlarını karşılayacak yeterli hükümler içermemektedir.

⁶¹ Beaud ve Guérin-Bargues (n 59) 897.

⁶² ibid.

⁶³ Philippe Bas, Rapor n° 381 (19 Mart 2020) 24.

incelenen 23 Mart 2020 tarih ve 2020-290 sayılı COVID-19 Salgını ile Mücadele Olağanüstü Haline Dair Kanun'un 7. maddesi ile OHAL rejimini düzenleyen kanun hükümlerinin 1 Nisan 2021 tarihine kadar uygulanacağı hükmüne yer verilmiştir. Bunun anlamı, 1 Nisan 2021'de sağlıkla ilgili OHAL rejimini düzenleyen kanun maddelerinin yürürlükten kalkacak olmasıdır. Böylece Fransız Senatosu'nda Yasama Komisyonu adına hazırlanan raporda savunulduğu gibi geçici bir rejim tesis edilmiş, bir yıllık tecrübenin ışığında daha sakin ve itidalli şekilde sağlıkla ilgili felaketlere ilişkin yasal altyapı üzerine yeniden düşünme imkanı sunulmuştur⁶⁴.

b. 23 Mart Tarihli Kanunla Öngörülen Yeni Olağanüstü Hal Rejimi

i. OHAL Rejimine İlişkin Temel Hükümler

23 Mart tarih ve 2020-290 sayılı COVID-19 Salgını ile Mücadele Olağanüstü Haline Dair Kanun ile Kamu Sağlığı Kanunu'na eklenen L3131-12 maddesine göre: *“Ana toprakların bir kısmı veya tamamında ve Anayasa'nın 73 ve 74. maddelerinde düzenlenen yerel yönetimler ile Yeni Kaledonya'da doğası ve ağırlığıyla toplum sağlığını tehlikeye sokan sağlık felaketi durumunda sağlıkla ilgili olağanüstü hal ilan edilebilir.”*

L3131-13 maddesinin 1. fıkrasına göre: *“Olağanüstü hal, sağlıktan sorumlu bakanın raporu üzerine bakanlar kurulunda kararlaştırılan kararname ile ilan edilir. Gerekçeli bu kararname, yürürlüğe ve uygulamaya gireceği coğrafi bölge veya bölgeleri belirler. Karara gerekçe olan sağlık durumuna ilişkin bilimsel veriler halka duyurulur”*. Aynı maddenin 3. fıkrasında ise olağanüstü halin bir ayı aşan biçimde uzatılmasına ancak kanunla izin verilebileceği ve öncesinde Bilim İnsanları Komitesi'nin görüşünün alınması gerektiği hükmüne yer verilmiştir.

L3131-15 maddesinde Başbakan'a kararname çıkarmak suretiyle tanınan düzenleyici işlem yapma yetkileri şöyle sıralanmıştır: İnsanların ve araçların dolaşımını kararname ile belirlenecek yer ve saatlerde yasaklayabilir veya sınırlandırabilir; ailevi veya sağlıkla ilgili ihtiyaçlar için zorunlu seyahatler saklı kalmak kaydıyla insanlara evden çıkmalarını yasaklayabilir; virüsten etkilenmiş⁶⁵ olma ihtimali olan kişiler hakkında karantina tedbirleri alabilir; virüsten etkilenmiş kişiler hakkında evinde izolasyon veya başka kurumlara yerleştirme tedbirleri alabilir; temel ihtiyaç maddeleri ve hizmetler temin edenler hariç halkın ağırlandığı ve toplandığı yerleri geçici olarak kapatabilir; kamusal alandaki toplanmaları sınırlandırabilir veya yasaklayabilir; sağlık felaketi ile mücadele için gerekli mal ve

⁶⁴ Jean-Eric Gicquel, 'COVID-19: crise sanitaire et crise des normes' (2020) 13 Recueil Dalloz 719, 720.

⁶⁵ Maddede geçen “etkilenmiş”, Dünya Sağlık Örgütü Uluslararası Sağlık Tüzüğü madde 1'deki tanıma gönderme yapmaktadır. Tüzük'te “etkilenmiş” şöyle tanımlanmaktadır: *“halk sağlığı riski oluşturabilecek şekilde enfekte olmuş ya da kontamine olmuş veya enfeksiyon ya da kontaminasyon kaynağı taşıyan kişiler, eşya, yük, konteynırlar, taşıtlar, mallar, posta paketleri veya insan cesedi”*.

hizmetler ile bu hizmetlerin işleyişi veya malların kullanımı için gerekli personelin istimaline karar verebilir; piyasadaki bazı ürünlerin fiyatlarında tespit edilen dalgalanmaları engellemek veya düzeltmek için bazı ürünlerin fiyatlarıyla ilgili geçici kontrol tedbirleri alabilir; ihtiyaç olması halinde sağlık felaketinin sona erdirilmesi için gereken ilaçların hastalara sağlanmasına olanak veren her türlü tedbiri alabilir. Konu bakımından detaylı bu 9 bentten sonra şöyle bir 10.bent eklenmiştir: Başbakan, “İhtiyaç olması halinde sadece bu Kanunun 3131-12. maddesinde belirtilen sağlıkla ilgili felaketin sona erdirilmesi amacıyla teşebbüs özgürlüğünü sınırlandırıcı **her türlü tedbiri kararname ile alabilir**”.

L3131-15 maddesinin son fıkrasında bütün bu tedbirlerin, “maruz kalınan sağlık riskiyle mutlak surette orantılı, zaman ve yer şartlarına elverişli olması” gerektiği hükmüne yer verilmiştir. Bu şekilde, L3131-1 maddesindeki ölçülülük ilkesinin bir benzeri düzenlenmiştir. Tedbirlerin, ihtiyaç ortadan kalktığı an kaldırılacağı da maddede düzenlenmiştir.

L3131-15 maddesinde Sağlıkla İlgili OHAL ilan edilmesi halinde alınabilecek tedbirlerin detaylı biçimde düzenlenmesi hukuk güvenliği bakımından olumlu bir gelişme olmakla birlikte 10.bentin bu güvenceyi zayıflattığı, hatta önceki 9 bentte sıralananları anlamsız hale getirdiği ileri sürülmektedir⁶⁶. Kanun hazırlık sürecinde Hükümet ile Senato arasında yaşananlar bu tespiti doğrular niteliktedir. Hükümet tasarısında detaylı biçimde hangi tedbirlerin alınabileceği yer almamıştır. Tasarı metninde Başbakan’a “gidiş-geliş, teşebbüs, toplanma özgürlüğünü sınırlandırıcı ve mal ile hizmet istimaline olanak sağlayan **her türlü genel tedbiri alma yetkisi**” verilmiştir⁶⁷. Hatta, tasarıdaki bir başka madde ile Sağlık Bakanı’na da aynı haklar bakımından “diğer her türlü genel ve bireysel tedbir alma yetkisi” verilmesi öngörülmüştür⁶⁸. Senato Yasama Komisyonu’nda ve Genel Kurul’da bu hükümlerin muğlak olduğu dile getirilerek Başbakan’ın yetkileri bakımından detaylı düzenleme yapılması hususunda ısrar edilmiştir⁶⁹. Hükümet, buna karşı çıksa da Senato’da çoğunluğu elinde bulundurmadığı için kabul etmek zorunda kalmış ve söz konusu madde Senato’nun isteği doğrultusunda değiştirilmiştir. Ancak, tasarının Senato’dan sonra gönderildiği Millet Meclisi’nde Genel Kurul görüşmeleri sırasında verilen bir değişiklik teklifi ile teşebbüs özgürlüğü bakımından yukarıda belirtilen 10.bent maddeye eklenmiştir⁷⁰. Kanuna ilişkin bu tarz eleştirilere rağmen, unutulmakta

⁶⁶ Paul Cassia, ‘L’état d’Urgence Sanitaire: Remède, Placebo ou Venin Juridique?’ (Mediapart, 24 mars 2020) <<https://blogs.mediapart.fr/paul-cassia/blog/230320/l-etat-d-urgence-sanitaire-remede-placebo-ou-venin-juridique>> Erişim Tarihi 27 Mart 2020.

⁶⁷ Tasarı maddesi L3131-23. Projet de Loi, n° 376, présenté par Edouard Philippe, Premier ministre (18 mars 2020).

⁶⁸ Tasarı maddesi L3131-24. Projet de Loi, n° 376, présenté par Edouard Philippe, Premier ministre (18 mars 2020).

⁶⁹ Bas (n 63) 25.

⁷⁰ Amendement n° 184 (21 mars 2020).

olan özgürlüklerin Anayasa 34. madde⁷¹ gereğince kanun ile sınırlandırılabilceği kuralının hatırlanması ve bu doğrultuda hak ve özgürlükleri sınırlandırmak için kanun yapılması önemli bulunmaktadır⁷².

Başbakan dışında Sağlık Bakanı'nın OHAL rejimi sırasında ne gibi yetkileri olduğu üzerinde de durmak gerekmektedir. Üstteki paragrafta belirtildiği üzere tasarıda yer alan bakana genel tedbir alma yetkisi verilmesine ilişkin düzenleme metinden çıkarılmış ve L3131-16 maddesi ile bakana, sağlık felaketini sonlandırmak amacıyla sağlık teşkilatının organizasyon ve işleyişine dair her türlü düzenleyici tedbiri alma yetkisi tanınmıştır. Aynı madde ile Başbakan'ın L3131-15 maddesi kapsamında aldığı düzenleyici kolluk işlemlerinin uygulanması için bireysel tedbirler alma yetkisi de bakana verilmiştir. Bakanın alacağı bireysel tedbirler, Başbakan'ın aldığı genel tedbirler gibi, maruz kalınan sağlık riskiyle mutlak surette orantılı, zaman ve yer şartları bakımından elverişli olmak zorundadır. Ayrıca, Başbakan L3131-15 maddesi ve Sağlık Bakanı L3131-16 maddesi kapsamında genel işlemler yaparlarken, yer bakımından yetkili devlet tüzel kişiliği temsilcisini (vali) bu işlemlerin uygulanması amacıyla genel ve bireysel tedbirler almak üzere de yetkilendirebileceklerdir (L3131-17). Sağlık Bakanı için 23 Mart öncesi alınan tedbirlerin temel hukuki dayanağı olan L3131-1 maddesinin 1. fıkrasına da bir cümle eklenmiştir. OHAL'in sona ermesi, her zaman sağlık tehdidinin tamamen ortadan kalkması anlamına gelmeyeceğinden Sağlık Bakanı'nın, OHAL'i gerektiren sağlık felaketi sona erse bile, ağır tehdit sürüyorsa L3131-1 maddesindeki yetkilerini kullanmaya devam edebileceği tereddüde mahal bırakmamak adına açıkça düzenlenmiştir.

ii. Bilim İnsanları Komitesi

12 Mart günü Cumhurbaşkanlığı bünyesinde kurulan Bilim Konseyi'nin hukuki rejimindeki belirsizliği gidermek ve kapsamlı bir düzenleme yapmak amacıyla 23 Mart tarihli Kanun'da Bilim İnsanları Komitesi adında bir kurul oluşturulması, kurulun yapısı ve işlevine dair kapsamlı hükümlere yer verilmiştir. 23 Mart tarih ve 2020-290 sayılı COVID-19 Salgını ile Mücadele Olağanüstü Haline Dair Kanun ile Kamu Sağlığı Kanunu'na eklenen L3131-19 maddesine göre: *“Sağlıkla ilgili olağanüstü hal ilan edilmesi halinde, hemen bir bilim insanları komitesi oluşturulur. Komite başkanı Cumhurbaşkanı kararnamesi ile atanır. Komite, Meclis ve Senato başkanlarının atadığı birer üye yanında (Başbakanca çıkarılan) kararname ile atanan alanında temayüz etmiş kişilerden oluşur. Komite, sağlık felaketinin durumu, ilgili bilimsel veriler ve L3131-15 ila L3131-17 maddelerinde düzenlenenler de dahil felaketi ortadan kaldırmaya gerekli tedbirleri ve uygulanma sürelerini içeren görüşleri periyodik olarak oluşturur. Bunlar gecikmeksizin halka duyurulur. Sağlıkla ilgili olağanüstü hal sona erince komitenin görevi de sona erer”*.

⁷¹ Fransa Anayasası 34. maddesi: *“Kanun, şu konulardaki kuralları belirler: Medeni haklar, kamu özgürlüklerinin kullanımı amacıyla vatandaşlara tanınan temel güvenceler; (...)”*.

⁷² Olivier Renaudie, ‘La Police Administrative Aux Temps Du Coronavirus’ (2020) 30 AJDA 1704, 1709.

Maddede komite üyelerinin sayısı, nitelikleri, hangi bilim dallarından olacağı gibi hususlara yer verilmemiştir. 3 Nisan tarihli Kararnameler ile Komite'nin üyeleri ve Başkanı atanmıştır⁷³. Kararnamelerdeki isimler 12 Mart tarihinde Cumhurbaşkanlığı nezdinde toplanan isimler ile aynıdır. Sadece Meclis ve Senato Başkanlarının atadığı birer yeni isim Komite'ye dahil olmuştur. Bugün itibariyle Komite, Başkan ve 14 üyeden oluşmaktadır. Üyeleri ağırlıkla tıpçı olmakla birlikte antropolog, sosyolog ve bilişim uzmanı üyeler de vardır.

L3131-13 maddesi izah edilirken değinildiği üzere, bir ayı geçen durumlarda OHAL'in kanunla uzatılması öncesinde mutlaka Komite'nin görüşünün alınması zorunluluğu ve Komite'nin OHAL süresince periyodik raporlar hazırlaması öngörülmüş olup; bunlar Komite'nin OHAL rejimindeki asli ve sürekli görevleridir. 23 Mart tarihli Kanunla Komite'ye bunların dışında dönemsel, geçici bir görev de verilmiştir. Bu görev, tam da COVID-19'un yayılma eğilimine girdiği günlerde, 15 Mart tarihinde, yapılan yerel seçimlerin ilk turundan sonra 22 Mart'ta yapılması gereken ikinci turun ileri bir tarihe ertelenmesi ile ilgilidir. 23 Mart tarih ve 2020-290 sayılı COVID-19 Salgını ile Mücadele Olağanüstü Haline Dair Kanun'un 19. maddesi ile yerel seçimlerin ikinci turu en geç Haziran 2020'de yapılmak üzere ertelenmiştir⁷⁴. Madde hükmüne göre ikinci turun kesin tarihi en geç 27 Mayıs tarihine kadar Bakanlar Kurulu'nda kararlaştırılan Kararname ile belirlenecektir. Bu belirleme, sağlık şartları elvermesi halinde yapılabilecektir ve karar verilirken Bilim İnsanları Komitesi'nin analizi göz önünde bulundurulacaktır. Komite ayrıca, ilk turda seçilen belediye meclis üyelerinin kendi aralarından başkanı belirleyecekleri seçim toplantılarına dair sağlık risklerini ve alınması gereken tedbirleri de inceleyecektir. Bilim İnsanları Komitesi'ne COVID-19 ile mücadele sürecinde oldukça önemli bir rol biçildiğini bu örnek de göstermektedir. Yerel seçimlerin ikinci turu Bilim İnsanları Komitesi'nin görüşü de alınarak 28 Haziran 2020 tarihinde gerçekleştirilmiştir.

iii. Hükümete tanınan “*Ordonnance*” Çıkarma Yetkisi

23 Mart tarih ve 2020-290 sayılı COVID-19 Salgını ile Mücadele Olağanüstü Haline Dair Kanun'da Kamu Sağlığı Kanunu'na eklenen Sağlıkla İlgili OHAL rejimini düzenleyen maddeler dışında, COVID-19 ile mücadele sürecine ilişkin tesis edilen başka maddeler de vardır. Bu kapsamda yukarıda bahsedilen yerel seçimlerle ilgili madde yanında en dikkat çeken madde Kanun'un 11. maddesidir. Bu madde ile

⁷³ 3 Nisan 2020 tarihli Kararname (NOR: SSAX2008862D, JORF n 0082, 4 avril 2020); 3 Nisan 2020 tarihli Kararname (NOR: SSAX2008867D, JORF n°0082, 4 avril 2020).

⁷⁴ Görüldüğü üzere Kanun'un tarihi 23 Mart ancak ertelenen ikinci turun tarihi 22 Mart'tır. Seçim Kanunu'nun 56. maddesine göre ilk turda sonuçlanmayan seçimlerin ikinci turunun, birinci turdan sonraki Pazar günü yapılması gerekmektedir. Oysa, 17 Mart tarihinde ilk erteleme kararı kararname ile yapılmış, sonra da 23 Mart tarihli Kanun'da ertelemeyle ilişkin hükme yer verilmiştir. Anayasa hukuku bakımından tartışma doğuran bir konudur. Fransa Anayasa Konseyi, 23 Mart tarihli Kanun'un yerel seçimlerin ikinci turunun ertelenmesine dair hükümlerini Anayasa'ya uygun bulmuştur. CC, Décision n° 2020-849 QPC du 17 juin 2020 <https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/decisions/2020849qpc/2020849qpc.pdf> Erişim Tarihi 20 Haziran 2020.

Hükümet'e “*ordonnance*” (ordonans) çıkarma yetkisi verilmektedir. Fikir vermesi bakımından Türkiye'deki olağan dönem KHK rejimine benzediği söylenebilecek “*ordonnance*”, Fransız Anayasası'nın 38. maddesinde düzenlenmiştir ve normalde kanun alanına giren konularda Parlamento'nun⁷⁵ izniyle hükümete sınırlı bir süre için tanınan yetkidir⁷⁶. Fransa'da olağanüstü hollere özgü bir KHK rejimi yoktur.

COVID-19 ile mücadele kapsamında 23 Mart tarihli Kanun'un 11. maddesi ile hükümete üç ay süreyle “*ordonnance*” çıkarma yetkisi tanınmıştır. Bu kapsamda Hükümet'e; ekonomik yardımlar, (kamu-özel) çalışma hayatı ve sosyal güvenlik uygulamaları, özel hukuk sözleşmelerinde tarafların yükümlülükleri, kamu ihale sözleşmeleri ; su, elektrik, gaz faturaları ; idari başvuru usul ve süreleri ; yargılama usul ve süreleri ; tutukluluk sürelerinin uzatılması ; cezaevi kuralları ; yükseköğrenime giriş ve diplomalar gibi konularda “*ordonnance*” ile düzenleme yapma yetkisi tanınmıştır. Söz konusu 11. madde dört sayfayı aşan çok detaylı bir yetkilendirme maddesidir. 23 Mart tarih ve 2020-290 sayılı COVID-19 Salgını ile Mücadele Olağanüstü Haline Dair Kanun'da Kamu Sağlığı Kanunu'na eklemeler yapmak suretiyle Sağlıkla İlgili OHAL rejimini tesis eden L3131-12 ve devamı maddeler yanında yerel seçimlerin ikinci turuna, Hükümet'e “*ordonnance*” çıkarma yetkisine ilişkin geçici, dönemsel maddelere yer verilmesi; COVID-19 ile mücadele yasal altyapısının torba bir rejime benzediği izlenimi vermektedir.

2. Yeni OHAL Rejiminin Özellikleri

İlk olarak, yukarıda genel görünümünü incelenen sağlıkla İlgili OHAL rejiminin özelliklerini anlayabilmek adına benzer rejimlerle karşılaştırması yapılarak bu yeni hukuki rejimin kolluk yetkileri üzerindeki etkisi incelenecektir **(a)**. Devamında ise, Sağlıkla İlgili OHAL'in ilan edilmesiyle birlikte 23 Mart tarihinde çıkarılan 2020-293 sayılı Başbakan Kararnamesi'nin evde kalma zorunluluğunu düzenleyen 3. maddesine karşı açılan davalara ilişkin Danıştay kararları ortaya konulacaktır **(b)**.

⁷⁵ İkili meclis yapısı olan Fransa'da Parlamento tabiri, Millet Meclisi ve Senato'yu birlikte ifade etmek için kullanılmaktadır.

⁷⁶ Louis Favoreu, Patrick Gaïa, Richard Ghevontian Jean-Louis Mestre, Otto Pfersmann, André Roux, Guy Scoffoni, *Droit constitutionnel*, 2014 (16.Bası Dalloz 2014) 858.

a. Sağlıkla İlgili OHAL'in Benzer Rejimlerden Farkları

i. Sağlıkla İlgili OHAL Rejiminin 55-385 sayılı Olağanüstü Hale Dair Kanun'da düzenlenen OHAL Rejiminden Farkları

İlk fark rejimlerin sebep ve konusuna ilişkindir. Çalışmada daha önce bahsedildiği üzere 3 Nisan 1955 tarih ve 55-385 sayılı Olağanüstü Hale Dair Kanun'da düzenlenen OHAL rejiminin kamu düzenine ağır şekilde zarar veren yakın tehlike halinde veya doğal afet durumlarında; 23 Mart tarih ve 2020-290 sayılı COVID-19 Salgını ile Mücadele Olağanüstü Haline Dair Kanun ile Kamu Sağlığı Kanun'a eklenen Sağlıkla İlgili OHAL rejiminin ise doğası ve ağırlığıyla toplum sağlığını tehlikeye sokan sağlık felaketi durumunda ilan edilebilmektedir.

İkinci olarak, süre ve uzatım usulü farkı dikkat çekmektedir. 55-385 sayılı Olağanüstü Hale Dair Kanun'da düzenlenen OHAL kararname ile on iki güne kadar ilan edilebilirken, Sağlıkla İlgili OHAL bir aya kadar ilan edilebilmektedir. Ayrıca, usul bakımından Sağlıkla İlgili OHAL'de süre uzatımı öncesinde Bilim İnsanları Komitesi'nin görüşünün alınması gerekmekte olup; 55-385 sayılı Olağanüstü Hale Dair Kanun'da düzenlenen OHAL rejiminde ise görüş alma usulü bulunmamaktadır. Diğer OHAL rejimi on iki gün ile sınırlandırılırken; Sağlıkla İlgili OHAL ilan süresinin bir aya kadar olması aslında hükümetin tasarısında yer alan bir husus değildir. Tasarıda diğer OHAL rejimi gibi on iki günlük süre öngörülmüştür. Sürenin bir aya kadar ilan edilebilmesi değişikliği Danıştay'ın önerisi ile yapılmıştır. Görüşü sorulmak üzere Kanun tasarısı önüne gelen Danıştay, sağlık felaketinin doğası gereğince on iki günden daha uzun süreli bir OHAL ilanı gerektirdiği görüşünü hükümete iletmış ve bu görüş doğrultusunda tasarıda değişiklik yapılmıştır⁷⁷. Diğer OHAL rejimi ile Sağlıkla İlgili OHAL rejimi arasında süre bakımından neye dayanarak ayırım yapıldığının tam anlaşılmadığı ifade edilerek Danıştay önerisi eleştirilmiştir⁷⁸.

Bu noktada, hali hazırda 23 Mart tarihinde ilan edilmiş Sağlıkla İlgili OHAL'in Kamu Sağlığı Kanunu L3131-13 maddesinde öngörülen Bakanlar Kurulu'nda kararlaştırılan kararname ile ilan usulü ile değil, doğrudan kanun maddesi ile⁷⁹ ve iki ay olarak ilan edildiğini belirtmek gerekir.

⁷⁷ Conseil d'Etat, Avis Sur Un Projet de Loi d'Urgence Pour Faire Face à l'épidémie de COVID-19, n° 399873 (18 Mart 2020) (NOR: PRMX2007883L) 4. Danıştay'ın tasarılarla ilgili görüşünün alınması zorunludur ancak görüşe uyulması zorunlu değildir (Fransa Anayasası m.39/2; İdari Yargı Kanunu L112-1 maddesi).

⁷⁸ Stéphanie Renard, 'L'Etat d'Urgence Sanitaire: Droit d'Exception et Exceptions au Droit' (2020) chron. n°13 RDLF 1, 2 <<http://www.revuedf.com/droit-administratif/letat-durgence-sanitaire-droit-dexception-et-exceptions-au-droit/>> Erişim Tarihi 5 Nisan 2020.

⁷⁹ 23 Mart tarih ve 2020-290 sayılı COVID-19 Salgını ile Mücadele Olağanüstü Haline Dair Kanun'un 4. maddesi.

ii. Sağlıkla İlgili OHAL Rejiminin Kamu Sağlığı Kanunu L3131-1 maddesinde Öngörülen Olağan Dönem Rejiminden Farkları

Sağlıkla İlgili OHAL rejimi ile 55-385 sayılı Olağanüstü Hale Dair Kanun'da düzenlenen OHAL rejimi arasındaki farkları kısaca ifade ettikten sonra 23 Mart tarihine kadar alınan idari kararların yasal dayanağı olan Kamu Sağlığı Kanunu L3131-1 maddesi ile Sağlıkla İlgili OHAL rejimini düzenleyen aynı Kanun'un L3131-12 ve devamı maddeleri arasındaki farklılara eğilmek faydalı olacaktır. L3131-1 maddesinde öngörülen rejimin bir olağan dönem rejimi olduğu, L3131-12 ve devamı maddelerinde öngörülen yeni rejimin ise bir olağanüstü hal rejimi olduğu bilgisini tekrarlayarak bir nevi olağan dönem – olağanüstü dönem rejim farklarının incelendiğini belirtmekte fayda vardır.

L3131-1 maddesi “*ağır sağlık tehdidi*” durumunda uygulama alanı bulurken, tehdidin “*sağlık felaketi*” boyutuna ulaşmış olması halinde OHAL ilan edilebilecektir. Bir derecelendirme yapılarak krizin büyüklüğüne göre uygulanacak kolluk rejimi de genişletilmektedir⁸⁰. Ortadaki durum tehdit olmayı aşmış, artık toplumsal felaket yaşanması bariz bir hal almış ise bu durum karşısında daha ağır tedbirlerin alınması gerekeceğinden olağan rejimi aşan bir düzene geçilmesi öngörülmüştür⁸¹. Sağlıkla ilgili OHAL'in 1955 tarihli Kanun'da değil de Kamu Sağlığı Kanunu'nda düzenlenmesi, bu derecelendirmenin görülmesini kolaylaştırmaktadır⁸².

İki rejim arasındaki diğer önemli farklar alınacak tedbirlere ilişkindir. Değiniilmesi gereken ilk fark; düzenleyici kolluk işlemlerini kimin yapabileceği hususundadır. Kamu Sağlığı Kanunu L3131-1 maddesinde tedbir alma yetkisi “karar” almak suretiyle kullanılmak üzere “Sağlık Bakanı”na verilmişken; Sağlıkla İlgili OHAL ilan edilmesi halinde tedbir alma yetkisi L3131-15 maddesi ile “kararname” çıkarmak suretiyle kullanılmak üzere “Başbakan”a verilmiştir. 23 Mart öncesi dönem uygulamasında Sağlık Bakanı'nın bütün bakanlıkları ilgilendiren konularda kararlar almasının idarenin insicamına, ahengine olumsuz etkileri olabileceğine dair çalışmanın birinci bölümünde belirtilen görüş⁸³ hatırlandığında neden Başbakan'ın yetkilendirildiği anlaşılmaktadır. Böylece, hem idari işleyişin normal akışına ve mantığına uygun şekilde bütün hükümeti ilgilendiren konularda olması gerektiği gibi Başbakan düzeyinde kararlar alınması sağlanmış hem de sahada salgın ile mücadelede aktif rol üstlenen Sağlık Bakanı ve bakanlık teşkilatı bürokratik bir yükten kurtarılmıştır⁸⁴. Bunun yanında, konunun sağlığı ilgilendirmesi sebebiyle Sağlık Bakanlığı'nın alan uzmanlığı da göz önünde bulundurularak Başbakan'ın düzenleyici kolluk işlemlerini

⁸⁰ Renard, (n 78) 4.

⁸¹ Conseil d'Etat (n 77) 4.

⁸² Arnaud Lami ve Frédéric Lombard, 'L'articulation des polices sanitaires depuis la loi n°2020-293 du 23 mars 2020' (2020) 6 AJ Collectivités Territoriales 291, 292.

⁸³ (n 53).

⁸⁴ Truchet, 'Covid 19: Point de Vue d'Un "Administrativiste Sanitaire"' (n 49).

Sağlık Bakanı'nın raporunu aldıktan sonra yapabileceği L3131-15 maddesinde düzenlenmiştir. Ayrıca, OHAL rejiminde Bilim İnsanları Komitesi'ne tedbirlerin oluşumu sırasında görüş bildirme rolü verilmişken olağan dönem rejiminde bu veya benzeri bir danışma heyetine görev verilmemiştir.

İki rejim arasındaki tedbirlere ilişkin ikinci fark tedbirlerin kapsamına yöneliktir. Kamu Sağlığı Kanunu L3131-1 maddesinde Sağlık Bakanı'nın "*her türlü tedbire*" karar verebileceği düzenlenmişken, L3131-15 maddesinde Başbakan tarafından alınabilecek tedbirler tek tek sıralanmıştır.

iii. 23 Mart Tarihli Kanun ile OHAL Rejiminde Başbakan'a Tanınan Kolluk Yetkisinin 23 Mart Öncesi Kolluk Yetkisine Göre Farkı

Sağlıkla İlgili OHAL rejimi kapsamında Başbakan'a tanınan kolluk yetkisinin bir sonucu ve olağan döneme göre farkı genel (idari) kolluk – özel (idari) kolluk bağlamında ortaya çıkmıştır. Başbakan'ın 23 Mart öncesindeki düzenleyici kolluk işlemleri genel kolluk yetkisinden doğmaktadır. Başbakan, hem çalışmanın ilk bölümünde bahsedilen 1919 tarihli Danıştay kararı *Labonne* hem de Anayasa m. 37 çerçevesinde genel kolluk yetkisine sahiptir⁸⁵. Başbakan'ın 23 Mart öncesi, olağanüstü koşullar teorisi çerçevesinde çıkardığı kararnameler bu genel kolluk yetkisinin ürünüdür⁸⁶. 23 Mart tarihli Kanun ile birlikte, Sağlıkla İlgili OHAL rejiminin L3131-15 maddesi ile Başbakan'a tanınmış olan düzenleyici kolluk işlemleri yapma yetkisi ise bir özel kolluk yetkisidir ve Başbakan'ın kolluk tedbirlerine ilişkin kararname şeklindeki genel düzenleyici işlemleri özel kolluk yetkisinin kullanımıdır. 23 Mart öncesi L3131-1 maddesi kapsamında Sağlık Bakanı'nın aldığı tedbirler de özel kolluk yetkisi olarak kabul edilmekle birlikte 23 Mart tarihli Kanun'un L3131-15 maddesi ile getirdiği yenilik Başbakan bakımındandır⁸⁷. Danıştay da 23 Mart sonrası dönemde verdiği kararlarında sağlıkla ilgili OHAL rejiminin bir özel kolluk rejimi olduğu ve bu kapsamda Başbakan'ın özel kolluk yetkisi kullandığını açıkça ortaya koymuştur: "*Yasa koyucu L.3131-15 ila 3131-17 maddelerinde sağlıkla ilgili OHAL kapsamında sağlık felaketine son vermek amacıyla genel ve bireysel tedbirler almak suretiyle devlet tüzel kişiliği makamlarına özel kolluk yetkisi tanımıştır*"⁸⁸.

⁸⁵ 1958 tarihli Anayasa'nın 21. maddesinde Başbakan'a açıkça genel düzenleyici işlem yapma yetkisi tanınması, 37. maddede ise 34. maddede sayılan kanun ile düzenlenmesi gereken konular dışında kalan bütün konularda genel düzenleyici işlem yapılabileceği hükümleri sonrasında Başbakan'ın *Labonne* kararı ile kabul edilen kanuni dayanak olmaksızın genel kolluk tedbirleri alabileceğine dair yetkinin artık anayasal dayanak kazandığı ifade edilmektedir (Guy Braibant, *Le droit administratif Français* (Daloz 1984) 215). Buna karşın, hem Danıştay hem de Anayasa Konseyi 1958 Anayasası sonrası kararlarında *Labonne* kararından alıntı yaptığımız formülü tekrar eden anlayışa yer vermektedirler (Ayrıntılı bilgi için bakınız Chapus, (n 2) 674-677).

⁸⁶ Gilles Le Chatelier, 'Les pouvoirs de police de maire aux temps du COVID-19' (2020) 5 AJ Collectivités Territoriales 250, 251.

⁸⁷ Renaudie, (n 72) 1705.

⁸⁸ CE, ord., 17 avril 2020, *Commune de Sceaux*, n° 440057. <https://www.conseil-etat.fr/ressources/decisions-contentieuses/dernieres-decisions-importantes/conseil-d-etat-17-avril-2020-port-d-un-masque-de-protection-commune-de-de-sceaux>. Erişim Tarihi 19 Nisan 2020.

Sağlıkla ilgili OHAL rejiminde Başbakan'a özel kolluk yetkisi tanınmasının yerel yönetimlerin genel kolluk yetkisi üzerinde sonuçları olmuştur. Yerel Yönetimler Genel Kanunu'nun⁸⁹ L2212-1 maddesinde belediye başkanının yerel bir genel kolluk yetkisine sahip olduğu belirtildikten sonra L2212-2 maddesinde kamu düzeninin, genel güvenlik, genel sağlık ve dirlik esenliğin sağlanmasının bu genel kolluk yetkisinin amacı olduğu ifade edilmektedir. Bu kapsamda belediye başkanı salgın ve bulaşıcı hastalıkların önlenmesi ve yayılmasının önüne geçmek için gerekli tedbirleri almakla yükümlüdür⁹⁰. Ulusal düzeyde bir özel kolluk yetkisi ile yerel düzeyde bir genel kolluk yetkisi karşı karşıya geldiğinde kural olarak ulusal düzeydeki özel kolluk yetkisinin üstünlüğü kabul edilmekle birlikte; bu durum genel kolluk yetkisinin kullanımına engel değildir⁹¹. Ayrıca, yerel şartların gerektirmesi halinde ulusal düzeyde belirlenen özel kolluk tedbirinden daha sınırlandırıcı bir kolluk tedbirinin belediye başkanı tarafından genel kolluk yetkisi çerçevesinde alınabileceği kabul edilmektedir⁹². Buna karşın, Danıştay'ın 2000'li yıllardan itibaren bu içtihadını geliştirdiği ve sıradan yerel koşulları yeterli görmeyerek ancak yerel düzeyde açık ve ağır bir tehlike halinde belediye başkanının genel kolluk yetkisini kullanabileceğini kabul etmeye başladığı ifade edilmektedir⁹³.

COVID-19 salgınının ortaya çıkması ile birlikte Fransa'da bazı belediye başkanları salgının yayılması ile mücadele kapsamında genel kolluk yetkilerine başvurmuşlardır. Sceaux Belediye Başkanı da, ülke genelinde alınmış böyle bir karar olmamakla birlikte, belediye sınırları içerisinde 10 yaşından büyük herkesin ağız ve burnunu kapayarak dışarıya çıkabileceği yönünde bir karar almıştır. Bu karara karşı référé-liberté usulüyle Danıştay'a başvurulmuştur. Danıştay Belediye Başkanı'nın kararının hukuka aykırı olduğuna karar vererek genel kolluk yetkisini kullanımının çerçevesini şu şekilde çizmiştir: *“COVID-19 salgını ile mücadele kapsamında sağlıkla ilgili OHAL ilan edildiği durumda Belediye Başkanı'nın (L2212-1 ve L2212-2 maddelerinden doğan) genel kolluk yetkisini bu salgınla mücadele için tedbirler alarak kullanımı iki şarta bağlıdır: Yeni bir tedbir almayı zorunlu kılan yerel koşulların varlığı ve alınacak tedbirlerin devlet tüzel kişiliği makamlarınca özel kolluk yetkisi çerçevesinde alınmış tedbirlerin insicamını⁹⁴ ve etkinliğini bozmaması.”*

Danıştay'ın bu kararı ile yerel koşullar şartının yanına yeni bir şart daha ekleyerek belediye başkanlarının sahip olduğu genel kolluk yetkisini sınırlandırdığı görülmekle

⁸⁹ Code kavramı konusunda yapılan açıklama Yerel Yönetimler Genel Kanunu (Kodu) için de geçerlidir (n 5).

⁹⁰ L2212-2- 5°.

⁹¹ Chapus (n 2) 721.

⁹² CE, 18 décembre 1959, Société “Les Films Lutetia” et syndicat français des producteurs et exportateurs de films in Long, Weil, Braibant, Delvolvé ve Genevois (n 24) 476-484.

⁹³ Didier Truchet, ‘Les concours de police’ in Charles Vautrot-Schwarz (ed), *La police administrative* (PUF 2014) 146. Yazarın verdiği örnek kararlar: CE, 29 septembre 2003, *Houillères du bassin de Lorraine*; CE, 2 décembre 2009, *Commune de Rachecourt-sur-Marne*; CE, 14 novembre 2011, *Min santé et des sports c. Commune de Rodez*.

⁹⁴ Bunun ahenk, tutarlılık olarak okunması da mümkündür.

birlikte Danıştay'ın bu şartı artık belediye başkanlarının ulusal düzeyde bir özel kolluk yanında genel kolluk yetkisi kullandığı her durumda mı arayacağı yoksa bunun sağlıkla ilgili OHAL rejimine özgü bir yorum mu olduğunu zaman gösterecektir.

b. Sağlıkla İlgili OHAL Kapsamında Başbakan Tarafından Çıkarılan Kararnamenin Evde Kalma Zorunluluğu Konulu 3. maddesine İlişkin Danıştay Kararları

i. 23 Mart tarih ve 2020-293 sayılı Başbakan Kararnamesi

23 Mart tarihli Kanun çıkar çıkmaz, Kamu Sağlığı Kanunu L3131-15 maddesine dayanarak Başbakan tarafından yayımlanan 2020-293 sayılı Kararname'den de kısaca bahsetmek gerekmektedir⁹⁵. Bu kararnamede, 23 Mart öncesi dönemde 14 Mart tarihli Sağlık Bakanı Kararıyla ve 16 Mart tarih ve 2020-260 sayılı Başbakan Kararnamesi ile alınan tedbirlerin biraz daha detaylandırılarak büyük ölçüde tekrar edildiği görülmektedir. Çalışmada incelediğimiz yargı kararları bakımından söz konusu Kararname'nin evde kalma zorunluluğuna ilişkin 3. maddesi 16 Mart tarihli Kararname'nin 1. maddesi ile ufak değişiklikler haricinde aynıdır⁹⁶. İki kararname hükmü arasındaki en önemli fark 16 Mart tarihli Kararname'de izin verilen evin yakınında fiziksel aktivite amaçlı kısa süreli dışarı çıkışların 23 Mart tarihli Kararname'de bir saat süre ve evin bir kilometre etrafında olmak şartları ile sınırlandırılmasıdır. Ayrıca, sağlık gerekçeli evden çıkışlara verilen izin uzaktan muayenenin mümkün olduğu durumlar için kaldırılmıştır.

23 Mart tarihli Kanun ile aynı gün çıkarılan Kararname, bazı değişikliklerle, bu çalışmanın kronolojik olarak sınırını oluşturan 11 Mayıs tarihine kadar COVID-19 ile mücadele kapsamında alınan tedbirlerin önemli bir hukuki dayanağı olmuştur. Mart ayı ortalarından itibaren yoğunlaşan, gündelik hayatı durma noktasına getiren ve genel çerçeveleri çalışma boyunca paylaşılan tedbirler, kademeli olarak normalleşmeye yönelik tedbirlerin devreye girdiği 11 Mayıs tarihine kadar uygulanmıştır.

⁹⁵ 23 Mart tarih ve 2020-293 sayılı COVID-19 salgını ile mücadele için gerekli genel tedbirlere dair Kararname (NOR: SSAZ2008253D, JORF n°0072 du 24 mars 2020). Bu kararnamede yasakların çoğunluğu için son tarih olarak, 23 Mart öncesi düzenlemelerde olduğu gibi, 31 Mart tarihi ifade edilmiştir. Kararnamede sonradan yapılan bir değişiklik (27 Mart tarih ve 2020-344 sayılı Kararname, NOR: SSAZ2008731D, JORF n°0076 du 28 mars 2020) önce 15 Nisan, sonra bir başka kararname ile (14 Nisan tarih ve 2020-423 sayılı Kararname, NOR: SSAZ2009633D, JORF n°0091 du 14 avril 2020) 11 Mayıs olarak yasakların uygulanacağı son tarih değiştirilmiştir.

⁹⁶ Kısaca hatırlatmak gerekirse 16 Mart tarihli Kararname ile istisnai haller dışında evden çıkmak yasaklanmaktaydı. 16 Mart tarihli ve ona ek yapan 19 Mart tarihli kararnamelerde istisnalar şu şekilde sıralanmıştır: Ev ile işyeri arasındaki gidiş gelişler; iş için veya birinci derece gerekli ihtiyaçların alışverişi; sağlık gerekçeli seyahatler; zorunlu ailevi sebepli seyahatler; evinin yakınında fiziksel aktivite amaçlı kısa süreli seyahatler; kolluk, adli makam ve mahkemelere gitmeyi gerektiren haller; idarenin talebiyle kamu yararı görevlerine katılma hali.

ii. Evde Kalma Zorunluluğu Tedbirini Düzenleyen 3. maddenin İptali Talebine İlişkin Danıştay Kararı

23 Mart tarih ve 2020-293 sayılı Kararname'nin evden çıkışı istisnai haller dışında yasaklayan 3. maddesinin iptali talebiyle Danıştay'da bir iptal davası açılmıştır.

Davacılar⁹⁷, evde kalmayı zorunlu kılan ve iptalini istedikleri söz konusu Kararname maddesinin dayanağı olan 23 Mart tarih ve 2020-290 sayılı COVID-19 Salgını ile Mücadele Olağanüstü Haline Dair Kanun ile getirilen L3131-15 maddesi 1. fıkrası 2. bendinin Anayasa'ya aykırı olduğu iddiasındadır. Bu bent gereğince ailevi veya sağlıkla ilgili ihtiyaçlar için zorunlu seyahatler saklı kalmak kaydıyla insanların evlerinden çıkmaları Başbakan tarafından yasaklanabilecektir. Davacılar, Anayasa'ya aykırılık iddialarının incelenmesi için “Öncelikli Anayasaya Uygunluk Sorunu” gereğince dosyanın Anayasa Mahkemesi'ne gönderilmesini talep etmişlerdir.

Bu noktada kısaca “Öncelikli Anayasaya Uygunluk Sorunu” denetiminden bahsetmek faydalı olacaktır. Fransa'da 2008 yılında yapılan Anayasa değişikliği ile Anayasa'ya eklenen 61-1 maddesine göre “*Bir yargı organı önünde görülmekte olan bir dava sırasında bir kanun maddesinin Anayasa'nın garanti altına aldığı hak ve özgürlükleri ihlal ettiğinin ileri sürülmesi halinde Danıştay veya Yargıtay belirli bir süre içerisinde bu meseleyi Anayasa Konseyi'ne gönderilebilir*”. 2008 öncesinde Anayasa Konseyi sadece henüz yürürlüğe girmemiş kanunların Anayasa'ya uygunluğunu denetleyebiliyorken 2008 değişikliği ile getirilen “Öncelikli Anayasaya Uygunluk Sorunu” denetimi imkanı ile birlikte yürürlükteki kanun hükümlerinin Anayasa'ya uygunluğunu da denetleyebilir hale gelmiştir ve bu denetim yolu hukuk devletinde önemli bir eksikliğin giderilmesini sağlamıştır⁹⁸.

10 Aralık 2009 tarih ve 2009-1523 sayılı Anayasa'nın 61-1 maddesinin Uygulanmasına Dair Organik Kanun'un 1. maddesine göre şu üç şartın varlığı halinde dosya “Öncelikli Anayasaya Uygunluk Sorunu” denetimi için Anayasa Konseyi'ne gönderilebilir: Anayasa'ya aykırılığı ile sürülen kanun maddesinin mevcut davada uygulanabilir olması, daha önce Anayasa'ya uygun bulunmamış olması ve meselenin ciddi bir nitelik taşıması.

Davacılar, bu üç şartın da sağlandığı düşüncesiyle “Öncelikli Anayasaya Uygunluk Sorunu” denetimi talep etmişlerdir. Davacılar göre, insanların evlerinden çıkmalarının yasaklaması Fransa Anayasası'nın “*Kimse keyfi olarak tutuklanamaz. Bireysel özgürlüklerin koruyucusu olarak yargı organı bu ilkeye saygı duyulmasını kanunda öngörülen şartlar dahilinde sağlar*” hükmünü içeren 66. maddesine

⁹⁷ Bu davayı “L'Association de défense des libertés constitutionnelles” (Anayasal Özgürlükleri Savunma Derneği) isimli bir dernek ile Paul Cassia birlikte açmıştır. Paul Cassia Paris 1 Panthéon-Sorbonne Üniversitesi'nde İdare Hukuku Profesörüdür. Davaya bu yönüyle de orijinal bir boyuta sahiptir.

⁹⁸ Favoreu, Gaïa, Ghevontian, Mestre, Pfersmann, Roux, Scoffoni, (n 76) 353.

aykırıdır⁹⁹. Bu çerçevede, insanları evde kalmaya zorlayarak 24 saatin 12 saatini aşan biçimde özgürlüğünden yoksun bırakacak bir karar ancak yargı organları tarafından alınabilir.

Davacıların evde kalma zorunluluğuna ilişkin olarak 24 saatin 12 saatini aşma vurgusu tesadüfi değildir. Şöyle ki; 2015'te terör olayları sebebiyle ilan edilen OHAL sırasında, davranışının kamu düzenine karşı tehdit oluşturduğunu düşündürten ciddi sebepler olan kişiler hakkında İçişleri Bakanı'na günde 12 saate kadar zorla evde kalmaya (bir nevi ev hapsine) karar verebilme yetkisi tanıyan 20 Kasım 2015 tarih ve 2015-1501 sayılı Kanun'un 4. maddesi aleyhine "Öncelikli Anayasaya Uygunluk Sorunu" başvurusu yapılmıştır. Anayasa Konseyi bu yetkinin kamu düzenini korumak amacıyla ve sadece hakkında ciddi şüphe olanlara yönelik tanınmış bir kolluk yetkisi olarak Anayasa'nın 66. maddesine aykırı olmadığına karar vermiştir. Buna karşın Konsey kararında "günde 12 saat ile sınırlanan zorla evde tutulma süresinin uzatılması, zorla evde tutulmaya Anayasa 66. maddeye tabi olan özgürlükten yoksun bırakıcı bir tedbir olarak bakılmadıkça mümkün değildir"¹⁰⁰ demek suretiyle 12 saati aşan zorla evde tutmaların yargı kararı gerektiren bir durum olacağını ortaya koymuştur. Davacılar Anayasa Konseyi'nin 2015 yılında verdiği karardan yola çıkarak insanların 24 saat boyunca evde tutulmalarının 12 saat sınırını aştığı, dolayısıyla karşımızda yargı kararı gerektiren bir durum olduğu iddiasındadır.

Danıştay, bu iddiaları inceleyerek dosyanın Anayasa Konseyi'ne "Öncelikli Anayasaya Uygunluk Sorunu" denetimi için gönderilip gönderilmeyeceğini değerlendirmiştir. Danıştay önce, Kamu Sağlığı Kanunu L3131-15 maddesinde Başbakan'a tanınan düzenleme yetkisinin ölçülülük ilkesi ile sınırlı olduğuna maddede açıkça yer verildiği, şartlar ortadan kalkınca yasakların kaldırılacağına dair hüküm içerdiği ve yasağın mutlak olmayıp ailevi ve sağlık sebepleriyle evden çıkmaya izin verdiği gibi özellikleri üzerinde durmuştur. Devamında, Danıştay'a göre Başbakan'a tanınan insanların evlerinden çıkmalarını yasaklama yetkisi "belli bir kişiye, bireysel bir tedbir ile, evden çıkmayı yasaklama imkanı değil sağlıkla ilgili olağanüstü hal ilan edilmiş bir coğrafi bölgedeki bütün insanları kapsayan genel nitelikte bir düzenleyici işlem yapma yetkisi"dir. Ayrıca bu yetkinin "sağlığın korunması anayasal değerinin amacına uygun olarak bir epideminin kontrolsüz yayılmasına karşı toplumun tamamının sağlığını korumaktan başka amacı yoktur". Danıştay bu gerekçelerle, insanların evlerinden çıkmalarını yasaklamanın Anayasa'nın 66. maddesinde öngörülen yargı organı kararı gerektiren bir durum olmadığı sonucuna vararak "Öncelikli Anayasaya Uygunluk Sorunu" denetimi için dosyanın Anayasa Konseyi'ne gönderilmesine gerek olmadığına karar vermiştir.

⁹⁹ Etkin yargı yollarının mevcut olmadığı iddiası da davacıların bir diğer Anayasa'ya aykırılık iddiasıdır.

¹⁰⁰ CC, Décision n° 2015-527 QPC du 22 décembre 2015. https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/decisions/2015527qpc/2015527qpc.pdf. Erişim Tarihi 15 Eylül 2020.

Danıştay “Öncelikli Anayasaya Uygunluk Sorunu” incelemesi sırasında yukarıda yaptığı tespitlerinden hareketle, kendisinden iptali istenen Kararname maddesinin de Anayasa'nın 66. maddesi gereğince yargı organının müdahalesini gerektiren bir durum içermediğinden iptal davasının da reddine karar vermiştir¹⁰¹.

iii. Evden Çıkrılabilen İstisnai Hallerde Bisiklet Kullanımına İlişkin Danıştay Kararı

Karar¹⁰², 2020-293 sayılı Kararname'nin istisnai haller dışında herkesin evde kalma zorunluluğuna tabi olduğuna dair 3. maddesinde öngörülen ev ile işyeri arasındaki gidiş gelişler, birinci derece gerekli ihtiyaçların alışverişi, evinin yakınında fiziksel aktivite amaçlı 1 saati geçmeyen seyahatler gibi istisnalar çerçevesinde evinden çıkan kişilerin bisiklet kullanıp kullanamayacağına ilişkindir. Fransa Bisiklet Kullanıcıları Federasyonu, 23 Mart tarihli Kararname'nin 3. maddesi kapsamındaki bütün seyahatlerde, özellikle de fiziksel aktivite amaçlı, bisiklet kullanımının izin dahilinde olduğunu internet sitesinden ve sosyal medya hesaplarından açıkça duyurması ve bu konuda polis ve jandarmaya yönelik bir sirküler çıkarması konusunda Başbakan'a yargısal emir vermesini Danıştay'dan talep etmiştir. Ayrıca, çeşitli valiliklere kapalı bisiklet yollarını yeniden açmaları konusunda yargısal emir verilmesini talep etmiştir. Son olarak, savcılığa bisiklet kullanımı sebebiyle ceza kesme uygulamasını sonlandırması konusunda yargısal emir verilmesi de istenmiştir.

İçişleri Bakanlığı bisiklet kullanımının yasak olmadığını ifade etmektedir. Davacı Federasyon ise, çeşitli bakanlık ve valilik makamlarının 3. maddenin uygulanması kapsamında istisnai olarak evinden çıkanların bisiklet kullanamayacağını halka duyurduklarını iddia etmektedir.

Danıştay yaptığı incelemede, 3. maddeden bisikletin yasak olduğuna dair bir anlam çıkmadığını; her ne kadar İçişleri Bakanlığı 3. madde kapsamındaki seyahatlerde bisiklet kullanımının yasak olmadığını ifade etse de birçok kamu makamının sosyal medya hesaplarından veya internet sitelerindeki çok sorulan sorular bölümlerinde fiziksel aktivite çerçevesinde bisiklet kullanımının yasak olduğunu yayınladıklarını tespit etmiştir. Bu tespit doğrultusunda, “*bir araç kullanarak seyahatin gidiş-geliş özgürlüğünün bir parçası olduğu*” ve “*hükümetin pozisyonunu ortaya koyan yayın yapmamasının temel bir hakkın ağır ve açık bir şekilde ihlali*” olduğunu belirterek; Başbakan'ın “*Hükümet'in pozisyonunu 24 saat içerisinde kamuoyuna, geniş yayın kapasitesine sahip bir iletişim aracıyla, duyurması*”na hükmetmiştir. Çeşitli

¹⁰¹ CE, 22 juillet 2020, *M. Cassia et ADELICO*, n°440149. <https://www.conseil-etat.fr/fr/arianeweb/CE/decision/2020-07-22/440149> Erişim Tarihi 18 Ağustos 2020.

¹⁰² CE, ord., 30 avril 2020, *Fédération française des usagers de la bicyclette*, n° 440179. <https://www.conseil-etat.fr/ressources/decisions-contentieuses/dernieres-decisions-importantes/conseil-d-etat-30-avril-usage-du-velo-durant-l-etat-d-urgence-sanitaire> Erişim Tarihi 5 Mayıs 2020.

valiliklere kapatılan bisiklet yollarının açılması konusundaki yargısal emir talebini ise Danıştay'ın ilk derece mahkemesi olarak valiliklerin işlemlerine karşı yetkili olmadığı gerekçesiyle reddetmiştir. Savcılığa bisiklet kullanımı sebebiyle ceza kesme uygulamasını sonlandırması konusunda yargısal emir verilmesini de yargı organlarına yargısal emirde bulunulamaz gerekçesiyle reddetmiştir.

Bu karar, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının muğlaklığa yer vermeyecek biçimde yapılmasına yaptığı vurgu yanında özellikle sosyal medya hesaplarından yapılan duyuruların icrailik bakımından hukuk alemindeki yansımalarına da bir örnektir.

Sonuç

23 Mart tarihine kadar mevcut mevzuat (Kamu Sağlığı Kanunu L3131-1 ve devamı maddeler) ve içtihadı ilkeler (olağanüstü koşullar) ile COVID-19 ile mücadelesini sürdüren Fransa, daha etkin mücadelenin hukuk güvenliğini tesis eden daha kapsamlı bir hukuki altyapı gerektirdiği düşüncesiyle yeni mevzuat geliştirme yolunu tercih etmiştir. COVID-19 ile mücadelenin temel hak ve özgürlükleri sınırlandıran tedbirler gerektirmesi, bu tedbirlerin yasal bir temele dayanılarak yapılmasını gerektirmektedir.

Bu kapsamda, 23 Mart tarih ve 2020-290 sayılı COVID-19 Salgını ile Mücadele Olağanüstü Haline Dair Kanun ile sağlıkla ilgili OHAL rejimi tesis edilerek 23 Mart itibarıyla, sonradan 10 Temmuz'a kadar uzatılan, OHAL ilan edilmiştir. 23 Mart tarihli Kanun'un en önemli yeniliği yeni bir OHAL rejimi kurmasıdır. Buna karşın, OHAL'in ilan edilmesinden önceki dönemle, ilan edildikten sonraki dönemde ülke genelinde temel hak ve özgürlükleri sınırlandıran tedbirler bakımından önemli bir fark olmamıştır. 23 Mart öncesi ile sonrası arasındaki temel fark daha ziyade teşkilat bağlamında olmuştur. OHAL rejiminde tanınan yetkiler, hukuk güvenliği ve belirliliği bakımından, L3131-15 maddesi 1. fıkra 10. bent dolayısıyla, tartışmalı olsa da yeni durumun tartışmasız bir getirisi Başbakan'ın idari işleyişin doğal bir gereği olarak rejim çerçevesindeki başat rolüdür. Ayrıca, Bilim İnsanları Komitesi de yasal zemin kazanan bir başka yeniliktir.

Mevzuattaki değişim idari yargı organlarının da gündeminde yer almıştır. COVID-19 ile mücadele kapsamında tedbirleri düzenleyen işlemlere karşı Danıştay'a yapılan başvurular çerçevesinde yargı organları da bu sürecin aktif bir aktörü olmuştur. COVID-19 ile mücadelenin sembol tedbiri olan evde kalma zorunluluğunu düzenleyen Başbakan kararnamelelerine karşı Danıştay'ın önüne gelen uyuşmazlıklar bu sürecin önemli bir parçasını oluşturmuştur. Durma noktasına gelen gündelik hayatın canlı kalan unsurlardan birinin ivedi yargılama usulü sayesinde idari yargı organları olması başlı başına önemlidir. Etkin bir ivedi yargılama usulünün, hakların korunması bakımından bu tarz olağan dışı dönemlerde ciddi bir işlevi olabileceği görülmüştür.

Gündelik hayatın donma noktasına geldiği 11 Mayıs'a kadarki dönemin genel görüntüsü bu şekildedir. 10 Temmuz 2020 itibariyle OHAL sona ermiş ancak 11 Mayıs ile başlayan kademeli normalleşme süreci henüz tamamlanmamıştır. Dünya genelinde ve Fransa'da yeniden artış gösteren vaka sayıları bu sürecin daha da süreceğini, belki yeniden evde kalma zorunluluğu gibi sıkı tedbirlere dönüş olabileceğini göstermektedir.

Bir takım Temel hak ve özgürlüklerin, başka diğer temel hak ve özgürlükleri korumak adına sınırlandırması gibi zor bir denge faaliyeti olan kolluk faaliyetinin sağlıklı işleyebilmesi, çerçevesi net olan yasal bir zemin üzerine oturması ile mümkündür. Kolluk faaliyetinde kural özgürlük, kolluk sınırlaması ise istisnadır¹⁰³. Diğer bir ifadeyle, insanların doğası gereği temel hak ve özgürlüklerinden istifade edebilmeleri kural olmakla birlikte kamu düzenini korumak adına istisna olarak bazı hakların belli süre ve şartlarda sınırlandırılması söz konusu olabilmektedir. COVID-19 ile mücadele sürecinin bu çalışmada incelenen evde kalma zorunluluğu ile sembolleşmiş ilk döneminde ise adeta tam tersi bir durum ortaya çıkmıştır. Yasaklar kural, özgürlükler istisna olarak yorumlanmıştır. Bu durum karşısında, kolluk tedbirlerinin hukuki rejiminin mevzuatta kapsamlı bir şekilde düzenlenmesi ile hukuk güvenliğinin güçlendirilmesi mümkün olabilecektir.

En yakın tarihten itibaren bundan 100 yıl kadar önce İspanyol gribi ile dünya ölçeğinde bir sağlık krizi ile karşılaşan insanlık, unuttuğu bu tecrübesini COVID-19 ile tazelenmiş ve adeta bundan sonrası için şerbetli hale gelmiştir. Bunun sonucu olarak, önümüzdeki yıllarda yeniden böyle bir salgın tehdidi ile karşılaşıldığında temel hak ve özgürlükleri sınırlandırma konusunda rafine yani özgürlük-yasak dengesini daha sağlıklı biçimde gözetmiş tedbirlerin yasal zeminini şimdiden öngörmek ve felaket ile karşılaşıldığında ne yapılması gerektiğini biliyor olmak icap etmektedir.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

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

Peer-review: Externally peer-reviewed.

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

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

¹⁰³ Corneille, conclusions sur CE 10 août 1917, *Baldy*, in <https://www.conseil-etat.fr/actualites/discours-et-interventions/ordre-public-et-libertes-publiques> Erişim Tarihi 10 Haziran 2020.

Bibliyografya/ Bibliography

- Beaud O, Guérin-Bargues C, 'L'état D'urgence Sanitaire: était-il judicieux de créer un nouveau régime d'exception?' (2020) 16 Recueil Dalloz 891-897.
- Bas P, Rapor n° 381 (19 Mart 2020).
- Cassia P, 'L'état d'Urgence Sanitaire: Remède, Placebo ou Venin Juridique?' (*Mediapart*, 24 mars 2020) <<https://blogs.mediapart.fr/paul-cassia/blog/230320/l-etat-d-urgence-sanitaire-remede-placebo-ou-venin-juridique>> Erişim Tarihi 27 Mart 2020.
- Chapus R, *Droit Administratif Général* tome 1 (15.Bası, Montchrestien 2001)
- Conseil d'Etat, Avis Sur Un Projet de Loi d'Urgence Pour Faire Face à l'épidémie de COVID-19, n° 399873 (18 Mart 2020) (NOR: PRMX2007883L).
- Conseil Scientifique COVID-19, *Avis* (12 mars 2020)
- Corneille, conclusions sur CE 10 août 1917, *Baldy*, in <https://www.conseil-etat.fr/actualites/discours-et-interventions/ordre-public-et-libertes-publiques> Erişim Tarihi 10 Haziran 2020.
- De Gliniasty J, 'La gestion de la pandémie par la puissance publique devant le Conseil d'État à l'aune de l'ordonnance de référé du 22 mars 2020' (2020) *La Revue des droits de l'homme Actualités Droits-Libertés* <<https://doi.org/10.4000/revdh.9447>> Erişim Tarihi 3 Haziran 2020.
- Delvolvé P, 'Sur deux ordonnances de référé-liberté (22 mars 2020-18 mai 2020)' (2020) 4 *Revue française de droit administratif* 641-649.
- Etude d'Impact, Projet de loi d'urgence pour faire face a l'épidémie de COVID-19 (18 Mart 2020) (NOR: PRMX2007883L-Bleue 1).
- Favoreu L, Gaïa P, Ghevoitian R, Mestre J-L, Pfersmann O, Roux A, Scoffoni G, *Droit constitutionnel*, 2014 (16.Bası Dalloz 2014).
- Frier P-L ve Petit J, *Droit administratif* (8. Bası, LGDJ 2013).
- Jean-Eric Gicquel, 'COVID-19: crise sanitaire et crise des normes' (2020) 13 *Recueil Dalloz* 719-720.
- Gohin O, 'L'état d'urgence sanitaire (lois des 23 mars et 11 mai 2020)' (2020) 4 *Revue française de droit administratif* 604-614.
- Lami A ve Lombard F, 'L'articulation des polices sanitaires depuis la loi n°2020-293 du 23 mars 2020' (2020) 6 *AJ Collectivités Territoriales* 291-295.
- Le Chatelier G, 'Les pouvoirs de police de maire aux temps du COVID-19' (2020) 5 *AJ Collectivités Territoriales* 250-252.
- Long M, Weil P, Braibant G, Delvolvé P, Genevois B, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative* (21. Bası, Dalloz 2017).
- Mathieu T-D, 'Ni oui ni non, ni braves ni confinements totaux «en l'état» d'urgence sanitaire : l'ordonnance dilatoire du Conseil d'Etat' (2020) *Journal du Droit Administratif (JDA) Actions & réactions au COVID-19 Article 281* <<http://www.journal-du-droit-administratif.fr/?p=3139>> Erişim Tarihi 28 Mart 2020.
- Pacteau B, *Manuel de Contentieux Administratif* (3.Bası, PUF 2014).
- Petit J, 'L'état d'urgence sanitaire' (2020) 15 *AJDA* 833-838.
- Plessix B, *Droit Administratif Général* (2.Bası, LexisNexis 2018)
- Pontier J-M, 'La crise sanitaire de 2020 et le droit administratif' (2020) 30 *AJDA* 1692-1697.
- Projet de Loi, n° 376, présenté par Edouard Philippe, Premier ministre (18 mars 2020).
- Renaudie O, 'La police administrative aux temps du coronavirus' (2020) 30 *AJDA* 1704-1709.
- Rousseau D, 'Quand L'urgence Fait Mal au Droit' (2020) 4 *AJ Collectivités Territoriales*, 2020, 169.

- Sizaire V, 'Un colosse aux pieds d'argile' (2020) *La Revue des droits de l'homme Actualités Droits-Libertés* 1-11 <<http://journals.openedition.org/revdh/8976>> Erişim Tarihi 30 Mart 2020.
- Stéphanie Renard, 'L'Etat d'Urgence Sanitaire: Droit d'Exception et Exceptions au Droit' (2020) *chron. n°13 RDLF* 1-6 <<http://www.revuedlf.com/droit-administratif/letat-durgence-sanitaire-droit-dexception-et-exceptions-au-droit/>> Erişim Tarihi 5 Nisan 2020.
- Stirn B, 'Le référé et le virus' (2020) *4 Revue française de droit administratif* 634-640.
- Stirn B ve Aguila Y, *Droit Public Français et Européen* (2. Bası, Dalloz 2018)
- Truchet D, 'Avant l'état d'urgence sanitaire: premières questions, premières réponses', (2020) *4 Revue française de droit administratif* 597 - 603.
- Truchet D, 'Les concours de police' in Charles Vautrot-Schwarz (ed), *La police administrative* (PUF 2014) 139-149.
- Truchet D, 'Covid 19: Point de Vue d'Un "Administrativiste Sanitaire"' (JP Blog, 27 mars 2020) <<http://blog.juspoliticum.com/2020/03/27/COVID-19-point-de-vue-dun-administrativiste-sanitaire-par-didier-truchet/>> Erişim Tarihi 31 Mart 2020.
- Truchet L, 'L'urgence sanitaire' (2007) *3 Revue de droit sanitaire et social* 411-425. <http://www.senat.fr/leg/exposes-des-motifs/pjl19-376-expose.html>> Erişim Tarihi 15 Mayıs 2020.

Yargı Kararları

- CC, Décision n° 2020-849 QPC du 17 juin 2020 https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/decisions/2020849qpc/2020849qpc.pdf Erişim Tarihi 20 Haziran 2020.
- CC, Décision n° 2015-527 QPC du 22 décembre 2015. https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/decisions/2015527qpc/2015527qpc.pdf.
- CE, 28 juin 1918, *Heyriès*, in Marceau Long, Prosper Weil, Guy Braibant, Pierre Delvolvé, Bruno Genevois, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative* (21. Bası, Dalloz 2017) 184-189.
- CE, 28 février 1919, *Dames Dol et Laurent*, in Marceau Long, Prosper Weil, Guy Braibant, Pierre Delvolvé, Bruno Genevois, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative* (21. Bası, Dalloz 2017) 197-199).
- CE, 8 août 1919, *Labonne*, in Marceau Long, Prosper Weil, Guy Braibant, Pierre Delvolvé, Bruno Genevois, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative* (21. Bası, Dalloz 2017) 207-210.
- CE, 18 mai 1983, *Rodes*, in Marceau Long, Prosper Weil, Guy Braibant, Pierre Delvolvé, Bruno Genevois, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative* (21. Bası, Dalloz 2017) 188.
- CE, ord., 22 mars 2020, Syndicat jeunes médecins, n° 439674. <<https://www.conseil-etat.fr/ressources/decisions-contentieuses/dernieres-decisions-importantes/conseil-d-etat-22-mars-2020-demande-de-confinement-total>> Erişim Tarihi 26 Mart 2020.
- CE, ord., 1^{er} avril 2020, Fédération nationale des marchés de France, n° 439762. <https://www.conseil-etat.fr/ressources/decisions-contentieuses/dernieres-decisions-importantes/conseil-d-etat-2-avril-2020-demande-de-reouverture-des-marches-alimentaires> Erişim Tarihi 11 Nisan 2020.
- CE, ord., 17 avril 2020, *Commune de Sceaux*, n° 440057. <https://www.conseil-etat.fr/ressources/decisions-contentieuses/dernieres-decisions-importantes/conseil-d-etat-17-avril-2020-port-d-un-masque-de-protection-commune-de-de-sceaux>.
- CE, ord., 30 avril 2020, *Fédération française des usagers de la bicyclette*, n° 440179. <https://www.conseil-etat.fr/ressources/decisions-contentieuses/dernieres-decisions-importantes/conseil-d-etat-30-avril-usage-du-velo-durant-l-etat-d-urgence-sanitaire> Erişim Tarihi 5 Mayıs 2020.

CE, ord., *Association La Quadrature du Net et Ligue des Droits de l'homme*, 18 mai 2020, n° 440442, 440445. <https://www.conseil-etat.fr/ressources/decisions-contentieuses/dernieres-decisions-importantes/conseil-d-etat-18-mai-2020-surveillance-par-drones> Erişim Tarihi 30 Mayıs 2020.

CE, ord., 22 juillet 2020, n°440764. <<https://www.conseil-etat.fr/fr/arianeweb/CE/decision/2020-07-22/440764>> Erişim Tarihi 20 Eylül 2020.

CE, 22 juillet 2020, *M. Cassia et ADELICO*, n°440149. <https://www.conseil-etat.fr/fr/arianeweb/CE/decision/2020-07-22/440149> Erişim Tarihi 18 Ağustos 2020.



İstanbul Hukuk Mecmuası

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Başvuru: 16.06.2020
Revizyon Talebi: 05.07.2020
Son Revizyon Tarihi: 22.09.2020
Kabul: 23.09.2020

Uluslararası Hukuka Aykırılığı Ortadan Kaldıran Haller Bakımından Devletlerin Uluslararası Sorumluluğu ve COVID-19 Pandemisi Bağlamında Bir Değerlendirme

Ufuk Dal¹

Öz

31 Aralık 2019'da Çin'in Wuhan şehrinde sebebi tespit edilemeyen bir zatürre vakasının Dünya Sağlık Örgütü (DSÖ)'ye bildirilmesi ile birlikte COVID-19 olarak adlandırılan salgın dünya gündemine girmiştir. Virüsten etkilenen bütün devletler birtakım olağanüstü tedbirler almak durumunda kalmıştır. COVID-19'la mücadele sırasında devletlerin uluslararası hukuktan doğan birtakım yükümlülüklerini ihlal ettikleri ileri sürülmektedir. İhlal iddiaları ile birlikte doğan mağduriyetlerin giderilmesi adına uluslararası yargı mekanizmalarına başvurulması beklenmektedir. Çalışmada devletlerin COVID-19'u önlemek ve etkisini azaltmak için attıkları adımlarda uluslararası hukuktan kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirmedikleri veya getiremedikleri durumlara ilişkin, bir uluslararası yargı organı karşısında uluslararası teamül hukuku olduğu kabul edilen hukuka aykırılığı ortadan kaldıran hallerden zaruret hali, tehlike hali ve mücbir sebebi savunma olarak ileri sürebilir süremeyeceği sorusuna cevap aranmıştır.

Anahtar Kelimeler

Pandemi, Hukuka aykırılığı ortadan kaldıran haller, Mücbir sebep, Zaruret hali, Tehlike hali

Circumstances Precluding Wrongfulness in International Responsibility of States: An Evaluation in the Context of COVID-19 Pandemic

Abstract

On December 31, 2019, following a report by China of atypical pneumonia cases to the World Health Organization (WHO), the so-called COVID-19 outbreak entered the global agenda. Almost all affected states were forced into taking extraordinary measures. By virtue of applying these strong measures during the pandemic, states have been accused of breaching some rules of international law. A flood of cases are expected to be filed in international courts asking for relief arising from these breaches. In this article, I will examine the question of whether states can rely on the circumstances precluding wrongfulness, such as distress, force majeure, or state of necessity, as defenses that justified a lack of fulfillment of international obligations during the fight against the virus.

Keywords

Pandemic, Circumstances precluding wrongfulness, Force majeure, Necessity, Distress

* Sorumlu Yazar: Ufuk Dal (Ar. Gör. Dr.), Tekirdağ Namık Kemal Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı, Türkiye. E-posta: udal@nku.edu.tr ORCID: 0000-0003-1552-0896

Atf: Dal U, "Uluslararası Hukuka Aykırılığı Ortadan Kaldıran Haller Bakımından Devletlerin Uluslararası Sorumluluğu ve COVID-19 Pandemisi Bağlamında Bir Değerlendirme" (2020) 78(2) İstanbul Hukuk Mecmuası 1047. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2020.78.2.0025>



Extended Summary

On December 31, 2019, along with China's report of atypical pneumonia cases to the World Health Organization (WHO), the so-called COVID-19 outbreak entered the global agenda. Due to the lack of sufficient scientific knowledge about this new type of coronavirus, nation-states with little knowledge about how to control the spread of the disease resorted to general emergency measures in response to the outbreak. Unfortunately, these measures proved inadequate for stopping the viral spread. Next, almost all states were forced into taking extraordinary measures. By virtue of applying these strong measures during the pandemic, states were accused of breaching some rules of international law. A flood of cases is expected to be filed in international courts asking for relief arising from these breaches. This article will examine the question of whether states can rely on the circumstances precluding wrongfulness, such as distress, force majeure, or state of necessity, as defenses that justified a lack of fulfillment of some international obligations during the fight against the virus.

Force majeure refers to the occurrence of an irresistible force or an unforeseen event beyond the control of the state, making it materially impossible in the circumstances to perform an obligation. The outbreak of the COVID-19 virus seems to accord with the definition of an unforeseen event because there was a lot of uncertainty about how the virus was transmitted, its symptoms, and many other aspects. On the other hand, to rely on this defense, a state has to prove that it was unable to fulfill its international obligations because the pandemic as an event beyond its control made it materially impossible. Alternatively, a situation forcing the state to act against the law must involve an irresistible force. In the latter case, it is not necessary to prove whether the irresistible force was unforeseen or not. Therefore, even if COVID-19 was not unforeseen after a while, yet was still acting upon the state as an irresistible force, it would be possible to accept that this element of force majeure exists. Scientific research, especially the lack of knowledge about the virus and uncertainty about ways to deal with the outbreak at the beginning of the COVID-19 crisis, support the idea that states did not know what to do or how to proceed. However, it is not possible to give a general answer to the question about whether the coronavirus made it materially impossible for states to fulfill their obligations. To reach a conclusion, the type and the content of the relevant obligation must be considered. It may be that legal obligations were not realized in the context of measures taken against COVID-19, but that the latter did not amount to an absolute impossibility only a relative one. There was no element of material impossibility in cases of wrongfulness that occurred in connection with the COVID-19 virus. Hence, one cannot plead force majeure in this regard.

State of necessity may be invoked if circumstances make a state's ability to fulfill its obligations either very difficult or impossible. First of all, according to the

information reports in the press, COVID-19 was capable of causing heavy damage to humanity due to the initial rate of transmission and the fact that it affected almost every country in the world. Additionally, there is no cure. Therefore, it is possible to argue that the spread of the COVID-19 virus, both in the beginning and later on, met the criteria of a grave and imminent peril. Secondly, the number of people infected, in intensive care, and the mortality rate fulfilled the criteria of a serious impairment to the essential interests of the state and the international community. Another condition of necessity is that it must be the only way to safeguard such interests. However, if there are other legal methods, even if they are more expensive or inconvenient, a state of necessity cannot be relied on as a defense. In the context of COVID-19, it is difficult to argue that the states' extraordinary measures were the only way to act. However, the events that occurred while attempting to resolve some of the uncertainty about this disease might undermine this conclusion.

Distress exists when the author of the act in question has no other reasonable way of saving their own life or the lives of other persons entrusted to the author's care. There is no doubt that coronavirus was a threat to human lives. Therefore, the first criterion is fulfilled in this regard. However, in terms of the second criterion which refers to a special connection between the author and other people, the general relationship between the state and its population is not specific enough to meet this criterion. According to the commentary on draft articles, the state must be in a position to act consciously to save the life of the person in danger.

This analysis indicates that when evaluating circumstances precluding wrongfulness, the type and the effect of the illegal act in question, the type of the obligation breached, and many other factors need to be considered to find the correct answer. Just choosing an excuse without a rigorous analysis of the case would be proven wrong. Therefore, the force majeure is the least suitable defense in this case, since it is obvious that states took the relevant measures to stop the pandemic voluntarily. When referring to necessity, the "only way" condition is not fulfilled due to the lack of scientific knowledge about the virus, which makes it difficult to argue that the state's acts were necessary. Finally, when referring to distress, proving the special relationship criterion will be difficult.

Uluslararası Hukuka Aykırılığı Ortadan Kaldıran Haller Bakımından Devletlerin Uluslararası Sorumluluğu ve COVID-19 Pandemisi Bağlamında Bir Değerlendirme

Giriş

31 Aralık 2019'da Çin'in Wuhan şehrinde sebebi tespit edilemeyen bir zatürre vakasının Dünya Sağlık Örgütü (DSÖ)'ye bildirilmesi ile birlikte COVID-19 olarak adlandırılan salgın dünya gündemine girmiştir. Daha sonra 4 gün içinde aynı şekilde 44 vakanın daha görülmesi ile birlikte acil sağlık durumu ilan edilmiştir. Akabinde ise birçok ülkede bu yeni tip virüs görülmüştür. 23 Eylül 2020 tarihi itibarıyla 31,375,325 kişi enfekte olmuş ve 966,399.¹

Koronavirüs ailesine ait olmakla birlikte yeni bir tür olan COVID-19'a ilişkin bilimsel verinin olmayışı nedeniyle pandemi süreci devletlerin, virüsü kontrol altına almak için hangi adımları atacaklarını, ne gibi önlemler almaları gerektiğini bilmeksizin, genel acil sağlık prosedürlerini izlemeleriyle sonuçlanmıştır. Ancak genel tedbirler virüsün yayılmasını engelleme noktasında yetersiz olmuştur. Bunun üzerine hemen hemen bütün devletler birtakım olağanüstü tedbirler almak durumunda kalmıştır.

Dünya genelinde virüsün yayılmasını önlemek amacıyla sınırların kapatılması, dış hat uçuşlarının durdurulması, yurt içindeki ulaşım ile ilgili kısıtlamalar, sokağa çıkma yasağı konması gibi tedbirler alınmıştır. Çok ciddi ekonomik sorunların meydana gelmesi üzerine devletler çalışanlara ve işletmelere doğrudan yardımlarda bulunmuştur. İşsizliğe yol açmaması için iş veya hizmet sözleşmelerinin feshi yasağı, kısa çalışma ödenekleri, dar gelirliler için emekli fonlarına mali katkılarda bulunulması, ek kredi verilmesi, özel sektöre vergi ödeme kolaylıkları gibi tedbirler alınmıştır.²

COVID-19 ile mücadele sırasında devletlerin uluslararası hukuktan doğan birtakım yükümlülüklerini ihlal ettikleri ileri sürülmektedir.³ İhlal iddiaları ile birlikte doğan mağduriyetlerin giderilmesi adına uluslararası yargı mekanizmalarına başvurulması beklenmektedir. Çalışmada devletlerin COVID-19'u önlemek ve etkisini azaltmak için attıkları adımlardan dolayı uluslararası hukuktan kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirmedikleri veya getiremedikleri durumlara ilişkin, bir uluslararası yargı

¹ World Health Organisation Official Website <<https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019>> Erişim Tarihi 23 Eylül 2020.

² European Commission, European Union Official Website <https://ec.europa.eu/info/business-economy-euro/economic-and-fiscal-policy-coordination/jobs-and-economy-during-coronavirus-pandemic/state-aid-cases_en> Erişim Tarihi 5.8.2020.

³ Roojin Habibi, Gian Luca Burci, Thana C de Campos, Danwood Chirwa, Margherita Cinà, Stéphanie Dagron, Mark Eccleston-Turner, Lisa Forman, Lawrence O Gostin, Benjamin Mason Meier, Stefania Negri, Gorik Ooms, Sharifah Sekalala, Allyn Taylor, Alicia Ely Yamin, Steven J Hoffman, 'Do not violate the International Health Regulations during the COVID-19 outbreak' (2020) 395 (10225) Lancet < [https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736\(20\)30373-1/fulltext?fbclid=IwAR1JJOiPGzFmtFoaGO-T-OVU-t8r6ttyYocb5fYqAECGxGRTYzxNL-RKMpc](https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736(20)30373-1/fulltext?fbclid=IwAR1JJOiPGzFmtFoaGO-T-OVU-t8r6ttyYocb5fYqAECGxGRTYzxNL-RKMpc)> Erişim Tarihi 12 Haziran 2020.

organı karşısında uluslararası teamül hukuku olduğu kabul edilen hukuka aykırılığı ortadan kaldıran hallerden zaruret hali, tehlike hali ve mücbir sebebin savunma olarak ileri sürülebilir süremeyeceği sorusuna cevap aranacaktır. Ayrıca COVID-19’la mücadele yöntemi olarak sürü bağışıklığı yöntemini tercih eden devletlerin uluslararası hukuka aykırılığı ortadan kaldıran hallere başvurması ihtimali değerlendirilecektir.

Çalışma Devletlerin COVID-19 ile mücadele edebilmek için aldıkları tedbirlerin veya mücadele sırasında yerine getiremedikleri uluslararası yükümlülüklerin sonucunda bir uluslararası hukuka aykırılığın oluşması üzerine, bu ihlallerde uluslararası hukuka aykırılığı ortadan kaldıracak hallerin hukuken ileri sürülebilir sürülemediği ile ilgilidir. Uluslararası sorumluluk hukukunda ihlalin kaynağı sorumluluğun doğması noktasında önemsizdir. Bu sebeple çalışmada, meydana gelen aykırılıkların insan hakları sözleşmeleri, iki taraflı yatırım sözleşmeleri ya da diğer başka sözleşmeden mi kaynaklandığı üzerinde durulmayacaktır. Çalışmanın devletlerin aldığı tedbirlerle ilgili olması hasebiyle Avrupa Birliği ve Dünya Sağlık Örgütü gibi devlet dışı aktörlerin bu pandemi sırasındaki eylem veya ihmalleri de çalışmanın dışında bırakılmıştır. COVID-19 pandemisi sırasında uluslararası örgütlerin eylem veya ihmalleri sonucunda meydana gelen uluslararası aykırılıklardan uluslararası sorumluluğu ayrı bir çalışma konusu olarak değerlendirilmelidir.⁴

I. Uluslararası Sorumluluk Hukukunda Uluslararası Hukuka Aykırılığı Ortadan Kaldıran Haller

Devletler uluslararası hukukun asli kişileridir ve her hukuk düzeninde olduğu üzere, ilgili hukuk kurallarını ihlal etmeleri halinde sorumlulukları doğar. Kural olarak devletin uluslararası sorumluluğundan bahsedilebilmesi için iki unsurun bulunması gerekmektedir. Bunlar, uluslararası hukuka aykırı eylemin gerçekleşmiş olması ve söz konusu eylemin devlete atfedilebilir olmasıdır.⁵ Uluslararası Hukuk Komisyonu’nun hazırladığı 2001 tarihli Devletlerin Uluslararası Hukuka Aykırı Eylemlerden Sorumluluğu’na ilişkin taslak maddelerde de bu iki unsur sayılmıştır. Taslak Maddeler madde 1’de *“bir devletin uluslararası hukuka aykırı her eylemi devletin sorumluluğunu gerektirir”* denildikten sonra madde 2’de, *“bir devletin uluslararası hukuka aykırı eyleminin unsurlarının; a) uluslararası hukuka göre devlete atfedilebilen ve b) devletin uluslararası bir yükümlülüğünün ihlalini teşkil*

⁴ Dünya Sağlık Örgütü’nün özellikle 2005 Sağlık tüzüğü doğrultusunda pandemiyle mücadele rejimine ilişkin öngördüğü rejimin kurallarının yer aldığı yakın zamanlı bir çalışma için bakınız. Bleda Kurtardarcan, Ş. Özgür Mumcu “Covid-19’un Düşündürdükleri: Uluslararası Hukukun Pandemiyle Mücadele Rejimine Genel Bir Bakış” (2020/I) Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 165-187. Genel olarak Uluslararası Sağlık Tüzüğü’nün hukuki niteliği açısından değerlendirme yapılan bir çalışma için bakınız. Uğur Samancı, “Uluslararası Sağlık Tüzüğü (2005) ve Hukukî Niteliği” (2014) 16/2 D.E.Ü. Hukuk Fakültesi, 113-169.

⁵ James Crawford, *State Responsibility General Part* (Cambridge University Press 2013) 49; Melda Sur, *Uluslararası Hukukun Esasları* (11. Baskı Beta 2017) 271; Aslan Gündüz, *Milletlerarası Hukuk Konu Anlatımı – Temel Belgeler – Örnek Kararlar* (10. Baskı Savaş 2019); Yusuf Aksar, *Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk II* (5. Baskı Seçkin 2019) 205; Rona Aybay, Elif Oral, *Kamusal Uluslararası Hukuk*, (İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 2016) 271-273; Yücel Acer, İbrahim Kaya, *Temel Uluslararası Hukuk Ders Kitabı* (10. Baskı Seçkin 2019) 406-414.

eden, bir fiil veya ihmalden oluştuğu” ifade edilmiştir.⁶ Uluslararası sorumluluğa ilişkin bu iki unsurlu tanımın uluslararası teamül hukuku kuralını yansıttığı kabul edilmektedir.⁷ Uluslararası yargı kararlarında da devletin sorumluluğu konusunda söz konusu iki unsur istikrarlı şekilde aranmaktadır.⁸

Nasıl ki hukuk düzeni olmanın doğal sonucu olarak, söz konusu hukuk kişinin o hukuk düzeninin kurallarını ihlal etmesi halinde sorumluluğu doğmakta ise, belli durumların varlığı halinde meydana gelen hukuka aykırı eylemlerin mazur görülmesi ve böylece o hukuka aykırı eylemden sorumluluğun doğmaması da hukuk düzeni olmanın doğal bir sonucudur.⁹ Bu durumlara hukuka aykırılığı ortadan kaldıran haller denilmektedir.¹⁰

Uluslararası hukukta, hukuka aykırılığı ortadan kaldıran haller altı başlıkta toplanmıştır. Bu haller Uluslararası Hukuk Komisyonu taslak maddelerinde; rıza, meşru müdafaa, karşı önlem, mücbir sebep, tehlike ve zaruret hali şeklinde kodifiye edilmiştir. Burada önemle ifade edilmesi gereken birkaç husus vardır. Devletin uluslararası yükümlüne uygun davranmamasının bir mazeret olarak kabul edilmesi için, söz konusu aykırılığın uluslararası hukukun emredici bir kuralını ihlal etmemesi gerekmektedir.¹¹ Belirtilmesi gereken bir diğer husus, söz konusu eylemin hukuka aykırılığı ortadan kaldıran hallerden birisine girmesinin, yükümlülüğün sona ermesi ile sonuçlanmadığıdır. Yalnızca o eylemden devletin sorumluluğu doğmaz. Devam eden bir yüküm bulunmakta ise, bundan etkilenmez.¹²

COVID-19 pandemisi bağlamında Devletlerin yerine getirmedikleri veya getiremedikleri uluslararası hukuk yükümlülükleri karşısında özellikle zaruret hali, mücbir sebep ve tehlike hallerini ileri sürebilecekleri görülmektedir. Hukuka aykırılığı ortadan kaldıran diğer üç hal, bu sebeple çalışmanın kapsamı dışında bırakılmıştır.

⁶ Report of the International Law Commission, Fifty Third Session, 2001, General Assembly, Official Records, Fifty Sixth Session, Supplement No: 10, A/56/10. Bundan sonra Komisyon’un çalışması metinde “Taslak Maddeler” olarak ifade edilecektir. <http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf> Erişim Tarihi 12 Haziran 2020. Taslak Maddeler, madde 1ve madde 2; Ian Brownlie, *State Responsibility Part I* (Clendon Press 1983).

⁷ Anthony Aust, *Handbook of International Law*, (2. Bası Cambridge University Press 2010) 377.

⁸ Italy v. France (1938) Permanent Court of International Justice Series A/B, No. 74, 10. https://www.icj-cij.org/files/permanent-court-of-internationaljustice/serie_AB/AB_74/01_Phosphates_du_Maroc_Arret.pdf Erişim Tarihi 4 Haziran 2020.

⁹ Elif Uzun, *Milletlerarası Hukuka Aykırı Eylemlerinden Dolayı Devletlerin Sorumluluğu* (2. Baskı Beta 2016) 62; Ali Bal, *Devletlerin Uluslararası Sorumluluğunun Doğması* (Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi 2006); Edip Çelik, ‘Milletlerarası Mesuliyet’ (1957) C. XXI (1-4) İÜHF, 66-80; Kenan Dülger, *Devletin Uluslararası İnsancıl Hukukun İhlalinden Doğan Sorumluluğu* (Beta 2015); Hakkı Hakan Erkiner, *Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğu* (On İki Levha Yayıncılık 2010); Umut Kedikli, *Uluslararası Terörizm ve Devlet Sorumluluğu* (Nobel 2013).

¹⁰ Türkçe literatürde “hukuka aykırılığı önleyen sebepler”, “hukuka uygunluk sebepleri”, “hukuka uygunluk nedenleri”, “hukuka uygunluk halleri”, uluslararası hukuk bakımından ise “uluslararası sorumluluğu ortadan kaldıran nedenler”, “hukuka aykırılığı ortadan kaldıran durumlar” ifadeleri de kullanılmaktadır. Elif Uzun, *Milletlerarası Hukuka Aykırı Eylemlerinden Dolayı Devletlerin Sorumluluğu* (2. Baskı Beta 2016) 63.

¹¹ Uzun (n 9) 63.

¹² ibid.

Bu giriş bölümünden sonra, virüsün etkisi ile devletlerin uluslararası hukuktan kaynaklı yerine getiremedikleri yükümleri ile ilgili mücbir sebep, zaruret hali ve tehlike hali mazeretlerinin ileri sürülebilip sürülemeyeceği açıklanacaktır.

II. Mücbir Sebep Halinin COVID-19 Bağlamında Değerlendirilmesi

A. Uluslararası Sorumluluk Hukukunda Mücbir Sebep

Mücbir sebep¹³ gerek iç hukuklarda gerekse uluslararası hukukta sorumluluktan muaf olma sebebidir. Mücbir sebebin uluslararası hukukta bir hukuk genel prensibi olduğu kabul edilmektedir.¹⁴ Ayrıca bazı uluslararası sözleşmelerde uluslararası hukuk açısından hukuka aykırılığı kaldırıcı etkisi olduğu hükme bağlanmıştır.¹⁵ 1958 Karasuları ve Bitişik Bölge Sözleşmesi madde 14/3'te “*Geçiş, alelade seyrüseferin doğal bir icabı olduğu veya force majeure veya tehlike zaruri kıldığı ölçüde durma ve demirlemeyi de kapsar*” şeklinde bir düzenleme yer almaktadır.¹⁶ Yine 1982 Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi'nde de geçişe ilişkin düzenlemenin yapıldığı bölümde “*Bununla beraber, durma ve demirleme sadece seyrüseferin olağan olaylarından olduğu veya mücbir sebep veya yardım ihtiyacı nedeniyle zorunlu olduğu veya tehlike veya yardım ihtiyacı içinde bulunan kişilere, gemilere veya uçaklara yardım getirilmesi amacıyla olduğu takdirde, geçiş durma ve demirlemeyi de içerir.*”¹⁷denilmektedir.

Mücbir sebep taslak maddelerde ise şu şekilde kodifiye edilmiştir:

“*Madde 23*

Mücbir Sebep

1. *Bir devletin uluslararası bir yükümlülüğüne aykırı bir eyleminin hukuka aykırılığı, eğer eylem devletin kontrolünün dışında karşı konulamaz bir kuvvet veya öngörülemez bir olayın meydana gelmesi anlamına gelen ve o koşullar altında yükümlülüğün ifasını maddi olarak imkansız hale getiren mücbir sebepten kaynaklanıyorsa, ortadan kalkar.*

¹³ Pazarıcı zorlayıcı neden ifadesini de kullanmaktadır. Hüseyin Pazarıcı, *Uluslararası Hukuk Dersleri 3. Kitap* (4. Bası Turhan 2005) 172.

¹⁴ Miray Azaklı Köse, *ILC Maddeleri Kapsamında Devletin Uluslararası Yatırım Tahkiminde Sorumluluğu* (İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi 2019) 166.

¹⁵ Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi madde 18 (2) şu şekildedir: Geçiş sürekli ve çabuk olacaktır. Bununla beraber, durma ve demirleme sadece seyrüseferin olağan olaylarından olduğu veya mücbir sebep veya yardım ihtiyacı nedeniyle zorunlu olduğu veya tehlike veya yardım ihtiyacı içinde bulunan kişilere, gemilere veya uçaklara yardım getirilmesi amacıyla olduğu takdirde, geçiş durma ve demirlemeyi de içerir. Convention on the Law of the Sea, Dec. 10, 1982, 1833 U.N.T.S. 397.

¹⁶ Convention on the Territorial Sea and the Contiguous Zone, Geneva, 1958 United Nations Treaty Collection. Sözleşmenin Türkçe çevirisi: Aslan Gündüz, *Milletlerarası Hukuk* (Beta 1998).

¹⁷ Convention on the Territorial Sea and the Contiguous Zone, Geneva, 1958 United Nations Treaty Collection, Türkçe çevirisi: <https://denizmevzuat.uab.gov.tr/uploads/pages/uluslararasi-sozlesmeler/denizhukuku.pdf> Erişim Tarihi 4 Ağustos 2020.

2. *Birinci paragraf şu hallerde uygulanmaz:*

(a) *Mücbir sebep hali, tek başına ya da diğer unsurların da katkısıyla, bunu ileri süren devletin tasarrufundan kaynaklanmışsa; ya da*

(b) *Devlet bu halin ortaya çıkma tehlikesini göze almışsa.”*

Taslak maddeler göz önünde bulundurulduğunda mücbir sebebin unsurları şu şekilde sayılabilecektir¹⁸:

(1) *Karşı konulamaz bir kuvvet veya öngörülemez bir olayın varlığı,*

(2) *Bu kuvvet veya olayın devletin kontrolü dışında meydana gelmesi,*

(3) *Yükümlülüğün ifasını maddi olarak imkansız hale getirmesi,*

Maddede kuralın uygulanmasının istisnası olarak öngörülen durumlar ise olumsuz unsurları oluşturmaktadır:

(4) *Mücbir sebebin ortaya çıkmasına devletin kendisinin neden olmaması*

(5) *Devletin mücbir sebep halinin ortaya çıkma tehlikesini göze almış olmaması.*

Taslak maddelerden anlaşıldığı üzere mücbir sebep, kişi iradesi dışında gerçekleşen, öngörülemeyen ya da karşı konulması mümkün olmayan ve zarara yol açan olaya işaret etmektedir. Bir başka ifade ile ortaya çıkan uluslararası hukuka aykırı eylem, devletin kontrolü dışında gerçekleşen, maddi imkansızlığın mevcut olduğu, yükümlülüğün yerine getirilmesi imkanını ortadan kaldıran ve önceden öngörülemeyen ya da öngörülmesi mümkün olmayan bir sebeple meydana gelmişse mücbir sebebin varlığı kabul edilir.¹⁹

Mücbir sebebin karşı konulamaz olması devletin elindeki imkanlarla söz konusu durumu önleyememesi anlamına gelmektedir. Öngörülemez olması ise olayın hiç öngörülemez veya kolay kolay öngörülemez durumuna işaret eder. Mücbir sebep halinde yükümlünün ifasını imkansız hale getirecek bir sebep vardır ve eylem irade dışıdır ya da özgür bir seçim sonucu olmamıştır.²⁰ Yükümlülüğün ifasının yerine getirilmesinin imkansız olması hukukta maddi imkansızlık olarak ifade edilen durumdur. İfanın güçlük de olsa yerine getirilebiliyor olması, bu koşulun sağlanmamış olması anlamına gelir. Örneğin ekonomik krizden dolayı bir borcun ödemesinde zorlanması gerçek bir imkansızlık anlamına gelmediği için, mücbir sebep olarak kabul görmeyecektir.²¹ Mücbir sebebe yol açan imkansızlık,

¹⁸ Köse (n 14) 168.

¹⁹ Taslak Maddeler, Madde 23 76.

²⁰ Taslak Maddeler, Madde 23 Şerh I.

²¹ Edwin M Borchard, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad* (The Banks Law Publishing 1927) 224.

deprem, sel, afet olayları gibi doğal veya fiziksel bir olay olabileceği gibi, devletin ülkesinde meydana gelen ayaklanma, ülkenin bir bölümünde kontrol kaybı gibi insan müdahalesinin olduğu ancak yine devlet iradesinin olmadığı durumlar veya ikisini birden içeren durumlar olabilecektir.²² Devletin mücbir sebebin çıkmasına katkısı olmaması kıstası, devletin mücbir sebebi doğuran olaya esaslı bir katkısının olmaması şeklinde anlaşılmalıdır.²³

Mücbir sebep, hukuka aykırılığı ortadan kaldıran sebepler arasında sayılmakla birlikte, uygulamada varlığının ispatı ciddi güçlükler içermektedir. Örneğin Sırp Borçları Davası'nda Yugoslavya, Fransa'ya karşı olan borçlarını ödeyememesinin Birinci Dünya Savaşı'nın ekonomisi üzerindeki etkisi sonucu olduğunu bildirerek mücbir sebep mazeretini ileri sürmüştür. Uluslararası Sürekli Adalet Divanı savaşın ekonomi üzerindeki etkisinin mücbir sebep teşkil ettiği iddiasını kabul etmemiştir.²⁴ Diğer yandan *Gill Davası*'nda, Meksika hükümetine karşı eylemler gerçekleştiren muhalifler bir İngiliz vatandaşının evinin yıkılmasına sebep olmuşlardır. Mahkeme bu olayın Devletin gerekli tedbiri almaması nedeniyle değil, eylemlerin aniden, engellenemez ve öngörülemez olması sebebiyle meydana geldiği kararına varmıştır.²⁵ Mücbir sebebin ileri sürüldüğü bir başka dava *Rainbow Warrior Davası*'dır. Davada bir Fransız ajanı tıbbi sebeplerle Yeni Zelanda'nın izni olmadan ajanın Fransa'ya geri gönderilmesini mutlak ve maddi imkansızlık olmadığı ve dahası yükümlülüğün yerine getirilmesini daha zorlaştırdığı gerekçesiyle yine reddetmiştir.²⁶

B. COVID-19 Pandemisi ve Mücbir Sebep

COVID-19 virüsünün ortaya çıkması ve yayılması, olayın öngörülemez olma unsuru ile bağdaşıyor gözükmektedir. Zira COVID-19 ilk görüldüğünde virüsün yayılma şekli, semptomlarına ve daha birçok konuda belirsizlik mevcuttu. Ancak ifade edilmesi gerekir ki bütün bu şekilde uluslararası toplumu etkileyecek boyutlara ulaşan her salgın için doğrudan öngörülemez olduğu savunması yapılamayacaktır. Nitekim, bu yıl itibari ile COVID-19'un ortaya çıkması ve yayılmasına ilişkin birçok veri elde edilmiştir. Dolayısıyla önümüzdeki seneden itibaren virüsün COVID-19 tipi için öngörülemez olduğunu ileri sürmek mümkün olmayabilecektir.

²² Kenan Dülger, *Devletin Uluslararası İnsancıl Hukukun İhlalinden Doğan Sorumluluğu* (Beta 2015) 103.

²³ Köse (n 14) 178.

²⁴ Malcolm Shaw *International Law* (8. Baskı Cambridge University Press 2017) 574.

²⁵ *ibid.*

²⁶ *Rainbow Warrior Davası*'nda Fransız istihbarat görevlilerinin bir sivil toplum örgütü olan Greenpeace'e ait bir gemiyi Yeni Zelanda suları içerisinde batırmalarından dolayı Fransa'nın sorumluluğunun doğduğuna hükmetmiştir. *Rainbow Warrior Davası*'nda Fransız istihbaratı Greenpeace Örgütüne ait *Rainbow Warrior* gemisini batırmıştır. Fransız yetkililer, bu kişilerle bir bağlantı olmadığını ifade etmişlerdir. Yine uluslararası siyasi baskılar sonucunda bu gemiyi batıran istihbarat görevlilerinin kendi elemanları olduğunu kabul etmiş ancak bu sefer de söz konusu kişilerin yetkilerini aşıkklarını (*ultra vires*) öne sürmüşlerdir. Sonuçta davaya bakan mahkeme Fransa'nın tazminat ödemesine hükmetmiştir. *New Zealand v. France*, (1990) United Nations Reports of International Arbitral Awards, XX, Part 3 217, <http://legal.un.org/riaa/cases/vol_XX/215-284.pdf> Erişim Tarihi 7 Haziran 2020.

Diğer yandan devletler, pandeminin uluslararası hukuktan kaynaklanan yükümünü yerine getirmesini iradesi dışı “*imkansız*” kıldığını ispatlamalıdır. Uluslararası mahkeme kararları göz önünde bulundurulduğunda ve yukarıda ifade edildiği üzere savaş gibi yıkıcı etkileri olan durumlarda dahi mücbir sebep gerekçesini mahkemelerin kabul etmiyor oluşu COVID-19 virüsü karşısında mücbir sebep gerekçesine dayanılmasını zorlaştırmaktadır.²⁷ Zira devletler hem öngörülemez olduğunu hem de kontrolleri dışında olduğunu ispat etmek durumunda kalacaktır. Bununla birlikte maddi imkansızlığın varlığı hususunda her olayın özel olarak incelenmesi gerekmektedir. Zira ilgili olaydaki yükümün ne olduğu, meseleyi ilgilendiren özel şartların neler olduğu gibi unsurlar değerlendirmeyi etkileyecektir.²⁸

Hukuka aykırı eylemi gerçekleştirmek zorunda bırakan durum, karşı konulamaz bir kuvvet olmalıdır. Burada karşı konulamaz kuvvetin öngörülebilir olup olmadığı önemsizdir. Bu husus Taslak maddelerde de öngörülemez veya karşı konulamaz olma şeklinde ifade edilmektedir. Bu bağlamda COVID-19 bir müddet sonra artık öngörülemez olmasa bile karşı konulamaz bir kuvvet olarak Devleti mecbur bırakmakta ise yine mücbir sebebin bu şartı yerine getirilmiş kabul edilecektir. Bu unsur açısından COVID-19’a ilişkin devletlerin ülkesinde kendi imkanları doğrultusunda meydana gelecek olan hukuka aykırı eylemin gerçekleşmesinden kaçınıp kaçınmadığı değerlendirmeye tabi tutulacaktır. Bilimsel araştırmalar, özellikle COVID-19’un ilk ortaya çıktığı zamanki belirsizlik, bilgi eksikliği, mücadele edebilmek için gerekli yolların bilinmemesi gibi sebeplerden ötürü devletlerin yapabilecekleri bir şey olmadığı görüşünü destekler niteliktedir. Öyle ki devletlerin en temel önlemlerinden olan ülkeye giriş çıkışların yasaklanması, sınırların kapatılması, giriş çıkışlarda havaalanlarında yapılan virüsü takip etme çabalarının virüsün yayılmasını önleyemediği yönünde çalışmalar ortaya konulmuştur.²⁹ Dahası virüs yayılımının önlenmesi noktasında en önemli araçlardan birisi olan filyasyon takibinin de yine karşı konulabilirlik noktasında etkisi çok güçlü olmamıştır, zira COVID-19 hem diğer virüslere nazaran başka semptomlar göstermiş hem de kendi içerisinde asemptomatik belirtiler gösterebilmiştir.³⁰

²⁷ Matthew Weiniger, ‘Foreign investment protection and investor-state arbitration in times of Covid-19’ (Mediate, Haziran 2020) <<https://www.mediate.com/articles/investorstatearb.cfm>> Erişim Tarihi 13 Haziran 2020.

²⁸ Abdullah Ali ‘Claims after COVID? - COVID-19 and state defenses in response to investment claims’ (Völkerrechtsblog, 2 Haziran 2020) <<https://voelkerrechtsblog.org/claims-after-covid/>> Erişim Tarihi 13 Haziran 2020; Aceris Law, ‘The COVID-19 Pandemic and Investment Arbitration’ (Aceris Law, 26 Mart 2020) <<https://www.acerislaw.com/the-covid-19-pandemic-and-investment-arbitration/>> Erişim Tarihi 13 Haziran 2020.

²⁹ Federica Paddeu, Freya Jephcott, ‘COVID-19 and Defences in the Law of State Responsibility: Part I’ (Ejiltalk, 17 Mart 2020) <<https://www.ejiltalk.org/covid-19-and-defences-in-the-law-of-state-responsibility-part-i/>> Erişim Tarihi 1 Haziran 2020.

³⁰ Rachel Schraer, ‘Coronavirus: Asymptomatic transmission still an ‘open question’ (BBC, 9 Haziran 2020) <https://www.bbc.com/news/health-52977940> Erişim Tarihi 4 Haziran 2020.

Devletin yükümlülüğüne aykırı eyleme sebep olan olayın devletin kontrolü dışında olması şartı aslında öngörülemez ve karşı konulamaz olmanın da içkin bir parçasıdır. COVID-19'un devletlerin yükümlerini gerçekleştirememeleri yönünde bir maddi imkansızlık oluşturup oluşturmadığı sorusuna genel bir cevap vermek mümkün değildir. Bu unsur bakımından söz konusu yükümlün ne olduğu ve içeriği açısından değerlendirme yapılarak yargıya varılmalıdır. Devletler COVID-19'un yayılmasını önlemek ve virüsü kontrol altına alabilmek için vatandaşlarına sokağa çıkma yasağı uygulamış, toplu alanların kapatılması önlemlerine başvurmuştur. Bu önlemleri almamaları halinde devletler bireyleri tehlike altına atacaktır. Ancak her ne sebeple olursa olsun bu önlemler ve bu önlemlerden sonra ortaya çıkan sonuçların istem dışı olduğu veya sonuçlarda irade kaybının var olduğu şeklinde yorumlanması mümkün olmayacaktır. Mamafih taslak maddelerden anlaşıldığı kadarı ile maddi imkansızlıktan bahsetmek mümkün değildir, zira COVID-19 karşısında alınan önlemler mutlak bir imkansızlık değil göreceli bir imkansızlık durumu oluşturmuştur. Dolayısıyla COVID-19 virüsü açısından değerlendirildiğinde meydana gelen hukuka aykırılıkta maddi imkansızlık durumu yoktur. O halde mücbir sebep mazereti ileri sürülemez.

Devletin katkısının olmaması unsuru bir halk sağlığı sorunu karşısında çeşitli soruların incelenmesini gerektirebilir. Geniş anlamda bir devlet katkısının olmayışından bahsetmek gerekirse virüsün yayılmasını önlemek ve kontrol altına almak için gerekli adımların atılmaması göz önünde bulundurulmalıdır. Özellikle HIV virüsü, ebola virüsü gibi virüslerde canlı hayvan ve insan ilişkisinin defaatle ortaya koyulmasından yola çıkarak ve COVID-19'un yarasa veya pangolinden kaynaklandığı iddiaları karşısında, Çin'in canlı hayvan pazarlarını kapatmamasının ilk olarak özen gösterme yükümlünü ihlal anlamına geldiği ileri sürülmüştür. Nitekim araştırmalar Sars 2'nin, H1N1'in kaynağı veya salgının devam etmesinde etkisi olduğunu göstermektedir.³¹ Ancak hem Çin hem bazı kaynaklar özellikle COVID-19 bağlamında da bunun doğru olduğunu reddetmiştir.³² Burada önemli olan devletlerin önleme adına gerekli adımları atmış olmalarıdır, sonuç almaları zorunluluk değildir. Bilindiği üzere uluslararası hukukta özen gösterme yükümü bir sonuç yükümü değildir.

³¹ Robert Webster, 'Wet markets—a continuing source of severe acute respiratory syndrome and influenza?' (2004) 363 (9404) Lancet < [https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736\(03\)15329-9/fulltext](https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736(03)15329-9/fulltext)> Erişim Tarihi 12 Haziran 2020.

³² Peter Beech, 'What we've got wrong about China's 'wet markets' and their link to COVID-19' (World Economic Forum, 18 Nisan 2020) <<https://www.weforum.org/agenda/2020/04/china-wet-markets-covid19-coronavirus-explained/>> Erişim Tarihi 4 Haziran 2020.

Devletin katkısının veya etkisinin olmaması şartı, uygulamada devletin sınıraşan zarar vermeme yükümü ile bağlantılıdır. Korfu Boğazı Davası'nda Divan açıkça devletin bilerek kendi ülkesini başka devletlerin uluslararası hukukta kabul edilmiş haklarına aykırı biçimde kullandırmama yükümü altında olduğunu ifade etmiştir.³³

Devlet katkısı konusunda COVID-19 bağlamında yapılacak değerlendirmede ekonomik anlamdaki daralma ve buna bağlı devletin aldığı tedbirlerin salgının yayılmasına doğrudan etkisi olmayabilir. Ancak devletlerin duruma hızlı tepki verme ve nüfusuna destek sağlama yeteneğini etkileyerek, salgının ölüm ve hasta sayısına olumsuz yönde etkisi olabilir. Ancak yine de bunun devletin katkısı olarak değerlendirilmesi mümkün değildir.³⁴

III. Zaruret Halinin COVID-19 Bağlamında Değerlendirilmesi

A. Uluslararası Sorumluluk Hukukunda Zaruret Hali

Zaruret hali³⁵, bir hukuk kişinin yükümlülüklerini yerine getirmesini çok ağır ya da olanaksız kıldığı durumlar olarak ifade edilmektedir. Zaruret halinden bahsedebilmek için yaşamsal çıkarları tehdit eden ciddi bir tehlikenin varlığı gereklidir. Söz konusu tehditler; ağır deniz kirlenmesi, nükleer radyoaktivite gibi doğaya yönelik olabileceği gibi, devletin siyasal varlığı ve bütünlüğüne karşı tehditler de olabilir.³⁶ Zaruret halinin tanımlanması ve uygulamada kullanılması zordur. Dolayısıyla diğer hukuka aykırılığı ortadan kaldıran durumlar arasında en tartışmalı olanıdır.

Sorumluluğa ilişkin Taslak Maddeler madde 25'te ise, zaruret hali şu şekilde düzenlenmektedir:

“Zaruret hali, bir devlet tarafından o devletin uluslararası yükümlülüğü ile uyumayan bir eylemin hukuka aykırılığını ortadan kaldırmak için eylem şu şartları taşımadıkça bir gerekçe olarak öne sürülemez: (a) Bir devlet tarafından ağır ve yakın tehlikeye karşı esaslı bir menfaati korumanın tek yolu olmalı, ve (b) Yükümlülüğün kendilerine karşı olduğu devlet ya da devletlerin ya da uluslararası toplumun bir bütün olarak esaslı bir menfaatini ciddi olarak zedelememelidir.

³³ U.K.-Northern Ireland v. Albania, (1949) International Court of Justice, 1949, s. 22. Korfu Boğazı Davası'nda ve Tahrin Rehinerleri Davası'nda Divan bu unsurlardan yola çıkarak değerlendirmede bulunmuştur. 1925 tarihli Zafiro Davası'nda Amerikan- İngiliz Talepleri Hakem Mahkemesi, Amerikan Donanması'nın Hong Kong'dan satın aldığı Zafiro ticaret gemisinin donanma tarafından gemiyi genel amaçlarla değil, kömür temini, ikmal veya destek işlerinde kullandığını ifade etmiştir. Geminin alınma amacı, sefer sırasında zorlukla karşılaşmadan limanlara giriş çıkış yapabilmektir. Bu limanlardan biri olan Filipinler'deki Cavite limanında geminin Çinli mürettebatı kıyıya çıkarak kargaşa çıkarmış, yağma ve benzer suçları işlemiştir. Mahkeme kararında ABD'yi özel kişilerden oluşan bu mürettebatın işledikleri eylemlerden sorumlu tutmuştur. Mahkemeye göre, ABD'nin sorumluluğu özen gösterme yükümünü yerine getirmemesi sonucu zararın meydana gelmesinden doğmuştur. Özen gösterme yükümü yerleşik bir uluslararası hukuk kuralı olup, esasen bir atfedilebilir kuralı olmayıp uluslararası hukukun çeşitli alanlarında uygulanan birincil nitelikte bir yükümdür. Özen gösterme yükümü çok dinamik bir yükümdür. Doğası aynı kalsa da uygulanması ve içeriği sürekli değişkenlik göstermektedir. Ayrıca özen gösterme yükümünün sonucunun önemsiz olduğu ifade edilmiştir.

³⁴ Paddeu, Jephcott (n 30).

³⁵ Uluslararası hukukta zaruret hali hakkında detaylı bilgi çalışma için bkz Miray Azaklı Köse, *Milletlerarası Sorumluluk Hukukunda Zaruret Hali* (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2013).

³⁶ Pazarcı (n 13) 173.

2. Her halükarda (a) Eğer söz konusu uluslararası yükümlülük zaruret halinin öne sürülmesi olasılığını dışlıyorsa, veya devlet zaruret hali durumuna katkıda bulunmuşsa, zaruret hali hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir gerekçe olarak öne sürülemez.”

Taslak maddelerden zaruret halinin varlığından bahsedebilmek için gerekli unsurların şunlar olduğu çıkarılacaktır:³⁷

- “(1) Devletin esaslı bir menfaatinin söz konusu olması,
- (2) Esaslı bir menfaate yönelik ağır ve yakın bir tehlike bulunması,
- (3) Yükümlülüğe aykırı eylemin menfaati korumanın tek (yegâne) yolu olması,
- (4) Kendilerine karşı yükümlü olunan diğer bir devlete veya uluslararası topluma ait olan başka bir esaslı menfaate zarar verilmemesi,
- (5) Devletin ihlal ettiği yükümlülüğün zaruret hali öne sürmeyi engellememesi,
- (6) Devletin zaruret halinin ortaya çıkmasına katkıda bulunmamış olması.”

Esaslı menfaatten ne anlaşılacağı noktasında bir görüş birliği bulunmamaktadır. Uluslararası hukukçuların genel görüşü, her olayın kendi şartları içerisinde değerlendirilmesi gerektiği yönündedir.³⁸ Raportör Ago devletin devlet olmakla getirdiği temel işlevlerini yerine getirmesine engel durumların her birinin bu bağlamda değerlendirilebileceğini ifade etmiştir.³⁹ Başka türlü eylemde bulunulabilmesi ihtimalinin olduğu hallerde, tek yol olma şartı sağlanmış kabul edilmeyerek, zaruret haline başvurulamayacaktır. Öyle ki daha az elverişli olması veya masraflı olması yani zor olması bu yola başvurulmamasını meşru kılmayacaktır.⁴⁰ Devletin meydana gelen aykırılığa katkısı olmaması unsuru, zaruret halinin en tartışmalı yönlerindedir. Zira devlet neredeyse her durumda bir şekilde karar alma sürecinde yer almakta, böylece belirli bir miktarda katkıda bulunmaktadır. O halde bu unsur açısından önemli olanın, katkının derecesi olduğu ifade edilebilir. Nitekim Taslak madde şerhinde de devletin katkısının yeterince önemli olması gerektiği ve ikincil nitelikte veya pekte önemli olmayan katkıların bu bağlamda değerlendirilemeyeceği açıklanmıştır.⁴¹

B. COVID-19 Pandemisi ve Zaruret Hali

Basına yansıyan bilgiler ışığında bir değerlendirme yapıldığında COVID-19 virüsünün yayılışı, başlaması ve devamı itibarıyla ağır ve yakın tehlike kıstasını

³⁷ Köse (n 14) 182.

³⁸ Commentaries, Art. 25, para. 15; Report of the International Law Commission on the Work of Its Thirty-Second Session, (5 May-25 July 1980), UN Doc. A/35/10, para. 32,

³⁹ Ago Report para 3; Köse (n 14) 184.

⁴⁰ ILC Commentaries, Art. 25, para. 16.; Köse (n 14) 188.

⁴¹ ILC Commentaries, Art. 25, para. 20; Köse (n 14) 194.

sağladığı ileri sürülebilir.⁴² Zira virüsün ortaya çıkışından sonra yayılma hızı ve neredeyse bütün dünya devletlerini etkilemesi insanlığın neredeyse tümü için ağır zarar veren yakın bir tehdit olduğu görüşünü desteklemektedir. Bilimsel veriler de COVID-19'un dünya nüfusu için ciddi zarar veren bir virüs olduğunu kanıtlamaktadır. Virüsün yayılım hızı ve salgın başlamadan önce virüsten korunmanın mümkün olmaması, herkesin potansiyel enfeksiyona duyarlı olması ve mevcut vakaların tüm dünyada önemli sayılara ulaşıyor olması, ağır ve yakın tehlike şartlarını sağladığı konusunda bu unsurun gerçekleştiğinin ileri sürülebilmesini mümkün kılmaktadır. Enfeksiyonun hızla yayılması, potansiyel olarak yüksek ve henüz belirsiz ölümcüllük oranı ile birleştiğinde, nüfusa ciddi bir zarar vermektedir.

İkinci olarak, dünyadaki enfekte olmuş insan sayısı, yoğun bakımdaki insan sayısı, vefat eden insan sayısı göz önünde bulundurulduğunda virüsün, Devletlerin ve bir bütün olarak uluslararası toplumun temel bir çıkarını tehdit ettiği dolayısıyla bu şartı da sağladığı ileri sürülebilecektir.⁴³

Ayrıca meydana gelen hukuka aykırılık, devletlerin veya uluslararası toplumun temel çıkarına zarar vermemelidir. COVID-19 ile mücadele bağlamında alınan seyahat yasağı gibi yasakların zaten geçici nitelikte olup, ciddi eşliğini sağlamayacağını ifade etmişlerdir.⁴⁴

Zaruret halinin kabul görmesi için gereken bir diğer unsur, söz konusu eylemin tek yol olması gereğidir. Dolayısıyla söz konusu eylemi gerçekleştirmek yerine başka türlü hukuki yollara başvurma imkanı bulunmakta ise zaruret hali şartı oluşmamış kabul edilir. Öyle ki bu hukuki yollar diğer alınan tedbirlere göre daha pahalı veya uygunsuz olsa bile eğer böyle yollar varsa zaruret hali iddiasına başvurulamayacaktır. Esasında bu çok yüksek bir eşiktir. COVID-19 bağlamında devletlerin aldıkları tedbirler açısından tek yol olduğunu iddia etmek güç gözükmektedir.⁴⁵ Özellikle bu aşamadan bakıldığında birçok belirsizliğin devam ettiği göz önünde bulundurulmalıdır.⁴⁶

Son olarak devletin katkısı olmaması şartı noktasında da birçok belirsizlik bulunmaktadır. Yargı kararlarında iyi niyetli ancak yanlış planlanmış politikalarından meydana gelen devlet katkısında bile zaruret haline başvurulamayacağı görüşü yönünde karar verilmiştir. Devletin sağlık sistemine ilişkin fon veya kaynak yetersizliği, zaruret hali iddiasını kaldıracak unsur olarak değerlendirilebilecektir. Mevcut bilgiler göz önünde bulundurulduğunda zaruret hali savunmasına dayanılamayacağı görüşü baskındır.⁴⁷

⁴² Ali (n 29).

⁴³ ibid.

⁴⁴ ibid.

⁴⁵ ibid.

⁴⁶ Aceris Law, (n 29).

⁴⁷ Federica Paddeu, Kate Parlett, 'COVID-19 and Investment Treaty Claims' (Kluwer Arbitration Blog, Mart 30, 2020) <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/03/30/covid-19-and-investment-treaty-claims/?doing_wp_cron=1591118729.2038578987121582031250> Erişim Tarihi 3 Haziran 2020. Aksi yöndeki görüş için bkz Aceris Law, (n 29).

IV. Tehlike Hali ve COVID-19 Bağlamında Değerlendirilmesi

A. Uluslararası Sorumluluk Hukukunda Tehlike Hali

Hukuka aykırı eylemin kişinin veya onun sorumluluğu altındaki kişilerin yaşamlarını korumak amacı güderek yapılması halinde, diğer şartları da bulundurması halinde tehlike halinden bahsedilir⁴⁸ ve hukuka aykırılığın ortadan kalktığı kabul edilir. Tehlike hali eylemi gerçekleştiren kişinin bir yaşamı korumak için başka bir yolu olmamasıdır. Tehlike halinde, mücbir sebebin aksine maddi bir imkansızlık yoktur. Hukuka aykırı eylemi gerçekleştiren kişinin iradesi bulunmaktadır. İrade serbestisi ile gerçekleştirilen uluslararası hukuka aykırı eylem örneğinin kişinin yaşamı ile ilgili değil de devletin çıkarları ile ilgili ise diğer şartları sağlaması halinde burada zaruret halinden bahsetmek gerekecektir.⁴⁹

Tehlike hali Devletin Sorumluluğuna İlişkin Taslak Maddeler madde 24'te şu şekilde düzenlenmektedir:

“Tehlike

- 1. Devletin uluslararası yükümlülüğü ile uyuşmayan bir eyleminin hukuka aykırılığı söz konusu fiili işleyen, tehlike durumunda, kendisinin veya kendisine emanet edilen başka kişilerin yaşamını kurtarmak için başka hiçbir makul çareye sahip değilse, ortadan kalkar.*
- 2. Eğer; (a) Tehlike durumu, tek başına veya diğer faktörlerin bileşimi halinde, bunu öne süren devletin tasarrufu sonucu ortaya çıkmışsa; veya (b) Söz konusu eylem benzer veya daha büyük bir riske yol açabilecekse 1. paragraf uygulanmaz.”*

Bu savunmanın ileri sürülebilmesi için

- 1- insan yaşamına karşı bir tehdidin varlığı,
- 2- devlet organı ile eylemi gerçekleştiren kişi arasında özel bir ilişkinin varlığı,
- 3- tehdit karşısında başka uygun bir yol bulunmaması,
- 4- eylem ile tehlikenin orantılı olması,
- 5- kişinin söz konusu durumun ortaya çıkmasına ihmal veya kastıyla katkıda bulunmaması
- 6- söz konusu olayın, daha büyük bir tehlikeyi yaratmaması gereklidir.⁵⁰

⁴⁸ Uzun zorunluluk terimini tercih etmektedir. Uzun (n 9) 71.

⁴⁹ ibid.

⁵⁰ Federica Paddeu, Freya Jephcott, 'COVID-19 and Defences in the Law of State Responsibility: Part II' (Ejiltalk, 17 Mart 2020) <<https://www.ejiltalk.org/covid-19-and-defences-in-the-law-of-state-responsibility-part-ii/>> Erişim Tarihi 1 Haziran 2020.

Tehlike hali yukarıda sayılan unsurların katılığı göz ününde bulundurulduğunda, uygulamada nadir karşılanan bir durum olarak karşımıza çıkmaktadır. Diğer uluslararası hukuka aykırılığı kaldıran sebeplerde olduğu üzere tehlike halinde de devlet, adına hareket eden kişinin fiili nedeniyle tehlike hali meydana gelmemelidir. Yine önemli bir unsur olarak meydana gelen tehlike kendine eşit veya büyük başka bir tehlike hali oluşturmamalıdır.

B. COVID-19 Pandemisi ve Tehlike Hali

COVID-19'un insan yaşamına karşı tehdit olduğu konusunda herhangi bir şüphe bulunmamaktadır. Dolayısıyla ilk unsur, bu hukuka aykırılığı ortadan kaldıran hal bakımından karşılanmış olmaktadır.

İkinci unsur olan *özel bir ilişkinin* varlığının aranması konusunda devlet ile kendi nüfusu arasındaki genel ilişki yeterli değildir. Taslak maddeler şerhinden anlaşıldığı kadarıyla, devlet, tehlike altındaki kişinin yaşamına ilişkin iradesini kullanarak eylemde bulunabilecek durumda olmalıdır.

Bu unsura ilişkin en açık örnek, bir gemi içerisindeki yolcuların yaşamlarını tehlike altına atan olay karşısında gemi kaptanının tehlikeyi savuşturabilecek durumda olmasıdır.⁵¹

COVID-19 sebebi ile alınacak bütün önlemlerde tek yetkili mercii devlet otoritesidir. Pandeminin azaltılması ve kontrol altına alınmasında düzenleyici yetkiye büyük ölçüde sahip olan merkezi hükümetlerin insanların yaşamına ilişkin tasarruf hakkını elinde bulundurduğu ileri sürülebilir.

Alınan tedbirlerin başvurulacak tek yol olması gereği, zaruret haline göre tehlike halinde daha düşük bir eşige karşılık gelmektedir. Taslak Maddeler şerhinde Uluslararası Hukuk Komisyonu bunu açıkça ifade etmektedir. COVID-19 bağlamında birçok ülkede sosyal mesafe tedbiri alınmaktadır. Aşının olmaması ve bulgularla ispatlanmış bir tedavinin henüz bulunmaması gerekçesiyle sosyal mesafe tedbiri makul bir yol olarak değerlendirilebilir. Ancak her tedbir sırf aşı bulunmadığı gerekçesiyle uygun ve tek yol olma kıstasını sağlamış kabul edilmez. Her bir vaka ve tedbir için ayrı değerlendirme gereklidir.⁵²

Yine devletin katkısının olmaması unsuru da zaruret hali iddiasına göre daha düşük bir seviyededir. İyi niyet kapsamında yapılmış ancak meydana gelen hukuka aykırılığa katkısı bulunulması bu unsuru kapsam dışı bırakmamaktadır. Taslak maddelerin yorumunda zaten önceliğin insan hayatını kurtarmaya verilmesi yönünde bir görüş ifade edilmiştir. Kanımızca da ilgili duruma devletin katkısının varlığının insan yaşamının kurtarılmasının karşısına koymak mantık dışı olacaktır.⁵³

⁵¹ ibid.

⁵² ibid.

⁵³ ibid.

Son olarak alınan tedbir veya meydana gelen hukuka aykırılık daha büyük bir tehlike yaratmamalıdır. Orantılılık unsuru olarak da ifade edilebilecek bu şarta göre alınan tedbirler ile korunan menfaat arasında bir orantılılığın bulunması gereklidir.

V. Sürü Bağışıklığı Uygulayan Devletler Açısından Değerlendirme

COVID-19 karşısında bazı devletler sürü bağışıklığı yöntemi ile mücadele etmeyi tercih etmiştir.⁵⁴ Sürü bağışıklığı önceden geçirilmiş olan enfeksiyonlar ve uygulanmış olan aşılarda bir insan topluluğunun çoğunluğunun enfeksiyona karşı bağışıklığı kazanmasının amaçlandığı bir yöntem olarak ifade edilmektedir. Bireylerin büyük kısmına virüsün bulaşması ile birlikte, hastalığın bulaşma oranı düşmekte ve enfeksiyon zinciri kırılarak hastalığın yayılması yavaşlatılmakta veya tamamen durdurulmaktadır. Bağışıklık kazanmış birey sayısındaki artış, bağışıklığı kazanmamış bireylere bulaşma ihtimalini düşürecektir.⁵⁵

Çalışmada ortaya koyulan hukuka aykırılığı kaldıran haller sürü bağışıklığı yöntemini uygulayan devletler bakımından ileri sürülemez. Üç hal bakımından da başvurulmasını hukuken engelleyen en temel ve ortak unsur başka unsurlarda olmakla birlikte “devletin katkısı olmaması” gereğidir.

Mücbir sebebin ileri sürülebilmesi için, meydana gelen uluslararası hukuka aykırılığın devlet kontrolü dışında olması ve öngörülemez olması gerekmektedir. Zaten Taslak madde 23’ te devletin katkısı varsa veya devlet bu halin ortaya çıkma tehlikesini göze almışsa ileri sürülemeyeceği açıkça ifade edilmektedir.⁵⁶

Zaruret halinin ileri sürülebilmesi de mümkün değildir. Zira zaruret halinden bahsedilebilmesi için söz konusu duruma karşı mücadele edebilmenin tek yolu olmalıdır. Sürü bağışıklığı uygulamadan da COVID-19’la mücadele eden devletlerin olması bunun tek yol olmadığını göstermektedir. Dahası aynen mücbir sebepte olduğu gibi zaruret halinde de devletin katkısı meydana gelen imkansızlığa katkıda bulunmamalıdır.⁵⁷

Tehlike halini de ileri sürmek mümkün gözükmemektedir. Tehlike halini ileri sürebilmek için de insan yaşamını kurtarmak için başka hiçbir makul çarenin

⁵⁴ İngiltere ve İsviçre gibi ülkelerde sürü bağışıklığı uygulandığı açıkça kaul edilmektedir. Sarah Boseley, ‘Herd immunity: will the UK’s coronavirus strategy work?’ (The Guardian 13 Mart 2020) <<https://www.theguardian.com/world/2020/mar/13/herd-immunity-will-the-uks-coronavirus-strategy-work>>, Erişim Tarihi 4 Ağustos 2020. Quentin Fottrell, ‘It’s going to be daunting’: U.K. considers herd-immunity approach — allowing more people to contract coronavirus’ (Marketwatch 15 Mart 2020) <<https://www.marketwatch.com/story/its-going-to-be-daunting-uk-considers-opposite-approach-to-the-uss-by-allowing-more-people-to-contrast-coronavirus-2020-03-14>>, Erişim Tarihi 4 Ağustos 2020. Maddy Savage, ‘Did Sweden’s coronavirus strategy succeed or fail?’ (BBC 24 Temmuz 2020) <<https://www.bbc.com/news/world-europe-53498133>> Erişim Tarihi 4 Ağustos 2020.

⁵⁵ Gavi (Gavi The Vaccine Alliance 26 Mart 2020) <<https://www.gavi.org/vaccineswork/what-herd-immunity>> Erişim Tarihi 4 Ağustos 2020.

⁵⁶ Köse (n 14) 168.

⁵⁷ Pazarıcı (n 12) 173-174.

bulunmaması gerekmektedir.⁵⁸ Yine tehlike hali bunu öne süren devletin tasarrufu sonucu ortaya çıkmışsa, devlet ileri süremeyecektir.

Son olarak ifade edilmelidir ki sürü bağışıklığı uygulayan devletlerin hukuka aykırılığı ortadan kaldıran halleri ileri sürebilmeleri açısından zaman değerlendirmesi yapılmalıdır. Zira sürü bağışıklığına başvurmadan önceki hukuka aykırılıklar için bu hallere başvurulabilmesi mümkündür.

Sonuç

Uluslararası toplumun gördüğü en ciddi salgın hastalıklardan birisi olan COVID-19 tüm dünyayı etkisi altına almıştır. Devletler insanların yaşamlarını korumakla sorumlu en temel birim olarak, salgına karşı mücadele bağlamında birtakım önlemler almışlardır. Bu önlemlerin bir kısmı devletlerin uluslararası hukuktan kaynaklanan yükümlerini ihlal etmelerine yol açmıştır. Ayrıca devletin aldığı tedbirden kaynaklanmayan ancak ekonomi, sağlık veya diğer faktörlerin etkilemesi ile birlikte de devletler bazı uluslararası hukuk yükümlülüklerini ihlal etmiş olabilecektir.

Devletler ihlal ettikleri veya etmek zorunda kaldıkları uluslararası hukuk yükümlülüklerini, uluslararası hukuka aykırılığı ortadan kaldıran hallerden özellikle zaruret hali, tehlike hali ve mücbir sebepten birisine sokarak, uluslararası sorumluluğun doğmayacağını iddia edebilecektir.

Çalışmada varılan en temel sonuç, açıklanan hukuka aykırılığı ortadan kaldıran sebepler değerlendirilirken, ilgili uluslararası hukuka aykırı eylemin ne olduğu, niteliği, etkisi, ihlal edilen uluslararası yükümlüğün niteliği ve daha birçok faktör göz önünde bulundurularak cevaplanması gerektiği yönündedir. Bir savunma biçiminin seçilerek olaya özgü bir değerlendirme yapmaksızın hangisinin doğru savunma olduğunu söylemek mümkün olmayacaktır.

Bu sonuca varmak için üç hal hem uluslararası sorumluluk hukuku açısından hem de COVID-19 bağlamında değerlendirilmiştir.

Özellikle mücbir sebep, pandemi açısından alınan tedbirler ve meydana gelen hukuka aykırılıklar karşısında ileri sürülebilmesi ihtimali en az olan sebeptir. Zira belli derecede bazı durumlar açısından irade dışılık ileri sürülebilecekse de, nihai olarak devletlerin COVID-19'un etkisini azaltmak veya kontrol altına almak için iradi olarak aldığı tedbirler olduğu açıktır.

Zaruret halinde hukuka aykırılığın gerekçesi olarak, söz konusu eylemin “tek yol” olması şartı yerine getirilmiş kabul edilemeyecektir. Zira herşeyden önce virüse ilişkin bilimsel veriler kısıtlıdır. Dolayısıyla devletin eyleminin tek yol olduğuna

⁵⁸ Uzun (n 9) 71.

ilişkin iddiasını güçlü şekilde ileri sürmesi mümkün gözükmemektedir, çünkü bilimsel doğrulanma imkanı henüz yoktur.

Tehlike hali açısından ise sorun “özel ilişkinin” varlığının ispatı olacaktır. Zaruret hali için de tehlike hali için de gerekli olan devletin katkısının olmaması şartı, çok geniş yorumlanabilecek nitelikte olduğu için sorun teşkil etmesi mümkündür.

Bazı devletler COVID-19 ile mücadele için sürü bağışıklığı yöntemini tercih etmiştir. Çalışmada incelen üç hali de bu devletler ileri süremeyecektir. Zira bu üç hal bakımından da ortak ve temel unsur olan “devletin katkısı olmaması” gereği, sürü bağışıklığı yöntemini tercih eden devletlerde ortadan kalkmaktadır. Bunun yanında her hal bakımından farklı unsurlar da sağlanmamış olmaktadır. Mücbir sebebin ileri sürülebilmesi için, meydana gelen uluslararası hukuka aykırılığın devlet kontrolü dışında olması ve öngörülemez olması gerekmektedir. Zaruret hali bakımından ise söz konusu duruma karşı mücadele edebilmenin tek yolu olmalıdır. Sürü bağışıklığının tek yol olmadığı diğer devlet uygulamaları göz önünde bulundurulduğunda açıkça ortaya çıkmaktadır. Tehlike halini ileri sürebilmek için de insan yaşamını kurtarmak için başka hiçbir makul çarenin bulunmaması gerekmektedir. Bununla birlikte eklemek gerekir ki sürü bağışıklığı uygulayan devletlerin hukuka aykırılığı ortadan kaldıran halleri ileri sürebilmeleri açısından zaman değerlendirmesi yapılmalıdır. Zira sürü bağışıklığına başvurmadan önceki hukuka aykırılıklar için bu hollere başvurulabilmesi mümkündür.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

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

Peer-review: Externally peer-reviewed.

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

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

Bibliyografya/Bibliography

- Acer Yücel, Kaya İbrahim, *Temel Uluslararası Hukuk Ders Kitabı* (10. Baskı Seçkin 2019).
- Aceris Law, ‘The COVID-19 Pandemic and Investment Arbitration’(Aceris Law, 26 Mart 2020) <<https://www.acerislaw.com/the-covid-19-pandemic-and-investment-arbitration/>> Erişim Tarihi 13 Haziran 2020.
- Aksar Yusuf, *Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk II* (5. Baskı Seçkin 2019).
- Ali A, ‘Claims after COVID? - COVID-19 and state defenses in response to investment claims’ (Völkerrechtsblog, 2 Haziran 2020) <<https://voelkerrechtsblog.org/claims-after-covid/>> Erişim Tarihi 13 Haziran 2020.
- Aust A, *Handbook of International Law*, (2. Bası Cambridge University Press 2010).
- Aybay Rona, Oral Elif, *Kamusal Uluslararası Hukuk*, (İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 2016).
- Beech P, ‘What we’ve got wrong about China’s ‘wet markets’ and their link to COVID-19’ (World Economic Forum, 18 Nisan 2020) <<https://www.weforum.org/agenda/2020/04/china-wet-markets-covid19-coronavirus-explained/>> Erişim Tarihi 4 Haziran 2020.
- Bal A, *Devletlerin Uluslararası Sorumluluğunun Doğması* (Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi 2006).
- Borchard Edwin M, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad* (The Banks Law Publishing 1927).
- Boseley S, ‘Herd immunity: will the UK’s coronavirus strategy work?’ (The Guardian 13 Mart 2020) <<https://www.theguardian.com/world/2020/mar/13/herd-immunity-will-the-uks-coronavirus-strategy-work>>, Erişim Tarihi 4 Ağustos 2020.
- Brownlie I, *State Responsibility Part 1* (Clendon Press 1983).
- Crawford J, *State Responsibility General Part* (Cambridge University Press 2013).
- Çelik E, ‘Milletlerarası Mesuliyet’ (1957) C. XXI (1-4) İÜHFİM, 66-80.
- Dülger K, *Devletin Uluslararası İnsancıl Hukukun İhlalinden Doğan Sorumluluğu* (Beta 2015).
- Erkiner H. H, *Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğu* (On İki Levha Yayıncılık 2010).
- Fottrell Q, ‘‘It’s going to be daunting’: U.K. considers herd-immunity approach — allowing more people to contract coronavirus’ (Marketwatch 15 Mart 2020) <<https://www.marketwatch.com/story/its-going-to-be-daunting-uk-considers-opposite-approach-to-the-uss-by-allowing-more-people-to-contract-coronavirus-2020-03-14>>, Erişim Tarihi 4 Ağustos 2020.
- Gavi (Gavi The Vaccine Alliance 26 Mart 2020) <<https://www.gavi.org/vaccineswork/what-herd-immunity>> Erişim Tarihi 4 Ağustos 2020.
- Gündüz Aslan, *Milletlerarası Hukuk Konu Anlatımı – Temel Belgeler – Örnek Kararlar* (10. Baskı Savaş 2019).
- Habibi R, Burci G, Campos T, Chirwa D, Cina M, Dagon S, Mark T, Forman L, Gostin L, Meier B, Negri S, Ooms G, Sekalala S, Taylor A, Yamin A, Hoffman S, ‘Do not violate the International Health Regulations during the COVID-19 outbreak’ (2020) 395 (10225) Lancet <[https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736\(20\)303731/fulltext?fbclid=IwAR1JJOiPGzFmFoaGO-T-OVUt8r6tTyYocb5fYqAECGxGRTYzxNL-RKMpc](https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736(20)303731/fulltext?fbclid=IwAR1JJOiPGzFmFoaGO-T-OVUt8r6tTyYocb5fYqAECGxGRTYzxNL-RKMpc)> Erişim Tarihi 12 Haziran 2020.
- Kedikli U, *Uluslararası Terörizm ve Devlet Sorumluluğu* (Nobel 2013).
- Köse M, *Milletlerarası Sorumluluk Hukukunda Zaruret Hali* (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2013).

- Köse M, *ILC Maddeleri Kapsamında Devletin Uluslararası Yatırım Tahkiminde Sorumluluğu* (İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi 2019).
- Kurtdarcan B, Mumcu Ş. Ö. “Covid-19’un Düşündürdükleri: Uluslararası Hukukun Pandemiyle Mücadele Rejimine Genel Bir Bakış” (2020/I) Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 165-187.
- Paddeu F, Jephcott F, ‘COVID-19 and Defences in the Law of State Responsibility: Part I’ (Ejiltalk, 17 Mart 2020) < <https://www.ejiltalk.org/covid-19-and-defences-in-the-law-of-state-responsibility-part-i/> > Erişim Tarihi 1 Haziran 2020.
- Paddeu F, Parlett K, ‘COVID-19 and Investment Treaty Claims’ (Kluwer Arbitration Blog, Mart 30, 2020) <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/03/30/covid-19-and-investment-treaty-claims/?doing_wp_cron=1591118729.2038578987121582031250> Erişim Tarihi 3 Haziran 2020.
- Paddeu F, Jephcott F, ‘COVID-19 and Defences in the Law of State Responsibility: Part II’ (Ejiltalk, 17 Mart 2020) < <https://www.ejiltalk.org/covid-19-and-defences-in-the-law-of-state-responsibility-part-ii/> > Erişim Tarihi 1 Haziran 2020.
- Pazarcı H, *Uluslararası Hukuk Dersleri 3. Kitap* (4. Bası Turhan 2005).
- Samancı U, “Uluslararası Sağlık Tüzüğü (2005) ve Hukukî Niteliği” (2014) 16/2 D.E.Ü. Hukuk Fakültesi, 113-169.
- Savage M, ‘Did Sweden’s coronavirus strategy succeed or fail?’ (BBC 24 Temmuz 2020) <<https://www.bbc.com/news/world-europe-53498133>> Erişim Tarihi 4 Ağustos 2020.
- Shaw M, *International Law* (8th Edition Cambridge University Press 2017).
- Sur Melda, *Uluslararası Hukukun Esasları* (11. Baskı Beta 2017).
- Uzun E, *Milletlerarası Hukuka Aykırı Eylemlerinden Dolayı Devletlerin Sorumluluğu* (2. Baskı Beta 2016).
- Weiniger M, ‘Foreign investment protection and investor-state arbitration in times of Covid-19’ (Mediate, Haziran 2020) <<https://www.mediate.com/articles/investorstatearb.cfm>> Erişim Tarihi 13 Haziran 2020.
- Schraer R, ‘Coronavirus: Asymptomatic transmission still an ‘open question’ (BBC, 9 Haziran 2020) <<https://www.bbc.com/news/health-52977940>> Erişim Tarihi 4 Haziran 2020.
- Webster R, ‘Wet markets—a continuing source of severe acute respiratory syndrome and influenza?’ (2004) 363 (9404) Lancet <[https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736\(03\)15329-9/fulltext](https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736(03)15329-9/fulltext)> Erişim Tarihi 12 Haziran 2020.
- World Health Organisation Official Website <<https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019>> Erişim Tarihi 15 Haziran 2020.
- Report of the International Law Commission, Fifty Third Session, 2001, General Assembly, Official Records, Fifty Sixth Session, Supplement No: 10, A/56/10. <http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf> Erişim Tarihi 12 Haziran 2020.
- Italy v. France (1938) PCIJ, PCIJ Series A/B, No. 74, 10. https://www.icj-cij.org/files/permanent-court-of-international-justice/serie_AB/AB_74/01_Phosphates_du_Maroc_Arret.pdf Erişim Tarihi 4 Haziran 2020.
- New Zealand v. France, (1990) UNRIAA, XX, Part 3, <http://legal.un.org/riaa/cases/vol_XX/215-284.pdf> Erişim Tarihi 7 Haziran 2020.
- U.K.-Northern Ireland v. Albania, (1949) ICJ <<https://www.icj-cij.org/files/case-related/1/001-19490409-JUD-01-00-EN.pdf>> Erişim Tarihi 6 Haziran 2020.

European Comission, European Union Official Website <https://ec.europa.eu/info/business-economy-euro/economic-and-fiscal-policy-coordination/jobs-and-economy-during-coronavirus-pandemic/state-aid-cases_en> Erişim Tarihi 5.8.2020.



İstanbul Hukuk Mecmuası

Başvuru: 29.06.2020
Kabul: 08.09.2020

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Vergi Hukukunda Mücbir Sebep ve Hukuksal Sonuçları Üzerine Eleştirel Bir Yaklaşım ve Öneriler

Esra Ekmekci^{*}, Gülsen Güneş^{**}, Mahmut Kaşıkçı^{***}, Gamze Gümüşkaya^{****}

Öz

Bu makalede Vergi Hukukunda mücbir sebep kavramı ve hukuksal sonuçları eleştirel bir bakış açısı ile ele alınmıştır. Bu kapsamda mücbir sebep kavramı ve hukuksal sonuçları vergi genel hukuku, vergi yargılaması hukuku, vergi icra hukuku, vergi ceza hukuku ve gümrük vergi hukuku açısından ayrı başlıklarda irdelenmiş, öneriler getirilmiştir. Yine güncel bir terim olan Felaket Hukuku üzerinde durulmuş ve COVID-19 konusunda alınan vergisel önlemler ile aynı konudaki idari işlem ve yargılama boyutuna ilişkin düzenlemeler de irdelenmiştir.

Anahtar Kelimeler

Vergi genel hukukunda mücbir sebepler, Vergi yargılaması hukukunda mücbir sebepler, Vergi icra hukukunda mücbir sebepler, Vergi ceza hukukunda mücbir sebepler, Gümrük vergi hukukunda mücbir sebepler, Mücbir sebeplerin hukuksal sonuçları, Eski hale iade, Vergi hukukunda COVID-19 önlemleri, Felaket hukuku

A Critical Approach and Recommendations on Force Majeure and its Legal Consequences in Tax Law

Abstract

The concept of force majeure and its legal consequences in tax law are discussed in this study with a critical perspective. Under separate titles regarding general tax law, tax procedure law, tax enforcement law, tax penal law, and customs tax law, the concept of force majeure and its legal consequences are examined. Tax measures which have been taken during the COVID-19 outbreak, coupled with regulations on the administrative and judicial process are examined and the current term "Disaster Law" is emphasized.

Keywords

Force majeure in general tax law, Force majeure in judicial procedure law regarding tax proceedings, Force majeure in tax enforcement law, Force majeure in tax penal law, Force majeure in customs tax law, Legal consequences of force majeure, Reinstatement, COVID-19 measures in tax law, Disaster law

* **Sorumlu Yazar:** Esra Ekmekci (Prof. Dr.), İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Mali Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye. E-posta: ekmekci@istanbul.edu.tr ORCID: 0000-0002-5275-8994

** Gülsen Güneş (Prof. Dr.), Bahçeşehir Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Mali Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye. E-posta: gulsen.gunes@law.bau.edu.tr ORCID: 0000-0003-2021-7103

*** Mahmut Kaşıkçı (Prof. Dr.), İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Mali Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye. E-posta: mahmut.kasikci@istanbul.edu.tr ORCID: 0000-0002-9121-2281

**** Gamze Gümüşkaya (Dr. Öğr. Üyesi), İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Mali Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye. E-posta: gamze.gumuskaya@istanbul.edu.tr ORCID: 0000-0003-3201-6907

Atf: Ekmekci E, Güneş G, Kaşıkçı M, Gümüşkaya G, "Vergi Hukukunda Mücbir Sebep ve Hukuksal Sonuçları Üzerine Eleştirel Bir Yaklaşım ve Öneriler" (2020) 78(2) İstanbul Hukuk Mecmuası 1069. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2020.78.2.0026>



Extended Summary

The COVID-19 outbreak has gained a global dimension and has been declared a global epidemic/pandemic by the World Health Organization on March 11, 2020; this pandemic began at the end of 2019 in Wuhan, China. States, including our country, undertook various measures through monetary and fiscal policies to eliminate or minimize the negative effects of the epidemic on the social and economic life of citizens, in addition to the endeavors to fight the disease. These measures can be classified as “tax supports” (rate reductions, extending tax return periods, and extending tax payment periods) and “incentive packages.”

The global epidemic has introduced the implementation of International Disaster Law, which is mainly based on the concept of “force majeure.” Hence, this article comprises of six chapters. First, the concept, definition, and features of “force majeure” in tax law are discussed. In our opinion,

- The events called force majeure in a broad sense are unpredictable or inevitable; however, not always external.
- The person may have a defect in the formation of these events, but he or she should not be willing to take advantage of legal consequences.
- There must be a causal link between the force majeure and tax liability, except in cases of general disaster.

Force majeure is addressed in the Tax Procedure Law in an uncertain and unsystematic way. In this article, all of these issues have been criticized. The concept of force majeure is examined from a critical point of view in the first chapter, and suggestions are made including the introduction of a comprehensive new norm.

Moreover, under second chapter in terms of the process before and after the tax trial, the legal consequences of the force majeure are analyzed. In the third chapter, other legal consequences of force majeure are also discussed in detail including the ones concerning tax enforcement law and customs tax law, other than its effect on the terms.

The regulations specific to the COVID-19 outbreak introduced in the Turkish Tax Law and the International Tax Law are mentioned in the fourth chapter of our study. The authority of the Ministry of Treasury and Finance to declare force majeure and the limits of this authority have been evaluated within the context of the constitutional principles prevailing the tax law.

The effects of the force majeure on judicial procedure law regarding tax proceedings are examined with a critical approach in the fifth chapter, and recommendations are

made. First of all, it should be noted that all provisions regarding the terms related to the birth, use or termination of a right, the terms determined for parties in the Administrative Judicial Procedure Law and other judicial procedure laws, and the terms determined by the judge in this context were stopped until June 15, 2020, following the Temporary Article 1 of the Law No. 7226 on the Amendment of Some Laws published in the Official Gazette No 31080 (repeated), dated March 26, 2020.

It is a serious problem that there is no reinstatement institution in the Administrative Jurisdiction Procedure Law if a final term is missed due to the force majeure, which regulates the judgment procedure regarding tax proceedings in terms of the process after June 15, 2020. In our opinion, it is not possible to apply the provisions in the Tax Procedure Law regarding the force majeure and the effect of force majeure on certain terms to tax proceedings. At this point, we believe that the legal gap in the Administrative Judicial Procedure Law should be eliminated immediately, considering the requirements of the right to access to the court and taking into account the issues we have mentioned in our study.

In the sixth chapter, the effect of force majeure on tax misdemeanors and tax crimes is tried to be embodied in the examples, and it is determined that the force majeure is a reason that eliminates the culpability in terms of Tax Criminal Law.

Finally, the COVID-19 outbreak necessitates some innovations in tax policy after the fight against the epidemic, which changed and transformed social and economic life. In this context, to understand the digitalization of the economy with tax law rules, to ensure that taxpayers can benefit from the right to information and other rights effectively, and to strengthen international cooperation, it is important (among others) to coordinate tax policy with health policy, trade policy, environmental policy, social and labor market policy, and monetary policies.

Vergi Hukukunda Mücbir Sebep ve Hukuksal Sonuçları Üzerine Eleştirisel Bir Yaklaşım ve Öneriler

Giriş

2019 yılı sonunda Çin'in Vuhan kentinde başladığı belirtilen Koronavirüs (COVID-19) salgını, çok kısa sürede bu ülke ile sınırlı kalmayıp küresel boyut kazanmıştır. 11 Mart 2020'de Dünya Sağlık Örgütü tarafından küresel salgın/pandemi niteliği ilan edilmiş bulunan¹ bu hastalığın halen dahi kesin tedavisinin olmaması ve hızlı bulaşma özelliği nedeniyle tüm dünya ülkelerini son derece önemli ekonomik ve sosyal tedbirler almak zorunda bırakmıştır. Hastalığın tamamen kontrol altına alınmasının da uzun bir zaman alacağı anlaşılmaktadır.

Nerede ise tüm dünya ülkelerinde eğitime ara verilmiş, sağlık, gıda, taşımacılık ve zorunlu üretim dışında tüm faaliyetler sekteye uğramış, sokağa çıkma kısıtlamaları ve yasakları getirilmiş, dünya çapındaki sportif, sanatsal ve eğitsel tüm etkinliklerin iptali yoluna gidilmiştir. Birçok ülke kapılarını yabancılara kapatırken, ülkemiz de 03.02.2020 tarihinden itibaren acil ve zorunlu durumlar dışında kademeli olarak sınır kapılarını kapatmaya başlamış, daha sonra yurt içinde de ciddi hareket kısıtlamaları getirmiştir. Kısacası dünya adeta durmuş; çalışma yaşamı, adalet sistemi, resmi hizmetler ve öğretim başta dijital ortama geçiş olmak üzere birtakım değişimlerle sürdürülmeye çalışılmıştır.

Virüsün yayılma hızı ve etkileri göz önünde bulundurulduğunda söz konusu hastalık, tarihte emsali görülmemiş bir sağlık krizi yaratan ve ekonomik faaliyetlerde azalmayla sonuçlanan bir salgın olarak nitelendirilmektedir². Salgının gidişatına göre ekonomik açıdan küresel bir durgunluğa kesin gözüyle bakılırken, ne kadar süreceği belirsizliğini korumaktadır. Kesin olan şudur ki salgının yarattığı kırılma, sosyal ve ekonomik hayatı değiştirip dönüştürmektedir. Ülkemiz de dâhil olmak üzere devletler bir taraftan hastalıkla mücadele ederken diğer taraftan ardı ardına parasal ve mali

¹ <<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 31.05.2020.

² OECD, 2020, <https://read.oecd-ilibrary.org/view/?ref=128_128575-o6raktc0aa&title=Tax-and-Fiscal-Policy-in-Response-to-the-Coronavirus-Crisis> Erişim Tarihi 31.05.2020.

politikalar açıklamaktadırlar. Salgına karşı çeşitli ülkeler³ ve ülkemiz tarafından⁴ alınan başlıca önlemler “*vergi destekleri*” (*oran indirimleri, vergi beyannamesi verme sürelerinin uzatılması, vergi ödeme sürelerinin uzatılması gibi*) ve “*teşvik paketleri*” olarak sınıflandırılabilir. Bu önlemler arasında en yaygın uygulananı vergi beyan ve ödeme sürelerinin uzatılmasıdır⁵. Bunun yanı sıra vergi iade süreçlerinin hızlandırılması, bazı vergilerin ve sosyal güvenlik katkı paylarının ertelenmesi, borç ödeme planlarının yapılandırılması ve borç tahsilâtının ertelenmesi, devlet kredileri ve kredi garantileri verilmesi, sağlık krizi boyunca işletmelerdeki vergi yükünün azaltılması gibi önlemler de söz konusudur⁶.

³ Amerika Birleşik Devletleri’nde 2 trilyon dolar destek paketi sunulması ve havayolu taşımacılığında alınan dolaylı vergilerin 1 Ocak 2021’e kadar askıya alınması; İngiltere’de 330 milyar Sterlin’lik paket sunulması, Temmuz sonundan Ocak 2021’e kadar gelir vergisi ödemelerinin süresinin uzatılması, gelecek 3 ay boyunca işletmelerin KDV ödemesi; Fransa’da 45 milyar Euro’luk bir bütçe desteği (şirketler ve çalışanlar için), kurumlar vergisi ödemesi ertelenmesi, mevcut vergi incelemelerinin durdurulması ve yeni vergi incelemelerinin kural olarak yapılmaması; Almanya’da 750 milyar Euro büyüklüğünde kurtarma paketi, kurumlar vergisi, gelir vergisi ve KDV bakımından vergi ertelenmesi (vergi aslı ve faizi), salgından doğrudan etkilenenler bakımından 31 Aralık 2020’ye kadar icra tedbirlerinden vazgeçilmesi; Avusturya’da salgından etkilenildiğinin güvenilir şekilde ortaya konulabilmesi durumunda 2020 yılı kurumlar vergisine ilişkin peşin vergilerin duruma göre 0’a kadar indirilebilmesi, verginin geç ödenmesine ilişkin yaptırımlarda indirim veya terkin; Hollanda’da gecikme zammı oranının düşürülmesi, çeşitli vergilerde erteleme olanağı bu önlemlere örnek olarak verilebilir. Ülke uygulamalarına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz <<https://home.kpmg/xx/en/home/insights/2020/03/jurisdictional-tax-measures-in-response-to-novel-coronavirus-covid-19.html>>; <<https://www.roedl.com/de-de/de/themen/documents/covid-19-measures-germany.pdf>>; <<https://www.roedl.com/de-de/de/themen/documents/covid-19-measures-france.pdf>> Erişim Tarihi 31.05.2020.

⁴ Ülkemizde de ilk Koronavirüs vakasının açıklandığı 11 Mart 2020 tarihinden sonra alınmaya başlanan önlemler; 100 milyar Türk lirası tutarında destek paketi ve teşvik düzenlemesi ile idari ve vergisel düzenlemeler olarak sınıflandırılabilir.

Alınan başlıca vergisel önlemler;

31 Mart 2020 günü sonuna kadar verilmesi gereken 2019 takvim yılına ait gelir vergisi beyannamelerinin verilme süresinin 30 Nisan 2020’ye kadar uzatılması (17.03.2020 tarihli ve 125 Sıra No.’lu Vergi Usul Kanunu Sirküleri), 2020/Şubat dönemine ilişkin katma değer vergisi beyannamelerinin verilmesi ve ödeme süresinin 24 Nisan 2020 tarihine kadar uzatılması (23.03.2020 tarihli ve 126 Sıra No.’lu Vergi Usul Kanunu Sirküleri), Hazine ve Maliye Bakanlığınca belirli sektörler ve yükümlüler bakımından mücbir sebep halinin ilanı ile Tebliğ’de belirtilen yükümlülerin Nisan, Mayıs ve Haziran aylarında vermeleri gereken muhtasar ve katma değer vergisi beyannamelerinin verilme süresinin ve ödeme sürelerinin uzatılması (518 Sıra No.’lu Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği), 01.04.2020 ile 30.09.2020 tarihleri arasında havayolu ile yolcu taşımacılığı hizmetlerinde KDV oranının %1 olarak uygulanması (2278 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı), Yeminli Mali Müşavir Tasdik raporlarının ibraz süresinin uzatılması (26.03.2020 tarihli ve 1 Sıra No.’lu Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanunu Sirküleri), Faaliyetleri durdurulan veya faaliyette bulunmayan işletmelerin yıllık ilan ve reklam vergileri ile yıllık çevre temizlik vergilerini, faaliyetleri durdurulan veya faaliyette bulunulamayan dönemlere isabet eden kısımlarının alınmaması (Yeni Koronavirüs [COVID-19] Salgının Etkilerinin Azaltılması Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Kanun Numarası: 7244, Kabul Tarihi: 16.4.2020, RG 17.4.2020/31102), Konaklama vergisinin uygulanma tarihinin ertelenmesi (Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 7226, Kabul Tarihi: 25.3.2020, RG 26.3.2020/31080 (Mükerrer), md.51), 30 Nisan 2020 günü sonuna kadar verilmesi gereken 2019 hesap dönemine ait Kurumlar Vergisi beyannamelerinin verilme süreleri ile bu beyannameler üzerine tahakkuk eden vergilerin ödeme süreleri 1 Haziran 2020 Pazartesi günü sonuna kadar uzatılması (17.04.2020 tarihli ve 127 Sıra No.’lu Vergi Usul Kanunu Sirküleri), 2020/Şubat ve 2020/Mart dönemine ait KDV beyannamelerinin verilme ve ödeme sürelerinin 28.04.2020 tarihine kadar uzatılması (21.04.2020 tarihli ve 129 Sıra No.’lu Vergi Usul Kanunu Sirküleri), 2020 I. Geçici Vergi Dönemine ait gelir ve kurumlar geçici vergi beyannamelerinin verilme ve ödeme sürelerinin 28.05.2020 tarihine kadar uzatılması (12.05.2020 tarihli ve 130 Sıra No.’lu Vergi Usul Kanunu Sirküleri) Elektronik defterlerin oluşturulması ve imzalanma süresi ile elektronik defter beratların yükleme süresinin 19 Haziran 2020 tarihine kadar uzatılması (28.05.2020 tarihli ve 131 sıra No.’lu Vergi Usul Kanunu Sirküleri) şeklinde belirtilebilir. <<https://www.gib.gov.tr/>> Erişim Tarihi 31.05.2020.

⁵ Uygulamada Hazine ve Maliye Bakanlığı’nın COVID-19 ile mücadele kapsamındaki idari tasarrufları çeşitli açılardan eleştiri konusu olmuştur. Örnek olarak belirtmek gerekirse 518 sıra No.’lu Genel Tebliğ ile muhtasar beyanname, KDV beyannamesi ve “Form Ba-Bs” verme süresi uzatılmış, buna karşılık Dijital Hizmet Vergisi beyannamesi verme süresi uzatılmamıştır. Bu durum altında Türkiye’de kurumlar vergisi açısından tam yükümlü bulunan dijital hizmet vergisi yükümlülerini etkilemektedir. Zira kurumlar vergisi beyanname verme ve ödeme süreleri ve ay bazındaki diğer yükümlülükleri ertelenmiş iken dijital hizmet vergisi beyannamesi verme ve ödeme yükümlülüğünün devam etmesi hakkaniyete aykırıdır.

⁶ OECD, 2020, <https://read.oecd-ilibrary.org/view/?ref=128_128575-o6rakt0aa&title=Tax-and-Fiscal-Policy-in-Response-to-the-Coronavirus-Crisis> Erişim Tarihi 31.05.2020.

Salgın hastalığın sosyal boyutu kapsamında doğal olarak hukuksal sonuçları da yer almaktadır. Bireyler ve kurumlar hastalığın yol açtığı çeşitli etkiler sebebiyle birtakım haklarını kullanamamakta ve yükümlülüklerini yerine getirememektedirler. Dünya literatüründe yavaş yavaş belirmeye ve gelişmeye başlayan Felaket Hukuku (*Disaster Law, International Disaster Law, International Disaster Response Law*) dalının varlığını tespit etmekle yetinerek belirtmek gerekir ki her bir hukuk dalı açısından farklı etkilere yol açsa da bu disiplinler ortak bir terimde, tarihi ve evrensel mücbir sebep kavramında birleşerek mücbir sebep altındaki kimselerin ve kurumların mağdur olmasını mümkün olduğu kadar önlemeye ve mevcut olumsuzlukları gidermeye çalışmaktadırlar. Gerçekten de mücbir sebep kavramı çeşitli hukuk dallarının ortak bir kavramıdır. Süresi içinde bir mücbir sebep ya da beklenmeyen hal nedeniyle kullanılamamış olan hakkın kullanılabilmesi evrensel ve genel hukuk kurallarındandır⁷.

Bu çalışmada günümüzde yaşanan pandemi sürecinin olumsuzluklarının en aza indirilmesine ve/veya ortadan kaldırılmasına ve ilgililerin korunmalarına yönelik olarak Vergi Hukuku alanında ne gibi araçların bulunduğu genel olarak ortaya konulmaya çalışılacaktır.

Bu bağlamda bu bölümün izleyen başlıkları içeriğinde:

- (i) Önce vergisel işlem sürecinde-yargılama dışı süreçte mücbir sebep, beklenmeyen hal ve VUK⁸ deyişi ile zor durum kavramları ve bunların hukuksal sonuçları ile ilgili açıklamalar yapılacak, bunların VUK'ta belirsiz ve sistematikten yoksun bir şekilde ele alınış şekilleri eleştirel bir bakış açısı ile irdelenip geniş kapsamlı yeni norm getirilmesi hususu dâhil önerilerde bulunulacak,
- (ii) Yine aynı bölümde konu vergi icra hukuku yönünden ele alınacak, konunun gümrük vergi hukuku ile ilgili boyutu da yine aynı yerde irdelenip değerlendirilecek,
- (iii) Devamında mücbir sebep ve yargısal sonuçları vergi yargılaması hukuku açısından eleştirel bir yaklaşımla irdelenecek ve öneriler getirilecek,
- (iv) Son başlıkta ise konunun ceza hukuku boyutu ele alınacaktır.

Makalede ayrıca Hazine ve Maliye Bakanlığı'nın mücbir sebep ilan etme yetkisinin etkileri ve sonuçları üzerinde durulup, konu hukuksal değerlendirmeye de tabi tutulacaktır. Koronavirüs salgınına ilişkin özel düzenlemeler ise ilgisine göre bu konular kapsamında ayrı başlıklarda açıklanacaktır.

⁷ Selim Kaneti, Esra Ekmekci, Gülsen Güneş ve Mahmut Kaşıkçı, *Vergi Hukuku* (Filiz 2019) 156.

⁸ Vergi Usul Kanunu, Kanun Numarası: 213, Kabul tarihi: 4.1.1961, RG 10.1.1961/10703, 11.1.1961/10704, 12.1.1961/10705

I. Felaket Hukuku Kavramı ve Mücbir Sebep İle İlgili Tüm Hukuk Dallarına İlişkin Ortak Açıklamalar

A. Felaket Hukuku Kavramı

Dünyada doğal felaketlerin sıklığında ve ağırlığında gözlemlenen dramatik artış, felaket yönetiminin hukuksal boyutunu ele alan bir hukuk dalının, “Felaket Hukukunun” ortaya çıkmasına sebep olmuştur. Uluslararası düzlemde bu hukuk dalı “uluslararası felaket hukuku” (“*international disaster law*”) ya da “uluslararası felaket önlemleri hukuku” (“*international disaster response law*”) olarak anılmaktadır. Mevcut salgının da bir sosyal felaket olarak nitelendirilmesi yanlış olmayacaktır⁹.

Uluslararası felaket önlemleri hukuku, gerek konuya ilişkin olarak yapılan anlaşmaların artan sayısı; gerekse felaket önleme, yönetme ve felaket sonrası giderim sürecine ilişkin hızlı kanunlaşma göz önüne alındığında 2000’lerin başlangıcından itibaren hızlı bir gelişme göstermiştir¹⁰.

Uluslararası felaket önlemleri hukukunun temel özellikleri şu şekilde belirlenebilir¹¹.

- a) “Felaket” niteliği taşıyan olaylarla ilgilenir; bu bağlamda “felaket”, önemli veya yaygın hasar veya zarara sebep olan ya da bu riski ortaya çıkaran ve sonuçları itibariyle kişileri, malvarlığını ya da çevreyi etkileyen beşerî veya doğal olaylardır.
- b) Felaket önlemlerine ilişkin aşamaları kapsamına alır: Bu temel aşamalar; önleme, felaket riskini azaltma ve hafifletme, felaket riskinin azaltılmasına olanak sağlayan bir çevre yaratma, acil bir insani yardım aşaması, erken giderim, giderim ya da iyileştirme.
- c) Düzenlediği kurallar ise devletlerin bir felaketin önlenmesine ya da hafifletilmesine ve felaketten etkilenen kişilere gereken şekilde yardım edilmesine ve felaket yönetimi aşamasında büyük bir sorun haline gelen yolsuzlukla mücadele etmeye ilişkin sorumluluğunu tanımlayan kurallar, felaketten etkilenen devlet ile diğer devletler ya da uluslararası kuruluşlarla ilişkilerine ilişkin kurallar, insan haklarının korunmasına ilişkin kurallar (medeni ve siyasi haklar yanında ekonomik, sosyal ve kültürel haklar, savunmasız gruplar, çocuk hakları) olarak belirlenebilir.

⁹ Sosyal felaket öğretide genel nitelikte, tüm halkı veya halkın büyük bir çoğunluğunu etkileyebilecek nitelikte savaş, deprem, salgın gibi sosyal varoluşu (*Sozialexistenz*) sarsan bir değişiklik olarak ele alınmaktadır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz Başak Baysal, *Sözleşmenin Uyarlanması: BK m 138 Aşırı İfa Güçlüğü* (3. Bası, On iki Levha 2019) 562.

¹⁰ Andrea de Guttry, ‘Surveying the Law’ iç Andrea de Guttry, Marco Gestri ve Gabriella Venturini (edr), *International Disaster Response Law*, (T.M.C. Asser Press 2012) 3, 4.

¹¹ Ibid 4.

- d) Felaketin gerçekleştiği “ev sahibi” (*host*) devlet ile ilişkileri de kapsamına alır.
- e) Genel kural olarak barış zamanında uygulama alanı bulur.
- f) Yalnızca uluslararası anlaşmalarla ve gümrük mevzuatıyla değil, aynı zamanda ilkelerle de (yumuşak hukuk) düzenlenebilir.

Demek oluyor ki devletin sorumluluğu kapsamında felaketin etkilerinin, felaketten etkilenenler bakımından giderilmesi ve/veya azaltılması/hafifletilmesi de yer almaktadır.

B. Mücbir Sebep ile İlgili Tüm Hukuk Dallarına Ortak Açıklamalar

1. Terminoloji Sorunu

Mücbir kelimesi, Arapça “cebr” kökünden gelmekte, “zorla iş yaptıran, icbar eden, zorlayan” anlamlarını taşımaktadır. Mücbir sebep kavramı modern hukukumuzda Roma Hukukundan geçmiştir. Roma Hukukunda mücbir sebep “*Vis maior, Damnum fatale, Casus majores*” tabirleriyle ifade edilmiştir. Casus: olay, hal anlamını, Maior: büyük, mücbir anlamını içermektedir¹². Türkçe’ye çevirdiğimizde “Mücbir Hal” şekline dönüşen bu terim doktrine “Mücbir Sebep” olarak yerleşmiştir. Mevzuatta kimi zaman mücbir kuvvet, zorlayıcı neden, zorlayıcı sebep söylemlerine rastlansa da¹³ çoğunlukla tercih edilen ve kullanılan kavram mücbir sebep olmuştur. Mücbir sebebin diğer dillerdeki karşılığına baktığımızda, öncelikle eski dilde yani Osmanlıca’da “*esbab-ı mücbire*”; Fransızca’da “*Force Majeure*”; Almanca’da “*höhere Gewalt*”; İngilizce’de de “*Force Major, Force Majeure, Superior Power, Vis Major*” şeklinde ifade edildiği görülmektedir¹⁴.

Bu itibarla geniş anlamı ile mücbir sebep, ne tür bir kapsam verilirse verilsin kelime anlamı itibarı ile özel ya da genel nitelikte zorlayıcı sebeptir. Bu aynı zamanda VUK’un 17. maddesindeki “zor durum” ile ilgili özel hal düzenlemesinin gereksiz ve yasama sistematiği ile bağdaşmayan, karışıklığa sebebiyet verici nitelikte bir düzenleme olduğunu da ortaya koymaktadır. “Zor durum” özünde geniş anlamda mücbir sebepler (mücbir sebepler -beklenmedik haller) içinde mütalaa edilebilecek bir durumdur ve karışıklık yaratan 17. madde düzenlemesine gerek bulunmamaktadır. Mesele VUK 13 ve 15 kapsamında halledilebilir. Bu konu ileride ayrı bir başlıkta açıklanacaktır.

¹² Mustafa Harun Kıyık, *Beklenmeyen Hal Nazariyesi ve Mücbir Sebepler Açısından İslâm Borçlar Hukukunda Doğal Afetlerin Akitlere Etkisi* (Hiperlink 2018) 95.

¹³ “Zorlayıcı neden” kavramının kullanıldığı bir örnek olarak bkz 4458 sayılı Gümrük Kanunu 35/2-c (Gümrük Kanunu, Kanun Numarası: 4458, Kabul Tarihi: 27.10.1999, RG 4.11.1999/23866). “Mücbir kuvvet” kavramının kullanıldığı bir örnek olarak bkz 818 sayılı (mülga) Borçlar Kanunu 293/2 (Borçlar Kanunu, Kanun Numarası: 818, Kabul Tarihi: 22.4.1926, RG 29.4.1926/359).

¹⁴ Kıyık, (n 12) 95.

2. Mevzuatımızda Mücbir Sebep

Mevzuatımızda ortak ve açık bir mücbir sebep tanımı bulunmamaktadır¹⁵. İlgili düzenlemelerin çoğunda bir tanımlama yaklaşımı ile birlikte örnekleme yoluna gidildiği ve terimin kapsamının açık bırakıldığı görülmektedir. Doktrinde mücbir sebebe yönelik olarak yapılan tanımlamalar ise aşağıda inceleneceği üzere genel olarak; dış etkenlerden kaynaklanma (haricilik/dışsallık), öngörülemezlik (sezilemezlik), kaçınılmazlık, sonuçlarının hemen ortadan kaldırılmazlığı ve nedensellik bağlantısı (illiyet rabitası) unsurlarını içermektedir¹⁶.

Mücbir sebep kavramı İdare Hukukunda iki boyutuyla incelemektedir. İlki idarenin sorumluluğunu kaldıran veya azaltan haller; ikincisi ise kişilerin idareye karşı yükümlülüklerini yerine getirmesini önleyen hallerdir¹⁷.

Vergi Hukukunda ise mücbir sebep ilke olarak vergi ödevlilerini korumakta, ödevlerini süresinde yerine getirememeleri veya haklarını kullanamamaları durumunda hukuksal sonuçlar doğurmaktadır. Mücbir sebepleri düzenleyen VUK 13'te yer alan "vergi ödevlerinin yerine getirilmesine engel olacak" vurgusu mücbir sebeplerin vergi ödevlilerini koruyucu yönünü ortaya koymaktadır.

Ancak VUK 15, mücbir sebeplerin varlığı halinde tarh zamanaşımının durduğunu da hükme bağladığından VUK açısından mücbir sebebe vergi idaresini koruyan bir etki de tanınmıştır.

Mücbir sebep halleri doğal olarak mevzuatta sınırlı biçimde sayılmadığından, hangi hallerin mücbir sebep kapsamında değerlendirileceği içtihatlarla ve doktrine kalmış durumdadır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 2017/90 Esas, 2018/1259

¹⁵ Türk hukukunda mücbir sebeplere ilişkin düzenlemelerin bulunduğu çeşitli hukuk dallarına ilişkin bazı kanunlar şunlardır: 213 sayılı Vergi Usul Kanunu (m 13, 15, 90, 111, 373); 735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu (m 10, 19, 23, 25); 3213 sayılı Maden Kanunu (m 3, 36, 37); 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu (m 79, ek m.7); 6245 sayılı Harcırah Kanunu (m 40), 5326 sayılı Kabahatler Kanunu (m 27); 4458 sayılı Gümrük Kanunu (m 34, 38), 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (m 731, 811, 907); 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun (m 48); 6098 sayılı Borçlar Kanunu (m 228, 576), 6492 sayılı Petrol Kanunu (m 8, 16), 5086 sayılı Jeotermal Kaynaklar ve Doğal Mineralli Sular Kanunu (m 3, 8), 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu (m 91), 7020 sayılı Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılması ile Bazı Kanunlarda ve Bir Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun (m 3, 5), 7244 sayılı Yeni Koronavirüs (COVID-19) Salgınının Ekonomik ve Sosyal Hayata Etkilerinin Azaltılması Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun (m 1, 9), 7226 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun (m 4, 15, geçici m.1).

¹⁶ Örneğin bkz "Bugün hâkim olup objektif adı verilen teoriye göre, ancak beklenmeyen, önceden tahmin olunamayan, kendisini hariçten husule getiren gayri kabili mukavemet bir kuvvet sebebi ile objektif olarak önlenmesi imkânı bulunmayan ve ifayı imkânsız kılan hâdisedir ki bir mücbir sebep teşkil eder." Emile Thilo, Çev. Bülent N. Esen, "Laesio Enormis" ve "Clausula Rebus Sic Stantibus" ile Bir Para Borcunda Mücbir Sebep Hakkında Not', (1935) 1(3) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 344, 349. "Sorumlu veya borçlunun faaliyet ve işletmesi dışında meydana gelen, genel bir davranış normunun ya da borcun ihlâlüne, mutlak ve kaçınılmaz bir şekilde yol açan, öngörülmesi ve karşı konulması mümkün olmayan olağanüstü bir olaydır." (Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (22. Bası, Yetkin 2017) 582. "Bütün tedbirlerle, sahip olunan her türlü imkân ve araca rağmen bir olayın sonuçlarının önlenmesi mümkün değil ise, o olay bir mücbir sebep teşkil eder." Selâhattin Sulhi Tekinay, Sermet Akman, Halûk Burcuoğlu ve Atilla Altıp, *Tekinay Borçlar Hukuku (Genel Hükümler)* (6. Bası, Filiz 1988) 725.

¹⁷ Turan Yıldırım, 'Danıştay Kararlarında Mücbir Sebep Kavramı' (2019) 25(2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı) 1520, 1520.

Karar sayılı ve 27.06.2018 tarihli¹⁸ ve Yargıtay 7. Hukuk Dairesi'nin 2013/15701 Esas, 2014/313 Karar sayılı ve 15.01.2014 tarihli¹⁹ kararları gibi tatminkâr içtihatların yanı sıra Danıştay'ın da çeşitli kararları bulunmaktadır.

Danıştay'ın bazı içtihatlarına göre, mücbir sebepler insanın iradesi ve ihtiyarı dışında meydana gelen tesadüfi olaylardır. Mücbir sebep; kökeni, doğal, sosyal ve hukuki olması itibarıyla failin dışında kalan, fail tarafından önlenme olanağı bulunmayan, önceden takdir ve tahmin edilemeyen olaylar olarak tanımlanmaktadır²⁰. Bu olayların meydana gelmelerinden önce bilinmelerine imkân olmadığı gibi meydana geldikleri zaman da giderilmeleri ilgilinin iradesine bağlı değildir. Görüleceği üzere uygulamada mücbir sebepler ile insanın eylemlerinden ve durumundan kaynaklanan beklenmeyen hallerin tümü mücbir sebep başlığı altında ele alınmaktadır.

3. Doktrin ve Uygulamada Mücbir Sebebin Özellikleri

a. Dış Etkenlerden Kaynaklanma ya da İrade Dışında Meydana Gelme

Doktrindeki bazı görüşlerde ve bazı yargı kararlarında, mücbir sebebin kişinin iradesi ve kontrolü dışında meydana gelen, sezilemeyen veya karşı konulamaz bir tabii olay olduğu belirtilmiştir²¹. Bu görüşe göre mücbir sebebin varlığı için olayın kökeni kişinin dışında gerçekleşmelidir²².

Doktrinde mücbir sebep niteliğindeki olayların deprem, sel, kasırga vb. doğal olaylar olabileceği gibi; isyan, ihtilâl, savaş²³, genel grev gibi insana bağlı (beşerî) olaylar da

¹⁸ “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 (Eren (n 16) 582). Deprem, sel, yangın, salgın hastalık gibi doğal afetler mücbir sebep sayılır.

Yukarıdaki açıklamadan da anlaşılacağı gibi mücbir sebebin birtakım unsurları vardır. Öncelikle mücbir sebep, zorlayıcı bir olaydır. Bu olay doğal, sosyal veya hukuki bir olay olabileceği gibi insana bağlı beşerî bir olay da olabilir. Bu olay, zarar verenin faaliyet ve işletmesi dışında kalan bir olay olmalıdır. Mücbir sebep nedeniyle zarar veren, bir davranış normunu veya sözleşmeden doğan bir borcu ihlal etmiş olmalıdır. Yine mücbir sebep, davranış normunun ihlali ya da borca aykırılığın sebebi olmalı ve kaçınılmaz bir şekilde buna yol açmış olmalıdır. Kaçınılmazlık kavramı, mücbir sebep yönünden karşı konulmazlık ve önlenemezlik kavramını da kapsar. Mücbir sebebin bir diğer unsuru ise öngörülemezliktir...” Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi <<https://www.lexpera.com.tr/>> Erişim Tarihi 02.06.2020.

¹⁹ “...İşçiyi çalışmaktan alıkoyan nedenler, işçinin çevresinde meydana gelmelidir. İşyerinden kaynaklanan ve çalışmayı önleyen nedenler bu madde kapsamına girmez. Örneğin işyerinin kapatılması zorlayıcı neden sayılmaz. Ancak, sel, kar, deprem gibi doğal olaylar nedeniyle ulaşımın kesilmesi, salgın hastalık sebebiyle karantina uygulaması gibi durumlar zorlayıcı nedenlerdir...” Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi <<https://www.lexpera.com.tr/>> Erişim Tarihi 02.06.2020.

²⁰ Danıştay İDDK, 2008-11/3108, 17.12.2009. Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi <<https://www.lexpera.com.tr/>> Erişim Tarihi 02.06.2020.

²¹ Danıştay 11 D, 2005-1353/6248, 29.06.2007 Örneğin defter ve belgelerin, ödevlinin irade alanında gerçekleşen bir fiil nedeniyle zayi olması durumunda mücbir sebebin varlığı kabul edilmemektedir. Davacının iş yerinde çıkan yangının şirket müdürünün azmettirmesi sonucu kasıtlı olarak çıkarıldığı dolayısıyla olayda mücbir sebebin bulunmadığı yönünde Danıştay 3 D, 2013-4964/56, 21.01.2014. Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi <<https://www.lexpera.com.tr/>> Erişim Tarihi 02.06.2020.

²² Bkz Yıldızhan Yayla, ‘İdarenin Sorumluluğu ve Mücbir Sebep’ (1980) Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu (Ankara, 12-13 Mayıs 1979) 45, 49.

²³ Libya’da 2011 yılında yaşanan olayların, Libya’da müteahhitlik yapan ve inşaat, onarım işi ile iştigal eden yükümlü bakımından mücbir sebep teşkil ettiği hakkında bkz Danıştay 4 D, 2013-1898/7853, 29.11.2017. Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi <<https://www.lexpera.com.tr/>> Erişim Tarihi 02.06.2020.

olabileceği belirtilmiştir²⁴. VUK 13'te mücbir sebep hallerine verilen örnekler arasında, hem doğal olaylar (yangın, yer sarsıntısı gibi) hem de bireyin şahsında gerçekleşen ya da kendi eylemleri ile ilgili olan olaylar (ağır kaza, tutukluluk gibi) yer almaktadır.

Kanımızca dış etkenlerden kaynaklanma olarak ele alınan özellik mücbir sebebin ne şekilde tanımlandığına ve kapsamına hangi hallerin dahil edildiğine göre değişkenlik göstermektedir. Mücbir sebep bir tabiat olayıdır denildiğinde dışsallık bir özellik olarak karşımıza çıkmaktadır. Buna karşılık beklenmeyen haller de mücbir sebebin kapsamında algılandığında dışsallığın her zaman mücbir sebebin özelliği olduğunun söylenebilmesinin mümkün olmadığını düşünmekteyiz. Örneğin VUK'un 13. maddesinin birinci bendinde ağır hastalıktan söz edilmiştir, ancak buradaki ağır hastalık her zaman salgın gibi bir dış etkenden kaynaklanmayabilir. Bu kapsamda (gerçekleşmesi düşük ihtimal olmakla birlikte) bir laborantın sahibi olduğu test merkezindeki virüs dolu bir tüpü bilerek ya da bilmeyerek yere düşürmesi sonucunda hasta olması ve bu sebeple vergisel yükümlülüklerini süresinde yerine getirememesi de mümkündür. Bu durumda olay kişinin bizzat kendi eyleminden kaynaklanmaktadır.

Benzer biçimde VUK 13, bazı hallerde açık biçimde mücbir sebebin ortaya çıkışında ilgili kişinin iradesinin etkili olup olmadığını hesaba katmaktadır. Örneğin VUK'un 13. maddesinin 3. bendinde “Kişinin iradesi dışında vukua gelen mecburi gaybubetler”; aynı maddenin 4. bendinde ise “Sahibinin iradesi dışındaki sebepler dolayısıyla defter ve vesikalarının elinden çıkmış bulunması” halleri birer mücbir sebep olarak sayılmıştır. Öte yandan VUK'un 13. maddesinin ikinci bendinde sayılan hallerde insan etkeni olmasına rağmen yasakoyucu bu hallerin kişinin iradesi dışında gerçekleşmesi gerektiğini açıkça belirtmemiştir.

VUK açısından bu konudaki bir diğer sorun “iradesi dışında” ifadesinin nasıl anlaşılması gerektiğidir. Şöyle ki 3.ve 4. bentte iradesi dışında olma halinden ne anlaşılması gerektiği belirsizdir. İradenin neye yönelik olduğu da ayrı bir sorundur. Söz konusu ifade “kusuru olmaksızın” şeklinde anlaşılırsa kişinin hem kastı hem taksiri halinde bu sebep uygulanacak, ifade kast olarak algılanırsa kişinin buradaki mücbir sebeplere taksirli eylemi nedeni ile sebebiyet vermiş olması halleri kapsam dışı kalacaktır. Bazı durumlarda örneğin yangın halinde kişinin mücbir sebebin oluşumuna kast derecesinde kusuru ile sebebiyet vermemiş olması gerekir.

Bizce mücbir sebebi oluşturan hareket iradi bir hareket olabilir. Önemli olan kişinin mücbir sebebin hukuksal sonuçlarından yararlanmak için eylemi gerçekleştirip gerçekleştirmediğidir. Her iradi hareket mücbir sebebin hukuksal sonuçlarından yararlanmayı engeller yönündeki bir kriter doğru değildir. Kriter kişiyi dar anlamda mücbir sebep oluşturan beklenmedik hale sokan eylemin iradi olması değil, hukuksal sonuçlara yönelik iradenin/isteğin bulunup bulunmamasıdır.

²⁴ Kâmil Mutluer, *Vergi Genel Hukuku* (İstanbul Bilgi Üniversitesi 2006) 322.

Örneğin kişi taksirli eylemi nedeni ile yangına sebebiyet verdiği eylemi iradidir. Ama yasal defter ve belgelerin yok olacağı yolundaki sonuç öngörülebilir bir sonuç olmasına rağmen onun tarafından öngörülememiş ve istenmemiştir. Bu durumda hem halin icabı gereği hem de VUK 13. 1 ve 2. bentlerde iradilikten söz edilmediğinden kişinin yine de mücbir sebebin hukuksal sonuçlarından yararlanması gerekir.

Hal böyle olmasına rağmen, yargı kararlarını incelediğimizde, yangın ve su baskınları gibi olaylar bakımından mücbir sebep halinin tespitinde, bazen mücbir sebebin ortaya çıkışında ilgili iradenin etkili olup olmadığına önem verildiğini söylemek mümkündür²⁵.

Mücbir sebebin her hukuk disiplininde o hukuk disiplininin özellikleri dikkate alınarak tanımlanmaya çalışıldığı görülmektedir. Biz aşağıda açıklayacağımız üzere mücbir sebepleri dar anlamda doğal afetler olarak anlamakta, beklenmeyen halleri ise bunlar dışındaki örneğin kişinin kendi eyleminden kaynaklanan durumlar olarak algılamakta ve geniş anlamda mücbir sebep kavramı içinde mütalaa etmekte, terim ve uygulama birliği açısından tümünü mücbir sebep olarak adlandırmaktayız.

Hızla değişen ve gelişen bir toplum içinde yaşadığımız, çevre şartlarının çoğu zaman önceden tahmin edemeyeceğimiz ölçüde değişikliğe uğradığı göz önünde bulundurulursa, hukukun da ayrıntı meselelerde sabit çözümlerden kurtularak bu dinamizme ayak uydurması gerektiği açıktır. Bu itibarla maddede sayılan doğal olaylar ve insana bağlı olaylar yanında mücbir sebeplerin teknolojik ya da bürokratik sorunlardan da kaynaklanabileceğinin kabul edilmesi gerekir. Nitekim maddedeki sınırlanmamış olma hali bu yoruma gerekçe olarak gösterilebilir. Vergi Usul Kanunu'nun (VUK) kabul edildiği 1961 yılında yapılmış bir düzenlemeyi, bugünün gelişmelerine ve özelliklerine göre yorumlamak kanımızca uygun olacaktır. Örneğin vergi idaresinin sisteminde sorun çıkması nedeniyle vergi beyannamesinin elektronik

²⁵ Danıştay VDDK, 127/470, 12.11.1999: "İnceleme elemanınca 1995 yılına ilişkin defter ve belgelerinin ... tarihli yazı ile istenmesi üzerine yükümlü; ... tarihinde mahkemeye müracaat ederek, elektrik tesisatında oluşan kısa devre sonucu yangın çıktığını, yangın ve söndürme çalışmaları sırasında 1993, 1994 ve 1995 yılına ait ticari defterlerin zayi olduğunu ileri sürerek zayi belgesi verilmesini istemiş ve mahkemece davacının isteği doğrultusunda zayi belgesi verilmiştir. Söz konusu zayi belgesinin; tanık beyanları ve davacı istemi üzerine, **yangının tarihi ve ne şekilde oluştuğunu belirten** ve yangından sonraki durumu saptayan bir iftaya yangın raporu aranmaksızın verildiği anlaşılmaktadır. Bu durum, yangının ve sonuçlarının somut olarak saptanmadığını göstermektedir. Vergi Usul Kanunu'nun 13 üncü maddesinde belirtilen mücbir sebeplerden birinin varlığı ve defter ve belgelerin bu sebeple incelemeye ibraz edilemediği belgelenmesiz yasal defterlerin yandığı yolundaki iddia ve zayi belgesi; mücbir sebep nedeniyle deftere kayıt koşulunun yerine getirilmiş sayılmasına yeterli olmadığından ve olayda 3065 sayılı Yasa'nın 34'üncü maddesinde öngörülen her iki koşulun da aranması gerektiğinden, tarhiyatın kaldırılması yolundaki kararda hukuka uygunluk görülmemiştir."

Ayrıca kişinin vergisel anlamda olumsuz sonuçların doğmasını engelleyebilme yeti, irade ve güce sahipken, bunu kullanmamış olması da mücbir sebepten yararlanmasını engelleyebilmektedir.

Danıştay VDDK, 2000-364/121, 23.03.2001: "Yargı kararıyla yandığı belgelenmiş olan defter ve belgelerin incelemeye ibraz edilememesi yükümlüyü, katma değer vergisi indirimine ilişkin koşullardan ikincisi olan "indirim konusu yapılan vergilerin alış belgelerinde ayrıca gösterilmiş olması" nı kanıtlama sorumluluğundan kurtarmaz. Ticari icaplara göre kendisine mal ve hizmet sunan kişi ve kuruluşları bilmek durumundaki bir alıcının, gerekli girişimlerde bulunarak emtia alımına ilişkin belgelerin varlığını ispat olanağına sahip olduğunun kabulü gerekmektedir." (Aktaran; Ahmet Erol, "Mükellef Hakkı Olarak Mücbir Sebepler ve Sonuçları", (2012) (103) TBB Dergisi 199, 208.). Benzer nitelikte bir başka karar için bkz Danıştay 1 D, 26/26, 04.12.1944 (Aktaran, Gökhan Kürşat Yerlikaya, "Türk Vergi Hukukunda Mücbir Sebep Halinin Dava ve Temyiz Süresini Durdurup Durdurmayaacağı Sorunu", (2012) 1(1) Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 43, 43)

ortamda gönderilememesi bir mücbir sebep teşkil edebilecektir. Tüm bu hallerde ortak noktalardan biri, yukarıda değinildiği üzere olayın kişinin kastı söz konusu olmaksızın meydana gelmesi ya da dış etkenlerden kaynaklanmasıdır.

b. Öngörülemezlik

Öngörülemezlik (sezilemezlik), olayın meydana geleceğinin önceden tahmin edilememesi, en azından sonuçlarının baştan kestirilememesi anlamına gelmektedir²⁶. Bu bağlamda olayın mı yoksa olayın sonuçlarının mı öngörülemez olması gerektiği tartışmalıdır²⁷. Mevcut salgın açısından değerlendirildiğinde de; ağırlıklı olarak salgının kendisinin yanında kapsamının ve sonuçlarının öngörülemez olması ön plana çıkmış ve olayın etkilerini artırmıştır.

c. Kaçınılmazlık

Kişinin öngörülemez bir olaya karşı gerekli tedbirlere başvuru olanağı bulamaması ya da tüm gerekli tedbirleri almasına karşın, olayın yine de meydana gelecek olması kaçınılmazlığı ifade eder.

Belirtmek gerekir ki olayın öngörülemez ve kaçınılmaz olup olmadığı; meydana geldiği yerin, koşulların ve zamanın özelliklerine göre değerlendirilir. Bu durum, mücbir sebep kavramının göreceliliğini ortaya koymaktadır²⁸.

Bununla birlikte VUK 15 ve 17 düzenlemeleri ile Hazine ve Maliye Bakanlığı'na verilen yetkilerin kullanılıp doğal afet bölgesi ilan edildiği durumlarda öngörülemezlik ve kaçınılmazlık koşullarının araştırılmasına ve ayrı bir ispata gerek kalmayacaktır. Bu gibi durumlarda değerlendirmede bireyin özel koşullarının araştırılmasına veya onun tarafından ispatlanmasına gerek yoktur.

d. Sonuçlarının Hemen Ortadan Kaldırılmazlığı

Bir olayın mücbir sebep teşkil etmesi için sonuçlarının hemen ortadan kaldırılmaması gerekir. Mücbir sebep, karşı konulamaz ve sonuçları hemen ortadan kaldırılmaz şiddet ve önemdedir. Bu bağlamda örneğin herhangi bir hastalık değil, “ağır hastalık”, herhangi bir kaza değil “ağır kaza” mücbir sebep olarak sayılmıştır (VUK 13).

²⁶ Yayla (n 22) 50.

²⁷ İlgili tartışmalar için bkz Çınar Can Evren, “İdarenin Sorumluluğunu Etkileyen Neden Olarak Mücbir Sebep”, (2010) 14(1) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 263, 284. Örneğin Gözübüyük; olay ile sonuçlarını birbirinden ayırmanın mümkün olmadığını, bu nedenle de olayın sezilemez olup olmadığının tespit edilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Bkz Pulat Abdullah Gözübüyük, *Mücbir Sebepler-Beklenmeyen Haller* (Kazancı 1977) 69.

²⁸ İl Han Özyay, *Günüşünde Yönetim* (Filiz 2004) 880.

e. Nedensellik Bağlantısı

Mücbir sebep ile bir hakkın kullanılmaması ya da geç kullanılması veya bir ödevin veya yükümün hiç yerine getirilememesi ya da geç yerine getirilmesi arasında bir nedensellik bağının bulunması gerekir. Danıştay bir kararında mücbir sebeplerde ortak nokta, olayların gerçekleşmesini engelleyecek nitelik ve ağırlıkta olmalarındır saptamasını yapmıştır²⁹. Örnek olarak belirtirsek: Sel olmasaydı ilgili yükümünü yerine getirebilirdi, ağır hastalığı nedeni ile süreyi kaçırmıştır, 65 yaş üstüne sokağa çıkma yasağı olmasaydı beyannamesini süresinde verebilirdi gibi bir çıkarımın yapılabilmesi aranmaktadır.

Özetle mücbir sebep, başlı başına hak kaybının nedeni, hak kaybı sonucunu doğuracak ağırlıkta olmalıdır. Mücbir sebep olarak ileri sürülen sebebe rağmen, “hak ya da yükümün gereği yine de süresinde yerine getirilebilirdi” denilebilen durumlarda, öne sürülen sebebin hukuksal etki doğurması gerekir.

Nedensellik bağına ilişkin araştırma ve değerlendirme, ancak özel nitelikteki mücbir sebep yönünden söz konusu olabilir. Genel afet ilan edilen durumlarda, bu araştırmaya gerek yoktur. Zira bu gibi durumlarda nedensellik bağının yasal düzenleme ya da idari düzenleme gereği bulunduğu var sayılmaktadır.

Danıştay’ın gerek vergisel konulara gerekse cezalara ilişkin olarak verdiği mücbir sebebe ilişkin kararları bulunmaktadır. Danıştay nedensellik bağı çeşitli kararlarında “defter ve belgeleri ibraz yükümlülüğünün mücbir sebep nedeniyle yerine getirilemediği açık olduğu hallerde vergi ziyayı cezalı katma değer vergisinin hukuka uygun olmadığını”³⁰, Kanunda yazılı sürelerin işlememesi için VUK 13’te belirtilen hallerin gerçekleşmiş olmasının yeterli görülmediğini, bu olayların ‘vergi ödevlerinin yerine getirilmesine engel olacak’ şekilde vergi ödevlisini etkilemesi gerektiğini³¹ ifade etmiştir. Benzer yaklaşımla Danıştay defterlerin “kullanılmaz” duruma geldiğini gösteren raporun bunların aynı zamanda “okunamaz” olduğunu dolayısıyla ilgili kayıtların hiçbir şekilde tespit edilemeyeceğini göstermediğini belirterek, olayda mücbir sebebin bulunmadığına karar vermiştir³².

²⁹ Danıştay 7 D, 4380/2889, 04.12.1985; Danıştay Dergisi, Sayı 62/63, 307/309; Aktaran, Kaneti, Ekmekci, Güneş, Kaşıkçı (n 7) 157. Aynı doğrultuda bir tanımlama için bkz: Mualla Öncel, Ahmet Kumrulu, Nami Çağan, Cenker Göker, *Vergi Hukuku* (28. Basi, Turhan 2019) 128

³⁰ Danıştay 9 D, 2015-2325/6128, 18.09.2017. Lebib Yalkın <<http://www.lebibyalkin.com.tr/>>. Erişim Tarihi 16.06.2020.

³¹ Örneğin Danıştay, kanuni merkezi İstanbul’da üretim tesisi Kocaeli’de bulunan şirketin mücbir sebep nedeniyle beyanname veremediğini ve vadesi gelen borçlarını ödeyemediğini tespit etmiştir. Danıştay 7 D, 2880/3091 06.11.2000. Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi <<https://www.lexpera.com.tr/>>. Erişim Tarihi 16.06.2020.

³² Danıştay 7 D, 2001-827/381, 06.02.2003: “...Olayda, davacı Şirketin dayandığı tek belge, asliye hukuk mahkemesince tespit davasında tayin edilen bilirkişice düzenlenen 26.8.1998 tarihli rapordur. Ancak; bu raporda, yalnızca 27.12.1996 onay tarihli defterlerin “kullanılmaz” halde oldukları yolunda tespit vardır. Yasal defterlerin kullanılmaz durumda bulunması ve noter tasdikli bilgisayar yapıklarının (çıktılarının) parçalanmış olması, bunların okunamaz durumda olduklarını da göstermez. Parçalanmış olsa dahi, parçalarından, ilgili kayıtların neye ait olduğunun tespiti olanaklıdır. Ayrıca; yukarıda da söylenildiği gibi, anılan raporda, belgelerle ilgili herhangi bir saptama da yoktur. Daha açık olarak; dosyada, tahrip olayının mücbir sebep sayılabilecek koşullarda gerçekten meydana geldiğine dair inandırıcı bir kanıt mevcut değildir...” Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi <<https://www.lexpera.com.tr/>> Erişim Tarihi 16.06.2020.

f. Görüşümüz

Yukarıda doktrin ve uygulamada mücbir sebeplerin özelliklerini ortaya koymaya çalışan her bir görüşle ilgili kanaatimiz özetle belirtilmiş idi. Yineleyelim ki bu özellikler yasa maddesinin kapsamına, mücbir sebebin ne şekilde algılandığına ve nelerin mücbir sebep olarak kabul edildiğine göre değişkenlik gösterebilir.

Aktarılan özelliklerden bazıları kapsam ne şekilde kabul edilirse edilsin tüm sebeplerde ortaktır. Örneğin kaçınılmazlık tüm mücbir sebeplerde ortak bir özellik olarak karşımıza çıkmaktadır. Elbette ki buradaki kaçınılmazlığın sonuçlara ilişkin olması gerekir.

Bazı özellikler kabule göre değişken olabilir. Örneğin mücbir sebepler tabiat olayları olarak algılanırsa dışsallık bir özelliktir. Ama VUK düzenlemesinde olduğu gibi beklenmeyen haller de kapsama alındığında, kişinin kendi hatası ile ağır hasta duruma düşmesi örneğinde olduğu gibi dışsallık ortak bir özellik olmaktan çıkmaktadır.

Bu nedenle ortak özellik aramak yerine, yapılacak değerlendirmelerde her somut sebep yönünden özelliklerin belirtilmesinde ve belirlenmesinde yarar bulunmaktadır.

Bize göre geniş anlamda mücbir sebepler her zaman dışsal olmayan öngörülemez veya engellenemez nitelikte etkenlerdir. Kişinin bu sebeplerin oluşumunda kusuru olabilir, ama hukuksal sonuçlarından yararlanma konusunda kastı olmamalıdır. Mücbir sebep ile vergisel yüküm arasında ise genel afet ilanı gibi haller dışında bir nedensellik bağı bulunmalıdır.

4. Mücbir Sebep Kavramının Beklenmeyen Hal Kavramından Ayırt Edilmesi

Mücbir sebepler ile beklenmeyen hal kurumları özünde; belirli bir işlemin yapılması, belirli bir şekilde davranılması ya da belirli bir başvurunun yapılması için yasalarda (Vergi Hukuku açısından ise özel ya da genel vergi yasalarında ve tahsil ile ilgili düzenlemelerde) yer alan sürelerle ilgilidir. Bu durumların varlığı halinde ilgililerin kusuru bulunmadığından adil olan, sürelerin geçirilmesine neden olan olayların ya da durumların sonuçlarının ortadan kaldırılmasıdır.

Özetle mücbir sebep ve beklenmeyen hal sürelerle ilgilidir ve hukuksal sonuç da süre geçmesi ile düşmüş bir hakkın düşmemiş sayılmasını gerektirmektedir. Yöntem ise özellikle yargılama açısından eski hale iade ve Vergi Hukuku açısından ise tamamen ya da kısmen terkin ile yasal ya da idari takdire bağlı süre verilmesidir.

Mücbir sebep kavramına benzer bir diğer kavram ise İdare Hukukunda, Borçlar Hukukunda ve Ceza Hukukunda benimsenen “beklenmeyen (umulmayan) hal”

kavramıdır³³. Mücbir sebep (force majeure) bir tabiat olayıdır. Bu durumda süreye uymayanın bir kusuru yoktur. Beklenmeyen hal (*évènement imprévisible et inévitable/öngörülemes ve önlenemez hadise*) ise bireylerin eylemlerinden meydana gelir ve bu durumda da ilgilinin hukuksal sonuçlardan yararlanabilmesi için kusuru olmamalıdır³⁴.

Mücbir sebep terimi kökeni Arapça olan “icbar” yani zorlamadan gelmektedir. Bu boyutu ile kişinin iradesi dışında onu zorlayan ve onun şahsından ya da eylemlerinden bağımsız olan dışsal her türlü etken bu kapsamda geniş anlamda mücbir sebep kavramında değerlendirilmelidir.

İdare Hukukunda mücbir sebep halinde ifanın imkânsızlığı söz konusu iken beklenmeyen halde borcun ifasının mümkün olduğu, fakat hal ve şartlarda ahdin yapıldığı zamana göre önemli ölçüde ve umulmayan bir değişiklik meydana geldiğinden borçlunun borcunu ifa etmesinin ona aşırı bir yük ve zarar getireceği belirtilmiştir³⁵.

Özel Hukukta böyle bir durumda borçlunun borcunu önceden kararlaştırılan şartlarda ifa etmesini beklemek, iyi niyet kuralları, adalet ve hakkaniyet duygularıyla bağdaşmayacaktır. Dolayısıyla özel hukukta sözleşmenin yeni durum ve şartlara göre yeniden gözden geçirilmesinin gerekliliği fikri ağır basmaktadır³⁶.

Kanımızca Özel Hukuktaki ve İdare Hukukundaki mücbir sebep ve beklenmeyen hale ilişkin görüşlerin Vergi Hukukunda genel bir kural olarak kabulü mümkün değildir. Yukarıda ilgili bölümlerde değindiğimiz üzere VUK’un ilgili hükümleri belirli bir sistematikten yoksun belirsizlik içeren hükümlerdir. Bizce teorik tartışmalara girmeden ve uygulama sorunlarına sebebiyet vermemek amacı ile var olan kuralın (VUK 13) kapsamındaki tüm sebeplerin geniş anlamda mücbir sebep olduklarından hareket etmekte zorunluluk bulunmaktadır. Etkiler genel ve/veya afet kararı verilmiş ise konu “malûmdur” ve ayrıca ispata gerek yoktur, etkiler özel ise bireyin durumu ispatı ve bunun idarece kabulü gerekir.

³³ Örneğin 3213 sayılı Maden Kanunu’nun 3. maddesine göre mücbir sebep: sel, yangın, deprem, grizu patlaması, çökme, heyelan ve benzeri halleri; beklenmeyen haller ise tenör, jeoloji, pazarlama, ulaştırma ve alt yapı şartlarındaki beklenmeyen değişiklikler ile ilgili mevzuat gereğince diğer kurumlardan alınması gereken izinlerin alınmaması durumlarını ifade etmektedir.

³⁴ Nurullah Kunter, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Yaylacık 1989) 529. “Beklenmeyen hal de öngörülemes ve önlenemez nitelikte olmakla birlikte mücbir sebepten farklı olarak, ilgilinin faaliyetleri/işletmesi içinde gerçekleşebilmektedir” Celâl Işıklar, ‘Danıştay Kararlarında İdarenin Kusursuz Sorumluluğunu Kaldıran ve Azaltan Hâller’ (2019) (1) YBHD 115, 138. Bizce VUK yönünden buradaki kusur sonuca yönelik iradedir.

³⁵ Gözübüyük (n 27) 30.

³⁶ Ali Bardakoğlu, “İslam Hukukunda ve Modern Hukukta ‘Beklenmeyen Hal’ Nazariyesi” (1985) (2) Erciyes Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi 63, 64.

İdare Hukuku açısından kanun koyucu beklenmeyen halin sonuçlarını, kimi zaman mücbir sebeple bir tutmuş, kimi zaman ise ayrıca düzenlemiştir. Bu ayrım idarenin sorumluluğuna ilişkin olarak uygulama alanı bulmaktadır³⁷.

Vergi Hukukunda konuya ilişkin temel düzenleme olan mücbir sebepler başlıklı 13. madde ise; ne bir tanım ne de sistematik bir düzenleme içermektedir. Madde sistematikten yoksundur zira örneğin 4. bentteki “Sahibinin iradesi dışındaki sebepler dolayısıyla defter ve vesikalarının elinden çıkmış bulunması” hali zaten ödevlerle ilgilidir ve duruma göre diğer üç bentteki hallerden kaynaklanacak bir durumdur. Bir diğer deyişle defter ve belgeler ödevlerle ilgilidir ve ödevlerin 1., 2. ve 3. bentlerdeki hallerde yerine getirilememesi zaten maddede düzenlenmiştir. Bu nedenle de böylesi bir düzenleme (VUK 13/4) tekrardır ve gereksizdir.

VUK 13’te mücbir sebep kavramı tanımlanmadığından, maddenin beklenmeyen halleri de içerip içermediği irdelenmelidir. Özetle; kanaatimiz maddenin ikinci bendinin mücbir sebebi, birinci ve üçüncü bentlerinin ise beklenmeyen hali düzenlemekte olduğudur. Yineleyelim ki biz gerek çalışma kapsamının genişlememesi gerekse terim birliği açısından tümünü geniş anlamda mücbir sebepler kapsamında ele almaktayız.

C. Vergi Hukukunda Mücbir Sebep ile İlgili Genel Açıklamalar

Vergi Hukuku mevzuatımızda vergisel işlem süreci, yani vergisel ödevler, vergi idaresi-yükümlü ilişkisi süreci açısından; sistematikten yoksun ve eksik bir şekilde olsa da konuya ilişkin birtakım düzenlemeler bulunduğu gözlemlenmektedir.

Bu düzenlemelerden ilki “mücbir sebepler” başlıklı VUK 13 hükmüdür. Madde başlığında her ne kadar mücbir sebep denilmiş olsa da teorik açıdan sadece mücbir sebepler değil beklenmeyen haller de ele alınmıştır. VUK’taki diğer düzenlemeler ise yargılama evresi öncesindeki sürece ilişkin olarak mücbir sebeplerin hukuksal sonuçları ile ilintilidir.

Bunlardan VUK’un 15. maddesi “mühlet verme” başlığını taşımaktadır ve kapsamında “zor durum” olarak adlandırılan, ancak ne sayılan ne de tanımlanan ve özünde de sınırlayıcı olmayan mücbir sebep başlıklı 13. madde içinde değerlendirilebilecek bir durumu ele almaktadır. 17. maddede ise tanımlanmamış ve özünde 13. madde kapsamında en düz mantıkla “gibi haller” ibaresi altında sınıflandırılacak bir mücbir sebep olarak kabulü gereken “zor durum” ve hukuksal sonuçları ele alınmıştır. 115. maddede gerçek anlamda mücbir sebepler yani

³⁷ “Mücbir sebep idarenin sorumluluğunu tamamen kaldırırken, beklenmeyen hal böyle bir etki yaratmamaktadır. Öte yandan idarenin sorumluluğunun belirlenmesinde mücbir sebep kavramının uygulaması giderek azalmaktadır. İdarenin sorumluluğu söz konusu olduğunda mücbir sebebe kurtuluş beyyinesi olarak pek sık başvurulmamaktadır... Bu farkın sebebi, bir tarafta devlet-vatandaş ve bu ilişkideki devletin üstün konumu, diğer tarafta ise kişi-kişi arasındaki eşitlikler.” Işıklar (n 34) 225.

doğal afetler(le) ile ilgili olarak bunların zararlı sonuçlarının ortadan kaldırılması ya da azaltılması (terkin) konusundaki bazı hükümlere yer verilmekte ve nihayet 373. madde ise mücbir sebeplerin varlığı ve ispatı halinde idarece ceza kesilmeyeceği hükmünü içermektedir. Vergi Ceza Hukuku açısından anılan son düzenleme (maddede ceza kesilmez denilmiş olsa da) bir cezasızlık sebebi değil, manevi unsurun gerçekleşmemesi nedeni ile aykırılığın oluşmadığını belirten bir hükümdür.

Mesele Vergi Yargılaması Hukuku ve İdari Yargılama Hukuku açısından daha da vahimdir. İYUK'ta³⁸ mücbir sebepler, beklenmeyen haller ve bunların hukuksal sonuçları yani eski hale iade kurumu / eski hale iade tali davası ile ilgili herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. İleride değinileceği üzere idari dava-vergi davası ikileminde vergi davaları açısından İYUK 31/2 düzenlemesinin VUK'un yukarıda anılan hükümlerinin yargılama evresinde de uygulanma olanağı bulunduğu ileri sürülmüş olsa da; bizce bu mümkün değildir ve her iki dava türü açısından da İYUK'ta ciddi yasal boşluklar ve sorunsallar bulunmaktadır. Keza daha sonra açıklanacağı üzere içtihatlar da ağırlıklı olarak bu yöndedir. Kaldı ki konuya ilişkin olarak vergi davaları açısından mücbir sebeplerin bir eski hale iade nedeni olduğu yolunda bir içtihat birliği bulunduğu varsayılsa dahi, ortaya mücbir sebep ve eski hale iade kurumlarının vergi davalarında geçerli ancak idari davalarda geçersiz olacağı şeklinde bir sonuç çıkaracaktır ki böylesi bir durumun hukuken ve mantıken kabulü olanaksızdır.

Sorunu somutlaştırırsak; bir kişi COVID-19 ile ilgili 7226 sayılı Yasa'nın Geçici 1. maddesi ve bu maddenin Cumhurbaşkanı'na verdiği yetkiye dayanılarak kullanılan uzatma süresi içinde sürelerin durmuş olması sebebi ile açmadığı bir davayı, 15 Haziran tarihinden sonra da kusuru olmaksızın zamanında açamamışsa ne olacaktır? Hastalığının vergi yargılaması hukuku açısından bir mücbir sebep sayılıp sayılmayacağı ve eski hale iade talebi veya eski hale iade tali davası hakkında herhangi bir yasal düzenleme yoktur. Konu içtihatlarla çözümlenecektir ve içtihadı birleştirme yoluna gidilmedikçe her somut olayda yargıcın ya da heyetin takdirine göre farklı sonuçlara ulaşılabilecektir.

Nihayet Vergi Ceza Hukuku açısından işlem boyutunda VUK, yargılama boyutunda ise suçlar açısından Ceza Muhakemeleri Kanunu (CMK)³⁹ ve kabahatler açısından (İYUK-VUK-Kabahatler Kanunu) uygulanma alanı bulmaktadır. VUK istisnalar dışında ancak vergisel işlem sürecinde vergisel ödevlerin yerine getirilmesi bakımından vergi ödevlilerinin öngörülemez, kaçınılamaz harici bazı durumlardan etkilenmesinin ve daha fazla zarar görmesinin önüne geçilmesi ve hak düşümü süreleri açısından da ilgililere süre verilmesi için mücbir sebep kurumuna ve bunun hukuksal sonuçlarına yer vermiş bulunmaktadır. VUK'ta *zor durumda süre verme, doğal afetler nedeniyle terkin* (varlık ve mahsul kaybı) ile ilgili hükümler konuya ilişkin diğer düzenlemelerdir.

³⁸ İdari Yargılama Usulü Kanunu, Kanun Numarası: 2577, Kabul Tarihi: 6.1.1982, RG 20.1.1982/17580.

³⁹ Ceza Muhakemesi Kanunu, Kanun Numarası: 5271, Kabul Tarihi: 4.12.2004, RG 14.12.2004/25673.

Görüleceği üzere özetlersek: VUK'un konuya ilişkin olan ve ancak yargılama öncesi süreçte uygulanma alanı bulacak olan hükümleri 13, 15, 17, 90, 111, 115 ve 373. maddelerdir. Bunlardan:

- (i) 13. maddede sınırlı olmayan bir sayma yöntemi ile mücbir sebepler ve beklenmedik haller ele alınmaya çalışılmıştır.
- (ii) 15. maddede “mücbir sebeplerle gecikme” başlığı altında ağırlıklı olarak mücbir sebep nedeniyle kaçırılan hak düşümü sürelerinin uzaması hali ile ilgili kural getirilmeye çalışılmış olduğu; bununla birlikte Hazine ve Maliye Bakanlığı'na beyannamelerin toplulaştırılması adı altında ne olduğu ve nasıl uygulanacağı belirsiz bir yetki ve dahası yasallık ilkesi ile çelişir bir biçimde “beyanname verme zorunluluğunun kaldırılması” adı altında tahakkuktan vazgeçme sonuçlu bir başka yetki verildiği görülmektedir.
- (iii) 17. madde “mühlet verme” başlıklıdır ve aslında sebeplerin sınırlandırılmadığı 13. madde kapsamında ele alınabilecek ve ne olduğu belirli olmayan “zor durum” olarak adlandırılan hale ve bunun hukuksal sonuçlarına ilişkindir.
- (iv) VUK'un 90. ve 111. maddelerinde de mücbir sebep ile ilgili düzenlemeler bulunmaktadır. Bunlardan 90. madde VUK 72 ve devamında düzenlenen komisyonların üyelerinin mücbir sebeple göreve devam edememe haline ilişkin mücbir sebep düzenlemelerine ilişkindir. VUK 111 ise “ödeme zamanı” başlığı taşımakta olup; mücbir sebeplerle süre uzaması halinde vade tarihinin sürenin bittiği gün olduğu ve Hazine ve Maliye Bakanlığı'nın mücbir sebep hali ilan edilen yerlerdeki yükümlülerin ödeme sürelerini uzatma yetkisini hükme bağlamaktadır.
- (v) 115. madde ile “verginin terkinin” başlığı altında bazı doğal afetlerle ilgili terkin kurumu düzenlenmeye çalışılmıştır.
- (vi) Nihayet 373. madde ile de doğal afetlerden dolayı ceza kesilmeyeceği hükmü sevk edilerek Vergi Ceza Hukuku yönünden bir kusurluluğu ortadan kaldıran sebep ve bunun hukuksal sonucu ele alınmıştır.

Bu ön açıklamaların ortaya koyduğu gerçek ise; VUK'un mücbir sebep ile ilgili kurallarının girift, belirsiz, sistematikten yoksun ve karışıklığa sebebiyet verici nitelikte olduğu, vergi yargılaması hukukunda konuya ilişkin yasal boşlukların bulunduğu ve nihayet mücbir sebep kavramının Vergi Ceza Hukuku açısından da bazı sonuçlarının bulunduğudır.

Benzer bir yorum gümrük vergi hukuku açısından da yapılabilir. Makalede bu konu da ayrı bir başlık altında incelenip değerlendirilmiştir.

II. Vergi Hukukunda Yargılama Öncesi Süreç Açısından Mücbir Sebepler

A.VUK'un Mücbir Sebeplere İlişkin Hükümleri

1.VUK Uyarınca Mücbir Sebep Halleri

VUK 13 mücbir sebep sayılan halleri belirlemiştir:

1. Vergi ödevlerinden herhangi birinin yerine getirilmesine engel olacak derecede ağır kaza, ağır hastalık ve tutukluluk;
2. Vergi ödevlerinin yerine getirilmesine engel olacak yangın, yer sarsıntısı ve su basması gibi afetler;
3. Kişinin iradesi dışında vukua gelen mecburi gaybubetler (zorunlu bulunmama/ iradi olmayan kaybolma);
4. Sahibinin iradesi dışındaki sebepler dolayısıyla defter ve vesikalarının elinden çıkmış bulunması gibi haller⁴⁰.

Burada mücbir sebeplerin sayılması, yine yasa metninden anlaşılacağı üzere, sınırlayıcı nitelikte değildir. Çünkü mücbir sebep durumları sayıldıktan sonra “gibi hallerdir” tabirine yer verilerek, yapılan sayımın sınırlayıcı olmadığına işaret edilmiştir.

VUK'ta sayılan sebepler sınırlı olmadığından bunlar dışında olabilecek aynı ağırlıktaki mücbir sebepler de madde kapsamında değerlendirilecektir.

Hukuksal durum bu olmakla birlikte, idare uygulamasında VUK'un 13. maddesinde düzenlenen mücbir sebep hallerinin sınırlandırılmış olduğu yolunda bazı kabullere de rastlanmaktadır⁴¹.

⁴⁰ Hırsızlık, yağma, muhasebe kayıtlarının içinde bulunduğu aracın çalınması, araç kazası ya da gemi çatması ile idarece veya yargı organlarıncı alınan sebepler nedeniyle vergi ödevlerini veya işlemlerini yerine getirememiş olması örnek olarak gösterilebilir (Aktaran; Kaneti/Ekmekci/Günes/Kaşıkçı (n 7) 423). Bu haller çalışmanın Vergi Ceza Hukukuna ilişkin bölümünde daha ayrıntılı olarak açıklanıp örneklenecektir. Ayrıca ayrıntılı bilgi ve örnekler için bkz Mahmut Kaşıkçı, *Vergi Kaçakçılığı Suçları* (Ethemler 2007) 212 vd.

Öte yandan defter ve belgelerin inceleme elemanında bulunması hali özel olarak düzenlenmiştir. Bu durumda defter ve belgelerin muhafaza altına alındığı tarihten itibaren beyanname verme tarihine kadar olan süre bir aydan az ise, yükümlünün beyanname verme süresi kendiliğinden bir ay uzar. Ancak Danıştay idare tarafından el konulan defter ve belgelerin yükümlüye incelettilmemesini mücbir sebep kapsamında değerlendirmektedir. Nitekim Danıştay konuyla ilgili vermiş olduğu bir kararda “*Yükümlüye ait defter ve belgelerin daha önce inceleme elemanına ibraz edildiği hususu taraflar arasında ihtilafsız olduğuna göre yükümlünün defter ve belgelerin kendilerine iade edilmediği iddiasına karşı idarece aksini ispat edici herhangi belge sunulmaması karşısında bu iddianın doğru olduğu dolayısıyla defter ve belgelerin kendi iradesi dışında çıkması nedeniyle olayda mücbir sebep hali bulunduğu kabul gerekir*” şeklinde görüş belirtmiştir. (Danıştay 9 D, 1632/1179, 03.04.2002. Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi <<https://www.lexpera.com.tr/>> Erişim Tarihi 02.06.2020.

⁴¹ 2004 tarihli bir özalgede hatalı olarak VUK 13'te sayılan hallerin sınırlanmış (numerus clausus) bir nitelik taşıdığı belirtilmiştir. Aynı özalgede; özel olanlar dâhil hastanelerden alınan raporlara ilişkin olarak, *hastalığın vergi ödevlerinin yerine getirilmesine engel olacak derecede ağır hastalıklardan olup olmadığı hususunun, Sağlık Müdürlüklerinden veya raporu tanzim eden Hastane Başhekimliklerinden, hastaneler dışındaki resmi sağlık kuruluşlarıncı (Hükümet Tabipliği, Sağlık Ocağı gibi) verilen raporlar hakkında da aynı husuların Sağlık Müdürlüklerinden sorulması gerektiği ve özel doktordan alınan raporların idare yönünden bir geçerliliği bulunmadığı ifade edilmiştir.* <<https://www.gib.gov.tr/nod/92354>> Erişim tarihi 16.06.2020.

Acaba korona virüsünün neden olduğu *COVID-19* salgını bir mücbir sebep olarak nitelendirilebilir mi? Nitelendirilirse vergi hukuku alanındaki etkileri neler olacaktır?

Mücbir sebebin dışsallığı, öngörülemezliği, kaçınılmazlığı, sonuçlarının hemen ortadan kaldırılamazlığı ve nedensellik bağı olarak anılan temel unsurlarının söz konusu salgın açısından da gerçekleşmiş olduğu açıktır.

Gerçekten de salgın hastalık tüm dünyayı etkilemiş, yaygın kısıtlamalar gelmiş ve sosyal ve mecburi koruma tedbirleri nedeniyle vergi yükümlüleri hem vergisel ödevlerini yerine getiremez; hem de dava açma gibi haklarını adeta arayamaz hale gelmişlerdir. O halde bu salgını dar anlamda bir mücbir sebep olmamakla birlikte, geniş anlamda bir mücbir sebep olarak nitelendirebiliriz. Ekonomik Kalkınma ve İşbirliği Örgütü (“OECD”) de salgını mücbir sebep (“*force majeure*”) olarak nitelendirmiştir⁴². Biz de bu küresel salgının lehe genişletici yorum yapılarak maddedeki ağır hastalık ibaresi kapsamında ya da en düz yorumla “gibi haller” kapsamında yani geniş anlamda mücbir sebepler içinde değerlendirilmesi gerektiğini düşünmekteyiz.

2. Mücbir Sebep Hallerinin Hangi Yükümler ile İltimli Olduğu Hususu

Hemen belirtmek gerekir ki mücbir sebep tüm vergisel ödevler, hatta verginin ödenmesi yönünden dahi uygulama yeri bulacaktır.

Türk Vergi Hukukunun dayandığı beyannameye dayanan tarh usulünün zorunlu bir sonucu ve etkin şekilde işleminin gereği olarak, yükümlülere belirli ödevler yüklenmiş bulunmaktadır. VUK’un ikinci kitabı yükümlünün ödevlerine ayrılmıştır. Ayrıca özel vergi kanunlarında da yükümlünün ödevlerine ilişkin hükümlere yer verilmektedir.

Bu ödevler şu şekilde sınıflandırılabilir:

- 1- Bildirimde bulunma ödevi
- 2- Defter tutma ödevi
- 3- Belge düzenine uyma ödevi
- 4- Defter ve belgeleri muhafaza ve ibraz ödevi
- 5-Beyanname verme ödevi
- 6- Diğer ödevler

⁴² Tackling Coronavirus (COVID-19) Contributing to a Global Effort, OECD Secretariat analysis of tax treaties and the impact of the COVID-19 Crisis, 03.04.2020 <<http://www.oecd.org/coronavirus/policy-responses/oecd-secretariat-analysis-of-tax-treaties-and-the-impact-of-the-covid-19-crisis-947dcb01/>> Erişim Tarihi 31.05.2020.

Vergi borcunun ödenmesi yani “ödeme” ise VUK’un söz konusu ikinci kitabında ödevler arasında gösterilmemiş, birinci kitabın altıncı kısmının birinci bölümünde olmak üzere, kanun sistematığında apayrı bir yerde konumlandırılmıştır⁴³. Ödemenin bir ödev olup olmadığı konusundaki tartışmaya girmeden belirtilmesi gereken husus; mücbir sebeplerin verginin ödenmesi yönünden de uygulama alanı bulması gerektiğidir. Kaldı ki salt VUK’un 111. maddesinden de aynı sonuç çıkmaktadır.

Danıştay’ın hastalığının ayakta tedavi ile iyileşebileceği yolunda bir hastalık olması nedeni ile ilgilinin başvurusunu kabul etmemesine rağmen; “uzlaşma başvurusunun vergi ödevi ile ilgisinin bulunmadığı ve bu nedenle VUK 13. ve 15. madde hükümlerinin uygulanamayacağı, ancak uzlaşma başvurusunun “bir hakkın kullanımı” niteliğinde olduğu ve kanunla öngörülmemiş olsa da *mücbir sebep hallerinde idareye başvuru için öngörülen sürelerin işlemeyeceğinin genel hukuk kuralı olduğu*” yolundaki saptaması ile VUK’un mücbir sebep ve süreler etkisi ile hükümlerinin yalnızca vergi ödevlerine ilişkin olmadığı yönündeki saptaması konuyu açıklamaktadır⁴⁴.

Belirtmekte yarar gördüğümüz bir diğer husus da; uzlaşmaya ilişkin düzenleme ve daha sonra ilgili bölümde değinilecek COVID-19 hakkındaki özel düzenlemedeki durma tarihi itibarı ile bitimine 15 günden az kalan sürelerin, işlemeye başladıktan sonra 15 güne tamamlanması yolundaki hükmün, VUK 15’te düzenlenen mücbir

⁴³ İrfan Barlass, *Anonim ve Limited Ortaklıklarda Kanuni Temsilcilerin Vergisel Sorumluluğu* (Vedat 2006) 48.

⁴⁴ “...”uzlaşma” ... mükelleflerle idarenin karşılıklı olarak uzlaşmalarına imkan veren müessese olduğu, dolayısıyla söz konusu müessese ile tanınan imkandan yararlanmak yada yararlanmamak, vergi ve ceza muhatabına tanınan bir hakkın kullanılması ile ilgili olduğu, bir vergi ödevinin yerine getirilip getirilmemesi ile ilgisinin bulunmadığı, bu bakımdan uzlaşma ile ilgili sürelerde Vergi Usul Kanununun 13. maddesinin dikkate alınmayacağı, **bununla beraber, kanunla öngörülmemiş olsa da mücbir sebep hallerinde idareye başvuru için öngörülen sürelerin işlemeyeceğinin genel hukuk kuralı olarak kabul edildiği**, uzlaşma talebinde bulunmamanın hukuki niteliği ve sonuçları göz önünde bulundurulduğunda, uzlaşma talebinde bulunmaya engel olacak haller; ancak, kişinin iradesi dışında gelişen tabii afet, savaş hali ve benzeri durumlarla kişinin bu tür haklarını kullanmasını imkansız kılan çok ağır hastalık gibi olağanüstü özellikler taşıyan durumlar olabileceği, davacının süresinde uzlaşma talebinde bulunmayı engellediğini ileri sürdüğü hastalığının resmi teşekküllerce teyit edilmiş olmasına rağmen, yataklı tedavi kurumlarında tedaviyi gerektirir nitelikte bulunmadığı, yalnızca istirahatı gerektirir nitelikte olduğunun raporda belirtilmiş olması, söz konusu hastalığın çok ağır nitelikte hastalık olmadığına karine teşkil edeceğinden, genel hukuk kuralları içinde mücbir sebep olarak kabul edilemeyeceği...” Danıştay 3 D, 1996-1119/3410, 15.10.1997. Karar için bkz Mustafa Balcı, ‘Vergi Hukukunda Mücbir Sebeplerin Dava Sürelerine Etkisi’ <<https://vergialgi.net/vergi-hukukunda-mucbir-sebebin-dava-surelerine-etkisi>> Erişim Tarihi 18.06.2020.

Maliye Bakanlığı Gelirler Genel Müdürlüğü’nün 03/08/2004 Tarih ve B.07.0.GEL.0.28/2810-13-2 Sayılı Özelgesi’nde ise “... mükellefin uzlaşma gününde geçirdiği rahatsızlığına ilişkin raporun alındığı özel polikliniğin “özel hastane” statüsünde olup olmadığı... II Sağlık Müdürlüğüne sorulması; söz konusu özel polikliniğin özel hastane statüsünde olduğu yönünde yazı alınması halinde, mükellefin rahatsızlığının Vergi Usul Kanununun 13 uncu maddesinin birinci bendinde sayılan “ağır hastalık” kapsamında mütalaa edilerek mükellefin durumunun mücbir sebep hali sayılması ve uzlaşma görüşmesi için yeni bir gün tayin edilmesi, özel hastane statüsünde olmadığı yönünde yazı alınması halinde ise mükellefin durumunun mücbir sebep hali sayılmayarak yeniden uzlaşma günü verilmemesi uygun olacaktır.” ifadelerine yer verilmiş ve ağır hastalık durumu mücbir sebep olarak kabul edilmiş ve yeni bir uzlaşma günü tayin edilmesi yönünde görüş bildirilmiştir. <<https://www.gib.gov.tr/node/92354>> Erişim Tarihi 11.04.2020.

sebebin süreler etkisi ile ilgili genel kural açısından da bir değişiklik yapılarak kabul edilmesi gerektiği kanısında olduğumuzdur. Bu yasa sistematigi ve yeknesaklık açısından gerekli bir durumdur.

3. Mücbir Sebebi İspat Yükü

Bilindiği gibi, kişinin kendi yararına sonuçlar elde etmek üzere bir savı ileri sürmesi halinde, o kişinin bu savı kanıtlaması yükümlülüğü (ispat yükü) Vergi Hukukunda da mevcuttur. Öte yandan, komisyonlar döneminden kalan ve günümüzde gerekliliği ve kapsamı dahi tartışmalı olan VUK'un 3. maddesinde yer alan hüküm gereği iktisadi, ticari ve teknik icaplara uymayan veya olayın özelliğine göre normal ve mutad olmayan bir durumun iddia edilmesi halinde ispat yükü bunu iddia eden tarafa aittir.

Genel kurala uygun olarak, mücbir sebebin sonuçlarından yararlanmak isteyen kişi, mücbir sebebi ispat yükünü taşır. Öte yandan mücbir sebep malum ise yani herkes tarafından biliniyorsa, mücbir sebebin varlığının ispatı gerekmez (VUK 15, 373).

Bu hususta Yasa'da rastlanan ilginç bir detay mücbir sebep halinde sürelerin durmasına ilişkin hüküm getiren VUK 15 ile vergi cezası kesilmeyeceğine ilişkin VUK 373'ün lafzına ilişkindir. VUK 15'te mücbir sebebin "ilgililer tarafından ispat veya tevsik edilmesi" ibaresi yer alırken, VUK 373'te "tevsik ve ispat olunursa" denilmektedir. Kanun koyucunun abesle iştiğal etmeyeceği prensibinden yola çıkılarak, benzer düzenlemelerde yer alan "ve" ile "veya" bağlaçlarına yüklenecek anlam araştırılmalıdır.

"Tevsik etmek" belgelemek anlamına geldiğinden "mücbir sebebin tevsiki", varlığına ilişkin kanıtlayıcı bir belge sunulmasını ifade etmektedir. "Mücbir sebebin ispatı" ise Vergi Hukukunda geçerli kabul edilen delillerle ortaya konulmasıdır. Vergi Hukukunda delil serbestisi ilkesi söz konusu olup, kural olarak yemin hariç her türlü delil kullanılabilir (VUK 3/B-f. 2). Vergiyi doğuran olay ile açık ve doğal bir bağlantısı bulunan tanık ifadeleri dahi geçerli delildir. Bu bağlamda VUK 15 kapsamında sürelerin durması için mücbir sebebin, herhangi bir belge sunulmaksızın örneğin tanık beyanlarıyla ispatı da mümkün olabilmelidir. Zira yasa maddesi açıkça "tevsik veya ispat"tan bahsetmiştir. Oysa VUK 373'teki "tevsik ve ispat olunursa" ibaresi gereği vergi cezalarının kesilmemesi için mücbir sebebin varlığı belgelerle ispat olunmalıdır gibi bir sonuç çıkmaktadır ki bu hukuken hatalı bir düzenlemedir⁴⁵. Öncelikle bazı hususlar örneğin doğal afetler belgelenebilecek hususlar değildir. Sonrasında ise bazı durumların da belgelenmesine gerek yoktur. Bu nedenle yasal sistematik, mantık ve hukuk gereği 373. maddedeki "ve" ibaresinin "veya" olarak anlaşılması zorunludur.

⁴⁵ Danıştay da defter ve belgelerini incelemeye ibraz etmeyen davacı yükümlüye kesilen üç kat vergi ziyai cezasını değerlendirdiği kararında, davacı tarafından mücbir sebebin varlığına dair hukuken itibar edilebilecek herhangi bir "belge" ibraz edilmediğini ifade ederek, ispat yükünün ancak yazılı delille yerine getirilebileceğini ortaya koymuştur. (Danıştay 4 D, 2013-6649/7841, 29.11.2017. Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi <<https://www.lexpera.com.tr/>> Erişim Tarihi 02.06.2020.

Kaldı ki bir kez ispat denildikten sonra ispatın ne şekilde olacağını zaten mevcut durum ve mantık ortaya koyacaktır. Bu nedenle de öncelikle hem ispat hem de belge terimlerinin aynı maddelerde kullanılması gerekli değildir. Keza afet ilanı gibi durumlarda da ispat gereksizdir.

Hazine ve Maliye Bakanlığı 518 sıra No.'lu Genel Tebliğ kapsamında Koronavirüs salgınından doğrudan etkilendiği saptanan yükümlülerin mücbir sebep halinde olduğunu tespit ederek bu durumun sonuçlarını belirlemiştir. Dolayısıyla Tebliğ kapsamında bulunan yükümlüler açısından Tebliğ kapsamında bulunulduğunun ortaya konulması yeterlidir. Tebliğ kapsamında bulunmayan yükümlüler için ise ispat yükünün yerine getirilmesi gerekmektedir.

B. Gereksiz ve Yükümlüler Aleyhine Sonuçlar Doğurabilecek Bir Düzenleme: VUK 17'de Yer Alan “Zor Durum”

VUK'un 17. maddesinde, mücbir sebep olarak adlandırılan ve 13. maddede sınırlanmaksızın sayılan sebeplere ilaveten “zor durum” olarak adlandırılan bir diğer düzenlemeye ve bunun hukuksal sonuçlarına yer verilmiş bulunmaktadır. Bu maddede zor durumdan söz edilmiş, ancak zor durumun ne olduğu ne tanımlanmış ne de sayılmıştır. Hukuksal sonuçları açısından da bu durumda olduklarını belgeleyenlere süreler açısından VUK'un 15/1. maddesindeki yasal korumadan daha dar ve takdire bağlı bir koruma tanınmaya çalışılmıştır.

Maddenin özü, zor durum olarak ifade edilen ne olduğu belirsiz ve varlığı ya da yokluğu idarenin takdirine bırakılmış durumlarda; zor durumun varlığı sonucuna ulaşılması halinde, vergisel işlemlerine ilişkin ödevlerini süresi içinde yerine getiremeyecek olanların, vergi idaresinden ek süre talebinde bulunabilmesidir.

Bu durumda olanlara, yasal sürenin bir katı, yasal sürenin bir aydan az olması halinde bir ayı geçmemek üzere, Hazine ve Maliye Bakanlığınca uygun bir süre verilebileceği belirtilmiştir.

Bu sürenin verilebilmesi için:

- 1- Süre talebinde bulunan, süre bitmeden önce yazı ile istemde bulunmalıdır.
- 2- İstemde gösterilen mazeret, süre verecek makam tarafından kabul edilmelidir.
- 3- Sürenin verilmesi halinde verginin alınması tehlikeye girmemelidir.

Biz bu hükmü gereksiz bir düzenleme olarak nitelendirmekteyiz.

Şöyle ki:

Geniş anlamı ile mücbir sebep, kabule göre değişik bir şekilde ne tür bir kapsam verilirse verilsin kelime anlamıyla özel ya da genel zorlayıcı sebeptir. Bu aynı zamanda VUK'un 17. maddesindeki "zor durum" ile ilgili özel hal düzenlemesinin gereksiz ve yasama sistematigi ile bağdaşmayan, karışıklığa sebebiyet verici nitelikte bir düzenleme olduğunu da ortaya koymaktadır. "Zor durum" özünde geniş anlamda mücbir sebepler (mücbir sebepler-beklenmedik haller) içinde (en azından gibi haller kavramı kapsamında) mütalaa edilebilecek bir durumdur ve karışıklık yaratan 17. madde düzenlemesine gerek bulunmamaktadır. Mesele VUK'un 13. ve 15. maddeleri kapsamında çözümlenebilir.

VUK'un bu düzenlemesi ile karışık ve sistematik olmayan bir kural getirilmiş olduğu açıktır. Bunun yanı sıra, maddenin aleyhe sonuçları da bulunmaktadır. Zor durum olarak adlandırılan haller içi ne şekilde doldurulmaya çalışılırsa çalışılsın özünde geniş anlamda mücbir sebeplerdir.

17. maddenin incelenen bu düzenlemesi ise, barındırdığı ve doğuracağı yukarıdaki sistematik sakıncalara ilaveten; öncelikle zaten yasa gereği 13. madde kapsamında ele alınması gereken bazı durumlarda, idareye neyin mücbir sebep değil de zor durum olacağını belirleme yetkisi vermiş olması nedeni ile eleştirilebilir. Ayrıca böylesi bir düzenlemenin, mücbir sebep olan hallerin, 15. madde gereği sürelerin durmasını yasa gereği sonuçlayacak olmasına karşın, zor durum kabul edilmeleri halinde süre yönünden de idareye takdir tanınmış olması da ayrı bir hukuka aykırılıktır.

Hukuksal olarak olması gereken nelerin mücbir sebep olduklarının sistematik olarak sayılması veya tanımlanması ve sürelerin bu gibi durumlarda yasa gereği duracağını belirtmesidir. 17. madde hükmü ve aleyhe düzenlemeleri ise gereksizdir ve kaldırılması gerekir. Bu konularda idareye tanınan yetkinin hukuka aykırı boyutları ileride ayrı bir başlıkta ayrıntılı olarak açıklanacak olmakla birlikte, özetle bu bölümde sonuç olarak belirtilmesi gerekenler: 15. maddenin 1. fıkrası ile mücbir sebebin yasa gereği bir durma sebebi olduğu ve ne zaman başlayıp ne kadar süreceği yasa ile belirtilmişken, 2001 yılında Bakanlığın yetkisi ile ilgili belirsizlik içeren durumu düzenleyen 15. maddenin son fıkrasının başta yasallık prensibi olmak üzere hukuka aykırı olduğu ve 17. maddedeki kuralın da yerinde olmayan, karışıklığa sebep olucu nitelikte kaldırılması gereken bir kural olduğudur.

Verilen ek sürelerin de yetersizliği nedeni ile uygulamada bu kurumun uygulaması sık görülmemektedir. Nitekim vergi hukuku uygulamasında bu kurumun çoğunlukla mücbir sebebi takip eder nitelikte olduğu ve doğal bir afetin etkisiyle duran sürelerin işlemeye başlamasından sonra zor durumda kalan mükelleflerin bu kuruma sıkça başvurduğu ifade edilmektedir⁴⁶.

⁴⁶ Gürol Ürel, *Güncel Vergi Hukuku Uygulaması* (Seçkin 2017) 168.

Sorunu bir örnekle açıklarsak; bir kişi COVID-19 etkisi ile süresinde yapamadığı bir başvuru ya da işlemi (muhtasar beyanname vermek gibi...), genel düzenlemeler ya da yasa gereği duran sürenin işlemeye başlamasından sonra da kusuru olmaksızın zamanında yapamamışsa; uygulamada bu gibi durumlarda “zor durum” kurumunun işletildiği görülmektedir.

Oysaki sözü edilen haller de özünde VUK 13 kapsamında en azından “gibi haller” kavramı kapsamında bir mücbir sebep/zorlayıcı sebeptir. Dolayısıyla da farklı ve karışıklığa yol açıcı nitelikte bir başka maddede düzenlenmesine gerek yoktur.

III. Vergi Hukukunda Gümrük Vergileri Alanı Dâhil Yargılama Öncesi ve Sonrası Meydana Gelen Mücbir Sebebin Hukuksal Sonuçları

A. Genel Açıklamalar

Mücbir sebep; hakların süresinde kullanılmamasının, yükümlülüklerin süresinde yerine getirilmemesinin aleyhe hukuki sonuçlarını engellemektedir. Mücbir sebep ortadan kalktıktan sonra yasal ya da idari süreler içinde yapılmamış işlemler ve ödevler zamanında yapılmış gibi geçerli sayılır⁴⁷. Diğer bir deyişle mücbir sebebin temel etkisi eski hale iadedir.

Vergi Hukukunda mücbir sebeplerin ödevlere ilişkin sürelerin işlemlerini durdurucu etkisi, öteden beri kabul edilmektedir. Yargı organları daha sonra verdiği kararlarda mücbir sebeplerin etkisini diğer süreler bakımından da kabul etmiştir⁴⁸.

Gerçekten, VUK'ta sürelerin durması salt “vergi ödevlerine ilişkin sürelerle” sınırlanmamış, VUK 15'te vergi ödevi terimi kullanılmaksızın “sürelerin işlemeyeceği” belirtilmiştir. Bu itibarla, mücbir sebeplerin sonuçlarının salt vergi ödevleriyle sınırlı olduğunu kabul etmek kanımızca daraltıcı bir yorumda bulunmak anlamına gelecek, isabetli olmayacaktır.

Bu bağlamda, VUK kapsamındaki hakların (uzlaşma, pişmanlık ve ıslah, izaha davet, cezalarda indirim vs.) kullanılmasına ilişkin sürelerin de mücbir sebeplerden birinin varlığı halinde işlemeyeceğini belirtmek gerekir. Ancak Danıştay'ın bu yönde kararları bulunduğu gibi⁴⁹ aksi yönde kararlarına da rastlanmaktadır⁵⁰.

⁴⁷ Sürelerin sınıflandırılması için bkz Nami Çağan, *Vergi Hukukunda Süreler* (Sevinç 1975) 15 vd.; Öncel, Kumrulu, Çağan ve Göker (n 29) 131.

⁴⁸ Ibid 130.

⁴⁹ Bu yöndeki bazı Danıştay kararları için bkz Danıştay 3 D, 2014-3169/634, 15.02.2018; Danıştay 9 D, 2000-1835/3812, 02.10.2002. Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi <<https://www.lexpera.com.tr/>> Erişim Tarihi 02.06.2020.

⁵⁰ Danıştay 3 D, 2014-/510, 05.02.2015. Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi <<https://www.lexpera.com.tr/>> Erişim Tarihi 02.06.2020.

VUK 13'ün birinci ve ikinci fıkralarında “vergi ödevi”nden söz edildiği için⁵¹; bu fıkralarda belirtilen mücbir sebep halleri olan ağır hastalık, ağır kaza, tutukluluk, doğal afetler gibi haller özelinde bir yükümlü hakkının kullanılmasına ilişkin işlemler bakımından mücbir sebep sonuçlarının doğmayacağı düşünülebilir⁵². Öte yandan, diğer mücbir sebeplerden birinin varlığında, örneğin yükümlünün zorunlu bulunmama (mecburi gaybubet) halinde uzlaşmaya başvuru süresinin duracağını ancak yükümlünün ağır bir kaza geçirmesi halinde bu sürenin durmayacağını kabul etmek adil ve tutarlı bir yaklaşımdır.

Özetle; bizce mücbir sebeplerin VUK'taki tüm hak düşürücü süreler açısından hukuksal sonuçlar doğurması gerekir. Aşağıdaki alt başlıklarda mücbir sebeplerin yargılama öncesi süreç açısından VUK'ta ve AATUHK'ta düzenlenmiş olan sürelerle etkisi ele alınacak, daha sonra konu gümrük vergisi bağlamında eleştirel bir bakış açısı ile değerlendirilecektir.

B. VUK ve AATUHK Açısından Mücbir Sebebin Vergisel İşlem Sürecindeki Sürelere Etkisi

1. Mücbir Sebebin Vergi Usul Kanunu'nda Yer Alan Sürelere Etkisi

Ortada bir mücbir sebebin bulunması halinde süreler işlemeyecektir. VUK 15 mücbir sebebin sürenin işlemlerini durduran bir neden olduğunu belirtmiştir. Yani bir mücbir sebep varsa, mücbir sebebin doğduğu tarihten, ortadan kalktığı tarihe kadar süreler işlemez. Burada dikkat edilecek nokta mücbir sebebin sürelerin işlemlerini kesmeyip sadece durdurduğudur. Mücbir sebebin gerçekleşmesinden önce işlemiş olan süreye, mücbir sebebin ortadan kalkmasından sonra işlemeye devam eden süre eklenir.

COVID-19 düzenlemesinde VUK'un uzlaşmadaki sürelerle ilgili düzenlemesine benzer şekilde, 7226 sayılı Yasa'nın Geçici 1. maddesi gereğince dava açma, icra takibi başlatma, başvuru, şikâyet, itiraz, ihtar, bildirim, ibraz ve zamaşımı süreleri, hak düşürücü süreler ve zorunlu idari başvuru süreleri de dâhil olmak üzere bir hakkın doğumu, kullanımı veya sona ermesine ilişkin duran sürelerin bitimine 15 günden az süre kaldığı hallerde süre 15 Haziran itibarı ile 15 güne tamamlanacak, hiç başlamamış olan süreler de bu tarihten itibaren işlemeye başlayacaktır. Bu genel hükümdür. Hazine ve Maliye Bakanlığı'nın yukarıda örnekleri verilen düzenlemeleri ayrı durumlardır⁵³ ve ilgili düzenlemelerde belirlenen süreler genel hükme göre aleyhe sonuç doğurmadıkları takdirde uygulanma alanı bulacaktır.

⁵¹ "...1. Vergi ödevlerinden herhangi birinin yerine getirilmesine engel olacak derecede ağır kaza, ağır hastalık ve tutukluluk; 2. Vergi ödevlerinin yerine getirilmesine engel olacak yangın, yer sarsıntısı ve su basması gibi afetler..."

⁵² Mesut Erez, "Vergi Hukukumuzda Mücbir Sebepler Ağır Hastalık Hali" (1961) (7) Maliye Konferansları I, 1, 2.

⁵³ Bu noktada 7226 sayılı Yasa'nın Geçici Madde 1. maddesinin ikinci fıkrasında madde kapsamı dışında sayılan süreler arasında vergi kanunlarındaki sürelerin yer almadığını vurgulamak gereklidir.

VUK'un 15. maddesine dönersek; aynı hüküm gereğince tarh zamanasını da işlemeyen süreler kadar uzamaktadır. Bunun yanında VUK 126'da düzeltilme zamanasını 114. maddede yer alan tarh zamanasını süresine bağlandığı için, mücbir sebebin düzeltme zamanasını süresini de durdurduğunu kabul etmek gerekir.

Bu noktada şu sorunun sorulması gereklidir: Vergi ödevlilerinin menfaati düşünülerek düzenlenen mücbir sebeplerin tarh zamanasını süresini uzatması isabetli bir düzenleme midir? Gerçekten, mücbir sebeple tarh zamanasını süresinin uzaması ödevlinin değil vergi idaresinin lehine bir durumdur. Bu husus tartışmaya açık olmakla birlikte bizim görüşümüz bir yandan mücbir sebepten etkilenen vergi ödevlisinin korunması, diğer yandan da vergi alacağının mücbir sebep nedeniyle ortadan kalkmasının engellenmesi yoluyla bireysel ve kamusal yarar arasında adil dengenin sağlandığı yönündedir⁵⁴.

Öte yandan mücbir sebepler VUK 374'te düzenlenen ceza kesmede zamanasını durdurmamaktadır. VUK 15'te, mücbir sebep bulunması halinde işlemeyen süre kadar tarh zamanasının uzayacağı belirtilmesiyle yetinilmiş, ceza zamanasının uzayacağına ilişkin bir hükme yer verilmemiştir. Ceza zamanasını düzenleyen 374. maddede ise, ceza zamanasının sadece ceza ihbarnamesi tebliğ edilmekle kesileceği öngörülmüştür.

2. Mücbir Sebeplerin Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'da Düzenlenen Sürelere Etkisi

Vergilendirme sürecinin tahsil aşamasına ilişkin düzenlemeleri içeren 6183 sayılı AATUHK'ta mücbir sebeplerle ilgili bir hüküm yer almamaktadır. Anılan Yasa'nın "Tebliğler ve müddetlerin hesaplanması" başlıklı 8. maddesinde hilafına bir hüküm bulunmadıkça sürelerin hesaplanmasında ve tebliğlerin yapılmasında VUK hükümlerinin uygulanacağı yolunda bir düzenleme mevcuttur.

Doktrinde bu yollamanın yalnızca VUK'un 18. maddesinde yer alan sürelerin hesaplanmasına ilişkin hükmü değil, 14 ila 18. maddelerinin yer aldığı üçüncü bölümün tamamını kapsadığı görüşü kabul edilmektedir ki bizce de olması gereken budur⁵⁵. Dolayısıyla mücbir sebeplerin meydana gelmesi durumunda AATUHK'ta yer alan süreler de (ödeme emri, haciz, ihtiyati haciz işlemlerine karşı dava açma süreleri gibi) işlemeyecektir⁵⁶.

Görüleceği üzere sürelerle ilgili bölümde yer alan 15. maddede, bu bölümde yer almayan 13. maddedeki mücbir sebep hallerine atıf yapılmış bu hallerde sürelerin

⁵⁴ Karş. Neslihan Coşkun Karadağ, 'Zamanaşımı Sürelerine Etkisi Açısından 'Mücbir Sebepler' ve 'Ödeme'ye Eleştirel Bakış' (2012) 61(3) AÜHFD 1017, 1034. Coşkun Karadağ çalışmasında aksi yönde bir görüş savunarak, söz konusu düzenleme ile mücbir sebeplerin sağladığı bireysel çıkarın, kamu yararına feda edildiğini ve bu durumun ölçülülük ilkesine aykırı olduğunu ileri sürmektedir.

⁵⁵ Öncel, Kumrulu, Çağan ve Göker (n 29) 127 vd.; Yılmaz Özbacı, *Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun Yorum ve Açıklamaları* (Oluş 2004) 146.

⁵⁶ Bkz Danıştay 4 D, 1989-2535/1153, 02.04.1990. Legalbank <<https://legalbank.net/>> Erişim Tarihi 16.06.2020.

işlemeyeceğinden söz edildiğinden, VUK'taki mücbir sebeplerin aynı zamanda AATUHK açısından da geçerli olacağı sonucu çıkmaktadır.

6183 sayılı Kanun'un 102. maddesinde⁵⁷ düzenlenen tahsil zamaşımı süresini ise ayrıca ele almak gerekir. Zira tahsil zamaşımının kesilmesi (6183 sayılı Kanun 103) ve durması (104) halleri arasında mücbir sebepler yer almamaktadır. Ayrıca VUK 15'te mücbir sebebin etkileyeceği zamaşımı türü açıkça "tarh zamaşımı" olarak belirlenmiştir. Bu itibarla mücbir sebeplerin tahsil zamaşımı süresinin işlemlerini durdurmayaacağı görüşündeyiz. Tahsil zamaşımı süresinin kamu borçlusu aleyhine uzaması için verginin yasallığı ilkesi gereğince açık bir hükmün varlığı gerekir.

3. Mücbir Sebebin Diğer Hukuksal Sonuçları

Aşağıda mücbir sebebin VUK ve AATUHK açısından diğer bazı hukuksal sonuçları ele alınacaktır. İncelenecek olanlar dışında VUK yönünden mücbir sebebin vergisel para cezası ile karşılanan aykırılıklar ve suçlara da kusurluluğu kaldıran bir sebep olması nedeni ile etkisi bulunmaktadır. Konu bu etkinin vergi hukukunun bir alt dalı olan vergi ceza hukukuna ilişkin olmasından dolayı sistematik gereği ileride VI No.'lu ana başlıkta ayrıntılı incelenecektir.

a. Verginin Re'sen Tarhına Engel Olmaması

Yükümlüden defter ve belgelerinin ibrazı istenildiğinde, VUK'ta tanımlanmış mücbir sebep hallerinden biri sebebiyle defter ve belgeleri zayi olan bir yükümlünün ibraz ödevini yerine getirmesi beklenemeyecektir. Bununla birlikte defterlerin ibraz edilememesi ile böyle bir durumda re'sen tarh yapıp yapılamayacağı hususları birbirinden farklı konulardır. Böyle bir nedenden dolayı, ibraz ödevini yerine getiremeyen yükümlü adına re'sen tarhiyat yapılabilmesi olasıdır.

Nitekim Danıştay İBK da farklı doğrultuda içtihatları birleştirdiği 2019 tarihli bir kararında, defter ve belgelerin mücbir sebep dolayısıyla ibraz edilmemiş olmasını re'sen tarh sebebi olarak kabul etmiştir⁵⁸.

b. Gecikme Faizini ve Gecikme Zammını Ortadan Kaldırması

Vergi yükümlüsünün, belirli vergi ödevlerini mücbir sebeple yerine getirememesinden dolayı gecikme faizi, vergi borcunu vadesinde ödeyememesinden dolayı ise gecikme zammı uygulanamayacaktır.

⁵⁷ Tahsil zamaşımı: Madde 102- Amme alacağı, vadesinin rastladığı takvim yılını takip eden takvim yılı başından itibaren 5 yıl içinde tahsil edilmezse zamaşımına uğrar. Para cezalarına ait hususi kanunlarındaki zamaşımı hükümleri mahfuzdur. Zamaşımından sonra mükellefin rızaen yapacağı ödemeler kabul olunur.

⁵⁸ Danıştay İBK, 3/1, 08.02.2019. RG 25.07.2019/3084.

c. Vergi ve Buna Bağlı Cezalar ile Diğer Kamusal Alacakların Doğal Afetler Nedeniyle Terkini

Mücbir sebep hallerinden bazılarının zararlı sonuçlar konusundaki hukuksal etkileri VUK'un 115. maddesi ile düzenlenmeye çalışılmıştır. Sözü edilen maddeye göre yangın, yer sarsıntısı, yer kayması, su basması, kuraklık, don, zararlı hayvan ve haşarat istilâsı ve bunlara benzer afetler yüzünden,

- i. Varlıklarının en az üçte birini kaybeden yükümlülerin bu afetlerin zarar verdiği gelir kaynakları ile ilgili bulunan vergi borçları ve vergi cezaları;
- ii. Mahsullerinin en az üçte birini kaybeden yükümlülerin, afete maruz arazi için zararın tahakkuk ettiği hasat ve devşirme zamanına tesadüf eden yıla ait olarak tahakkuk ettirilen arazi vergisi borçları ve vergi cezaları;

Hazine ve Maliye Bakanlığınca zararlı mütenasip olmak üzere, kısmen veya tamamen terkin olunur. Hazine ve Maliye Bakanlığı terkin yetkisini mahalline yani vergi dairelerine ve defterdarlıklara devredebilir.

VUK 115 doğal afetler nedeniyle verginin terkinini düzenlemişken, AATUHK⁵⁹, VUK kapsamının dışında kalan kamu alacaklarının doğal afetler nedeniyle terkinini ele almaktadır (m. 105/4). Bu durumda vergi borçları ve vergi cezalarının terkinini, VUK 115'e göre diğer bunlar dışındaki kamu alacaklarının terkinini ise AATUHK 105'e göre yapılacaktır. Nitekim AATUHK 105'in son fıkrasında vergi alacakları konusunda VUK'a yapılan atıf bu durumu ortaya koymaktadır⁶⁰.

İki hüküm arasında terkin karar verme yetkisi tanınan makamlar açısından da farklılık bulunmaktadır. VUK kapsamında terkin yetkisi Hazine ve Maliye Bakanlığı'na verilmişken, AATUHK'ta bu yetki Cumhurbaşkanı'na verilmiştir.

Genel bir afet halinde Cumhurbaşkanı'nın böyle bir karar vermesi mantıklı kabul edilebilir. Ancak doğal afet lokal ya da özel bir nitelik de taşıyabilir. Genel nitelik taşımayan olaylarda bu yetkiyi aramak maddenin uygulanabilirliğini afete uğrayanlar açısından güçleştireceği gibi Cumhurbaşkanı'na teknik bir konuda yük oluşturacaktır.

⁵⁹ AATUHK'un "Tabii afetler sebebiyle terkin" kenar başlıklı 105. maddesine göre, "Yangın, yer sarsıntısı, yer kayması, su basması, kuraklık, don, zararlı hayvan ve haşarat istilâsı ve bunlara benzeyen afetler yüzünden zarara maruz kalan varlıklarının ve mahsullerinin en az üçte birini kaybedenler adına tahakkuk ettirilmiş ve afetlerin zarar verdiği gelir kaynakları ile ilgili amme alacakları Cumhurbaşkanı kararıyla kısmen veya tamamen terkin olunur. Bu madde hükmünden faydalanmak için afetin vuku tarihinden itibaren 6 ay içinde ilgili amme idaresine yazı ile müracaat edilmesi şarttır. Bu maddesi kapsamındaki bir zararın mevcut olup olmadığı mahalli il veya ilçe idare kurullarınca, zararın derecesi, Maliye Vekaletince genel olarak belirtilecek esaslar dâhilinde ilgili amme idarelerince tespit olunur."

⁶⁰ AATUHK'un (Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 6183, Kabul Tarihi 27.1.1953, RG 28.7.1953/8469) kabul edildiği dönemde 5432 sayılı Vergi Usul Kanunu (Vergi Usul Kanunu, Kanun Numarası: 5432, Kabul Tarihi: 7.6.1949, RG 15.06.1949/7233) yürürlükteydi. Dolayısıyla AATUHK'ta 5432 sayılı VUK'un "Verginin Terkini" kenar başlıklı 105. maddesine atıf yapılmıştır. 213 sayılı VUK'un 105. maddesi "İlanın muhteviyatı" kenar başlığını taşımaktadır. Doğal afetler sebebiyle verginin terkinini ise 213 sayılı VUK'un 115. maddesinde düzenlenmektedir. Dolayısıyla AATUHK'ta yapılan atfın, 115. maddeye yapıldığının kabul edilmesi gereklidir.

Yasalar birbirleri ile uyumlu olmaları gereken düzenlemeler bütünü oldukları gibi, kendi içlerinde de sistematik, uyumlu ve anlaşılabilir kurallar içermeleri gereken düzenlemelerdir. Aynı konuya ilişkin yetkinin vergiler ve diğer kamu alacakları bakımından farklı makamlarda olması, uygulamada karmaşaya sebep olabileceğinden, uyum sağlamak amacı ile sistematikselsel açıdan konunun ortak bir hüküm ile (VUK'ta) düzenlenmesinde ve anılan yetkinin sadece Hazine ve Maliye Bakanlığı'na ait olmasında yarar vardır. Bu yönde bir uyumlaştırma yapılmadığı sürece AATUHK'un 105. maddesinin genel doğal afet hakkında Cumhurbaşkanı'na verilen yetkinin korunması, genellikle arz etmeyen durumlarda bu yetkinin ilgili bakanlığa verilmesi ve VUK 115 açısından da bu tür bir ayırım yapılması daha doğru olan düzenleme yöntemidir.

Sonuç olarak bugün yürürlükte olan sistemde doğal olaylara bağlı olarak uğranılan zarara dayalı verginin terkinini için, yükümlünün yasada belirtilen idari başvuruları yapması ve yapılan değerlendirme sonucunda şartların gerçekleştiği kabul edilerek, idarece verginin terkinine karar verilmiş olması gerekmektedir⁶¹.

Görüleceği üzere mücbir sebeplerin tümü *süreler yönünden* yasa gereği etki doğurmakta, bu konuda idareye verilen yetkiler hukuka aykırılıklar içermekte; *uğranılan zararlar yönünden ise* konu tüm geniş anlamda mücbir sebepler değil bunlardan sadece doğal afetlere ilişkin olanlar açısından bir terkin sebebi oluşturmaktadır. Mevcut yasal sistemde düzenlemenin farklı idari makamların takdirine ve uygulamalarına bırakılmış olması bu konuda da yasallık ve eşitlik ilkelerine aykırı sonuçlar doğurucu bir nitelik taşımaktadır.

Keza 115. madde ile 13. maddenin karşılaştırılması; VUK'un güncelliğini yitirdiğinin, özensiz kaleme alındığının ve sistematikten yoksun olduğunun bir başka örneğini ortaya çıkarmaktadır. Şöyle ki; mücbir sebep oluşturan tabiat olaylarına ilişkin temel hüküm 13/2. maddedir ve anılan maddede tabiat olayları yani doğal afetler sayılırken yalnızca yangın, su basması ve yer sarsıntısı örnek olarak verilmiştir. Mücbir sebebin hukuksal sonuçlarından terkinini düzenleyen tali norm niteliğindeki 115. madde ise, *öncelikle* 13. maddedeki tüm geniş anlamda mücbir sebeplerin birer terkin sebebi olarak ele alınmamış olması nedeni ile eleştiriye açıktır. Buna ilaveten mücbir sebeplerle ilgili temel normda yer almayan yer kayması, kuraklık, don ile zararlı hayvan ve haşarat istilasından söz edilmiştir. Yani tali normda ana normdan daha fazla ve farklı örneklere yer verilmiştir.

Bu durumlar ayrıntıya ilişkin özellikler olarak algılanabilir. Ancak bizce bir yasanın yazımına ve sistematığıne gösterilen özen, haklara ve hukuka gösterilen özenin göstergesidir. Yasal düzeyde olması gereken ise; yargılama öncesi veya yargılama dışı sürece ilişkin mücbir sebeplerin neler olduklarına ve bunların hukuksal

⁶¹ Kaneti, Ekmekci, Güneş ve Kaşıkçı (n 7) 218.

sonuçlarının ne olduğuna ilişkin sistematikten yoksun ve dağınık tüm bu hükümlerin, VUK kapsamında bir kısım içeriğinde ve izleyen maddelerde uyumlu bir biçimde düzenlenmesidir. Bu konuda her bir başlıkta ve alt başlıkta yer verdiğimiz yahut aktardığımız öneriler yol gösterici olacaktır.

Sayma her zaman daha güç ve tüm olasılıkları kapsamı neredeyse imkânsız olan yöntemdir. Bir hukuk devletinde olması gereken; kısa ve öz bir biçimde tüm olasılıkları kapsayacak bir tanımlama yapılması ve mücbir sebep örneğinde olduğu gibi çok fazla olasılık içeren durumlarda uygulamanın, özellikle de içtihatlarında tutarlı ve uyumlu bir yargının mantık ve analitik çıkarımlarla tanımın içeriğini doldurmasıdır. Bu hukuk geleneği olan toplumlarda zorunlu ve yeterli bir uygulamadır. Bu konuda bir öneri olarak; *“Mücbir(zorlayıcı) sebeplerin varlığı halinde vergisel ödevlere ve VUK, AATUHK ve Özel Vergi Yasalarında düzenlenen diğer hallere ilişkin hak düşürücü nitelikteki yasal süreler ile takdiri süreler işlemmez. Bu süreler zorlayıcı sebebin ortadan kalktığı tarihten itibaren işlemeye başlar ya da (başlamışsa) devam eder. Durma tarihinde bitimine 15 günden az kalmış olan süreler 15 güne tamamlanır”* şeklindeki basit düzenleme önerilebilir. Mücbir sebebin tarh zamanaşımına ilişkin daha önce değindiğimiz gibi birey-egemen güç çıkarlarını dengelemek amaçlı sonucu da takdire göre yasaya eklenebilir. Aynı maddede ya da izleyen bir maddede bu esaslara bağlı kalınarak mücbir sebeplerin çalışmada incelediğimiz diğer sonuçlarına da eleştirdiğimiz hususlar dikkate alınarak yer verilebilmesi mümkündür.

C. Gümrük Mevzuatımızda Mücbir Sebep, Yargılama Öncesi Sürece İlişkin Hukuksal Sonuçları ve Bu Alanda Koronavirüs Salgını ile İlgili Özel Düzenlemeler

Konunun gümrük mevzuatı açısından da irdelenmesinde yarar bulunmaktadır. Çalışmamızın bu başlığı altında gümrük vergilerine ilişkin mevzuatımızda yargılama öncesi ve yargılama dışı süreç açısından mücbir sebebin ne şekilde düzenlendiği ve hukuksal etkileri ile sonuçlarının neler olduğu konusunda eleştirel bir bakış açısıyla açıklamalar yapılacaktır.

Gümrük vergilerini ve gümrük rejimini düzenleyen temel yasa olan Gümrük Kanunu'nda, mücbir sebepleri ve bunların hak düşümü sürelerine ve sair yükümlülüklerle hukuksal etkilerinin neler olduğunu ve sonuçlarını düzenleyen, VUK 13, 15 ve 17 benzeri genel normların bulunmadığı belirtilmelidir. Bununla birlikte birçok maddede mücbir sebep ve beklenmeyen halden söz edilmiştir.

Dağınık biçimdeki bu hükümler belirli bir sistematikten yoksun, karmaşık bir dille ele alınmış ve girift bir nitelik taşımaktadırlar.

Keza inceleme konumuz açısından da GK’da yer almayan bazı genel hükümlere Gümrük Yönetmeliği’nde⁶² (GY) yer verilerek yine hukuka aykırı bir yöntem seçilmiştir.

Gümrük Kanunu’nda mücbir sebep ve/veya beklenmedik halden söz eden hükümler anılan Yasa’nın 34/3-a, 38, 68/2, 92/1 ve 2, 168, 186, 208, 211, 213 ve 214. maddeleridir. 35. maddede “zorlayıcı sebep” ibaresi kullanılmıştır. Dahilde işleme rejimine ilişkin olan 111. maddenin ikinci fıkrasında kullanılan terim ise “haklı gerekçeler”dir.

Bu düzenlemelerin dikkat çekici yönleri şöyle özetlenebilir:

- Sözü edilen maddelerde bazen mücbir sebepten söz edilmiş, bazen de hem mücbir sebep hem de beklenmeyen hal terimleri kullanılmıştır. Bir maddede ise zorlayıcı sebep ve zorluk ibaresine yer verilmiştir. Bu sistematik bir aksaklıktır ve anılan yasanın özensiz kaleme alındığının bir göstergesidir.
- Bir diğer özellik sözü edilen maddelerde ne mücbir sebebin ne de beklenmeyen halin tanımlanmış olduğudur. Sayma yöntemi ile bunların neler oldukları da belirtilmemiştir.
- Buna ilaveten bu sayılanlar dışındaki hallere ilişkin hak düşümü süreleri yönünden mücbir sebeplerin hukuksal etkileri ve sonuçları ile ilgili kurallar yoktur.
- Bir kez mücbir sebebin her bir kurum için ayrı ayrı düzenlenmesi yolu seçildiğinde olması gereken yasa kapsamındaki ilgili her durum ve hak düşümü süresi ile ilgili olarak mücbir sebep düzenlemesi getirilmesidir. GK’da bu da yapılmamıştır. Örneğin transit rejimi (GK 92) ve dahilde işleme rejimi (GK 11) açısından yasada süre belirtilmişken, 125. maddede gümrük kontrolü altında işleme rejimine ilişkin olarak sürelerin ve ilgili esasların yönetmelikle belirleneceği kuralına yer verilmiştir.
- GK’da mücbir sebeple ilgili hükümlerin hukuksal niteliği farklıdır. Bazen kusurluluğu kaldıran bir sebep (örneğin GK 34/3-a, 38, 68/2, 92/1 ve 92/2); bazen bir istisnaya ilişkin hak düşümü süresi (GK 168), bazen bir terkin ve iade sebebi (GK 211, 212, 213 ve 214) ve bazen de ödeme yükümünü ortadan kaldıran bir sebep olduğu gözlemlenmektedir (örneğin GK 186/1 ve 208).
- Hukukun temel ilkelerine ve verginin anayasal ilkelerine (Örneğin eşitlik ilkesi. Aynı konumdaki bir yükümlüye süre verilirken bir diğerine verilmemesi ya da farklı süreler verilmesi halleri) ilişkin bir başka hukuka aykırılık mücbir

⁶² RG 07.10.2009/27369 (Mükerrer).

sebepten dolayı uzayacak sürelerin bazen takdire bağlı olarak (GK 168) uzatılabileceğinin, bazen de uzatılmasının bir zorunluluk olduğunun (GK 211, 212, 213 ve 214) belirtilmiş olmasıdır.

- GK'nın hak ihlallerini sonuçlayabilecek bir başka hukuka aykırı düzenleme şekli, bazen idarenin hangi makamına süre tespiti konusunda yetki verildiği belirtilmişken (GK 211, 212, 213 ve 214), bazen de yetki konusunda hüküm sevk edilmemiş olmasıdır (GK 168).

Bu örnekler çoğaltılabilir. Özetle belirtilmesi gereken gümrük mevzuatında da yasal açıdan ciddi bir revizyon ve daha doğrusu ciddi bir yasal reforma ihtiyaç duyulduğudur. Değindiğimiz konularda sistematik ve terimsel bütünlüğün sağlanmasında yarar bulunmaktadır.

Gümrük mevzuatı yönünden dikkat çekici olan bir diğer husus, yasada yer almayan mücbir sebebin sürelere etkisi ile ilgili kurallara, GY'de yer verilmiş olmasıdır. Gümrük konularında mücbir sebeplerin GK'daki süreleri örneğin 15 günlük itiraz süresini uzatıp uzatmayacağı meselesini yönetmelik hükümleri dikkate alınarak çözümlenmek mümkündür.

İlgili Yönetmelik hükmü 31. maddedir. GY'nin 31. maddenin birinci ve ikinci fıkralarına göre netleştirmek mümkündür. Anılan maddenin ilk fıkrası "*mücbir sebep ve beklenmeyen hallerden herhangi birinin bulunması halinde idari itiraz süresi, bu sebep ortadan kalkıncaya kadar işlemez*" şeklinde olup, mücbir sebeplerin idari itiraz sürelerini durduracağı; ikinci fıkrası ise "*idari itiraz başvurusunun süresi dışında yapılması halinde, itiraz süresi içinde meydana gelen mücbir sebepleri ya da beklenmeyen halleri kanıtlayan belge ibraz edilmesi halinde gümrük idaresince ek süre verileceği*" kuralını içermektedir.

Bu hüküm önce yasa ile düzenlenmesi gereken bir genel kuralın, bu yapılmayıp yönetmelik ile düzenlenmiş olması açısından eleştiri konusu yapılabilir⁶³.

Bir başka eleştiri konusu husus, GY'nin 31. maddesinde mücbir sebeplerin sadece GK'da yer alan idari itirazlar konusunda süreleri durduracağından söz edilmiş olmasıdır. Bizce bu hükmün GK'daki tüm hak düşümü süreleri açısından uygulanması gerekir. COVID-19 sürecinde bu hükmün ve genel Covid kurallarının (7226 sayılı Kanun'un Geçici 1. maddesindeki durma kuralının) uzlaşma açısından da uygulama konusu olup olmadığı soru olarak Gümrükler Genel Müdürlüğü'ne yöneltilmiş ve anılan idari birim GY 31'e

⁶³ Gümrük konularında yasa ile düzenlenmesi gereken temel kuralların/ilkelerin yönetmelik ile düzenlenmesine ilişkin başka örnekler de bulunmaktadır. Örneğin ne bis in idem konusu, yani suç kabahat ikileminde aykırılıkların birleşmesi sorununun nasıl düzenleneceği konusu GK ile değil GY 579 da ele alınmaya çalışılmıştır. Ayrıntılı bilgi ve konuya ilişkin açıklamalar için bkz Mahmut Kaşıkçı, 'Vergi Kaçakçılığı Suçları İle İlgili Güncel Bir Değerlendirme: 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Sonrası Vergi Suçlarına İlişkin Sorun ve Sorunsallar', Süheyl Donay Armağanı (Filiz 2019) 59, 79; Kaneti, Ekmekci, Güneş ve Kaşıkçı (n 7) 344-345, 51 no.'lu dipnot.

değinmeden uzlaşma süresinin 7226 sayılı Yasa'nın Geçici 1. maddesi kapsamında duran sürelerden olduğunu ifade etmiştir⁶⁴.

Üzerinde durulması gereken bir diğer konu, GY 31. madde hükmünün gümrük uyuşmazlıkları açısından yargılamaya ilişkin sonuçlarının bulunup bulunmadığıdır. İleride ayrı bir bölümde ayrıntılı olarak üzerinde durulup irdeleneceği üzere, İYUK'ta mücbir sebepler ve yargısal sürelerle etkisi ile ilgili bir hüküm yoktur. Keza tartışmalı İYUK 31/2 düzenlemesinde; VUK'a atfı olmasına rağmen, gümrük vergileri ilgili yasa olan GK hükümlerinin İYUK'ta hüküm bulunmayan hallerde gümrük konularına ilişkin yargılamada uygulanacağı konusunda bir atfı da yoktur. Bu itibarla sorun, zorlama yoluyla İYUK 31/2 atfı normu ile de çözümlenemez. Dolayısıyla gümrük uyuşmazlıkları açısından yargılamaya ilişkin bir yasal boşluk bulunduğu açıktır.

Yukarıda bahsedilen iki ayrı soruna ilişkin özet kanaatimiz; (i) GY'nin 31. maddesinde yer alan mücbir sebeplerin süreleri durduracağına ilişkin kuralın geniş yorumlanarak, GK'nın sadece itiraz değil tüm hak düşümü sürelerine ilişkin olduğunun kabulü gerektiği, (ii) buna karşın aynı hükmün gümrük uyuşmazlıklarına ilişkin yargılama sürecinde uygulama imkânı bulunmadığıdır.

Danıştay'ın da bu doğrultuda kararları vardır. Örneğin Danıştay 7. Dairesi “2577 sayılı Kanunda, rahatsızlık nedeniyle dava açma süresinin uzayacağına ilişkin bir düzenlemeye yer verilmediği ve davanın otuz günlük dava açma süresi geçirilerek açıldığı” gerekçesiyle davayı süre yönünden reddeden vergi mahkemesi kararını onamıştır. Bu husus Danıştay'ın GY 31 normunun gümrük konularındaki yargılamada geçerli olmadığını kabulü anlamlıdır⁶⁵.

İYUK, GK ve GY'de hüküm bulunmaması mücbir sebeplerin gümrük uyuşmazlıkları açısından yargılama sürecinde dikkate alınmayacağı anlamına gelmez. Hiçbir hüküm bulunmasa bile, hukuku yasa ile ölçülmemesi gereken yargı makamlarının mahkemeye erişim hakkının ve adil yargılanma hakkının gereklerini dikkate alarak mücbir sebepleri yargılamanın her aşamasında hesaba katmak durumundadır. Konu ileride mücbir sebeplerin vergi yargılama hukukuna etkisi bahsinde ayrıntılı açıklanacaktır.

Burada irdelenen hususlar yargılama öncesi sürece ilişkindir. *Gümrük vergi ve yükümlülüklerinden kaynaklanan alacakların tahsil sürecinde ve gümrük uyuşmazlıklarından kaynaklanan yargılama sürecinde; makale kapsamında VUK*

⁶⁴ Gümrükler Genel Müdürlüğü'nün 14/05/2020 tarihli 54382960 sayılı “7226 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun-Uzlaşma” konulu Yazısı. Sözü edilen yazıda; “benzer bir uygulamanın GK'nın 244. maddesinde düzenlenen gümrük uzlaşmaları açısından da geçerli olup olmadığı yolunda ilgili idari birime sıkça soru sorulduğu ve ilgili yasal düzenlemedeki ‘bir hakkın doğumu, kullanımı veya sona ermesine ilişkin tüm süreler’ ibaresinin uzlaşma süresini de kapsamı sebebiyle, uzlaşmanın da 7226 sayılı yasa kapsamında değerlendirilmesi gerektiği” ifade edilerek ilgili birimlere sürelerin durduğu ve bu doğrultuda işlem tesisi konusunda talimat verilmiştir. İdare bu örnekte aslında yasa kapsamında olan ve görev gereği yapılması gereken bir uygulama ile ilgili durumun açıklamasını yapmıştır.

⁶⁵ Danıştay 7 D, 7447/79, 18.01.2011 (Balçı (n 44) dipnot 79).

kapsamındaki vergiler bağlamında AATUHK ve vergi yargılamana ilişkin yaptığımız açıklamalar aynen geçerlidir.

Ayrıca, gümrük konuları açısından da COVID-19 ile ilgili bazı önlemler alınmıştır. Makalenin kapsamını fazlaca aşmamak açısından bunların genel tasarruflar ya da yasal düzenlemeler (örneğin 7226 sayılı Kanun geçici m. 1) ya da bazen ilgili bakanlık birimlerinin uygulama birliği isteyen ya da hukuksal durumu açıklayan yazıları ile yapıldığı belirtilmelidir⁶⁶.

IV. Türk Vergi Hukuku ile Uluslararası Vergi Hukukunda Koronavirüs Salgınına Özgü Düzenlemeler, Hazine ve Maliye Bakanlığı'nın Mücbir Sebep İlan Yetkisi ve Bu Yetkinin Sınırları

A. Genel Açıklamalar

Daha önce de bazı vesilelerle değinildiği üzere VUK, Hazine ve Maliye Bakanlığı'na mücbir sebep hali ilan etme ve buna bağlı hukuksal sonuçları belirleme konusunda bazı yetkiler tanımıştır. Şöyle ki Hazine ve Maliye Bakanlığı, mücbir sebep sayılan haller nedeniyle bölge, il, ilçe, mahal veya afete maruz kalanlar itibarıyla mücbir sebep hali ilan etmeye ve bu sürede vergi ödevlerinden yerine getirilemeyecek olanları tespit etmeye yetkili kılınmıştır. Bu yetki vergi türleri ve işyerleri itibarıyla, beyannamelerin toplulaştırılması, yeni beyanname verme süreleri belirlenmesi ve beyanname verme zorunluluğunun kaldırılması şeklinde de kullanılabilir (VUK 15/3).

Hazine ve Maliye Bakanlığı; mücbir sebep hali ilân edilen yerlerdeki yükümlülerin, bu Kanun kapsamında olup, ödeme süresi afet tarihinden sonraya rastlayan her türlü vergi, ceza ve gecikme faizleri ile bu Kanun'un 15. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca verecekleri beyannamelere istinaden tahakkuk ettirilen vergilerin ödeme sürelerini, vadelerinin bitim tarihinden itibaren azamî bir yıl süreyle uzatmaya yetkilidir. Bu yetki; bölge, il, ilçe, mahal ve afetten zarar görenler ile afetten zarar görme derecesi veya vergi türleri itibarıyla farklı süreler tespit etmek suretiyle de kullanılabilir (VUK 111/6).

⁶⁶ Uygulama birliği amacıyla örneğin tıbbi ve cerrahi maske ya da gözlük gibi bir takım kişisel koruyucu ekipmanın ihracatı ya da tıbbi tanı kitlerinin ithalatının Sağlık Bakanlığı'nın ön iznine bağlanmıştır (04 Mart 2020 tarihli ve 31058 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan "İhracı Yasak Ve Ön İzne Bağlı Mallara İlişkin Tebliğ (İhracat: 96/31)"de Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ" ile Kişisel Koruyucu Donanım kapsamında piyasaya arz edilen "Koruyucu Maske (Gaz, Toz ve Radyoaktif Toz Filtreli Maskeler)", "Tulum (Koruyucu İş Elbisesi)", "Sıvı Geçirmez Önlük (Kimyasallara Karşı Kullanılan Koruyucu Önlükler)" ve "Gözlük (Koruyucu Gözlükler)" ile Tıbbi Cihaz Yönetmeliği kapsamında piyasaya arz edilen "Tıbbi ve Cerrahi Maske" ve "Tıbbi Steril/Nonsteril Eldiven" isimli ürünlerin ihracatı ve 02.04.2020 tarihli ve 31087 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan "Tıbbi Tanı Kitlerinin İthaline İlişkin Tebliğ" ile insanlar için kullanılan 3822.00 ve 3002.15 Gümrük Tarife Pozisyonlarındaki eşyaların ithalatı Sağlık Bakanlığı bünyesinde yer alan Türkiye İlaç ve Tıbbi Cihaz Kurumu'nun ön iznine bağlanmıştır). Hukuksal durumu açıklayan yazılara örnek olarak ise yukarıda belirttiğimiz Gümrükler Genel Müdürlüğü'nün 14.05.2020 tarihli 54382960 sayılı "7226 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun-Uzlaşma" yazısı gösterilebilir.

Keza daha önce ilgili başlıkta aktarılıp değerlendirilen ve bazı hukuka aykırılıkları barındırdığı belirtilen, dahası gereksiz bir norm olarak nitelendirdiğimiz VUK'un 17. maddesinde de "zor durum" halinin takdiri ve buna bağlı bazı hukuksal sonuçlar oluşturma yetkisi de bu durumun örneklerindedir. Söz konusu yetki, mevcut salgın bakımından da kullanılmıştır.

Bu ana başlık altında Koronavirüs salgınının uluslararası vergi hukuku açısından da ele alınıp değerlendirilmesi yapılacaktır.

Aşağıda Koronavirüs salgını ile ilgili ulusal ve uluslararası vergi hukukundaki bu düzenlemeler ile ilgili bilgiler verilecek ve hukuki değerlendirme yapılacaktır.

B. Ülkemizde Koronavirüs Salgınına İlişkin Mücbir Sebep İlanı, Özgü Düzenlemeler ve Değerlendirme

1. 518 Sıra No.'lu Genel Tebliğ

Koronavirüs salgını ile ilgili gelişmeler karşısında VUK'taki düzenlemelerin de mağduriyetlere cevap vermediği anlaşıldığından, mücbir sebebin etkilediği ödevliler için bazıları kanun ile olmak üzere yeni düzenlemeler yürürlüğe konulmuştur. Salgından ve bu kapsamda alınan tedbirlerden doğrudan etkilenen yükümlülerin VUK'un mücbir sebep hükümlerinden faydalandırılmasına ilişkin 518 sıra No.'lu Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği⁶⁷ bu düzenlemelerden biridir.

Bununla birlikte yetersiz kalan mevzuata eklenen bu yeni mevzuatın da her sorunsalı karşılayamadığı, birtakım eksiklikleri ve çarpıklıkları barındırdığı gözlemlenebilmektedir. Sorunun en dikkate değer olanı, Hazine ve Maliye Bakanlığı'nın mücbir sebebi sınırlandırma, yani vergi türleri, mükellef türleri ya da sektörlerle göre belirleme yetkisinin olup olmadığıdır.

518 sıra No.'lu Genel Tebliğ ile COVID-19 salgını nedeniyle mücbir sebep kapsamına alınan yükümlüler iki grup halinde düzenlenmiştir:

Birinci Grup Yükümlüler

Tebliğ'de yapılan düzenlemeyle, aşağıdaki yükümlülerin, 01.04.2020 ile 30.06.2020 (bu tarihler dâhil) arasında mücbir sebep halinde olduğu kabul edilmiştir.

- a) Ticari, zirai ve mesleki kazanç yönünden gelir vergisi yükümlüsü olanlar,

⁶⁷ RG 24.03.2020/31078.

- b) Koronavirüs salgının doğrudan etkilenen ve ana faaliyet konuları itibarıyla belirlenen sektörlerde faaliyet gösteren yükümlüler⁶⁸,
- c) Ana faaliyet alanı itibarıyla İçişleri Bakanlığı'nca alınan tedbirler kapsamında geçici süreliğine faaliyetlerine ara verilmesine karar verilen işyerlerinin bulunduğu sektörlerde faaliyette yükümlüler.

İkinci Grup Yükümlüler

Tebliğ'de yapılan düzenlemeyle;

- a) 65 yaş ve üstünde olması veya kronik rahatsızlığı bulunması nedeniyle sokağa çıkma yasağı kapsamına giren yükümlüler ve meslek mensupları ile
- b) Tebliğ'in yayımlandığı tarih itibarıyla geçerli olan "Aracılık ve Sorumluluk Sözleşmesi" uyarınca beyanname/bildirimleribumeslek mensuplarınca verilenlerin, 22.03.2020 ila sokağa çıkma yasağının sona ereceği tarih (bu tarihler dâhil) arasında mücbir sebep halinde olduğu kabul edilmiştir.
- 1. grup içerisinde yer alan yükümlüler için muhtasar beyannamelerinin verilme süreleri, KDV beyannamelerinin verilme süreleri, Form Ba-Bs bildirimlerinin verilme süreleri, elektronik defter beratlarının yüklenme süreleri ve anılan beyannamelere istinaden tahakkuk eden vergilerin ödeme sürelerinde, sürelerin yine Tebliğ'de belirlenen tarihlere kadar uzatılması öngörülmüştür.
 - 65 yaş ve üstünde olması veya kronik rahatsızlığı bulunması nedeniyle sokağa çıkma yasağı kapsamına giren yükümlüler için ise mücbir sebep dönemine ilişkin verilemeyen beyanname/bildirimlerin verilme süreleri ile bunlara istinaden tahakkuk edecek vergilerin ödeme sürelerinin son gününün, sokağa çıkma yasağının sona ereceği günü takip eden 15. günün sonuna kadar uzatılmasına karar verilmiştir.

Hazine ve Maliye Bakanlığı'na mücbir sebep ilanına ilişkin yetki veren anılan düzenlemeleri T.C. Anayasası'nın 73. maddesinin üçüncü fıkrasında temelini bulan verginin yasallığı ilkesi ışığında yorumlamak gerekmektedir. Verginin yasallığı ilkesi gereğince verginin temel öğeleri vergi yasalarında saptanmakta; uygulamaya, tekniğe ve uzmanlığa ilişkin konularda ise yürütme organına düzenleyici yönetsel işlemlerde bulunma yetkisi verilebilmektedir. Bu bağlamda söz konusu düzenlemelerin vergi yükü getirmeyen, yasadaki koşulları aleyhe genişletmeyen,

⁶⁸ "...alışveriş merkezleri dahil perakende, sağlık hizmetleri, mobilya imalatı, demir çelik ve metal sanayii, madencilik ve taş ocaklığı, bina inşaat hizmetleri, endüstriyel mutfak imalatı, otomotiv imalatı ve ticareti ile otomotiv sanayii için parça ve aksesuar imalatı, araç kiralama, depolama faaliyetleri dahil lojistik ve ulaşım, sinema ve tiyatro gibi sanatsal hizmetler, matbaacılık dahil kitap, gazete, dergi ve benzeri basılı ürünlerin yayıncılık faaliyetleri, tur operatörleri ve seyahat acenteleri dahil konaklama faaliyetleri, lokanta, kiraathane dahil yiyecek ve içecek hizmetleri, tekstil ve konfeksiyon imalatı ve ticareti ile halkla ilişkiler dahil etkinlik ve organizasyon hizmetleri sektörlerinde faaliyette bulunan mükellefler..."

kişisel rahatsızlık vermeyen veya gider gerektirmeyen açıklayıcı düzenlemeler olması beklenir⁶⁹.

Hazine ve Maliye Bakanlığı'na yasayla verilen mücbir sebep ilanı yetkisi de temelde vergi ödevlilerini rahatlatmak, mücbir sebebin varlığının ve etki alanının resmi olarak belirlenmesiyle ödevlileri mücbir sebebi ispat yükünden kurtarmak, diğer usuli yükümlülükleri kaldırmak ya da hafifletmek amacını taşımaktadır. Bu itibarla söz konusu yetkinin; yasallık, eşitlik, ölçülülük ilkelerini ve kamu yararını gözetmek suretiyle ve mücbir sebebin etki alanındaki vergi ödevlilerinin lehine sonuç doğuracak şekilde kullanılması önem taşımaktadır. Vergi idaresinin mücbir sebebin etki alanında bulunan benzer durumdaki vergi ödevlileri arasında nesnel ve makul bir gerekçesi bulunmaksızın farklı muamelede bulunması halinde ise ayrımcılığa uğramama hakkının ihlali gündeme gelebilecektir⁷⁰.

Genel tebliğ düzenlemesi gerçekten de Tebliğ kapsamındaki ödevlilere büyük kolaylık ve avantajlar sağlamaktadır. Öte yandan sektör veya yükümlü ayrımı yapması bakımından hatalıdır ve sorunlara yol açacak niteliktedir. Gerçekten durumdan olumsuz etkilenen sektörlerin başında ulaşım, turizm, kültür-sanat-eğlence sektörleri gelmekteyse de sektörler sayılanlarla sınırlı kalmayacaktır, zira ekonomik yaşamın önemli bir kısmı sektöre uğramıştır⁷¹. Salgından “doğrudan” ya da “dolaylı” etkilenmenin de sınırını belirlemek güçtür: Örneğin önlemler kapsamında belirli bir süre için kapatılan işletmeler dışında tüketici taleplerinin önemli derecede azaldığı ya da likidite sorunu yaşayan işletmeler bu kapsamda sayılmayacak mıdır⁷²? Etki alanının boyutu düşünüldüğünde tüm gelir ve kurumlar vergisi mükelleflerinin kapsama alınması daha uygun olabileceği düşüncesindeyiz. Kaldı ki bu çaptaki bir olağanüstü durumda kendi kişi ve kurumlarımız üzerinde ek maliyetler psikolojik yükler yaratmamak gerekir.

Şöyle ki; mevcut düzenlemede tebliğ kapsamı içinde yer alıp almadığı mükellefin vergi dairesi kayıtlarındaki ana faaliyet kodu (NACE kodu) itibarıyla belirlenecektir. Bununla birlikte 2012 yılında kabul edilen TTK ile ultra vires ilkesi olarak adlandırılan işletmelerin esas sözleşmelerinden yer alan faaliyet konuları ile sınırlı işlem yapabilmeleri yasağı kaldırılmıştır⁷³. Dolayısıyla NACE kodları yükümlünün fiilen iştigal ettiği ana faaliyet alanını yansıtmayabilecektir.

⁶⁹ Gülsen Güneş, *Verginin Yasallığı İlkesi* (3.Bası, On İki Levha 2011) 189.

⁷⁰ Mülkiyet hakkının kullanımında ayrımcılık iddiasının kabul edildiği bireysel başvuru kararı için bkz Anayasa Mahkemesi, Reis Otomotiv Ticaret ve Sanayi A.Ş. Başvurusu, 2015/6728, 01.02.2018; Anayasa Mahkemesi, Reis Otomotiv Ticaret ve Sanayi A.Ş. Başvurusu (2), 2015/5293, 28.06.2018. RG 07.03.2018/30353.

⁷¹ <<https://blog.lexpera.com.tr/koronavirus-2019-ve-sozlesmeler/>> Erişim Tarihi 31.05.2020.

⁷² Norbert Schneider, Alexander Schwahn ve Markus Stoffels, ‘COVID-19 and German tax’ 24.04.2020, <http://knowledge.freshfields.com/en/Global/tr/4111/covid-19_and_german_tax> Erişim Tarihi 31.05.2020.

⁷³ “‘Hükmi şahısların ehliyeti’ kenar başlığını taşıyan eTK 137’nin karşılığı olan TK 125’te, bir yandan maddede hükme bağlanan “tüzel kişilik” ve Sayfa 122 “ehliyet” kenar başlıkta ayrı ayrı vurgulanmış, öte yandan da eTK 137’de yer verilen “faaliyet konusu ile sınırlı [hak] ehliyeti” kuralı terk edilerek, faaliyet konusu dışında yapılan işlemlerin kendiliğinden “ultra vires/konu dışı” ve böylece “yok” hükmünde olmasının önüne geçilmek istenmiştir.” Abuzer Kendigelen, *Yeni Türk Ticaret Kanunu: Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler*, (On İki Levha 2016) 122 vd.

Genel Tebliğ'in kapsamının ana faaliyet kodu dikkate alınarak belirlenmesi uygulamada yaratacağı güçlükler düşünülerek 518 sıra No.'lu Genel Tebliğ'in 3. maddesinin 3. fıkrası NACE kodları fiilen iştiğal ettiği ana faaliyet alanını yansıtmayan yükümlüler için bir imkân öngörmüştür. Söz konusu düzenlemeye göre 1. fıkradaki sektörler arasında bulunmamasına rağmen ana faaliyet alanı olarak bu sektörlerden herhangi birisinde fiilen iştiğal ettiğini ispat ve tevsik eden yükümlülerin mücbir sebep kapsamında olup olmadığının tespitinde ana faaliyet kodu yerine fiilen iştiğal edilen ana faaliyet alanı dikkate alınacaktır.

Genel Tebliğ'in uygulanmasına ilişkin 03.04.2020 tarih ve 2020/30 sayılı Uygulama İç Genelgesi'nde ana faaliyet kodu değişikliğinin şartları ve talep usulü düzenlenmiştir. Buna göre, ana faaliyet kodu değişikliği için; mükellefin esas alınmasını istediği ana faaliyet alanından (ana faaliyet kodu olarak kaydedilmesi gerektiğini iddia ettiği faaliyet kodundan) elde ettiği brüt hasılatın, diğer faaliyet kodlarından elde ettiği brüt hasılatın fazla olması şarttır. Brüt hasılatın tespitinde ise 2019 hesap dönemi veya 2019 IV. geçici vergi dönemi, özel hesap dönemine tabi mükelleflerde 2019 yılında sonuçlanan özel hesap dönemi, bir yıldan kısa süredir faaliyette bulunulması durumunda faaliyette bulunulan dönem sonuçları dikkate alınacaktır. Sadece 2019 yılı brüt hasılatına dayalı olarak ana faaliyet konusu yapılması ise maddi gerçeklikle bağdaşmayan ve hakkaniyete aykırı uygulamalara yol açabilecektir.

Son olarak, ödevliler için büyük kolaylıklar sağlayan 518 sıra No.'lu Genel Tebliğ'in COVID-19 ile mücadele kapsamında Hazine ve Maliye Bakanlığı tarafından yapılan tek düzenleme olmadığı ifade edilmelidir. Söz konusu Genel Tebliğ'in öncesi ve sonrasında çeşitli idari tasarruflarla Hazine ve Maliye Bakanlığı tarafından beyanname verme sürelerinin ertelenmesi benzeri kolaylıklar sağlanmıştır. Bununla birlikte birden çok idari tasarrufun varlığı ve vergi ödevlerine kapsam ve süre açısından farklı imkânlar tanınması, COVID-19 ile mücadele sürecinin vergisel boyutunu vergi ödevlileri bakımından karmaşık hale getirmektedir. Örneğin kurumlar vergisi beyannamelerinin verilme süreleri ile bu beyannameler üzerine tahakkuk eden vergilerin ödeme süreleri 1 Haziran 2020 Pazartesi günü sonuna kadar uzatılmış iken (17.04.2020 tarihli ve 127 Sıra No.'lu Vergi Usul Kanunu Sirküleri), 2020 I. Geçici Vergi Dönemine ait gelir ve kurumlar geçici vergi beyannamelerinin verilme ve ödeme sürelerinin 28.05.2020 tarihine kadar uzatılması (12.05.2020 tarihli ve 130 Sıra No.'lu Vergi Usul Kanunu Sirküleri) uygulamada geçmiş yıl zararlarının mahsubu açısından güçlükler yaratmıştır⁷⁴.

OECD tarafından 15.04.2020 tarihinde yayınlanan "Koronavirüs (COVID-19) ile Mücadele: Küresel Çabaya Katkıda Bulunmak (Koronavirüs Krizine Karşı Vergisel

⁷⁴ Nedim Türkmen, 'Geçici vergide kaosa çözüm var' <<https://www.sozcu.com.tr/2020/yazarlar/nedim-turkmen/gecici-vergide-kaosa-cozum-var-5815318/>> Erişim Tarihi 19.06.2020.

ve Mali Politika)” adlı raporda belirtildiği üzere, özellikle küçük ve orta ölçekli işletmeler, serbest meslek çalışanları ve kayıt dışı olarak çalışanlar en savunmasız durumda bulunanlar arasında olup; alınacak tedbirler bakımından bunlara özel önem verilmesi gerekir. Sadeleşmeye gereksinim vardır, aksi takdirde üretim ve istihdam daha da olumsuz yönde etkilenebilecektir.

2. 518 Sıra No.’lu Genel Tebliğ’in Kapsamı Dışında Kalan Ödevliler ve Sektörler

Sözü geçen Tebliğ’in kapsamı dışında kalan ödevliler de mücbir sebep içerisinde olduklarını her zaman iddia edebileceklerdir.

Mücbir sebep dolayısıyla temel vergi ödevlerini yerine getiremeyecek olan ödevlilerin; mücbir sebep ortadan kalkınca durumu ispat ederek beyannamelerini vererek ödemelerini ifa etmeleri söz konusu olacaktır.

Vergi idaresince kapsam dışı bırakılan ödevliler ise bağlı buldukları vergi dairesine verecekleri dilekçeyle mücbir sebep kapsamı içerisinde olduğunu bildirmeli ve kanıtlamalıdır.

Ödevlinin talebine rağmen mücbir sebebin sonuçlarından yararlandırılmaması durumunda tarhiyat işlemini bekleyerek, bu işleme karşı vergi davası açması uygun olacaktır.

Mevcut salgın herkesçe bilinen bir nitelik taşıdığından, salgının vergi ödevlisi üzerindeki etkisi ve vergisel yükümlerin yerine getirilememesi ile illiyet bağının tevsik ve ispatı gerekli ve yeterli olacaktır⁷⁵.

Vergi dairesi kayıtlarındaki ana faaliyet kodu (“NACE kodu”) kapsam dâhilindeki sektörler arasında bulunmayan, ancak fiilen ana faaliyet alanı olarak bu sektörlerden birinde faaliyet gösteren yükümlülerin ise bu durumu ispat etmeleri gerekecektir. Söz konusu Genel Tebliğ’in uygulanmasına ilişkin 03.04.2020 tarih ve 2020/30 sayılı Uygulama İç Genelgesi’nde yer alan faaliyet kodu değişikliği talepleri elektronik ortamda yapılabilmektedir.

Vergi yükümlüsünün mücbir sebep kapsamında olup olmadığına ilişkin olarak tereddütlü olması halinde ise Gelir İdaresi Başkanlığı’ndan veya bu hususta yetkili kıldığı makamlardan yazı ile izahat istemesi (VUK 413) mümkün olabilir. Öte yandan “Mükelleflerin İzahat Taleplerinin Cevaplandırılmasına Dair Yönetmelik”in⁷⁶ 8. maddesinin ikinci fıkrasının d bendinde “Mücbir sebep hâli ilanı, vergi borçlarının

⁷⁵ Alman hukukunda ise 19 Mart 2020 tarihli Maliye Bakanlığı kararı gereğince vergi borçlarının ertelenmesi (Stundung) için yükümlünün salgından “doğrudan ve önemli derecede etkilendiğinin” ortaya konulması aranmaktadır. Schneider, Schwahn ve Stoffels (n 72).

⁷⁶ RG 28.08.2010/27686.

terkini, belge düzenine ilişkin yetkilerin kullanılması gibi kanunlarla uygulamanın tespitine dair Maliye Bakanlığı'na yetki verilen konulara ilişkin talepler” izahat taleplerinin kapsamı dışına çıkarılmıştır. Oysa mevcut durumun yarattığı belirsiz ortam, kişilerin ve kurumların bilgilendirilmelerinin önemini arttırmıştır. Dolayısıyla vergi ödevlilerine vergisel durumlarıyla ilgili tereddütlerinin giderilmesini sağlayacak bilgi verilmesi önem taşımaktadır.

Bununla birlikte her olasılıkta bu tür düzenlemelerin yasadaki koşulları aşmayan, ağırlaştırmayan, eşitsizlik yaratmayan, özetle anayasal ilkelere aykırı olmayan düzenlemeler olması gerekir.

C. Mücbir Sebemin Uluslararası Vergi Hukuku Bakımından Etkileri

COVID-19 önlemleri kapsamında seyahat kısıtlaması, sokağa çıkma yasağı gibi kişilerin hareketlerini sınırlayan uygulamalar, birçok çalışanın olağan zamanlarda çalışması gereken ülke dışında bulunması sonucunu doğurmuş ve bu durumun uluslararası vergi hukuku bakımından etkilerinin ne olacağı yönünde kaygılar doğmuştur.

Bu durum temelde kişinin bir sebeple geçici olarak bulunduğu ülkede salgın önlemleri nedeniyle mahsur kalması ya da geçici olarak çalıştığı ve ikamet ettiği ülkeden önceki ülkesine geri dönmek zorunda kalması olasılıklarında ortaya çıkmaktadır.

COVID-19 salgını gibi bir kriz nedeniyle diğer ülkede geçirilen zamanın ve yapılan faaliyetlerin nasıl değerlendirileceği uluslararası vergi hukuku kurallarında açıkça belirlenmediğinden OECD, 3 Nisan 2020 tarihinde “Vergi Anlaşmaları ve Covid 19 Krizinin Etkileri” başlıklı tavsiye mahiyetinde bir metin yayınlamıştır⁷⁷.

Bu metinde OECD Sekreterliği tarafından dört temel sorun/kayı üzerinde inceleme yapıldığı görülmektedir:

- i- Daimi işyerinin/daimi temsilcinin oluşup oluşmayacağı,
- ii- Bir şirketin mukimlik statüsünün belirlenmesi (fiili yönetim merkezi),
- iii- Sınır ötesi çalışanların durumu,
- iv- Gerçek kişilerin mukimlik statüsünde değişiklik olup olmayacağı.

Metinde tartışılan her bir sorunun değerlendirilmesi ayrı makale konuları teşkil edeceğinden burada krizin uluslararası vergi hukukuna yönelik etkilerine işaret etmekle yetinilecektir.

⁷⁷ Tackling Coronavirus (COVID-19) Contributing to a Global Effort, OECD Secretariat analysis of tax treaties and the impact of the COVID-19 Crisis, 03.04.2020 <<http://www.oecd.org/coronavirus/policy-responses/oecd-secretariat-analysis-of-tax-treaties-and-the-impact-of-the-covid-19-crisis-947dcb01/>> Erişim Tarihi 31.05.2020.

Bilindiği üzere, çifte vergilendirmeyi önleme anlaşmalarının kimi maddeleri ya da iç hukuk mevzuatları, gerek gerçek kişi gerek kurum vergilendirmesinde belirlenmiş sürelerin aşılması halinde bir ülkeye vergilendirme yetkisini bahşeder. Örneğin hizmet ve serbest meslek faaliyetlerinde kaynak ülkenin vergilendirme yetkisi belirlenirken uygulanan en önemli ölçütlerden birisi belirli koşullar yanında söz konusu ülkede 183 günü aşan sürede kalınmasıdır. Keza bir kişinin yurt dışındaki bir işletmeyi temsilen mutat olarak onun nam ve hesabına muamelelerde bulunması halinde “daimi temsilci” sıfatını taşıması söz konusu olabilecektir⁷⁸.

Raporda yapılan açıklamalardan, OECD’nin yorumunun COVID-19 krizinin olağanüstü doğası nedeniyle, bulunması gereken ülke dışında bir ülkede geçici olarak kalan kişilerin durumunun, vergilendirme yetkisinin belirlenmesinde etkili olmaması gerektiği yönünde olduğu anlaşılmaktadır. Kişinin mücbir sebep ve/veya hükümet direktifleri nedeniyle söz konusu ülkede çalışmak durumunda kalması halinde ilgili faaliyetler belirli bir kalıcılık derecesine sahip olmadığından “mutat” sayılmamalıdır.

Çeşitli ülkeler, COVID-19’un bir bireyin ikamet durumunun ilgili iç hukuk mevzuatının ve vergi anlaşmasının belirlenmesi üzerindeki etkisi konusunda rehber yayınlamıştır. Örneğin Avustralya’da, vergi hukuku anlamında orada yerleşik olmayan bir kişinin salgın önlemleri nedeniyle birkaç hafta ya da ay boyunca ülkede kalması halinde vergi hukuku bakımından Avustralya’da yerleşik sayılmayacağını belirtildiği bir kılavuz yayınlamıştır⁷⁹.

Türkiye’de bu çalışmanın hazırlandığı tarih itibarıyla yayınlanmış bir rehber mevcut değildir. Öte yandan, çifte vergilendirmeyi önleme anlaşmalarında da bu sorunlara yönelik belirleyici hükümler yer almadığından konunun uluslararası etkilerinin ülkemizde de açıklığa kavuşması gereksinimi ortaya çıkmıştır.

V. Vergi Yargılaması Hukukunda Mücbir Sebep ve Hukuksal Sonuçları

Yukarıda mücbir sebep ve hukuksal sonuçları yargılama öncesi ve sonrası süreç açısından irdelenmiştir. Bu başlık altında ise konunun vergi yargılaması hukuku boyutu ele alınacaktır. Öncelikle belirtilmesi gereken husus; VUK’un ve AATUHK’un

⁷⁸ Mevcut iç hukukumuz açısından değerlendirildiğinde, Gelir Vergisi Kanunu’nun 5. maddesinin ikinci fıkrasının ikinci bendi gereğince tutukluluk, hükümlülük veya hastalık gibi elde olmayan sebeplerle Türkiye’de alkonulmuş veya kalmış olan yabancıların Türkiye’de yerleşmiş sayılmayacağı hükme bağlanmıştır (Gelir Vergisi Kanunu, Kanun Numarası: 193, Kabul Tarihi: 31.12.1960, RG 6.1.1961/10700). Bu bağlamda COVID-19 salgını nedeniyle Türkiye’de kalan yabancılar da bu hükümden yararlanabilecektir. COVID-19 salgını nedeniyle Türkiye’de kalan kişinin temsil ettiği işletme bakımından “daimi temsilci” olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği hususunda ise Gelir Vergisi Kanunu’nun 8. maddesinde yer alan daimi temsilci tanımına bakmak gerekir. Söz konusu maddenin ikinci fıkrası uyarınca daimi temsilci, bir hizmet veya vekâlet akdi ile temsil edilene bağlı olup, onun nam ve hesabına muayyen veya gayrimuayyen bir müddetle veya müteaddit ticari muameleler ifasına yetkili bulunan kimsedir. Bu bağlamda daimi temsilcilik sıfatı ilgili işletmenin nam ve hesabına ticari muamelelerde bulunulması ile ilgili bulunmaktadır. Bu hususta önemli olan temsilcinin yurt dışındaki işletme adına yaptığı sözleşmelerin “mutat” olup olmadığıdır.

⁷⁹ <<https://home.kpmg/xx/en/home/insights/2020/03/flash-alert-2020-098.html>>; <<https://www.ato.gov.au/>>. Erişim Tarihi 16.06.2020.

yargılama dışı süreç açısından sistemsiz, eksik ve karmaşık olsa da konuya ilişkin bazı düzenlenmeler içermelerine rağmen, İYUK'un mücbir sebep ve sonuçları ile ilgili herhangi bir norma yer vermediğidir.

Oysaki bireyin gerek mahkemeye erişim hakkı gerekse yargılamanın tüm aşamalarındaki hak düşürücü süreleri kastı olmaksızın kaçırılmış olması her zaman olasılık dâhilindedir. Bu mahkemenin tebligat hatalarından dahi kaynaklanabilecek bir durumdur. Her ne kadar “*yasal düzenleme olmasa dahi yargılama makamları (kanun yolu makamları ve kesinleşmiş kararlara karşı başvuruları inceleme yetkisini haiz makamlar dâhil) konuyu içtihatla aydınlatılabilir*” denilebilirse de, böylesi önemli bir konuda meselenin içtihadı bırakılması mümkün değildir. Kaldı ki günümüzde inceleme konumuza ilişkin olarak verilen kararlarda bir birlik bulunmamaktadır.

Aşağıda önce mücbir sebep ve hukuksal sonuçları yargılama süreci açısından ele alınacak, eleştirilerimiz ve önerilerimiz aktarılacak, daha sonra ise Koronavirüs salgınına özgü önlemler ayrı bir başlıkta irdelenip değerlendirilecektir.

A. Vergi Yargılaması Hukukunda Mücbir Sebep

1. Genel Açıklamalar

Makalenin geçmiş bölümlerinde mücbir sebep ve kapsamı teorik boyutu da dâhil olmak üzere ayrıntılı şekilde irdelenmiştir. Vergi yargılaması hukukunun temel usul yasası (kodu) olan İYUK ise mücbir sebeplere ilişkin bir hüküm içermemektedir ki bunun yargısal kararlara bırakılmayacak bir alana ilişkin yasal bir boşluk olduğu kuşkusuzdur.

Hukuksal anlamda mücbir sebepler bir işlemin yapılması ya da bir hakkın kullanılması için yasa ile getirilen sürelerin kaçırılmasına sebep olan hallerdir. Nasıl sınıflandırılırsa sınıflandırılınsın, nasıl nitelendirilirse nitelendirilsin bunların tümü özünde; kişinin ya da idarenin kusuru olmaksızın bir işlemin yapılması, belirli bir şekilde davranılması ya da bir hakkın kullanılması açısından, yasalar ile kabul edilmiş olan sürelere uymaması sonucunu doğuran durumlardır.

İster özel ister genel olsun, ister toplumca bilinmesi nedeni ile ispata ihtiyaç duymayan, isterse özel ya da genel niteliği gereği en azından nedensellik bağının kurulabilmesi açısından ispatı gereken konular olsun, tümünün ortak özelliği; sürelerin kusur olmaksızın kaçırılmış olmasıdır. Bu nedenle bir bakış açısı ile bunların ne tanımlanmasına ne de sayılmasına gerek vardır. Sadece “kişinin kusuru olmaksızın sürelere uymamış olmasının olumsuz sonuçlarının hukukça giderilmesi gerekeceği” anlamını taşıyan bir düzenleme bile hak ve özgürlük odaklı bir okuma ile yeterli olacaktır.

Sonuçta süre; duruma göre ya yasa gereği uzamış kabul edilecek ya da her zaman sahip olunan bir imkân olarak sorun idari bir başvuru ile çözümlenebilecektir. Yargılama hukuku açısından da olumsuz hukuksal etkilerin giderilmesi yöntemi eski hale iade kurumudur.

İYUK ise bu derece basit bir konuda ne mücbir sebeplerle ne de mücbir sebebin süreleri durdurması ile ilgili bir hüküm içermektedir.

Kanımızca olması gereken önce vergi konusu açısından yeni bir yargılama yasası yapılması, sonra da kavram ve uygulama karmaşasına sebep olunmaksızın mücbir sebeplerin neler olduğu dahi sayılmaksızın “kusur olmaksızın zorlayıcı haller nedeni ile sürelerin kaçırılması halinde zorlayıcı durum süresince sürelerin işlemeyeceği” yolunda bir hüküm sevk edilip, bunun hukuksal sonucu olarak da eski hale iade kurumuna yer verilmesidir.

Günümüzdeki duruma gelirse; vergi uyumsuzlukları açısından doktrinde VUK’un ilgili hükümlerinin İYUK 31/2 uyarınca zaten uygulama alanı bulacağından bahisle yeni bir hükme gerek olmadığı -ileri sürülmekte olduğunun- belirtilmesinde yarar bulunmaktadır. Biz bu görüşe katılmamaktayız.

Konuya ilişkin Danıştay kararları da çelişkili bir nitelik göstermektedir. Çoğunluk kararlar VUK’un mücbir sebep ve sonuçlarına ilişkin düzenlemelerinin vergi yargılaması açısından uygulanamayacağı doğrultusunda olsa da, aksi yönde kararlar da mevcuttur.

Aşağıda sırası ile önce yargılama hukuku açısından mücbir sebep kurumu doktrin, uygulama ve yargı kararları açısından irdelenecek, daha sonra ise mevzuat karşılaştırması da yapılarak mücbir sebeplerin yargılama boyutundaki hukuksal sonucu olan eski hale iade kurumu ele alınacaktır.

2. Vergi Yargılaması Hukukunda Mücbir Sebep ve Sürelere Etkisi Sorunu (Eski Hale İade Kurumu)

a. Vergi Yargısında Mücbir Sebep

Mücbir sebeplerin temel etkisi hak arama özgürlüğü yani dava açma süreci ile olanlar başta olmak üzere, yargılamanın tüm aşamaları (ara kararları, kanun yolları, kesinleşmiş kararlara karşı başvuru yolları dâhil) bir hakkın kullanılması ya da bir işlemin yapılması açısından öngörülen yasal sürelerle ilgilidir. Bu nedenle de burada yapacağımız açıklamalar belirtilen bu nitelikteki hak düşümü sürelerinin hepsi açısından geçerli olacaktır.

Vergi yargılamasını düzenlemeyi amaçlayan 2575, 2576 ve 2577 sayılı Yasalarda mücbir sebeplerin sürelerle etkisine ilişkin bir hüküm yer almamaktadır.

Bilindiği üzere vergi yargılaması usulünü düzenleyen 2577 sayılı İYUK'un 31. maddesi, belirli konularda Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK)'ya⁸⁰ yollamada bulunmaktadır. Aynı maddenin ikinci fıkrasında ise bunların dışında kalan konularda, vergi uyuşmazlıkları ile ilgili olarak VUK'un ilgili hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir.

İşte bu hükmün varlığından hareketle doktrinde bazı yazarlar İYUK'ta mücbir sebep ve sürelerle etkisi ile bir hüküm bulunmamasına rağmen, VUK'un daha önce irdelenen hükümlerinin vergi yargılaması açısından da geçerli olduğunu ileri sürmüşlerdir⁸¹.

Konuya ilişkin Danıştay kararları ise birçok konuda olduğu gibi bu konuda da çelişkilidir.

Danıştay bazı kararlarında dava açma süresinin hak düşürücü süre niteliğinde olduğu bu nedenle kanunda açıkça öngörülmemişse “durmasının” söz konusu olmadığı yolunda hüküm tesis etmiştir⁸². Keza İYUK 31'de süreler yönünden HMK'ya atıf yapılmamış olması, yükümlünün her zaman vekili aracılığıyla dava

⁸⁰ Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Kanun Numarası: 6100, Kabul Tarihi: 12.1.2011, RG 4.2.2011/27836.

⁸¹ Öncel, Kumrulu, Çağan ve Göker (n 29) 130; Sadık Kırbaş, *Vergi Hukuku* (20. Bası, Siyasal 2015) 146; Yerlikaya (n 25) 49.

⁸² “İdari yargıda ‘hak düşürücü’ nitelikte kabul edilen dava açma süresi idari eylem ve işlemlerin istikrarını sağlamak amacıyla ve kamu yararı için kurumsallaştırılmış bir usul kuralı olup ‘Kamu Düzeni’ kavramı içinde mahkemelerce resen göz önüne alınarak incelenecek unsurlar arasında sayılmıştır. Dava açma süresinin uzaması veya yeniden işlemeye başlaması kanunda sayılan koşullarla sınırlı olarak mümkündür.” Danıştay 9 D, 4903/5756, 11.10.1983. Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi <<https://www.lexpera.com.tr/>> Erişim Tarihi 19.06.2020; “Dava açma süresi hak düşürücü bir süre niteliğindedir. Yani, süresinde kullanılmayan dava hakkı düşmekte ve yargı yolu kapanmaktadır. Bu süre zorlayıcı nedenlerle (mücbir sebeplerle) durmaz ve kesilmez. Başka bir ifade ile hastalık halinde dava açma süresinin uzatılması veya yeniden canlanması mümkün bulunmamaktadır.” Danıştay 7 D, 1081/1385, 09.07.1984. Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi <<https://www.lexpera.com.tr/>> Erişim Tarihi 19.06.2020.

açabileceği⁸³, davacı şirket müdürüne yapılan bildirim sürelerine etki etmeyeceği⁸⁴, yapılan bildirim dolayısıyla mücbir sebeplerin dava açma süresini etkilemeyeceği yolunda kararlar da mevcuttur. Bu nitelikteki kabullerin çoğunda “*Yargı yoluna başvurma, hak arama özgürlüğünün kullanılması olup, maddi vergi hukukunun vergi yükümlülerine yüklediği vergi ödevlerinin yerine getirilmesiyle ilgisinin bulunmaması karşısında ve yukarıda değinilen düzenlemeler gereğince ağır hastalık hali vergi mahkemesinde dava açma süresine etkili bir durum oluşturmadığından...*” şeklindeki gerekçe ile karşılaşılmaktadır⁸⁵.

Buna karşılık Danıştay’ın mücbir sebeplerin dava açma süresini durduracağı yolunda kararları da mevcuttur. Danıştay’ın “*Davacının ikamet etmekte bulunduğu ...’da 01.10.1995 günü saat 17.57 de Richter ölçeğine göre, 5.9 şiddetinde bir deprem olduğu, ... Depremden sonra yörede yaşayanların tamamına yakınının can derdine düştüğü ve yaşam savaşı verdikleri, kişilerin normal zamanlarda yapabildikleri işlerin hiçbirini yapamayacak bir ortamda buldukları anlaşılmaktadır. Bu şartlar altında, normal süresinden 7 gün sonra açılan davanın...süre aşımı noktasından reddedilmesinde isabet görülmemiştir.*” şeklindeki kararı bu nitelikteki kararlara örnek gösterilebilir⁸⁶.

⁸³ “*Vekâletnamede davacının, aralarında Av. ‘i,...Av....., Av.,,Av....’ u birlikte ve ayrı ayrı hareket etmek ve başkalarını da tevkil, teşrik ve azle yetkili olmak üzere vekil tayin etmesi karşısında, bu konudaki iddialar ısrar kararının bozulmasını gerektirecek durumda bulunmadığı gibi, diğer temiz iddiaları da dayandığı hukuksal nedenler ve gerekçesi kurulmuşca hukuka uygun bulunan karara karşı yapılan temiz isteminin kabulünü gerektirecek durumda görülmemiştir...*” (Danıştay VDDK, 2008-786/216, 15.05.2009). İfade edelim ki salt bir kişinin vekil ile davada temsil ediliyor olması hususu, onun içinde bulunduğu mücbir sebebin süreleri durdurulmamasını gerektiren bir husus değildir. Bu nedenle her somut olayda olayın özellikleri dikkate alınarak bir sonuca ulaşılmalı, kişinin vekili var diye mücbir sebebin süreleri durdurma etkisi yadsınmamalıdır. Nitekim Danıştay eski tarihli bir kararında; “*Hekim raporuyla kanıtlanan ağır hastalığı nedeniyle süresinde itiraz hakkını kullanamayan yükümlünün avukatının olması, mücbir sebep halinin varlığını kabul etmek için yeterli neden değildir. Tebligat doğrudan doğruya yükümlüye yapılmış ise, avukatına bilgi verememesi hastalığının doğal bir sonucu sayılmak gerekir*” yönünde saptamada bulunarak bu hususu yerinde olarak vurgulamıştır. (Danıştay Dergisi, Sayı 20/21, s. 686-687). Buna karşılık, yükümlünün avukata vekâlet vermesinden sonra meydana çıkan ağır hastalık, vekilin açacağı dava için sürenin uzamasına yol açacak mücbir bir sebep sayılmayacağı yolunda da eski tarihli kararlar mevcuttur. (Danıştay 4 D, 1403/458, 17.02.1981; Danıştay Dergisi, Sayı 44/45, s. 211-212). Kararlar için ayrıca bkz Kaneti, Ekmecki, Güneş ve Kaşıkçı (n 7) 157 dipnot 107.

⁸⁴ Danıştay 9. Dairesi ise 20.05.2018 tarihi bir kararında, davacı şirket müdürünün hastalanmasının şu gerekçelerle dava açma süresine etki etmeyeceğine karar vermiştir: “*... mücbir sebepler vergi ödevlerinin yerine getirilmesine ilişkin süreleri keseceğinden, vergi ve ceza muhataplarının adlarına tarh olunan vergi ve kesilen cezalara karşı açacakları dava; dava açma sürelerini kesmeyip, dava açma mükellefin ödevlerinden sayılmayacağından ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu ile bu Kanunun 31.maddesiyle yollamada bulunulan Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun İdari Yargılama Usulünde tatbik edilmesi gereken maddeleri arasında, dava açma süresinin hastalık veya sair mücbir sebepler halinde duracağına dair bir hüküm de yer almadığından ileri sürülen iddiada isabet bulunmamaktadır. Kaldı ki, rahatsızlığı nedeniyle davasını bizzat açamayan davacının davasını her zaman için tayin edeceği bir vekil vasıtasıyla süresinde açması da mümkündür.*” Danıştay 9 D, 2007-906/2530, 20.05.2008; Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi <<https://www.lexpera.com.tr/>> Erişim Tarihi 10.08.2019) Bkz Kaneti, Ekmecki, Güneş ve Kaşıkçı (n 7) 158, dipnot 111.

⁸⁵ Danıştay 3 D, 2016-2226/4119, 23.05.2017; Danıştay 3 D, 2014-8990/10177, 28.12.2015; Danıştay 3 D, 2010-7243/3910, 23.11.2012; Danıştay 4 D, 3174/6534, 22.12.2010. Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi <<https://www.lexpera.com.tr/>> Erişim Tarihi 19.06.2020.

⁸⁶ Danıştay 4 D, 1995-6183/2698, 20.06.1996. Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi <<https://www.lexpera.com.tr/>> Erişim Tarihi 19.06.2020.

Aynı şekilde Danıştay eski tarihli ve ilginç bir şekilde son günü 27 Mayıs 1960 tarihine rastlayan hak düşümü süresi ile ilgili verdiği bir kararda “...Devrim harekâtının yapılmış olması ve o gün resmi dairelerin tatil edilmesi” sebebiyle ertesi gün açılan davayı kabul etmiş ve darbenin bir mücbir sebep oluşturduğunu ve dava açma süresini durdurduğunu hükme bağlamıştır⁸⁷. Görüleceği üzere Danıştay’ın bu konuda yerleşik bir kararı bulunmamaktadır.

Bizim bu konudaki düşüncemiz şu şekildedir: Öncelikle VUK hükümlerinin vergi yargılaması hukuku yönünden uygulanabilirliği yoktur ve olmamalıdır da.

İYUK’ta ne mücbir sebebe ne de onun hukuksal sonucu olan eski hale iadeye ilişkin bir hüküm bulunmaktadır. Her ne kadar İYUK 31/2 ile bu kanunda hüküm bulunmayan hallerde VUK hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiş ise de; gelir idaresi çalışanlarının da mensubu olarak yargı faaliyetini yürüttüğü bir faaliyete yargılama denilebilmesi ve yargılama aşamasında da uygulanabilmesi hukuka aykırı bir durumdur. Ayrıca bu nitelikteki komisyonlar döneminden kalan kuralların günümüzde çoğunluk uygulanamaz ve atıl kurallar olduğu ortadadır. Aksi yönde bir kabulün VUK’un yargılama dışı süreç ile ilgili kurallarının yargılamada da uygulanması kapısını açar ki bu da birçok olumsuzluğu barındıran bir kabul olacaktır. Keza farklı bir kabulün ortaya çıkarılabileceği bir başka sonuç ise; aynı yasada düzenlenen idari yargılamada mücbir sebep ve eski hale iade kurumunun uygulanamamasına rağmen, vergisel uyuşmazlıklarda bu yönde kural bulunması olacaktır ki bu garip durumun modern bir hukuk sisteminde kabul edilebilmesi mümkün değildir.

Bununla birlikte bir konuda hüküm bulunmaması başka şey, hukukun ilkeleri dikkate alınarak hüküm bulunmayan bir konuda hak arama özgürlüğü ve adil yargılanma hakkının gereklerine uygun karar verilmesi başka bir şeydir. Mücbir sebeplerin varlığı halinde sürelerin işlemeye devam edeceği yolundaki kabulün çağdaş ve haklı bir sebebi olamaz. Bu nedenle de bu konuya ilişkin bir düzenleme yapıncaya kadar, yargılama makamlarının hukukun temel ilkelerine, mücbir sebep halinde sürelerin işlemeyeceğine dair genel hukuk kuralına ve Anayasa’nın 90/5. maddesinin verdiği yetkiye dayanarak; mücbir sebeplerin vergi yargısında da hak düşümü sürelerinin işlemesine engel bir durum olduğu yönünde yerleşik içtihat oluşturmaları hukukun bir gereğidir.

Temel hak ve özgürlüklerin tanınması kural, sınırlanması ise istisnadır. Bu bağlamda mücbir sebebin varlığı halinde dava açma süresinin işlememesi için ayrıca bir kanun hükmüne gerek bulunmadığı da günün olumsuzluklarını gidermek açısından mantıklı bir kabuldür⁸⁸.

⁸⁷ Erol Çırakman, *İdari Davalarda Süre, İdare Hukuku ve İdari Yargı İle İlgili İncelemeler I* (Danıştay Başkanlığı 1976) 190, 194.

⁸⁸ Aynı yönde bkz F. Ebru Gündüz, “Mücbir Sebebin İdari Dava Açma Süresine Etkisi” (2009) 23(2) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 237, 248; Gürsel Kaplan, *İdari Yargılama Hukuku* (Ekin 2017) 148.

Anayasa'nın 90/5 hükmü de temel hak ve özgürlüklere ilişkin sözleşmelere örtüşükleri yasa hükümlerinden üstün konum tanınması itibarı ile bu görüşe başka bir dayanaktır. Üstelik İYUK 53'ün 1. fıkrasının a bendine göre zorlayıcı sebepler dolayısıyla elde edilemeyen bir belgenin kararın verilmesinden sonra ele geçirilmiş olması yargılamanın yenilenmesi sebebi olarak kabul edilmiştir⁸⁹. Bu bağlamda zorlayıcı, diğer bir deyişle mücbir sebebin, kesinleşmiş kararlara karşı bir başvuru yolu olan yargılamanın yenilenmesine sebebi olarak kabul edilmişken, hak arama özgürlüğünün temel adımı olan dava açmanın süresini etkilememesi de ayrı bir çelişkidir.

Vergi yargılaması konusunda çelişik içtihatları ve hak ihlallerini ortadan kaldırmak açısından kalıcı bir çözüm olarak yapılması gereken ise; tercihen bağımsız bir vergi yargılamakta usulü yasında ya da bu yapılmayacaksa İYUK'a bir madde eklenerek; mahkemeye erişim hakkı ile kanun yolları ve tüm başvuru yolları dâhil yargılamanın tüm aşamalarında sürelerin bireylerin kusuru olmaksızın kaçırılması olması durumunda, onlara eski hale getirme olanağının tanınmasıdır.

Bu hususlara Danıştay'ın bazı dairelerinin son dönemlerde verdiği kararlarda kısmen değinildiği görülmektedir. Bu tür kararlara “mücbir sebep hallerinde dava açma süresinin işlemeyeceğinin *genel hukuk kuralı* olduğu, doğal afet gibi kişilerin iradeleri ile değiştirilmesi ya da önlenmesi olanaksız durumlarda, mücbir sebep hali nazara alınmayarak, dava açma süresinin işleyeceğini kabul edilmesinin haklı bir nedeni olamayacağı gerekçelerine dayanılarak, bu sonucuna varılmayacağı, aksi durumların hak arama özgürlüğünü ihlal edici nitelikte olacağı, bu gibi durumlarda dava açma süresinin işlemediğinin kabul edilmesinin haklı bir nedeni olamayacaktır.” gerekçeleri ile verilen kararlar örnek gösterilebilir⁹⁰.

⁸⁹ İYUK 53/1-a'da yer alan yenilenme sebebinin uygulanabilmesi için;

- i) Ele geçirilenin bir belge niteliğinde olması,
- ii) Belgenin kararın verilmesinden sonra ele geçirilmiş olması,
- iii) İlgili belgenin davanın görüldüğü sırada var olması,
- iv) Belgenin hükmü etkileyecek nitelikte bulunması,

v) Belgeyi ele geçirmedeki gecikmenin elde olmayan zorlayıcı nedenlerle veya hüküm verilen tarafın dürüst olmayan davranışının sonucu olması, şartlarının birlikte gerçekleşmesi gerekmektedir.

Belirtmek gerekir ki, HMK 375/ç bu iki kavramın yerine “tarafın elinde olmayan nedenler” kavramı tercih edilmiştir. HMK'daki hüküm İYUK'taki iki kavramı da kapsayan daha yalın bir düzenlemedir. Bu şart açısından ilk incelenmesi gereken kavram “zorlayıcı nedenlerin” ne olduğudur. Kanunlara bakıldığında buna ilişkin bir tanım yapılmadığı görülmektedir. Bizce burada yargılamanın yenilenmesini talep eden tarafın kusuruna dayanmayan sebeplerin anlaşılması gerekmektedir. Yargıtay da hem HUMK hem de HMK döneminde vermiş olduğu kararlarda “mücbir sebep” kavramını geniş olarak yorumlamakta ve yargılamanın yenilenmesi yoluna başvuran kişinin kusuru olup olmadığını incelemektedir. Bir kararında Yargıtay; “*HMK'nın 375. maddesi gereğince, yargılamanın idesinin talep edilebilmesi için davaya bakıldığı anda mevcut olan belgenin, aleyhine hüküm verilen tarafın elinde olmayan nedenlerle elde edilememiş olması gerekir. Yani taraf, yargılamada kendisine üstünlük sağlayacak belgeyi kusuru olmaksızın elde edememiş ve bu nedenle mahkemeye sunamamış olmalıdır.*” diyerek bu hususu vurgulamıştır (Yargıtay 5 D, 2015-12818/26, 12.01.2016). Benzer yönde bkz Yargıtay 11 D, 2005-996/931, 06.02.2006. Yargıtay aynı zamanda kişisel heyecanın da kişinin kusuru üzerine bir etki yapmadığını belirtmiştir (Yargıtay 13 D, 1991-4299/6922, 13.06.1991). Danıştay ise belgenin yenilenme sebebi oluşturmasına rağmen bu belgenin varlığından kararın kesinleşmesi öncesinde haberdar olunması nedeni ile ortada bu başlık altındaki sebebe dayanan bir yargılamanın yenilenmesi koşulunun bulunmadığına karar vermiştir (Danıştay 12 D, 2520/4701, 31.10.2007) Danıştay ve Yargıtay kararları ve değerlendirmeye için bkz Mahmut Kaşıkçı, *Vergi Yargılaması Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi* (Filiz 2017) 148 vd..

⁹⁰ Kararlar için bkz Balcı (n 44). Erişim Tarihi 18.06.2020

AİHM de temel hak ve özgürlüklerin ihlal edildiği savı ile yapılan bireysel başvurularda, başvurunun iç hukukta hak ihlali iddiasını ileri sürebilecek şekilde yeterli usuli güvenceyle (*procedural safeguards*) donatılıp donatılmadığını incelemektedir. Nitekim AİHM, Zehentner/Avusturya kararında da geçirdiği akıl hastalığı nedeniyle dava açma süresi içinde fiil ehliyeti bulunmayan borçlunun daha sonra vasisi aracılığıyla kullanabileceği itiraz haklarının hak düşürücü süre engeline takılmasını usuli güvence yokluğu (*lack of procedural safeguards*) olarak nitelendirerek ihlal kararı vermiştir⁹¹. Bu konuya verilen önem, AİHS ile etkili başvuru hakkının başlı başına bir Sözleşme maddesi olarak koruma altına alınmasından da bellidir⁹².

Danıştay'ın da mücbir sebep hallerinde dava açma süresinin işlemeyeceğinin genel hukuk kuralı olduğu⁹³, doğal afetin varlığı halinde dava açma süresinin işleyeceğinin kabul edilmesinin haklı bir nedeni olamayacağı⁹⁴ gerekçelerine dayanarak, yukarıda belirtilen kararlarından aksi yönde sonuca vardığı bazı kararlarının bulunduğunu da belirtmek gerekir. Yine Danıştay'ın bir kararına göre, İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun ilgili maddelerinde dava açma ve kanun yoluna başvurma sürelerini durduran sebepler arasında mücbir sebepler gösterilmemişse de söz konusu sürelerin mücbir sebep sayılan durumların varlığı halinde işlememesi de hak arama özgürlüğünün niteliği ve önemi itibarıyla gereklidir⁹⁵.

⁹¹ Zehentner v Austria App No 20082/02 (ECHR, 16 October 2009) para 65. (Aktaran; Barış Bahçeci, *Kamu Alacağına Takip Hukuku* (Seçkin 2019) 451).

⁹² Gamze Gümüşkaya, *Mülkiyet Hakkına Vergisel Müdahaleler Bakımından İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'ne Kişisel Başvuru* (On İki Levha 2010) 181. Sözleşme'nin "Etkili Başvuru Hakkı" başlıklı 13. maddesine göre; "Bu Sözleşme'de tanınmış olan hak ve özgürlükleri ihlal eden herkes, ihlal fiili resmi görev yapan kimseler tarafından bu sıfatlarında dayanılarak yapılmış da olsa, ulusal bir makama etkili bir başvuru yapabilme hakkına sahiptir."

⁹³ Danıştay 7 D, 1991-3407/66, 10.01.1994 Aktaran, Turgut Candan, *Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu*, (4. Bası, Adalet 2011) 400.

⁹⁴ "Danıştay kararlarında, Kanun'larda belirtilmediği halde, hukuki ve fiili engellerin dava süresini uzatan veya işlemesini durduran sebepler olarak kabul edilmesiyse, 'mücbir sebep'lerin dava açma süresinin işlemesini etkileyeceği görüşü kuvvet kazanmaktadır. Özellikle doğal afet gibi, kişilerin iradeleriyle değiştiremeyecekleri veya önleyemeyecekleri durumlarda mücbir sebep halinin nazara alınmayarak dava açma süresinin işlediğini kabul etmenin haklı bir nedeni olamaz. Davacının ikamet etmekte bulunduğu ...'da 1.10.1995 günü saat 17.57 de Richter ölçeğine göre, 5,9 şiddetinde bir deprem olduğu, sarsıntılarını bu tarihten 15 gün kadar önce başlayıp depremden sonra da bir süre devam ettiği bilinmektedir. Depremi ölüm ve yaralanmalara neden olduğu çok sayıda binanın yıkıldığı, kalanının da oturulamaz hale geldiği, halkın uzun süre çadırlarda yaşamak zorunda kaldığı, basında yer alan haberlerden görülmektedir. Depremden sonra yörede yaşayanların tamamına yakınının can derdine düştüğü ve yaşam savaşları verdikleri, kişilerin normal zamanlarda yapabildikleri işlerin hiçbirini yapamayacak bir ortamda buldukları anlaşılmaktadır. Bu şartlar altında, normal süresinden 7 gün sonra açılan davanın, mücbir sebebin ortadan kalkmasından sonra makul sürede yargı yerine başvurulduğu göz önünde tutularak, esası incelenerek sonuçlandırılmak yerine süresini noktasından reddedilmesinde isabet görülmemiştir.", Danıştay 4 D, 1995-6180/2695, 20.06.1996. Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi <<https://www.lexpera.com.tr/>> Erişim Tarihi 19.06.2020.

⁹⁵ Danıştay 7 D, 653/130524, 03.1999 "...Hak arama özgürlüğünün kullanılması bakımından, kişinin iradesi dışında gelişen afet ve felaketler, savaş hali ve benzeri durumlarda, bu hakkın kullanmasını olanaksız kılan çok ağır hastalık halleri, mücbir sebep sayılabilecek niteliktedir..." Danıştay 7 D, 653/1305, 24.03.1999. Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi <<https://www.lexpera.com.tr/>> Erişim Tarihi 19.06.2020.

b. Vergi Yargısı Açısından Mücbir Sebebin Sürelere Etkisi Konusundaki Yasal Boşluk/Olması Gereken Norm: Eski Hale İade

aa. Genel Açıklamalar

Vergi yargısının yanı sıra adli yargıda da yargı yoluna başvurma hakkı ve yargılamanın tüm süreçlerindeki usuli işlemler belirli sürelerle sınırlandırılmıştır. Bu şekilde hem yargılamanın tarafları açısından hukuki belirlilik sağlanması hem de adil yargılanma hakkı bloğunun içinde yer alan makul sürede yargılanma hakkının güvence altına alınması hedeflenmektedir. Öte yandan bazı durumlarda kişi elinde olmayan sebeplerle söz konusu süreleri kaçırabilmektedir. Söz konusu durumlarda süreyi kaçıran tarafın sürelerle bağlı tutulması taraflar arasında iddia ve savunma imkânı açısından bir eşitsizlik yaratacaktır.

Dolayısıyla silahların eşitliği ilkesi çerçevesinde adil yargılanma hakkına ve hakkaniyete uygun bir yargılamanın yapılması için konuya ilişkin haksızlıkları giderecek bir kuruma gereksinim bulunmaktadır. Yargılama disiplinleri açısından mücbir sebep nedeni ile ortaya çıkan haksızlığın ortadan kaldırılmasına ilişkin kurum: bir kişinin iradesi dışında meydana gelen bir durumun meydana gelmemiş sayılarak değişiklikten önceki duruma dönüştürülmesi, yani (Restitutio in İntegrum) eski hale iadedir⁹⁶.

Hukumumuzda eski hale getirme kurumu, hukuk ve ceza yargılaması açısından usul yasalarında özel olarak düzenlenmişken vergi yargılaması (idari yargılama) usulü ve anayasa bireysel başvuru usulü açısından ilgili özel yasalarda açık bir düzenleme yer almamaktadır. Özetle İYUK'ta mücbir sebepler düzenlenmediği gibi, mücbir sebeplerin yargılama hukukundaki sonucu olan eski hale iade hali kurumu da düzenlenmemiştir.

Aşağıdaki alt başlıklarda önce HMK ve CMK'nın konuya ilişkin kuralları irdelenecek sonra da özetle vergi yargılaması açısından olması gereken kural ile ilgili değerlendirmemize yer verilecektir.

bb. Hukuk Muhakemeleri Kanunu Açısından Eski Hale İade Kurumu

Usuli işlemlerin zamansal olarak tarafların ve mahkemenin inisiyatifine bırakılması keyfiliklere yol açabileceği gibi, maddi hukuk tarafından tanınan hakkın gerçekleşmesini de erteleyebilecektir. Bu sebeple Usul Hukukunda sürelerle ilişkin normların öngörülmesinin yanı sıra kesin sürelerle aykırılık yaptırımı bağlanmıştır.

Kesin süre içinde yapılması gereken işlemi, süresinde yapmayan tarafın, o işlemi yapma hakkı ortadan kalkar (HMK 94/3). Bu durumun istisnasını eski hale

⁹⁶ Kunter (n 34) 529.

getirme oluşturur. 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 166. ila 174. maddeleri arasında düzenlenen ve “hali sabıka irca” olarak adlandırılan bu kurum, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 95. ila 101. maddeleri arasında “eski hale getirme” adı altında yeniden düzenlenmiştir. Bu maddelere göre eski hale getirme kurumuna başvurulması için belirli şartların sağlanması gerekir.

İlk olarak, kaçırılan sürenin kesin süre olması gereklidir. Kesin süreler, kanun tarafından belirlenen süreler ve hâkimin tayin ederken kesin olduğuna karar verdiği süreler⁹⁷ iki gruba ayrılabilir (HMK 94). Kanunun belirlemediği ve hâkimin tayin ederken kesin olduğunu belirtmediği sürelerin geçirilmesi halinde, belirlenen süreyi geçirmiş olan taraf yeniden süre isteyebilir. Bu şekilde verilecek ikinci süre kesindir ve yeniden süre verilemez (HMK 94/2).

Vurgulamak gerekir ki, kanun ya da hâkimin tayin ettiği kesin süre henüz tamamıyla sona ermeden eski hale getirme talep edilemez. Mahkeme süre uzatım talebini reddettiği takdirde süre kaçırılmış sayılacağından diğer şartlar da mevcutsa eski hale getirme yoluna başvurulabilmelidir⁹⁸. Kanun ya da hâkim tarafından tayin edilen kesin süre tebliğ ile başlıyorsa, sürenin başlangıcına esas alınan tebligatın usulüne uygun olması gerekmektedir⁹⁹.

İkinci olarak, kesin sürenin “*elde olmayan sebeplerle*” kaçırılmış olması gerekir. Başka bir ifadeyle, ortaya çıkmasında tarafa isnat edilebilir bir kusur bulunmayan bir engelin sürenin kaçırılmasına sebebiyet vermesi gerekir¹⁰⁰. Kanunun lafzı mücbir sebep hallerini kapsamakla birlikte süreyi kaçırın tarafın *kusuru olmaksızın* ortaya çıkan diğer engeller de bu kapsamda sayılmalıdır. Eski hale iade kurumuna başvuru için mücbir sebep gibi öngörülemeyen ve öngörülmesi de beklenmeyen, aşılması zor bir sebep aranmasına gerek olmamalıdır.

Eski hale getirme yoluna başvurabilmek için aranması gereken üçüncü şart ise ilgilinin süresinde yapamadığı işlemle ilgili olarak kaçırılan süreyi telafi edebilmesi için kanunun tanıdığı herhangi bir hukuki imkânın bulunmamasıdır. HMK 95/2 uyarınca “*Süresinde yapılamayan işlemle ulaşılmak istenen aynı sonuca, eski hale getirme dışında, başka bir hukuki yoldan ulaşılabiliyorsa, eski hale getirme talebinde bulunulamaz.*”

⁹⁷ “...Hakim vermiş olduğu sürenin kesin olduğuna karar vermiş ise, bu sürenin kesin olduğunun ara kararında hiçbir tededdüde yer vermeyecek derecede açık şekilde ifade edilmesi, yapılması gereken işlerin teker teker açıklanması, tayin edilen sürenin bu işlemleri yapmaya elverişli bulunması....gerekir...” Yargıtay 11 HD, 11172/2933, 01.03.2012. Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi <<https://www.lexpera.com.tr/>> Erişim Tarihi 19.06.2020.

⁹⁸ Erdal Tercan, *Medeni Usul Hukuku'nda (Kesin Sürelerin Kaçırılması Halinde) Eski Hale Getirme – Hali Sabıka İrca* (Yetkin 2006) 89.

⁹⁹ Ibid 89.

¹⁰⁰ Ibid 174-175.

Bu üç şartın taşınması halinde usulüne uygun yapılan bir eski hale iade talebinin kabul edilmesi için yeterli değildir, yasada yer alan şekil şartlarının yerine getirilmesi de gereklidir. Eski hâle getirme, işlemin süresinde yapılamamasına sebep olan engelin ortadan kalkmasından itibaren iki hafta içinde talep edilmelidir (HMK 96/1). İlk derece ve istinaf yargılamalarında, eski hale getirme talebinin ileri sürülebileceği azami süre nihai kararın verilmesi olarak belirlenmiştir. HMK 96/2’de ise bu kuralın istisnası yer almaktadır: “*Ancak nihai karar bir tarafın yokluğunda verilmişse, tahkikat aşamasında kaçırılan süreler için kararın verilmesinden sonra da eski hale getirme talebinde bulunulabilir*”.

Süresinde yapılamayan işlemin de eski hâle getirme talebinde bulunmak için öngörülen süre içinde yapılması zorunludur (HMK 97/1). Bir diğer önemli husus, eski hâle getirmenin dilekçeyle talep edilmesi ve dilekçede talebin dayandığı sebepler ile bunların delil veya emarelerinin gösterilmesi gerektiğidir (HMK 97/1).

HMK 98, eski hale getirme talebinin yöneltileceği mahkemeyi kaçırılan sürenin yargılama ya da kanun yolları aşamasına ilişkin olmasına göre ayırım yaparak düzenlemiştir. Dolayısıyla, talebin yapılacağı mahkemeyi bu ayırımı gözeterek tayin etmek gerekir. Eski hale getirme talebinin yapılacağı mahkemeyi belirlemek son derece önemlidir. Zira talebin yanlış mahkemeye yapılması ihtimalinde, eski hale getirme süresi de kaçırılırsa artık eski hale getirme talebi dikkate alınmaz.

Eski hale getirme talebinin yargılamaya ve hükmün icrasına olan etkisi ise HMK 99’da düzenlenmiştir. Bu hükme göre, eski hale getirme talebi, yargılamanın ertelenmesini gerektirmez ve hükmün icrasına engel olmaz. Ancak, talebi inceleyen mahkeme, talebi haklı görürse, teminat gösterilmek şartıyla, yargılamanın ertelenmesine veya hükmün icrasının geri bırakılmasına karar verebilir. Mahkeme gerektiğinde teminat gösterilmeden de yargılamanın ertelenmesine veya icranın geri bırakılmasına karar verebilir.

Eski hale getirme talebi, ilk derece mahkemeleri ve bölge adliye mahkemelerinde ön sorunlar hakkındaki usule göre ileri sürülüp incelenecektir (HMK 100/1). Bu sebeple ön sorun usulüne ilişkin HMK 163-164 hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Bununla birlikte ön sorunlar hakkındaki hükümler uygulanırken, eski hale getirmeye ilişkin hükümlerde açıklık varsa bunların uygulanması, açıklık olmayan hususlarda ise ön sorunlara ilişkin HMK 163-164 hükümlerine başvurulması gereklidir. Eski hale getirme talebi, Yargıtay’da temyiz usulüne göre ileri sürülüp inceleneceğinden (HMK 100/1), temyize ilişkin hükümler (HMK 361 vd.; HUMK 427 vd.) uygulama alanı bulacaktır.

Mahkeme, eski hâle getirme talebinin kabulü hâlinde, hangi işlemlerin geçersiz hâle geldiğini kararında belirtir. İslahla geçersiz kılınamayan işlemler, eski hâle getirme talebinden de etkilenmez (HMK 100/2).

Eski hâle getirme talebi sebebiyle ortaya çıkan giderler, talepte bulunan tarafa yükletilecektir. Ancak, karşı taraf eski hâle getirme talebine karşı asılsız itirazlar ileri sürerek giderlerin artmasına sebep olmuşsa, hâkim, giderlerin tümünün veya bir kısmının karşı tarafa yükletilmesine karar verebilecektir (HMK 101).

cc. Ceza Muhakemesi Kanunu Açısından Eski Hale İade Kurumu

Eski hale iade kurumunu düzenleyen CMK 40'a göre: “(1) Kusuru olmaksızın bir süreyi geçirmiş olan kişi eski hale getirme talebinde bulunabilir. (2) Kanun yolu başvuru hakkı kendisine bildirilmemesi halinde de, kişi kusursuz sayılır.”

CMK'daki bu düzenleme, mülga Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'ndaki düzenlemeden daha geniştir, çünkü eski hale iade sebeplerini “*Mücbir sebepler veya beklenilemeyen veya sakınılması kabil olmayan hadiseler*” ile sınırlamamıştır¹⁰¹. Mümkün ve beklenebilir özeni göstermiş olan kişinin kusuru olmaksızın hareket ettiği kabul edilmelidir¹⁰². Sürenin sonuna kadar kullanılması mümkün olduğu için, sürenin sonuna kadar bekleyen ve kusuru olmaksızın bir engelle karşılaşılan kişinin sırf bu sebeple kusurlu sayılmaması gereklidir¹⁰³.

Ayrıca Yargıtay'ın adil yargılanma hakkına ilişkin verdiği kararlar¹⁰⁴ doğrultusunda CMK 40/II yeni bir kusursuzluk sebebi daha yaratmıştır¹⁰⁵.

Eski hâle getirme dilekçesinin engelin kalkmasından itibaren yedi gün içinde, süreye uyulduğunda usule ilişkin işlemleri yapacak olan mahkemeye verilmesi gereklidir (CMK 41/I). HMK'ya benzer biçimde dilekçe sahibinin sürenin geçmesinde kusuru olmadığına ilişkin olguları, varsa belgelerini de ekleyerek açıklaması burada da aranmaktadır (CMK 41/I, 2. cümle).

Dilekçe verildiği anda usule ilişkin yapılamayan işlemler de yerine getirilmesi gereklidir. Örneğin temyiz dilekçesi verilmemiş ise temyiz dilekçesinin de eski hale getirme dilekçesi ile birlikte verilmesi şarttır.

¹⁰¹ Yürürlükten kaldırılan 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu 41'e göre ise;

“*Mücbir sebepler veya beklenilemeyen veya sakınılması kabil olmayan hadiseler neticesi olarak, bir mehle riayet imkansızlığı hasil olursa, mehlin bitmesinden hasil olacak neticeye karşı eski hale getirme talep olunabilir. Yapılan bir tebliğden kusuru olmaksızın haberdar olmamak keyfiyeti, beklenilmeyen ve sakınılması mümkün olmayan hallerdendir.*”
Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu, Kanun Numarası: 1412, Kabul Tarihi: 4.4.1929, RG 20.4.1929/1172.

¹⁰² Veli Özer Özbek, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (12. Bası, Seçkin 2019) 145.

¹⁰³ Ibid 145.

¹⁰⁴ Yargıtay 4 CD, 2013-39256/40800, 24.12.2015. Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi <<https://www.lexpera.com.tr/>> Erişim Tarihi 18.06.2020.

¹⁰⁵ “*Hükümün, sanık ve müdafinin yokluğunda, katılanın ise yüzüne karşı tefhim edildiği, yasa yolu bildiriminde bulunulurken, başvuru süresinin hangi tarihten itibaren başlayacağını belirtilmemesi, hükmü temyiz etme hakkı bulunanlar yönünden yanlıcı nitelikte bir eksiklik olarak değerlendirilmiştir. Açıklanan nedenlerle; gerekçeli kararın yasa yolu bildirimindeki eksikliği giderecek açıklama ile birlikte sanık müdafii ile katılana tebliğ edilmesi ve bu tebligat sonucunda temyiz dilekçesi verilmesi halinde bu dilekçe de nazara alınarak, aksi halde ise sanık müdafininin 27.07.2006 günlü temyizininin, CYY'nun 40/1. maddesi uyarınca süresinde olduğunun kabulü ile temyiz incelemesi yapılması gerekmektedir.*” Yargıtay 8 CD, 139/171, 06.07.2010. Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi <<https://www.lexpera.com.tr/>> Erişim Tarihi 18.6.2020.

Süresi içinde usul işlemi yapılsaydı, esasa hangi mahkeme hükmedecek idiyse, eski hâle getirme dilekçesi hakkında da o mahkeme karar verecektir (CMK 42/I). Eski hâle getirme isteminin kabulüne ilişkin karar kesindir; reddine ilişkin karara karşı itiraz yoluna gidilebilmesi ise mümkündür (CMK 42/II). Eski hâle getirme dilekçesi, kararın yerine getirilmesini durdurmaz; ancak, mahkeme yerine getirmeyi erteleyebilecektir (CMK 42/III).

dd. Eski Hale İade Konusunda Vergi Yargılamasındaki Yasal Boşluk, Görüşümüz ve Öneri

Bilindiği üzere “Vergi Davaları” başlıklı beşinci kitap başta olmak üzere VUK’ta ve İYUK’ta vergi yargısına ilişkin düzenlemeler yer almaktadır, ancak bu düzenlemelerin arasında eski hale iade kurumuna yer verilmemiştir. Yukarıda belirttiğimiz gibi İYUK’un 31. maddesi, İYUK’ta hüküm bulunmayan bazı hallerde HMK ve VUK hükümlerine atıf yapmıştır. Mücbir sebep konusunda VUK hükümlerinin neden uygulanamayacağını bir önceki başlıkta detaylı biçimde açıklamıştık. Kaldı ki VUK hükümleri uygulanabilse dahi VUK’ta eski hale iade/getirme kurumunun maddi ve şekli şartlarını düzenleyen bir hüküm yer bulunmamaktadır.

Bu noktada HMK hükümlerinin niteliği elverdiği ölçüde idari yargılama usulü açısından da uygulanması da söz konusu olamaz. Zira İYUK 31’de HMK’ya atıf yapılan haller sınırlı sayıda (numerus clausus) olarak sayılmıştır. İYUK’ta açıkça atıf yapılmadığı için CMK hükümleri ise evleviyetle uygulanamayacaktır. Dolayısıyla eski hale iade kurumu açısından vergi yasalarında ve İYUK’ta yasal bir boşluk olduğunu söylemek mümkündür. Söz konusu yasal boşluk, yukarıda alıntılıdığımız yargı içtihatlarıyla giderilmeye çalışılmış olsa da görüş birliğine sağlanamadığını da belirtmek gereklidir.

Adil yargılanma hakkının ihlalini sonuçlayabileceği de dikkate alındığında yasa koyucunun ivedilikle söz konusu yasal boşluğu gidermesi gerekmektedir. Bu durumda yasa koyucunun önünde iki seçenek bulunmaktadır. İlk olarak, İYUK 31’de HMK’ya yapılan atıflar arasında eski hale getirme kurumuna yer verilmesi düşünülebilecektir. İkinci seçenek ise İYUK’ta ayrı bir hüküm tesis edilmesidir. Ayrı bir hüküm tesis edilmesi yoluna gidilirse HMK’ya benzer biçimde maddi ve şekli şartların açık biçimde belirlenmesi, vergi hukuku açısından kanuni temsilciler ya da mali müşavirler gibi ilgililerin eski hale iade talep edip edemeyeceklerinin açıkça düzenlenmesi ve işlemin süresinde yapılamamasına sebep olan engelin ortadan kalkmasından itibaren 15 günden¹⁰⁶ az olmamak üzere bir süre verilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

¹⁰⁶ HMK’da eski hale iade talebinde bulunmak için iki haftalık bir süre öngörülmüştür (HMK 96/I). Bununla birlikte İYUK’ta süreler genellikle gün hesabıyla belirlendiği için belirlenecek sürenin gün olarak belirtilmesi kanun sistematğine daha uygun olacaktır.

B.Vergi Yargılaması Alanında Koronavirüs Salgınına İlişkin Özel Düzenlemeler

Koronavirüs salgını nedeniyle konuya ilişkin olarak getirilen özel düzenlemelere ayrı bir başlık altında değinmekte fayda bulunmaktadır.

Bilindiği üzere 26 Mart 2020 tarihli ve 31080 (mükerrer) sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair 7226 sayılı Kanun’un Geçici 1. maddesiyle, yargı alanındaki hak kayıplarının önlenmesi amacıyla; 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; İdari Yargılama Usulü Kanunu, Ceza Muhakemesi Kanunu ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile usul hükmü içeren diğer kanunlarda taraflar bakımından belirlenen süreler ve bu kapsamda hâkim tarafından tayin edilen süreler ile arabuluculuk ve uzlaştırma kurumlarındaki süreler 13.3.2020 (bu tarih dâhil) tarihinden itibaren 30.4.2020 (bu tarih dâhil) tarihine kadar durdurulmuştur. 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 uzatabileceği ve bu döneme ilişkin kapsamı daraltabileceği belirtilmiştir.

Nitekim 2480 sayılı ve 29.04.2020 tarihli Yargı Alanındaki Hak Kayıplarının Önlenmesi Amacıyla Getirilen Durma Süresinin Uzatılmasına Dair Cumhurbaşkanı Kararı’nın 1. maddesiyle bu süreler, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu’nda öngörülen zorunlu idari başvuru yoluna ilişkin süreler hariç, 01.05.2020 (bu tarih dâhil) tarihinden 15.06.2020 (bu tarih dâhil) tarihine kadar uzatılmıştır. Salgın hastalığın yayılma tehlikesinin daha önce ortadan kalkması halinde yeniden değerlendirileceği belirtilmiştir.

Demek oluyor ki mücbir sebebin dava açma ve kanun yollarına başvuru sürelerini etkileyip etkilemediği tartışması, en azından mevcut salgın nedeni ile sürelerin durduğu süreç özelinde önemini yitirmiştir.

Bununla birlikte bir kişinin bu süre geçtikten sonra da anılan virüsün etkisi altında olması ve süreler işlemeye başladıktan sonraki vergi yargılamasına ilişkin hak düşürücü süreleri kaçırmaması da olarak dâhilindedir. Bu gibi durumlarda yukarıda III No.’lu Ana Başlıkta yaptığımız vergi yargılaması hukukuna ilişkin mücbir sebep ve hukuksal sonuçları ile ilgili açıklamaların tümü, bu durumlar açısından da geçerli olacaktır.

VI. Vergi Ceza Hukuku Açısından Mücbir Sebep¹⁰⁷

A. Genel Açıklamalar

Mücbir sebep ve beklenmeyen hal kurumları Vergi Ceza Hukuku açısından da önem taşımaktadır.

Bu noktada VUK'un 17. maddesindeki özel düzenlemenin üzerinde durulmasında yarar bulunmaktadır. Maddede “*zor durumda olmaları nedeni ile vergi ile ilgili yükümlülüklerini yerine getiremeyenlere*” Hazine ve Maliye Bakanlığı tarafından ek süre verileceği hükmü yer almaktadır. Maddede “zor durum” teriminin kullanılmış olmasına rağmen; bu düzenleme Ceza Hukuku anlamında bir hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilen zorunluluk haline ilişkin değildir. Burada failin kendisini ya da bir başkasını bilerek sebebiyet vermediği bir tehlikeden kurtarmak hali söz konusu değildir.

VUK'un yukarıda ilgili bölümlerde de birçok kez değinilen 17. maddesi hükmü, 13. maddesinde yer alan “mücbir sebep ve beklenmeyen durum” düzenlemesi ile ilgili olup, dahası zaten 13. maddede yer alan hallerden biri olup, bunların tümü hukuksal şartların varlığı halinde vergi suç ve kabahatleri açısından kusurluluğu ortadan kaldıran sebeplerdendir. Aşağıdaki başlıklar içeriğinde konu makale kapsamının elverdiği ölçüde ele alınmaya çalışılacaktır.

Mülga 765 sayılı TCK'da mücbir sebeplere ilişkin bir hüküm bulunmamakta idi¹⁰⁸. Ayrıntısına girmeden belirtilmesi gereken husus; günümüzde yürürlükte olan 5237 Sayılı TCK'nın konuyu “Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenler” Başlıklı 1. Kitap, 1. Kısım, 2. Bölüm'ün “Meşru Savunma ve Zorunluluk Hali” başlıklı 25/2. maddesinde düzenlemiş olduğudur. Anılan düzenleme “... Gerek kendisine gerek başkasına ait bir hakka yönelik olup, bilerek neden olmadığı ve başka suretle korunmak olanağı bulunmayan ağır ve muhakkak bir tehlikeden kurtulmak veya başkasını kurtarmak zorunluluğu ile ve tehlikenin ağırlığı ile konu ve kullanılan vasıta arasında orantı bulunmak koşulu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmez” şeklindedir.

Kabahatler Kanunu ise konuyu “Hukuka Uygunluk Nedenleri ile Kusurluluğu Ortadan Kaldıran Nedenler” başlıklı 12. maddesinde düzenlemiş olup, madde TCK'nın hukuka uygunluk sebepleri ile kusurluluğu ortadan kaldıran sebeplere ilişkin hükümlerinin kabahatler açısından da uygulanacağı yönündedir. Bu itibarla VUK'ta özel hüküm bulunmadığı durumlarda ve her somut olayda o somut olayın özellikleri dikkate alınarak, bu hükmün vergi kabahatleri açısından da uygulanabilir olduğu belirtilmelidir.

¹⁰⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz Kaşıkçı, *Vergi Kaçakçılığı Suçları* (n 40) 212 vd.

¹⁰⁸ 1930 tarihli “İtalyan Ceza Kanunu”nun 454. maddesinde mücbir sebeplere yer verilmiş ve mücbir sebeplerin varlığı halinde failin cezalandırılmayacağı hükmüne bağlanmıştır (Sulhi Dönmez ve Sahir Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt: II* (12. Bası, Beta 1997) 1030).

Buna karşılık konu VUK'ta ayrıntılı olarak düzenlenmiş olup; anılan Yasa'nın 13. maddesinde mücbir sebeplerin neler olduğu açıklanmış, 373. maddesinde “*mücbir sebeplerin varlığının saptanması veya belgelenip ispat olunması halinde*” ceza kesilemeyeceği hükme bağlanmıştır. Mücbir sebebin varlığı durumunda vergisel para cezası kesilmemesinin nedeni, bu sebebin vergisel aykırılıklarda kusurluluğu ortadan kaldıran bir sebep olmasıdır.

Yine VUK'un 115. maddesinde yalnızca idari aykırılıklar açısından kesinleşmiş vergi cezalarında uygulanan ve bu yönüyle özel affa benzeyen terkin kurumuna yer verilmiştir.

Mücbir sebepler aynı zamanda VUK'ta düzenlenen vergi kaçakçılığı suçları açısından hukuksal sonuçlar doğurmaktadır.

Aşağıdaki başlıklarda bu düzenlemelerin tümü Vergi Ceza Hukuku açısından irdelenmiştir.

B. VUK'un Mücbir Sebep ve Beklenmeyen Hal ile İlgili Düzenlemeleri

Yukarıda konunun vergisel işlem boyutu ile ilgili olarak yaptığımız ayrıntılı açıklamalarda da değindiğimiz üzere; VUK'un 13. maddesi geniş anlamda mücbir sebep (mücbir sebep ve beklenmeyen haller) durumlarına ilişkin olup, anılan maddede bunların genel bir tanımının yapılmasından kaçınılmış ve neler oldukları sayma sureti ile açıklanmaya çalışılmıştır¹⁰⁹. Bununla birlikte maddede, mücbir sebeplerin sınırlayıcı olmadığı da belirtilmiştir.

Mücbir sebepler kişinin iradesi üzerinde etkili olan olaylar olup, Ceza Hukuku açısından taşıdıkları önem *kusurluluğu kaldıran bir sebep* olmalarıdır. *Bu sebeplerin bulunduğu durumlarda manevi unsurun/kastın yokluğu sebebi ile vergi kaçakçılığı suçlarının ve VUK'ta düzenlenen diğer suçların oluşmadığının kabulü gerekir.* Hemen yukarıda değinildiği gibi bu konu TCK 24/2'de tanımlama sureti ile ele alınmıştır. VUK 13 ise *sayma* yöntemini tercih etmiş ama sınırlandırma yapmamıştır.

Aşağıda VUK m. 13 düzenlemesi vergi ceza hukuku açısından taşıdığı özellikler bağlamında ele alınacaktır.

Bilindiği gibi VUK'ta mücbir sebep olarak kabul edilen hallerden ilki; ağır hastalık, kaza ve tutukluluktur. Anılan bu sebeplerin Vergi Hukuku ve Ceza Hukuku açısından geçerli sebepler olabilmesi için vergisel yükümlülüklerin hiç ya da süresinde yerine

¹⁰⁹ Kaşıkçı *Vergi Kaçakçılığı Suçları* (n 40) 212; Öncel, Kumrulu, Çağan ve Göker (n 29) 127 vd; Kaneti, Ekmekçi, Güneş ve Kaşıkçı (n 7) 156 vd.; Kırbaş (n 81) 145; Necmi Yücel, *Tatbikatta Vergi Cezaları* (İnkilap 1955) 251-252.

getirilememiş olması sonucunu doğuracak ağırlıkta olması gerekmektedir¹¹⁰. Bir diğer deyişle buradaki sebeplerin hukuki sonuçlar doğurması açısından; bunlar ile yükümlülüğün yerine getirilememesi arasında nedensellik bağının kurulabilmesi gerekmektedir.

Yasada tutukluluktan bahsedilmiş olmakla birlikte; tutukluluk teriminin teknik anlamda kullanılmadığının, yani sadece CMK'nın 100 vd. maddelerinde düzenlenen yargılama koruma önlemi olan genel tutukluluk halini içermediğinin kabulünde zorunluluk bulunmaktadır. Bu nedenle de ifade ve sorgu için zorla getirme (CMK 146), duruşmadan başışık tutulan sanığın zorla getirilmesi (CMK 199), disiplin hapsi (CMK 60, 124, 199), duruşma düzenini bozanlar hakkında uygulanacak disiplin hapsi (CMK 203) gibi özel tutukluluk/koruma önlemleri hallerinin de buradaki mücbir sebebi oluşturduğu sonucuna ulaşılmalıdır.

Benzer biçimde gözaltı kurumu da bu anlamda bir mücbir sebeptir. Bu gibi sebepler niteliği ile bağdaşması koşulu ile vergi kabahatleri ve suçları açısından da kusurluluğu ortadan kaldıran sebeplerdir. Örnek olarak belirtmek gerekirse; tutuklama ya da diğer bir koruma önlemi nedeni ile defterlerini süresinde ibraz edemeyen yükümlünün eylemi, suçun manevi unsurunun gerçekleşmemiş olması nedeni ile (yükümlünün kusurlu olmaması nedeni ile) VUK 359'daki gizleme suçunu oluşturmayacaktır¹¹¹.

Yer sarsıntısı ve su basması gibi afet halleri maddenin ikinci bendinde düzenlenmiştir. Bu bent gereğince mücbir sebep olarak kabul edilecek olan durumlar, yükümlülüğün yerine getirilememesine sebebiyet verecek felaket halleridir. Bunlar büyük bir yangın, sel, toprak kayması, yanardağ patlaması ve deprem örneğindeki gibi genel felaketler olabileceği gibi; yangın, su basması, belgelerin bulunduğu binanın yıkılması gibi özel felaketler de olabilecektir. Bu iki tür felaket arasında hukuki açıdan bazı farklılıklar vardır. Felaketin herkesçe bilinen genel bir nitelik taşıdığı durumlarda, failin bunları kanıtlama zorunluluğu bulunmamaktadır¹¹². Nitekim VUK'un 373. maddesinde "...*vukua geldiği malum ise...*" denilerek bu konuya değinilmiştir. Felaketin özel bir nitelik taşıdığı hallerde ise bu felaketi belgeleme ve kanıtlama yükümü faile aittir. VUK'un 373. maddesinde "*tevsik ve ispat olunursa*" ifadesi kullanılmak sureti ile bu hususa değinilmiştir¹¹³.

¹¹⁰ Danıştay da mücbir sebebin belirli bir ağırlıkta olması koşulunu aramaktadır. Bkz Danıştay 7 D, 5598/3635, 25.10.1972 (Fevzi Karagözoğlu, *Vergi Usul Kanunu ve Uygulanması Cilt:II.* (Ünal Matbaası 1977) 37; Öncel, Kumrulu, Çağan ve Göker (n 29) 128, 60 no.'lu dipnot.

¹¹¹ Bununla birlikte daha önce de değindiğimiz gibi Danıştay İBK kararıyla defter ve belgelerin mücbir sebep nedeniyle ibraz edilmemiş olmasını re'sen tarh nedeni olarak görmektedir. (Danıştay İBK, 2013-3/1, 08.02.2019. RG 25.07.2019/30842).

¹¹² Öncel, Kumrulu, Çağan ve Göker (n 29) 128, 129.

¹¹³ "...*Sanıktan 07.03.1990 günlü yoklama fişi ile şirkete ait 1987 takvim yılı defter ve belgelerini 15 gün içinde gelirlir kontrolörlüğüne ibraz etmesi istenildiği; sanığın, 21.03.1990 tarihli dilekçe ile 06.09.1990 tarihinde tutuklu olarak Diyarbakır'a gittiğini ve bu arada meydana gelen karışıklık nedeni ile defterlerin bilgisi dışında kaldığını, en kısa zamanda bulup getireceğini bildirdikten sonra; işyerinde 30.03.1990 günü yangın çıktığı defter ve belgelerin yandığı konusunda tespit yapılarak, ibrazdan kaçındığının anlaşılması karşısında, bu gibi hallerde VUK nun 139. maddesine uygun tebligat aranmayacağından münnet suçun oluştuğu anlaşılmalı ve sanık vekilinin yerinde olmayan temyiz itirazlarının reddine ve kararın onanmasına oybirliği ile karar verildi...*" Yargıtay 9. CD, 4926/223, 27.01.1994 (Ahmet Gündel, *Vergi Suçları ve Cezaları* (3. Baskı, Adil 1994) 539).

VUK'un 13. maddesinin 3. bendinde düzenlenmiş olan "mecburi gaybubet" hali ise, yükümlünün iradi olmayan kaybolması anlamına gelip, kaybolma, ancak vergisel yükümlülüklerin yerine getirilmemesi eylemi ile nedensellik bağının kurulabildiği durumlarda bir mücbir sebep sayılacaktır. İradi olmayan kaybolma hallerine örnek olarak; askere alınma¹¹⁴, kaçırılma, hürriyetin tahdit edilmesi, gittiği yabancı ülkede savaş çıkması gibi nedenlerle sınırların kapatılması¹¹⁵, ulaşım imkânsızlıkları (sis nedeni ile uçakların kalkmaması) ve salgın hastalık nedeni ile karantina altına alınma¹¹⁶ gibi sebepler gösterilebilir.

Bazen mücbir sebep bizzat genel nitelikteki bir mücbir sebep dolayısı ile alınan idari ya da yasal tedbirlerden de kaynaklanabilir. Şöyle ki, ileride açıklanacağı gibi Koronavirüs ile ilgili düzenlemeler kapsamında bazı vergisel yükümlerinin yerine getirilmesi açısından vergisel yükümlülükler ertelenmemiş, yani süreler durmamıştır. DHV beyannamesi bu durumun örneğini oluşturmaktadır. Bu bağlamda 65 yaşın üzerinde olması nedeni ile geçici önlemler kapsamında dışarı çıkamayan ve evinde bilgisayarı, teknik olanakları olmayan bir yükümlü beyanname verme ya da ödeme yükümünü yerine getirememiş olabilir. Bu örnekte anılan şahıs açısından mücbir sebep bizzat koronavirüs önlemlidir. İşte bu gibi durumların da VUK'un 13. maddesindeki mecburi gaybubet kapsamında bir mücbir sebep olarak değerlendirilip, kişinin aynı yasanın 15. maddesindeki hukuksal sonuçlardan yararlanması ve ceza hukuku açısından da kusurluluğu kaldıran sebep olarak kabulü gerekir.

VUK'ta düzenlenen son mücbir sebep ise, "*defter ve belgelerin iradi olmayan elden çıkması*" halidir. Bu durumun geçerli bir mücbir sebep olabilmesi için failin iradesi dışında meydana gelmesi gerekmektedir. Hırsızlık, yağma, muhasebe kayıtlarının içinde bulunduğu aracın çalınması¹¹⁷, araç kazası ya da gemi çatması¹¹⁸ ile yargı makamlarının ya da idari makamların kararı ile alınan tedbirler¹¹⁹, "*defter ve belgelerin iradi olmayan elden çıkması*" haline örnek olarak gösterilebilir¹²⁰. Yargıtay bu gibi iddialar karşısında durumun delil serbestliği ve vicdani kanaat ilkesi gereğince araştırılması ve diğer delillerden de yararlanması gerektiği kanaatinde¹²¹.

¹¹⁴ Öncel, Kumrulu, Çağan ve Göker (n 29) 129.

¹¹⁵ Sahir Erman, *Vergi Suçları Ticari Ceza Hukuku* (İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Yayınları 1988) 29.

¹¹⁶ Ibid 30.

¹¹⁷ Nihat Edizdoğan, Metin Taş ve Ali Çelikkaya, *Vergi Ceza ve Yargılama Hukuku* (Ekin 2007) 201.

¹¹⁸ Erman (n 115) 30.

¹¹⁹ Öncel, Kumrulu, Çağan ve Göker (n 29) 129-130. Yazarlar terekenin tahriri amacıyla murisin iş yerinin mühürlenmiş olmasını; terekeye el konan mahkemece defter ve belgelerin alınması ve sonrasında yükümlüye mahkemece defterleri inceleme izni verilmemiş olmasını; buna ilaveten VUK'un 144/4-5. maddesi uyarınca muhafaza altına alınmış defterlerle ilgili olarak, idarece yükümlüye inceleme izninin verilmemiş olması durumunu da mücbir sebep olarak kabul etmişlerdir.

¹²⁰ Danıştay da, anarşik olaylar nedeni ile yükümlünün işyerinin tahrip ve yağma edilmesi nedeni ile burada bulunan defter ve belgelerin elden çıkması halini bir mücbir sebep olarak kabul etmektedir (Şükrü Kızılot, *Vergi Uyuşmazlıkları ile İlgili Danıştay Kararları ve Muktezalar* (Yaklaşım 1998) 1272).

¹²¹ "...Saniğin çalındığını iddia ettiği satış fişi dip koçanlarıyla ilgili satışların, incelenmek üzere Defterdarlığa ibraz ettiği belgelere de yazılmış olması karşısında suç kastının bulunmadığı..." Yargıtay 9 CD, 3619/486, 31.01.1990. Karar için bkz (1990) 16 (9) Yargıtay Kararları Dergisi 1417.

VUK'un 13. maddesinde sayma sureti ile mücbir sebeplerin neler olabileceğinin saptamış olduğu, bununla birlikte aynı maddede “*gibi nedenler*” ifadesine de yer verilmiş sureti ile bunların sınırlayıcı olmadığını hükme bağlandığı daha önce belirtilmiş idi. Bu nedenle de maddede sayılmamış olmakla birlikte, yükümlünün iradesi dışında meydana gelen ve vergisel ödevlerin gereği gibi yerine getirilmesini engelleyen her türlü sebebin “mücbir sebep” sayılması gerekmektedir. Şehirdeki bir olay nedeni ile yükümlünün bürosunun tahrip ve yağma edilmesi hali bu duruma örnek olarak gösterilebilir¹²².

C. Mücbir Sebebin Vergi Ceza Hukukuna (Kusurluluğa) Etkisi

Bir önceki başlık altında açıklanan mücbir sebeplerin varlığı halinde bu durum; hazırlık soruşturmasında (soruşturmada) ceza davasının açılmasını engelleyecek, son soruşturmada (kovuşturmada) ise failin kusurluluğunu ortadan kaldıran bir sebep olarak kabul edilecek ve failin cezalandırılmasına engel olacaktır. VUK'un 373. maddesindeki kural bu noktada ceza mahkemesindeki yargılamanın konusunu oluşturacak eylemler açısından da geçerli olacaktır.

Konunun ceza yargılamasında delillerin ortaya konulması ve değerlendirilmesi ile ilgili olduğu ortadadır. Bu nedenle de mücbir sebeplerin varlığının her türlü belge ve delille ispatlanabilmesi mümkündür. Bunun yanı sıra, vicdani kanaatine göre hareket etmek durumunda olan ceza yargıci, hastalık halinde alınan resmi raporların ya da tutukluluk gibi hallerde savcılıktan ya da mahkemeden alınmış olan belgelerin varlığına rağmen, bu gibi durumların vergi ödevinin yerine getirilmesine etkili olup olmadığı meselesinin çözümünde her zaman için takdir yetkisine sahip olacak veya bilirkişiden yararlanabilecektir¹²³. Ancak herkesçe bilinen genel nitelikteki mücbir sebeplerin ayrıca ortaya konulmasına gerek yoktur.

Defterlerin çalındığına veya kaybolduğuna ilişkin asliye ticaret mahkemesinden alınmış bir zayi belgesi ve kararı ibraz yükümlülüğünü kaldıracaktır. Buna karşın aynı nitelikteki mahkeme kararı dönem matrahının re'sen takdirine engel oluşturmaz¹²⁴.

Kanaatimizce vergi kaçakçılığı suçlarında yer alan hareketlerin nitelikleri dikkate alındığında; mücbir sebebin ve kusurluluğa etkisinin, ancak bazı seçimlik hareketler açısından değerlendirme konusu yapılabileceği açıktır. Bu seçimlik hareketler VUK'un 359/a-2. maddesindeki “defter, kayıt ve belgelerin tahrifi veya gizlenmesi” ve 359/b-1. maddesindeki “defter, kayıt ve belgelerin veya bunların sayfalarının yok edilmesi” şeklindeki hareketlerdir.

¹²² Kaneti, Ekmekci, Güneş ve Kaşıkçı (n 7) 424.

¹²³ Erman (n 115) 30.

¹²⁴ Danıştay IBK, 2013-3/1, 08.02.2019. RG 25.07.2019/30842. Edizdoğan, Taş ve Çelikkaya (n 117) 202.

Özetle ifade edersek bir an için anılan yasanın vergi kaçakçılığı suçları ile ilgili olan 359. maddesinin değinilen suç tiplerinde; tahrif olma ve yok olmadan değil, tahrif etmek ve yok etmekten söz edildiğinden, bu eylemlerin mücbir sebep ve kusurluluğa etkisi yönünden inceleme konusu dışında kaldıklarının düşünülebilmesi mümkündür. Ancak çok uç örnekler de olsa VUK 13'teki mücbir sebeplerin ya da aslında mücbir sebep olmakla birlikte gereksiz bir şekilde zor durum adı altında aynı yasanın 17. maddesi kapsamında değinilmeye çalışılan durumların bazılarının kusurluluğu ortadan kaldıran birer sebep olarak kabulü mümkündür.

Örnek olarak, kişi içinde bulunduğu ağır psikolojik ya da psikolojisini de etkileyen fiziksel bir rahatsızlık nedeni ile yasal defter, belge veya kayıtlarını vergisel amaç gütmeyen yok eder ya da tahrif ederse; bu gibi durumların kusurluluğu ortadan kaldıran haller olarak kabulünün gerekeceği belirtilmelidir.

Bizce bu gibi ayrık örnekler dışında mücbir sebeplerin kusurluluğa etkisi yönünden irdelenmesi ve dikkate alınması gereken tipik örnek; gizleme fiilidir. VUK 359'da gizlemenin ne olduğu ile ilgili bir tanım verilmeye çalışılmıştır. Buna göre gizleme "varlığı noter kayıtları ya da sair suretlerle sabit olduğu halde defter, kayıt ve belgelerin inceleme için ibraz edilmemesi"dir. Failin VUK 13 (VUK 17) kapsamındaki bir mücbir sebebin varlığı durumunda defter ibraz edememiş olduğu hallerde, eylemi gizleme suçunun maddi unsurunu oluşturmakla birlikte, ortada kusurluluğu kaldıran bir sebep bulunduğundan manevi unsurun yokluğu nedeni ile kendisine ceza verilebilmesi mümkün olmayacaktır.

Yargıtay ise çeşitli kararlarında mücbir sebep iddiasının samimi olması¹²⁵ ve mücbir sebebin var olup olmadığının ceza yargılamasında ayrıntılı olarak tartışılması¹²⁶ gereği üzerinde durmuştur. Bununla birlikte Yargıtay'ın inceleme ile ilgili başta inceleme yeri olmak üzere, VUK'un ilgili kurallarına uyulup uyulmadığını araştırmaksızın, vergi incelemesinde talep üzerine defterlerin ibraz edilmemesini yeterli gördüğü kararlar da mevcuttur¹²⁷.

¹²⁵ Yargıtay 9 CD, 3619/4868, 31.01.1990; 1747/2474, 13.06.1990; 3786/4517, 20.12.1990; 4926/233, 27.01.1994. Kararlar için bkz Gündel (n. 109) 25, 32, 39.

¹²⁶ "...Sanığın geçersiz olmakla birlikte Maliye Tebliğine itilaa kesbetmesini müteakip kendisinden istenen defter ve belgeleri çaldırıldığını ileri sürerek ibraz etmemiş bulunması karşısında, usulen sorguya çekildikten sonra ileri sürdüğü mazeretin kabul edilip edilemeyeceği, TTK.nun 68. maddesi hükmü de nazara alınmak sureti ile, **tartışılarak bir karara varılması gerekirken, soyut tebligatın geçersiz olduğundan bahisle beraat kararı verilmesi yasaya aykırıdır.**"(Yargıtay 9 CD, 2006/2790, 13.09.1990) ; "...01.02.1992 tarihli tutanak kapsamı ile duruşmadaki savunmasından sanığın işyerini 10.01.1988 tarihinde kapattığı defter ve belgelerini kaybetmesi nedeni ile vergi dairesine ibraz edemediği ve bu nedenle mefruz vergi ziyayı doğup, 213 Sayılı Yasa'nın 139. maddesindeki istisnai durumun gerçekleştiği gözetilmeden beraat tesisi bozmayı gerektirmiştir" (Yargıtay 9 CD, 831/1689, 06.04.1993) ; "...Sanığın suça konu defterleri muhafaza edip etmediğinin, bunları ibraz etmeme sebebinin saptanması ve olayın açıklığa kavuşturulması bakımından savunması alınarak sonuca göre hukuki durumun tayini gerekirken, olayda uygulanma imkanı olmayan CMUK.nun 223/son maddesine dayanılarak beraat kararı verilmesi yasaya aykırı olup bozmayı gerektirmiştir..." (Yargıtay 9 CD, 433/1301, 11.03.1994). Kararlar için bkz Gündel (n. 109) 29, 36.

¹²⁷ "213 sayılı Kanunun 253. maddesine göre tuttuğu defterlerle belgelerin ait olduğu yılı takip eden takvim yılından başlamak üzere beş yıl süre ile muhafaza etmek mecburiyetinde bulunan sanığın usulüne uygun olarak yapılan **tebligata rağmen istenen defter ve belgelerini aynı Kanunun 13. maddesinde gösterilen mücbir sebeplere veya kastı kaldıran diğer nedenlere dayanmadan yetkililere ibraz etmemesi şeklinde oluşan eylemi ile ...**" Yargıtay 11 CD, 4114/4696, 10.05.2001. Kazancı Hukuk Otomasyon Sistemi <https://www.kazanci.com.tr/> Erişim Tarihi 19.06.2020.

Son olarak belirtmek isteriz ki mücbir sebep, vergi kaçakçılığı suçlarının yanı sıra vergi mahremiyetini ihlal suçu (VUK 362) ve mükelleflerin özel işlerini yapma suçu (VUK 363) açısından da kusurluluğu kaldıran bir sebeptir. Örneğin vergi incelemesi sırasında işyerinde yangın çıkması halinde defter ve belgeleri sokağa bırakan vergi inceleme memurunun vergi mahremiyeti kapsamındaki birtakım bilgileri kasten ifşa ettiği söylenemez. Bununla birlikte araştırmamız kapsamında vergi kaçakçılığı suçları dışında diğer iki suç tipi hakkında yargı kararlarına yansıyan mücbir sebep örnekleri tespit edilememiştir. Makale kapsamının genişletilmemesi açısından bu alt başlıkta VUK'ta düzenlenen suçlardan yalnızca 359. maddedeki vergi kaçakçılığı suçu adı altında düzenlenen suçlar ele alınmış, vergi mahremiyetini ihlal suçu ile yükümlünün özel işlerini yapmak suçu inceleme dışı bırakılmıştır. Bu son iki suç tipi açısından özetle belirtilmesi gereken husus; mücbir sebep hallerinin her somut olayda VUK ve TCK hükümleri ışığında özel olarak değerlendirilebileceğidir.

Sonuç

Bu çalışmada yargılamanın öncesi ve sonrasını da kapsar şekilde yargılama dışı sürece ilişkin boyutta mücbir sebep kurumu, gümrük vergi hukukunda mücbir sebep ve mücbir sebebin Vergi Ceza Hukukuna ilişkin sonuçları üzerinde durulmuştur. İzleyen bölümlerde ise konu vergi yargılaması hukuku açısından değerlendirilmiştir.

Kabul edildiği 1961 tarihinden beri zaman zaman ağırlıkla vergi idaresi eksenli pragmatik, zaman zaman da değişen koşullara ayak uydurmak amaçlı ve bir kısmı hak ve özgürlük odaklı bazı değişiklikler yapılarak güne uyarlanmaya çalışılmış olsa da VUK; bir çok açıdan çağın hukuk anlayışını yakalayamayan, sistematikten yoksun, karmaşık ve çelişik hükümler içeren bir yasadır. Bu konulara birçok örnek verilebilir. Anayasa'nın ve AİHS'in yine Anayasa'nın 90/5. maddesi uyarınca amir hükümlerine aykırı olarak yargıç kararı olmaksızın idari takdire bağlı olarak yoklama, inceleme ve aramayı izleyen ya da olağan inceleme sürecinde uygulanan el koyma tedbirleri, idareye birçok konuda tanınan hukuka aykırı yetkiler, çağdaş suç genel teorisi açısından kabul edilmesi olanaksız olan aykırılık düzenlemeleri bu gerçeğin basit örneklerindedir.

Bir üst paragrafta değinilen sorun ve sorunsallar, tartışmasız bir şekilde birçok konuda kendisine özgü kuralları ve düzenlemeler bütünü ile ele alınması gerekirken, halen idari yargı bünyesinde ve İYUK ile düzenlenen vergi yargılaması açısından daha farklı değildir. 1982 yılında bir günde kabul edilip yürürlüğe giren idari yargılama alanına ilişkin üç temel yasa ve özellikle İYUK; günü yakalayamayan, birey hak ve özgürlükleri açısından hukuka aykırı nitelikte birçok hüküm içeren düzenlemeler bütünüdür. Bu saptamamıza; "İYUK özelinde halen dahi kabul edildiği çünkü basit yazım hatalarının düzeltilmemiş olması, vergi yargılamasının ayrıntılı

düzenlenmeyip sorunların idare mensuplarının görev yaptığı vergi komisyonları dönemine ilişkin VUK hükümlerine atıfla (İYUK 31/2) halledilmeye çalışılmış olması, keza 31. madde ile Osmanlı döneminden kalan yetersiz atıf yönteminin sürdürülüyor olması, üstelik bu yapılırken eşitler arası ilişkileri düzenleyen bir özel hukuk yargılama disiplinine atıf yapılmış olması, bir yandan yazılılık kuralına yer verilip diğer yandan duruşmanın kabul edilmesi ve fakat bir duruşma tutanağına dahi yer verilmemiş olması” gibi örnekler verilebilir.

AATUHK düzenlemelerine de benzer birçok eleştiri getirilebilir. Hukuka aykırı olarak idareye tanınan koruma önlemleri, haciz ve haczin paraya çevrilmesi konusundaki yetkiler, kamusal hacze ilişkin yetersiz ve günün hak ve özgürlük anlayışının gerisinde kalmış kurallar bu durumun örnekleridir. Tüm bu durumlar bizlerin ayrı ayrı ya da birlikte yazdığı monografilerde ve makalelerde ele alınmış olup, bu sorunların tümünün bu çalışmanın dar kapsamında aktarılabilmesi mümkün değildir.

Bu çalışmada ele alınan COVID-19 virüsü pandemisi ile hukuk gündemine oturan mücbir sebep kavramı, bunun hukuksal sonuçları ve sebebiyet verdiği zararlı durumların ortadan kaldırılması konularındaki; vergi hukukuna özgü hukuksal durum ve yasal düzenlemeler de hemen yukarıdaki paragraflarda açıklananlardan daha farklı bir görünüm arz etmemektedir.

VUK, yargılama öncesi süreç açısından mücbir sebep, bunların hukuksal sonuçları ve ortaya çıkardıkları zararlı durumlara ilişkin olarak 13., 15., 17., 90., 111., 115. ve 373. maddelerinde birtakım kurallar içerse de; çalışmada aktardığımız üzere bu kurallar sistematikten yoksun, tekrarlar içeren, günün ihtiyaçlarını karşılamayan, girift ve eksik niteliktedir. Çağdaş vergi hukuku anlayışının yakalanabilmesi açısından bu hususların tümü doğrusu yeni bir yasada olmak üzere sil baştan bir maddede ya da aynı madde kapsamında, makaledeki her bir konuya ilişkin eleştiri ve öneriler dikkate alınarak düzenlenmelidir.

İYUK'ta ise ne mücbir sebebe ne de onun hukuksal sonucu olan eski hale iadeye ilişkin bir hüküm bulunmaktadır. Her ne kadar İYUK 31/2 ile bu kanunda hüküm bulunmayan hallerde VUK hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiş ise de; gelir idaresi çalışanlarının da mensubu olarak yargı faaliyetini yürüttüğü bir faaliyete yargılama denilebilmesi ve yargılama aşamasında da uygulanabilmesi hukuka aykırı bir durumdur. Ayrıca bu nitelikteki komisyonlar döneminden kalan kuralların günümüzde çoğunlukla uygulanamaz ve atıl halde bulunduğu ortadadır. Aksi yönde bir kabul VUK'un yargılama dışı süreç ile ilgili kurallarının yargılamada da uygulanması kapısını açar ki bu da birçok olumsuzluğu barındıran bir kabul olacaktır. Keza farklı bir kabulün ortaya çıkarılabileceği bir başka sonuç ise; aynı yasada düzenlenen idari yargılamada mücbir sebep ve eski hale iade kurumunun uygulanamamasına rağmen,

vergisel uyumsuzluklarda bu yönde kural bulunması olacaktır ki bu garip durumun modern bir hukuk sisteminde kabul edilebilmesi mümkün değildir.

Bununla birlikte bir konuda hüküm bulunmaması başka şey, hukukun ilkeleri dikkate alınarak hüküm bulunmayan bir konuda hak arama özgürlüğü ve adil yargılanma hakkının gereklerine uygun karar verilmesi başka bir şeydir. Bu nedenle de bu konuya ilişkin bir düzenleme yapıncaya kadar, yargılama makamlarının hukukun temel ilkelerine ve Anayasa'nın 90/5. maddesinin verdiği yetkiye dayanarak; mücbir sebeplerin vergi yargısında da hak düşümü sürelerinin işlemesine engel bir durum olduğu yönünde yerleşik içtihat oluşturmaları hukukun bir gereğidir.

Vergi yargılaması konusunda çelişik içtihatları ve hak ihlallerini ortadan kaldırmak açısından kalıcı bir çözüm olarak yapılması gereken ise; tercihen bağımsız bir vergi yargılaması usulü yasasında ya da bu yapılmayacaksa İYUK'a bir madde eklenerek; mahkemeye erişim hakkı ile kanun yolları ve tüm başvuru yolları dâhil yargılamanın tüm aşamalarında sürelerin bireylerin kusuru olmaksızın kaçırılmış olması durumunda, onlara eski hale getirme olanağının tanınmasıdır.

Mücbir sebep halinde hukuksal sonuçların ve zararlı durumların ortadan kaldırılması konularında, vergi icra hukuku açısından da içerik ve sistematik konularında benzer sorunlar bulunmaktadır.

Hukuksal sonuçlar açısından AATUHK'ta mücbir sebep düzenlenmemiş ve süreler yönünden tartışmalı bir içerikle konu sürelerin hesaplanması ile ilgili olarak VUK'a yapılan atf ile hükme bağlanmaya çalışılmıştır. Özetle bu atfın 14 ila 18. maddelerin yer aldığı üçüncü bölümün tümüne yapılmış sayılması gerekir. Ayrıca 15. madde mücbir sebepleri saymayı amaçlayan 13. maddenin hukuksal sonuçlarını içerdiğinden atfın 13. madde yönünden de geçerli kabul edilmesi zorunludur.

Mücbir sebeplerin zararlı sonuçlarının ortadan kaldırılması konusunda da bazı eksikliklere değinilmesi gerekir. AATUHK, VUK kapsamının dışında kalan kamu alacaklarının doğal afetler nedeniyle terkinini ele almaktadır. Bununla birlikte makalenin ilgili bölümünde ayrıntılı açıkladığımız üzere idari makamlara verilen yetkiler konusunda hak ve özgürlükler konusunda olumsuz sonuçlar doğurabilecek bazı hukuka aykırılıklar bulunmaktadır. Ayrıca AATUHK ile Cumhurbaşkanı'na verilen yetki, hem kurumun işleyişinde sorun doğurabilecek olması, hem de Cumhurbaşkanı'nın teknik konularla meşgul edilmesi açısından sakıncalı olan bir hükümdür. Bu nedenlerle kamusal alacakların mücbir sebeplerle terkin konusunda birtakım değişiklikler yapılmasında yarar bulunmaktadır.

Bu mesele ile ilgili kanaatimiz; (i) konunun iki yasaya ortak bir hükümle ve tüm kamu alacakları yönünden tek bir yasada, tercihen VUK'ta ele alınması, (ii) terkin sonucunun sadece doğal afetleri değil, beklenmedik halleri de içeren geniş

anlamda mücbir sebepleri kapsar şekilde genişletilmesi, (iii) tüm konularda sınırları iyi belirlenerek yetkilerin ilgili bakanlıklara verilmesi ve nihayet (iv) mevcut ikili düzenleme sistemi korunacak ise her iki yasa maddesinde de, genel sonuçları olan mücbir sebepler konusunda Cumhurbaşkanı'nın, özel ve/veya lokal nitelikteki sonuçlar açısından da ilgili bakanlığın yetkili olduğu konusunda değişikliğe gidilmesi gerektiğidir.

Mücbir sebep konusu COVID-19 salgını ile gündeme oturmuştur. Her olumsuzluktan bir ders çıkarılabileceği gibi bu salgından da insani, ekonomik ve toplumsal anlamda birçok ders çıkarılabilmesi mümkündür. Hukuk alanındaki olumlu yön ise mücbir sebepler ve hukuksal sonuçlarına ilişkin yasal düzenlemelerin yetersizliği ya da yokluğunun daha iyi gözlenebilmiş ve anlaşılabilmiş olmasıdır.

İlke olarak mücbir sebebin tanımlanmasına ya da nelerin bu tür sebepleri oluşturduğunun sayılmasına gerek yoktur denilebilir. Konu içtihatlarla elbette ki bırakılabilir. Ama uygulamanın bu makale kapsamında birçok örnekle ortaya koyduğumuz Danıştay'ın mücbir sebeplere ilişkin kararlarında olduğu gibi tutarsız ve istikrarsız olduğu bir ortamda bu sebeplerin tanımlanmaları veya sayılmaları ve hukuki etkilerinin neler olduklarının belirtilmesinde hak ihlallerinin önüne geçilmesi, hukuki güvenlik ilkesi, uygulama birliğinin sağlanması açısından yarar bulunmaktadır. Diğer eleştirilerimizin de dikkate alınıp gerekliliği değişikliklerin yapılması elzemdir.

Mevcut krizden alınacak dersler, elbette vergi hukuku alanında da söz konusu olacaktır. Nitekim vergi hukukuna ilişkin düzenlemelerin, gerek ulusal gerekse uluslararası düzeyde sosyal bir felaketin sonuçlarıyla mücadele açısından yeterli olmadığı ortaya çıkmıştır. Bugüne dek hızla alınan tedbirler önemli avantajlar sağlasa da salgının etkilerinin sınırlanmasına yönelik tedbirlere devam edilmesi önem taşımaktadır. Koronavirüs salgınının yarattığı kırılmanın, sosyal ve ekonomik hayatı değiştirip dönüştürmesi, salgına karşı mücadelenin sonrasında vergi politikasında da birtakım yenilikler getirilmesini gerekli kılacaktır. Bu kapsamda vergi politikasının sağlık politikası, ticaret politikası, çevre politikası, sosyal ve iş gücü piyasası politikası, para politikalarıyla koordine edilmesi, ekonominin dijitalleşmesi olgusunun vergi hukuku kurallarıyla kavranması, vergi ödevlilerinin bilgi alma ve diğer haklarından etkili şekilde yararlanmasına önem verilmesi ve uluslararası işbirliği önem taşıyan konular arasında yer almaktadır¹²⁸.

¹²⁸ OECD'nin mevcut durumda alınan ve alınması gereken önlemlere ilişkin tespit ve önerileri için bkz OECD, 2020, Erişim Tarihi 31.05.2020. Söz konusu politikalar kapsamında küresel vergi işbirliği, çevre kirliliğiyle mücadelede mali yöntem, elektronik ticaretin vergilendirilmesi ve iletişim teknolojilerinin gelişmesinin vergi idaresi üzerinde etkileri, e-ticarete verginin uluslararası ve uluslararası boyutta kavranması çalışmaları, vergi idareleri ve iletişim teknolojilerinin gelişimi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz Esra Ekmeçci, *Küreselleşme ve Vergilendirmede Yeni Eğilimler* (Kazanıcı 2003) 108 vd..

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazarlar çıkar çatışması bildirmemiştir.

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

Peer-review: Externally peer-reviewed.

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

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

Bibliyografya/Bibliography

Kitaplar ve Makaleler

- Bahçeci B, *Kamu Alacağına Takip Hukuku* (Seçkin 2019).
- Balcı M, “Vergi Hukukunda Mücbir Sebeplerin Dava Sürelerine Etkisi”, <<https://vergiyalgi.net/vergi-hukukunda-mucbir-sebebin-dava-surelerine-etkisi>> Erişim tarihi 18.06.2020.
- Bardakoğlu A, ‘İslam Hukukunda ve Modern Hukukta ‘Beklenmeyen Hal’ Nazariyesi’ (1985) (2) Erciyes Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi 63-97.
- Barlass İ, *Anonim ve Limited Ortaklıklarda Kanunî Temsilcilerin Vergisel Sorumluluğu* (Vedat 2006).
- Baysal B, *Sözleşmenin Uyarlanması: BK m.138 Aşırı İfa Güçlüğü* (3. Bası, On iki Levha 2019).
- Çağan N, *Vergi Hukukunda Süreler* (Sevinç 1975).
- Turgut Candan, *Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu*, (4. Bası, Adalet 2011).
- Çırakman E, ‘İdari Davalarda Süre, İdare Hukuku ve İdari Yargı İle İlgili İncelemeler I’ (Danıştay Başkanlığı 1976) 190-217.
- Dönmezer S ve Erman S, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt: II* (12. Bası, Beta 1997).
- Edizdoğan N, Taş M ve Çelikkaya A, *Vergi Ceza ve Yargılama Hukuku* (Ekin 2007).
- Ekmekci E, *Küreselleşme ve Vergilendirmede Yeni Eğilimler* (Kazancı 2003).
- Erez M, “Vergi Hukukumuzda Mücbir Sebepler Ağır Hastalık Hali” (1961) (7) Maliye Konferansları I, 1-7.
- Eren F, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (22. Bası, Yetkin 2017).
- Erman S, *Vergi Suçları Ticari Ceza Hukuku* (İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Yayınları 1988).
- Erol A, “Mükellef Hakkı Olarak Mücbir Sebepler ve Sonuçları”, (2012) (103) TBB Dergisi 199-222.
- Evren Ç C, “İdarenin Sorumluluğunu Etkileyen Neden Olarak Mücbir Sebep” (2010) 14(1) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 263-297.
- Gözübüyük P A, *Mücbir Sebepler-Beklenmeyen Haller* (Kazancı 1977).
- Guttry A, ‘Surveying the Law’ iç Andrea de Guttry, Marco Gestri ve Gabriella Venturini (edr.), *International Disaster Response Law*, (T.M.C. Asser Press 2012) 3-44.
- Gümüşkaya G, *Mülkiyet Hakkına Vergisel Müdahaleler Bakımından İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi’ne Kişisel Başvuru* (On İki Levha 2010).
- Gündel A, *Vergi Suçları ve Cezaları* (3. Bası, Adil 1994).
- Gündüz F E, “Mücbir Sebebin İdari Dava Açma Süresine Etkisi” (2009) 23(2) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 237-266.
- Güneş G, *Verginin Yasallığı İlkesi* (3. Bası, On İki Levha 2011).
- Işıklar C, ‘Danıştay Kararlarında İdarenin Kusursuz Sorumluluğunu Kaldıran ve Azaltan Hâller’ (2019) (1) YBHD 115-158.
- Kaneti S, Ekmekci E, Güneş G ve Kaşıkçı M, *Vergi Hukuku* (Filiz 2019).
- Kaplan G, *İdari Yargılama Hukuku* (Ekin 2017).
- Karadağ N C, ‘Zamanaşımı Sürelerine Etkisi Açısından ‘Mücbir Sebepler’ ve ‘Ödeme’ye Eleştirel Bakış’ (2012) 61(3) AÜHFD 1017-1055.
- Karagözoğlu F, *Vergi Usul Kanunu ve Uygulaması Cilt:II* (Ünal Matbaası 1977).

- Kaşıkçı M, 'Vergi Kaçakçılığı Suçları İle İlgili Güncel Bir Değerlendirme: 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Sonrası Vergi Suçlarına İlişkin Sorun ve Sorunsallar', Sühayl Donay Armağanı (Filiz 2019) 59-82.
- Kaşıkçı M, *Vergi Yargılaması Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi* (Filiz 2017).
- Kaşıkçı M, *Vergi Kaçakçılığı Suçları* (Ethemler 2007).
- Kendigelen A, *Yeni Türk Ticaret Kanunu: Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler* (On İki Levha 2016).
- Kırbaş S, *Vergi Hukuku* (20. Bası, Siyasal 2015)
- Kıyılık M H, *Beklenmeyen Hal Nazariyesi ve Mücbir Sebepler Açısından İslâm Borçlar Hukukunda Doğal Afetlerin Akitlere Etkisi* (Hiperlink 2018).
- Kızılot Ş, *Vergi Uyuşmazlıkları ile İlgili Danıştay Kararları ve Muktezalara* (Yaklaşım 1998).
- Kunter N, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Yaylacık 1989).
- Mutluer K, *Vergi Genel Hukuku* (İstanbul Bilgi Üniversitesi 2006).
- Öncel M, Kumrulu A, Çağan N ve Göker C, *Vergi Hukuku* (28. Bası, Turhan 2019).
- Özay İ H, *Günışığında Yönetim* (Filiz 2004).
- Özbalcı Y, *Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun Yorum ve Açıklamaları* (Oluş 2004).
- Özbek V Ö, Doğan K ve Bacaksız P, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (12. Bası, Seçkin 2019).
- Schneider N, Schwahn A ve Stoffels M, 'COVID-19 and German tax' 24.04.2020, <http://knowledge.freshfields.com/en/Global/r/4111/covid-19_and_german_tax> Erişim Tarihi 31.05.2020.
- Tekinay S S, Akman S, Burcuoğlu H ve Altop A, *Tekinay Borçlar Hukuku (Genel Hükümler)* (6. Bası, Filiz 1988).
- Tercan E, *Medeni Usul Hukuku'nda (Kesin Sürelerin Kaçırılması Halinde) Eski Hale Getirme – Hali Sabıka İrca* (Yetkin 2006).
- Thilo E, Çev. Bülent N. Esen, 'Laesio Enormis' ve 'Clausula Rebus Sic Stantibus' ile Bir Para Borcunda Mücbir Sebep Hakkında Not' (1935) 1(3) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 344-351.
- Ürel G, *Güncel Vergi Hukuku Uygulaması* (Seçkin 2017).
- Yayla Y, "İdarenin Sorumluluğu ve Mücbir Sebep" (1980) Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu (Ankara, 12-13 Mayıs 1979) 45-59.
- Yerlikaya G K, 'Türk Vergi Hukukunda Mücbir Sebep Halinin Dava ve Temyiz Süresini Durdurup Durdurmayacağı Sorunu', (2012) 1(1) Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 43-56.
- Yıldırım T, "Danıştay Kararlarında Mücbir Sebep Kavramı" (2019) 25 (2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı) 1520-1538.
- Yücel N, *Tatbikatta Vergi Cezaları* (İnkilap 1955).

Çevrimiçi Kaynaklar

- OECD, 2020, <https://read.oecd-ilibrary.org/view/?ref=128_128575-o6rakte0aa&title=Tax-and-Fiscal-Policy-in-Response-to-the-Coronavirus-Crisis> Erişim Tarihi 31.05.2020
- Tackling Coronavirus (COVID-19) Contributing to a Global Effort, OECD Secretariat analysis of tax treaties and the impact of the COVID-19 Crisis, 03.04.2020 <<http://www.oecd.org/coronavirus/policy-responses/oecd-secretariat-analysis-of-tax-treaties-and-the-impact-of-the-covid-19-crisis-947dcb01/>> Erişim Tarihi: 31.05.2020
- <<https://home.kpmg/xx/en/home/insights/2020/03/jurisdictional-tax-measures-in-response-to-novel-coronavirus-covid-19.html>> Erişim Tarihi: 31.05.2020.

<<https://www.ato.gov.au/>>Erişim Tarihi 16.06.2020.

<<https://www.gib.gov.tr/>>Erişim Tarihi 31.05.2020.

<<https://www.roedl.com/de-de/de/themen/documents/covid-19-measures-germany.pdf>> Erişim Tarihi 31.05.2020.

<<https://www.roedl.com/de-de/de/themen/documents/covid-19-measures-france.pdf>> Erişim Tarihi 31.05.2020.

<<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 31.05.2020.

<<https://blog.lexpera.com.tr/koronavirus-2019-ve-sozlesmeler/>> Erişim Tarihi: 31.05.2020.

Türkmen N, ‘Geçici vergide kaosa çözüm var’ <<https://www.sozcu.com.tr/2020/yazarlar/nedim-turkmen/gecici-vergide-kaosa-cozum-var-5815318/>> Erişim Tarihi: 19.06.2020.

Kazancı Hukuk Otomasyon Sistemi, <<https://www.kazanci.com.tr/>>.

Legalbank, <<https://legalbank.net/>>.

Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, <<https://www.lexpera.com.tr/>>.

Lebib Yalkın, <<http://www.lebiblyalkin.com.tr/>>.

İSTANBUL HUKUK MECMUASI YAYIN İLKELERİ

PUBLICATION PRINCIPLES OF ISTANBUL LAW REVIEW

1. İstanbul Hukuk Mecmuası, ESCI ve ULAKBİM tarafından taranan “Hakemli Dergi” statüsünde yılda dört sayı (Mart, Haziran, Eylül, Aralık) olarak yayımlanır.

Istanbul Law Review is a peer reviewed Journal that is published four times a year (in March, June, September and December) and indexed by ESCI and ULAKBİM.

2. Mecmua’ya gönderilen yazılar, başka bir yerde yayımlanmamış ve yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. Bu hususta yazarlardan ayrıca taahhütname talep edilecektir.

The articles sent to be published in our journal should not be published elsewhere, nor be submitted to other journals simultaneously even with the purpose of evaluation. In this purpose, the authors shall also be required to sign a letter of undertaking.

3. Editörler Kurulu tarafından ilk değerlendirilmesi yapılan ve yayın ilkelerine uygun olmadığı saptanan yazılar, hakeme gönderilmeden önce, yayın ilkeleri doğrultusunda düzeltilmesi için yazara iade edilir. Yazım yanlışlarının olağanın dışında bulunması, bilimsellik ölçütlerine uyulmaması, yazının Editörler Kurulu tarafından geri çevrilmesi için yeterlidir. İlk değerlendirmede uygun bulunan yazılar, yazar adları metinden çıkarılarak hakemlere gönderilir. Yazarlara yazının hangi hakemlere gönderildiği ile ilgili bilgi verilmez. Hakemlerden gelen raporlar doğrultusunda yazının yayımlanmasına, düzeltilmesine ya da geri çevrilmesine karar verilir.

Articles that are considered as unsuitable with the publication principles by the Editorial Board are sent back to the author without review. Extraordinary spelling errors and not being eligible with the scientific standards are sufficient for a paper to be rejected by the Editorial Board. Papers that are approved by the Editorial Board are submitted to reviewers in line with blind peer review principle. Authors are not informed about the identity of the referees. According to the assessments of the referees, the paper may be approved for publication, required to resubmission with amendments or rejected on the basis of inadequate quality.

4. Yazarlar, unvanlarını, görev yaptıkları kurumları, iletişim adresleri ile telefonlarını ve e-posta adreslerini bildirmelidirler.

Authors, must provide their titles, institutions, correspondence address, phone number and e-mail address.

5. Mecmua’nın yazı dili Türkçe ve İngilizcedir. Makalelerde 250 kelimeden oluşan Türkçe öz ve İngilizce abstract bölümlerine yer verilmeli ve en az beş en çok on beş anahtar kelimenin de Türkçe ve İngilizce olarak yazıya eklenmesi gerekmektedir. Özetleri takiben Türkçe ve İngilizce dilindeki tüm makaleler için ayrıca 600-800 kelimelik İngilizce genişletilmiş özet yer almalıdır.

The Review accepts and publishes articles written in Turkish and English. The articles should include Turkish and English abstracts consisting of 250 words and at least five and at most fifteen keywords should be added to the paper in Turkish and English languages.

Following the abstracts, there should also be an extended summary of 600-800 words for all the articles both in English and Turkish.

6. Makale metni, Times New Roman yazı tipinde, 1,5 satır aralığı ve 12 punto, dipnotları ise, tek satır aralığı ve 10 punto olarak hazırlanmalıdır. Dipnotları sayfa altında gösterilir.

The main text and footnotes must be written in Times New Roman. Font size for the main text should be 12 with 1,5 line spacing while footnotes are written in font size 10 with 1 line spacing. Footnotes are to be shown at the bottom of the page.

7. Yazar isimleri Türkçe ve İngilizce konu başlığının altında ve sağ tarafında yer almalı ve soyadının bitiminde yıldız konulmalıdır. Yıldızlı dipnotta yazarın unvanı, çalıştığı kurum, alanı ve e-posta adresi bildirilmelidir.

Author's name should be written bottom right of the Turkish and English title of the paper and should end with a star symbol. Star footnote should consist of title and institution of the author and correspondence address, phone number and e-mail address.

8. Makalenin sonunda, makalede kullanılan kaynakların, yazarların soyadlarına göre sıralandığı bir kaynakça bulunmalıdır.

The article should consist of a bibliography at the end and references need to be arranged in alphabetical order.

9. Fakülte tarafından yayımlanan nüshalarla sınırlı kalmak üzere; yayıma kabul edilen makalenin çoğaltma, yayma, umuma iletim, işleme ve çeviri konusundaki mali hakları, basılı, görsel, işitsel, sayısal vb. ortamlarda yurt içinde ve yurt dışında kullanılmak üzere Fakülte'ye devredilmiştir. Telif ücreti ödenmeyeceği yazarlar tarafından kabul edilmiştir.

To be limited with the copies published by the Faculty; financial rights regarding reproduction, distribution, public performance, derivative works and translation of the papers which are approved for publication are to be transferred to the faculty to be used on the print, auditory, digital etc. media, nationwide and worldwide. Authors accept not to receive any royalty payment.

10. Mecmua'da, makalelerin yanı sıra çeviri de yayımlanabilir. Bu nitelikteki yazılar Editörler Kurulu tarafından kabul edilebilir veya geri çevrilebilir. Çeviri metni ile birlikte asıl metin ve hak sahiplerinin muvafakatı da iletilmelidir. Çeviriler de hakem değerlendirilmesine tabi tutulur.

Besides articles, also translations may be published in the accepted languages. These papers might be approved or rejected by the Editorial Board. Original text of the translation and consent of the rightful owner are also should be enclosed with the translation. Translations are also subject to the assessment of reviewers.

11. İstanbul Hukuk Mecmuası'nda yayımlanması istenen yazıların hukuk_dekan@istanbul.edu.tr veya iuhfdergiler@istanbul.edu.tr e-posta adreslerine Microsoft Word yazılımı formatında (*.doc, *.docx) gönderilmesi gerekmektedir.

Papers should be sent to hukuk_dekan@istanbul.edu.tr or iuhfdergiler@istanbul.edu.tr in Microsoft Word (.doc, *.docx) file type.*